

UNIVERSIDAD NACIONAL

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**PROTECCIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES FRENTE AL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL
EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

Tesis para optar el Título profesional de Abogado

Bach. CASTILLO PAUCAR, Isabel Tereshcova Jocabeth

Asesor:

Dr. ROBLES TREJO, Luis Wilfredo

Huaraz – Ancash - Perú

2017

A mis padres por el apoyo incondicional y por todos sus esfuerzos durante mi etapa universitaria.

Isabel.

AGRADECIMIENTO

A Dios por haberme permitido formar parte de la vida universitaria.

A los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por haber contribuido con mi aprendizaje durante esta etapa universitaria.

Isabel.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	viii
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN.....	11

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.Descripción del problema.....	13
1.2. Formulación del problema	13
1.2.1. Problema general.....	13
1.2.2. Problemas específicos	14
1.3.Importancia del problema.....	14
1.4.Justificación y viabilidad.....	15
1.4.1. Justificación teórica.....	15
1.4.2. Justificación práctica	15
1.4.3. Justificación legal.....	15
1.4.4. Justificación metodológica	16
1.4.5. Justificación técnica	16
1.4.6. Viabilidad	16

1.5. Formulación de objetivos	17
1.5.1. Objetivo general.....	17
1.5.2. Objetivos específicos.....	17
1.6. Formulación de hipótesis.....	18
1.6.1. Hipótesis general.....	18
1.6.2. Hipótesis específica.....	18
1.7. Variables e indicadores:	19
1.7.1. Variable independiente.....	19
1.7.2. Variable dependiente.....	19
1.8. Metodología de la investigación	19
1.8.1. Tipo de investigación	19
1.8.2. Diseño de investigación.....	19
1.8.3. Métodos de Investigación	20

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	23
2.2. Bases teóricas	27
2.2.1. El Poder Punitivo del Estado	27
2.2.2. El Control Social.....	30
2.2.3. La Política Criminal.....	33
2.2.4. Las Teorías de la Pena.....	40

2.2.5. Tendencias Criminalizadoras del Derecho Penal.....	46
2.2.6. Las características del Estado de Derecho.....	48
2.2.7. El Estado Social Derecho	52
2.2.8. El Estado Democrático y Social de Derecho.....	55
2.2.9. Los Derechos Humanos como Derechos Inalienables	56
2.2.10. El Derecho Penal del Enemigo	60
2.2.11. Necesidad de un tipo penal que sancione las conductas de los directivos de los medios de comunicación social que trasmitan o publiciten contenidos obscenos o porno gráficos.....	62
2.2.12. Pornografía Infantil	63
2.2.13. La Indemnidad Sexual como bien jurídico protegido en el delito de fabricación de Pornografía Infantil.....	66
2.2.14. La víctima del delito como objeto de la Criminología.....	67
2.2.15. Diferencia entre Indemnidad y Libertad Sexual.....	74
2.3. Definición de términos	76

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultados doctrinarios	77
3.2. Resultados jurisprudenciales	82
3.3. Resultados normativos	83
3.4. Discusión de la investigación.....	85

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Validación de la hipótesis general	96
4.2. Validación de la hipótesis específica	99
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES	107
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	109

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito determinar si el tipo penal de Pornografía Infantil, en cuanto al establecimiento de la pena conminada por el Art. 183-A del Código Penal Peruano, cumple con los fines de la pena dentro del contexto del Estado Constitucional y Social de Derecho. Como hipótesis de trabajo se ha planteado que la protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes frente al delito de pornografía infantil en la legislación peruana no tiene un tratamiento jurídico adecuado al Estado Constitucional de Derecho y a las mínimas exigencias del Derecho Penal, por cuanto la pena conminada para este delito es mínima y desproporcional, teniendo en cuenta la gravedad del hecho típico.

La metodología que se utilizó en el presente trabajo de investigación fue el diseño no experimental, de tipo descriptivo y explicativo; debido que las variables de estudio “indemnidad sexual” y “pornografía infantil”, no se manipularon y se describieron tal como se comportaron en el momento de estudio.

La investigación ha demostrado que en el Código Penal Peruano existe un tratamiento inadecuado de la protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes frente al delito de pornografía infantil en la legislación peruana, respecto a la protección de la sexualidad de los menores, debido a la escasa penalización del hecho típico regulado por el Art. 183-A del Código Penal.

Palabras claves: Estado Social de Derecho. Indemnidad Sexual. Pornografía Infantil.

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to determine whether the criminal type of Child Pornography, in relation to the establishment of the sentence set forth in Article 183-A of the Peruvian Penal Code, fulfills the purposes of punishment within the context of the Constitutional State and Social Law. As a working hypothesis, it has been suggested that the protection of the sexual indemnity of children and adolescents against the crime of child pornography in Peruvian legislation does not have an adequate legal treatment for the Constitutional State of Law and the minimum requirements of Criminal Law, The penalty for this crime is minimal and disproportionate, taking into account the seriousness of the typical event.

The methodology that was used in the present work of investigation was the non-experimental design, of descriptive and explanatory type; Because the study variables "sexual indemnity" and "child pornography" were not manipulated and described as they behaved at the time of study.

The investigation has shown that in the Peruvian Penal Code there is an inadequate treatment of the protection of the sexual indemnity of children and adolescents against the crime of child pornography in Peruvian legislation, regarding the protection of the sexuality of the minors, due to The low penalty of the typical fact regulated by Article 183-A of the Penal Code.

Keywords: Rule of Law. Sexual Indemnity. Child Pornography.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal peruano se desenvuelve dentro de un Estado Constitucional, social y democrático de derecho. Y cada una de estas características se configura sobre la base de un conjunto de exigencias que se vinculan a la dignidad humana y a la declaración y protección de los derechos humanos; es decir que el Estado debe desplegar todos sus esfuerzos empleando las normas y las instituciones jurídicas con que cuenta, para lograr dicha protección.

La ley penal, al ser el mecanismo de protección de bienes jurídicos por excelencia, debe configurarse de acuerdo a las mínimas exigencias de eficacia que el Estado requiere para proteger los bienes jurídicos de las personas. En la presente investigación, abordaremos la problemática que genera la sanción simbólica e ineficaz del delito de Pornografía Infantil, previsto y sancionado por el Art. 183-A del Código Penal. Pretendemos acreditar que las leyes penales sólo serán eficientes en cuanto cumplan efectivamente los efectos preventivos para los que fueron diseñados, hecho que desde nuestra visión, no se cumple en la determinación de la pena conminada para el ilícito penal antes mencionado.

El Derecho Penal del Enemigo constituye el fundamento teórico de nuestra propuesta, dado que debido a la gravedad de la conducta desplegada por el autor del delito de Pornografía Infantil, y las graves consecuencias psicológicas, afectivas, emocionales, personales y familiares que éste acarrea, resulta urgente aplicar sus principales conceptos, a la reformulación y posterior modificatoria del Art. 183-A del código penal. La propuesta es simple: el derecho penal debe ser útil ante conductas delictivas en extremo dañinas, porque como se verá a lo largo de la

tesis, en algunos casos puede resultar incluso beneficioso o lucrativo para el delincuente cometer el hecho, dado lo simbólico de la eventual sanción, frente a determinado provecho económico que el sujeto agente puede obtener de la comisión del delito.

Esta tesis está organizado por cuatro capítulos: el capítulo I, está referido al Problema y a la metodología de la investigación, de acuerdo al diseño de investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, las hipótesis y la metodología. En el capítulo II, está referido al marco teórico de la investigación. En el capítulo III, está referido al resultado y discusión de la investigación. En el capítulo IV validación de la hipótesis.

Estoy segura que el presente trabajo de investigación tiene omisiones y deficiencias, sin embargo el único responsable de ello soy yo, es más, tengo el firme compromiso de corregirlas en adelante, en cuanto estas sean detectadas o, cuando se vuelva a tratar el tema más adelante, más aun si se tiene en cuenta que no hay trabajo efectivo.

La titulando.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

En la actualidad y con el avance de la tecnología en la que nos vemos visto inmersos todos los ciudadanos como usuarios de las mismas, ha conllevado a sancionar ciertas conductas de personas que amenazan la seguridad de los más vulnerables, como son los niños y adolescentes.

Revisada la legislación y la doctrina encontramos tácitamente regulado como bien jurídico a tutelarse en el ámbito penal frente al delito de pornografía infantil la protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes.

Sin embargo consideramos que la pena que se le impone no es proporcional al grave daño que causan aquellas personas que cometen el delito de pornografía infantil, ya que el daño ocasionado es irreversible, por el mismo hecho que causa profunda lesiones psicológicas, interrumpiendo el normal desarrollo de la personalidad sexual del niño y adolescente.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿La pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en el Perú, respecto a la protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes, es proporcional al daño al bien jurídico tutelado?

1.2.2. Problemas específicos

- 1.- ¿La pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en el Perú, es acorde al Estado Constitucional de Derecho?
- 2.- ¿La pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en el Perú, es acorde al Estado Social de Derecho?
- 3.- ¿Qué medidas debe de tener en cuenta el Estado peruano para la protección eficaz de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes frente al delito de pornografía infantil en la legislación peruana?

1.3. Importancia del problema

El presente tema que se investigo es importante, debido a que en la realidad se presentan casos en las que los menores de edad son los más afectados por el delito de pornografía infantil y es necesario tener en cuenta las herramientas con las que se puedan prevenir este tipo de delito y no se afecte la indemnidad de los niños y adolescentes.

De esta manera se puede observar que no se está protegiendo de manera adecuada la indemnidad sexual de los menores, y el Estado no cumple con las exigencias mínimas de un Estado Constitucional y Social de Derecho verdadera y eficazmente protector de los derechos y bienes jurídicos de los ciudadanos, máxime si este tipo de delito, afecta a una población vulnerable como son los niños y adolescentes. Aún más, el legislador Penal parece eludir el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente en la valoración y determinación de la pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en nuestro país.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

En el delito de pornografía infantil, donde los más vulnerables resultan ser los niños y adolescentes, se afecta el bien jurídico de la indemnidad sexual, el mismo que se encuentra tutelado por *La Teoría De Los Derechos Humanos*, y diversos tratados internacionales que tutelan a los menores frente al delito de pornografía infantil¹.

1.4.2. Justificación práctica

Consideramos de gran importancia el análisis del tipo penal de la pornografía infantil; el cual no sólo nos permitirá conocer cómo se viene protegiendo la indemnidad sexual de los menores por el derecho penal y describir cómo el estado regula desproporcionalmente la sanción penal para la comisión del delito de Pornografía Infantil en el Perú.

1.4.3. Justificación legal

Normativamente el presente trabajo se fundamenta en:

- ✓ La Constitución Política del Perú
- ✓ La Ley Universitaria N° 30220
- ✓ El Estatuto de la UNASAM
- ✓ El Reglamento General de la UNASAM

¹ 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. 2000.

- ✓ El Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM.

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación científica en general, partiendo del cumplimiento de los pasos y/o etapas señalados por el método científico, además, se emplearon diversos métodos de la investigación jurídica, se tomaron en cuenta un tipo de investigación, diseño, métodos de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de datos, para lo cual se tomaron en cuenta las orientaciones de dicha metodología científica y jurídica.

Además se utilizaron metodologías como la hermenéutica jurídica que nos permitirá interpretar la normatividad referida a nuestro tema de estudio.

1.4.5. Justificación técnica

Se hizo uso de fichas bibliográficas, las que permitieron una mayor productividad del trabajo recopilatorio, además del ahorro de tiempo en la selección de bibliografía.

1.4.6. Viabilidad

En referencia al marco teórico especializado, contamos con información tanto en formato físico como digital, disponible en las bibliotecas de las universidades de nuestro medio, así mismo tuvimos acceso al internet, los mismos que nos sirvieron de fuente de recopilación de información para el desarrollo del marco teórico de la investigación.

Además, podemos afirmar que la presente investigación cuenta con la viabilidad económica, existencia de literatura especializada, procedimientos técnicos y viabilidad metodológica; consecuentemente, podemos señalar que se contó con los medios para poder afrontar los gastos que ocasionó el desarrollo de la presente investigación, los que fueron cubiertos con nuestros propios recursos.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general:

Determinar si la pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en el Perú, respecto a la protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes, es proporcional al daño al bien jurídico tutelado.

1.5.2. Objetivos específicos:

- 1.- Determinar si la pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en el Perú, es acorde al Estado Constitucional de Derecho.
- 2.- Determinar si la pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en el Perú, es acorde al Estado Social de Derecho.
- 3.- Definir qué medidas debe de tener en cuenta el Estado peruano para la protección eficaz de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes frente al delito de pornografía infantil en la legislación peruana.

1.6. Formulación de hipótesis

1.6.1. Hipótesis general:

La pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en el Perú, respecto a la protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes, no es proporcional al daño del bien jurídico tutelado por cuanto la sanción penal a imponerse (no menor de cuatro ni mayor de seis años de privativa de libertad), resulta escasa teniendo en cuenta la gravedad del hecho típico y las consecuencias para las víctimas.

1.6.2. Hipótesis específica:

- 1) La pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en el Perú, no es acorde al Estado Constitucional de Derecho, por cuanto no protege debidamente el derecho a la indemnidad sexual de los menores, incumpliendo así su rol tuitivo.

- 2) La pena conminada para el delito de Pornografía Infantil en el Perú, no es acorde al Estado Social de Derecho, por cuanto no cumple con garantizar las condiciones para el desarrollo personal y social en el plano sexual de los menores de edad, así como su indemnidad sexual.

- 3) La medida que debe de tener en cuenta el Estado peruano para la protección eficaz de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes frente al delito de pornografía infantil en la legislación peruana, es incrementar los extremos de la pena conminada para el delito de Pornografía Infantil, dada la gravedad del hecho típico.

1.7. Variables e indicadores:

1.7.1. Variable independiente (X):

V1: Indemnidad sexual

1.7.2. Variable dependiente: (Y):

V2: Pornografía infantil

1.8. Metodología de la investigación

1.8.1. Tipo de investigación

Corresponde a una Investigación Dogmática – Normativa, que permitirá ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio dogmático de la protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes frente al delito de pornografía infantil en la legislación peruana.

1.8.2. Diseño de investigación.

Corresponde a la denominada **No Experimental**², debido a que carecerá de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

a) Diseño general

Se aplicó el diseño **Transeccional o Transversal**³, cuya finalidad será recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su

² ROBLES TREJO, Luis y otros. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Editorial Fecatt, Lima, 2012, p. 34.

³ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la investigación*, Editorial McGrawHill, México, 2010, p. 151.

propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado.

b) Diseño específico:

Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**, toda vez que se estudió los factores que generaron situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

1.8.3. Métodos de investigación⁴:

Los métodos específicos a emplearse en la investigación serán:

- **Método Dogmático:**

Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El Derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

⁴ ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de Investigación Jurídica*. Ediciones Jurídicas. Lima, 1997, p. 65.

- **Método Hermenéutico:**

La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho. Los aplicadores del derecho tienen la enorme pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus resoluciones judiciales, a la voluntad soberana del pueblo. En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En ese sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Existen muchos métodos de interpretación (sistemático, histórico, funcional, restrictivo exegético, sociológico, etcétera) empero, la solución correcta a la dicotomía debe ser siempre congruente y compatible con los anhelos e ideales de la sociedad de que se trate para que de esa forma se obtenga un sistema jurídico válido y a la vez eficaz (válido en cuanto no contraría la norma fundamental y eficaz en cuanto a que se respeta y cumpla) capaz de garantizar la vigencia del Estado de Derecho; por ello la interpretación hermenéutica niega la posibilidad de significados múltiples y contrastantes; en todo caso, la coherencia depende de la conformidad de la interpretación con el todo del sistema normativo que se presume íntegro, sin lagunas jurídicas; por ello el intérprete del derecho dispone con anticipación del sentido que constituyen la tradición jurídica que persiguen los sentimientos de una nación.

- **Método de la Argumentación Jurídica:**

La argumentación jurídica es el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

En los procesos judiciales es necesario establecer por medio de la argumentación jurídica, el que se pueda probar los hechos, valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere, de los indicios, la existencia o inexistencia de otros hechos que son considerados, por la experiencia, como la única explicación práctica posible de tales indicios.

- **Método Exegético:**

Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Después de la búsqueda realizada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, no se encontró ningún tema relacionado.

A nivel nacional encontramos:

En la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su Unidad de Post grado encontramos el trabajo para obtener el grado de magíster en Derecho Penal, titulado: “La protección penal de los infantes y adolescentes frente a los delitos de pornografía infantil en el Código Penal peruano y aspectos sustantivos principales”, correspondiente a la tesista Patricia Del Carmen Ticlla Paredes, que arriba a las siguientes conclusiones⁵:

- a) 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.

⁵ TICLLA PAREDES, Patricia Del Carmen. *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 el grado de Magister en Derecho Penal). Perú. 2014.

- b) 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.
- c) 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 la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en su Unidad de Post grado encontramos el trabajo para obtener el grado Doctor en Derecho, titulado: “Estado actual de la política criminal peruana aplicada a la protección de la indemnidad sexual, en relación al específico caso de relaciones sexuales o análogas consentidas de menores de catorce a menos de dieciocho años de edad”, correspondiente a la tesista Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, que arriba a las siguientes conclusiones⁶:

- a) Considerando lo expuesto el suscrito es de la opinión que la propuesta de modificación del numeral 3 del artículo 173 del Código penal, resulta relevante

⁶ HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge. *Estado actual de la política criminal peruana aplicada a la protección de la indemnidad sexual, en relación al específico caso de relaciones sexuales o análogas consentidas de menores de catorce a menos de dieciocho años de edad*. Tesis para para obtener el grado Doctor en Derecho. Perú. 2011.

en la medida que contribuirá a resolver los problemas señalados en los puntos precedentes.

- b)** En relación a la alternativa de agravara las penas para el delito de violación sexual de adolescentes entre 14 años de edad y menores de 18, si bien el suscrito opina favorablemente por dicha modificación, destaca la necesidad de plantear una revisión y en su caso, modificación de la normativa sustantiva, adjetiva y de ejecución vinculada a la libertad sexual, debido a que las modificaciones parciales que han venido realizando y la graduación de penas establecida no siempre guarda proporción con los bienes jurídicos tutelados y las políticas de Estado frente a la violencia sexual en todas sus expresiones

A nivel internacional encontramos:

En la Universidad Nacional Mayor de San Carlos de Guatemala, en su Unidad de Post grado encontramos el trabajo para obtener el grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, titulado: “Análisis de los delitos de violación sexual e indemnidad sexual de las personas, tipificados en el decreto 9-2009”, correspondiente a la tesista Vagner Josué González Recinos, que arriba a la siguiente conclusión⁷:

- a)** La protección de la indemnidad sexual, tiene por objeto proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el normal desarrollo del ámbito sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores y de los incapacitados. En este caso, las figuras que se crearon o reformaron, son el exhibicionismo,

⁷ GONZÁLEZ RECINOS, Vagner Josué. Obtener el grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. *Análisis de los delitos de violación sexual e indemnidad sexual de las personas, tipificados en el decreto 9-2009*. Guatemala. 2012.

violación de la intimidad sexual y la promoción y distribución de material pornográfico.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El Poder Punitivo del Estado

El Estado tiene el *ius puniendi* para cumplir el deber de garantizar la coexistencia humana asegurando la vigencia de los bienes jurídicos fundamentales. El poder punitivo del Estado o *ius puniendi* es la atribución que tiene de definir conductas como hechos punibles e imponer penas a las personas que las realizan.

Jescheck busca encontrar el sustento de los límites de la función punitiva del Estado Social y Democrático de Derecho en un núcleo de Derecho que según la conciencia jurídica general no puede ser vulnerado por ninguna ley, ni por ninguna otra medida emanada del poder público; afirma que es un núcleo inviolable y que está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana⁸. El modelo de Estado que debe regir a toda la normatividad penal es el Estado Social y Democrático de Derecho, y que ésta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su justificación política.

Una de las finalidades del poder punitivo corresponde a aquella pretensión de evitar aquellos comportamientos que supongan una grave perturbación para el mantenimiento y evolución del orden social al que constitucionalmente se aspira a llegar⁹. En otras palabras, el Derecho penal, en sentido amplio, es concebido como uno de los instrumentos con que cuenta la sociedad para poder garantizar la convivencia pacífica entre sus miembros. Sin embargo, el derecho penal no sólo tiene una finalidad represiva o sancionadora, sino que además, implica dotar a la persona de ciertas garantías generales y específicas que lo protegen ante la eventualidad de ser sometido a un proceso penal y en último término ante la posibilidad de imposición de una sanción punitiva.

En general, todo el sistema penal debe estar abrazado de una estructura político-estatal, y dependerá de la Constitución de un determinado Estado. El concepto de modelo de Estado puede tener varias consecuencias: es un modelo que debe regir a un país, un modelo de sociedad que se pretende controlar, un modelo de política criminal que se pretende ejecutar. El Código Penal peruano declara en su exposición de motivos el modelo estatal al manifestar lo siguiente: *“El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de Derecho”*.

El legislador penal peruano de 1991 explícitamente declara que el sistema jurídico penal se fundamenta en el modelo de un Estado Social y democrático de Derecho, en observancia del artículo 79° de la Constitución de 1979 que determinó que la sociedad peruana se organiza a través del citado modelo estatal. El Art. 43° de la actual Constitución de 1993 reiteró la vigencia del modelo de un Estado Social y democrático de Derecho. De manera que se parte de la premisa que es el Estado Social y Democrático de Derecho el que va a limitar la función punitiva del Estado, pues es el actual modelo que adopta nuestra Constitución Política. El Estado Constitucional de Derecho está fundado en la rigidez constitucional, en virtud de la cual, las leyes ordinarias se subordinen a las normas constitucionales, que pueden derogarlas so pena de su invalidación o declarar su inconstitucionalidad. En el Estado Constitucional de Derecho se reúnen elementos de dos tradiciones (la norteamericana y la francesa) y los modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional.

Sólo aquel Derecho penal que se ajuste a los cánones constitucionales será considerado como un sistema normativo garantista y limitante del poder penal. Se trata lo referente a los límites al poder penal y lo relevante aquí es que se observa no sólo aspectos principistas de carácter sustantivo (principio de legalidad, principio de protección exclusiva de bienes jurídicos), sino también límites formales o garantías de derecho procesal como la garantía jurisdiccional, garantía de ejecución o principio de ejecución legal de la pena y el debido proceso: derecho a ser juzgado por tribunales competentes, independientes e imparciales; principio de presunción de inocencia; derecho a la defensa y a la asistencia letrada; derecho a ser informado de sus derechos y los motivos de la detención y a ser informado sin demora de la acusación y derecho al hábeas corpus.

Resulta necesario advertir que ese papel trascendental del Estado no puede ser concebido como un derecho subjetivo, ya que conforme a la teoría general del derecho los derechos subjetivos son facultades cuyo ejercicio depende de la autonomía de la voluntad de su titular; lo cual no es aplicable al poder punitivo del Estado. El Estado no puede aplicar el Derecho penal –material, procesal y penitenciario- según la voluntad de los gobernantes, de los juzgadores o la opinión pública. En consecuencia, la función punitiva del Estado no es ilimitada, por el contrario, solamente se puede ejercitar dentro de ciertos límites legales que fija el modelo de Estado a través del cual se organiza la sociedad, precisamente para controlar la inflación penal que constituye, sin duda, el más claro indicador de una desintegración comunitaria y del debilitamiento de los vínculos de solidaridad entre los hombres.

En ese sentido, Zaffaroni es quien más ha insistido en que el poder punitivo es una cosa y el Derecho penal otra. En efecto, *“el poder punitivo es un hecho que protagonizan varias agencias: políticas, penales, penitenciarias y hasta las universidades y, por supuesto, todos los medios de comunicación social. El Derecho Penal, por su parte, es un discurso. El poder punitivo es un hecho, pero el derecho penal es un discurso que sirve para mantener vigente al Estado de Derecho, para acotar y limitar la tendencia expansionista del poder punitivo”*¹⁰.

2.2.2.El Control Social

Es innegable que el hombre es un ser social y político por naturaleza, lo cual explica su agrupación y convivencia con otros seres humanos, ya sea por perseguir los mismos intereses u objetivos o bien por buscar su simple supervivencia, de tal forma es inconcebible pensar que el hombre pueda vivir de manera aislada. Sin embargo, a lo largo de la historia humana su convivencia no se ha caracterizado por ser pacífica, ya que a decir de Muñoz Conde, prevalece el llamado “principio del placer”, en el que todo individuo busca satisfacer su voluntad por encima de los intereses de los demás miembros, lo que provoca no sólo la división de dichos grupos en dominantes y dominados, sino una serie de conflictos que muchas veces han culminado en movimientos revolucionarios a lo largo de la historia, definiendo así la estructura de poder en turno.

Por lo tanto, la estructura del poder no sólo representa al grupo dominante, sino a la única fuerza capaz de dirimir los conflictos que surgen entre los miembros de una sociedad, haciendo se presente la necesidad de una autoridad; una autoridad que vele por las necesidades de los individuos, que encabece a través de una serie de

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2007, p. 28.

formas y métodos de control social que buscan no sólo la excelcitud de su sociedad, sino su permanencia en el poder.

Dicho control social ha sido doctrinariamente definido por diversos autores. El término Control Social apareció primeramente en los escritos de E.A. Rooss, quien fuera fuertemente influenciado por Gabriel Tarde, un sociólogo con poderosa presencia en la sociedad francesa y profundamente ligado a la investigación social empírica. El mismo Tarde no enfatizó el término, pero presentó un amplio panorama de los análisis de los complejos procesos requeridos para producir acuerdos sociales a través de la persuasión en la opinión pública. Él estaba interesado en los mecanismos requeridos para generar liderazgos y normatividades efectivos que pudieran regular los cambios sociales.

Muñoz Conde determina que *“el control social es una condición básica de la vida social, pues a través de él se asegura el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su fluctuación o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento”*¹¹.

De igual forma, bajo el concepto de control social se comprenden los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones¹².

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Editorial TEMIS. Colombia. 1999, p. 10.

¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*. 1er. Volumen. Editorial TROTTA. Madrid. 1997, p. 15.

En resumen, podemos afirmar que el control social es el conjunto de medios a través de los cuales una sociedad garantiza que la conducta de cada uno de sus miembros sea congruente con los parámetros de conducta previamente establecidos por ellos; de igual forma se refiere a la capacidad de respuesta de la sociedad ante el incumplimiento de dichos parámetros.

Como se puede apreciar, existen dos parámetros predominantes en la definición del control social. Por un lado, la aceptación de las conductas o comportamientos negativos previamente determinados que pueden ser simples parámetros de comportamientos que violentan normas sociales, o bien conductas consideradas como delitos que, conforme al momento histórico en que se lleven a cabo, violan una norma jurídica. Por otro lado, encontramos a la capacidad de respuesta de la sociedad o el Estado ante la realización de conductas que afectan el orden social o jurídico respectivamente, por lo tanto estamos en presencia de dos tipos de control social: el control social de acción y el control social de reacción.

El control social punitivo está institucionalizado como punitivo (sistema penal) o institucionalizado como no punitivo (como asistencia terapéutica, laboral, administrativa, civil, etc.) En cualquier caso, su carácter punitivo no depende de la ley sino de la imposición material de una cuota de dolor o privación que no responde realmente a fines distintos del control de conducta (así, no todo el plano asistencia es control social punitivo, sino únicamente el que no corresponde a fines asistenciales, o el civil, no responde a objetivos reparadores, etc.)

El control social punitivo institucionalizado como punitivo se ejerce sobre la base de un conjunto de agencias estatales que suele llamarse “sistema penal”. La diversidad de composición, extracción social y entrenamiento de las personas que

integran los grupos y subgrupos de sus diferentes segmentos, el aislamiento de cada uno de estos segmentos respecto de los otros, la disparidad de criterios de eficacia con que operan, las diferencias cualitativas con que asumen su papel ante la opinión pública, las diferencias cualitativas con que asumen su papel ante la opinión pública a través de los medios masivos, la dependencia de distintas autoridades o agencias estatales, son todos elementos que inclinan a mantener la denominación de “sistema penal” en razón de un uso convencional, porque no puede sostenérsela seriamente, ya que es muy claro que no configuran un sistema.

De esta manera, existe un sistema penal en sentido estricto y también un sistema penal paralelo compuesto por agencias de menor jerarquía y destinado formalmente a operar con una punición menor, pero que, por su desjerarquización, goza de un mayor ámbito de arbitrariedad y discrecionalidad institucionalmente consagradas (formalmente legalizadas como ámbito propio de la contravencional, menor cuantía, infracciones administrativas, de peligrosidad, de sospecha, etc.)

2.2.3. La Política Criminal

El concepto de política no sólo tiene una fuerte influencia para gobernar una nación. También tiene una fuerte influencia para quienes se dedican a legislar, es decir, quienes tienen por mandato constitucional expedir normas jurídicas –aparte de su función de fiscalización- también tiene que saber hacer política, tienen que saber consensuar con los demás miembros del parlamento a efectos de realizar de mejor manera su labor parlamentaria. En ese sentido, la política ingresa precisamente a ese escenario de la expedición de normas jurídicas, y obviamente, ingresa al terreno de las normas jurídico-penales.

Cuando se aborda el Derecho Penal y cuando se le quiere involucrar con determinados conceptos de política, lo primero que nos viene a la mente es el tema de la política criminal. Sin embargo, el *ius puniendi* del Estado es entendido como la potestad que se manifiesta en el aspecto coercitivo de las normas y, por otro, que es también objeto de la regulación de las mismas, el ejercicio de su poder punitivo está determinado por las opciones sociales y políticas que haya adoptado en relación con la organización de la comunidad en general. Por lo tanto, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general. En otras palabras, tenemos que precisar que la política criminal, como se sabe, se encuentra inserta dentro de la política general del Estado¹³.

El término política criminal está indefectiblemente asociado, no en cuanto a su nacimiento sino a su divulgación, al profesor alemán Franz von Liszt, quien a su vez señala como padre del concepto *Kriminalpolitik* a otro profesor alemán, Heinke (1823), aunque hay quien dice que el término fue originalmente utilizado por Kleinsrod ya en 1793 en una obra titulada “*Desarrollo sistemático de los conceptos y verdades fundamentales del Derecho penal*”. La política criminal es principalmente política, no puede ser sino dinámica; y lo es en un doble sentido: históricamente las decisiones que conforman la política criminal son variables y podemos identificar diferentes etapas históricas en su desarrollo. Por otra parte, tiene también un dinamismo en el presente (que existencialmente no es una simple franja temporal que separa el pasado del futuro, sino el conjunto de nuestro pasado inmediato y nuestras expectativas cercanas) donde se genera lo que podríamos llamar la dialéctica de la formulación-configuración-. En suma, la política criminal es, valga la redundancia, política, para ser más preciso política pública, y el órgano

¹³ HURTADO POZO, José. *Derecho penal; Parte general*. Legales Ediciones. Lima. 1987, p. 58.

institucional por excelencia que puede llevar adelante políticas públicas, por su necesaria planificación y aplicación armónica y de conducción única a la hora de la toma de decisiones (lo que hace que algo sea política y no otra cosa), es el poder gubernamental¹⁴.

Así las cosas, cuando se habla de política criminal, la ciudadanía parte de una premisa equivocada ya que tradicionalmente se ha entendido, casi sin dudarlo en el sistema punitivo. La política criminal es el conjunto de decisiones y estrategias que el Estado proyecta para reaccionar frente al fenómeno criminal y así preservar los bienes jurídicos, agotando las vías de control social informal y formal jurídico extrapenal; de ahí que se diga con suma insistencia que la mejor política criminal es una buena política social (educación, sanidad, empleo). Por otro lado, es necesario, como anota Silva Sánchez, diferenciar entre praxis de la política criminal y una política criminal teórica. La primera se integra del conjunto de actividades (empíricas) organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito. La segunda aparece constituida por un conjunto de principios teóricos que habrían de dotar de una base racional a la referida praxis de lucha contra el delito; en donde la clave radica precisamente en determinar qué significa “racional” y cuáles pueden ser los criterios de racionalidad¹⁵.

La política criminal en los últimos años, ha seguido la suerte de una redefinición, en cuanto a los objetivos del Derecho Penal; esto es, se ha producido un desplazamiento de los bienes jurídicos personalísimos (la vida, el cuerpo, la salud, la libertad) a intereses jurídicos, que dan la idea de estructuras difusas, pues recogen

¹⁴ CIAFARDINI, Mariano. *Política criminal y prevención social del delito*. Libro Homenaje al profesor Edmundo Hendler. Buenos Aires. 1999, p. 257.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal*, en Estudios de Derecho Penal. Lima. 2000, p. 190.

una protección colectiva, llamado comúnmente “seguridad ciudadana” como bien jurídico tutelado. Por cierto que, siguiendo las tendencias de adelantamiento y expansión de la protección penal, podríamos contentarse con utilizar un concepto funcional de bien jurídico, y junto con una creación incontrolada de bienes jurídicos, justificar la intervención penal siempre que se pretenda o reclame un interés público, por ejemplo en el medio ambiente, en la economía, en la educación, etc. Esta tendencia de la política criminal afecta, sin embargo, no solamente a la calidad del contenido (mediante calificaciones amplias) del bien jurídico correspondiente, sino también a la relación de inmediatez entre la conducta incriminada y a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico clásico¹⁶.

El grado de endurecimiento del derecho penal pasa fundamentalmente por el modelo de Estado que se está ejerciendo en un país. Ninguna rama del derecho tiene tanta influencia de la forma como se hace política en un país, ya que por ejemplo la existencia de democracias frágiles ha hecho de las violaciones de Derechos Humanos (utilizando el derecho penal para ello) un mal endémico en las sociedades latinoamericanas; sobre todo si tomamos en cuenta la excesiva cantidad de dictaduras militares y golpes de Estado ocurridos en Latinoamérica el siglo pasado.

Para von Liszt, la política criminal era la idea fundamental de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo mediante la pena y medidas análogas. De esta manera, surgió la problemática de las relaciones de la aplicación del Derecho penal vigente con los postulados político-criminales (dirigidos a su reforma), lo que dio lugar a una cuestión que se intentó resolver dentro del marco de la estricta separación de política y derecho, que en su tiempo ya

¹⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico; Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima. 1997, p. 44.

proclamaba la teoría jurídica. La política criminal se debía apoyar necesariamente (tal como lo concebía von Liszt) en las ciencias del ser, es decir, de la realidad, por el contrario, la ciencia del derecho penal se debía ocupar de cuestiones del deber ser, si la diferencia básica de ambas formas de pensamiento hacer aparecer al ser y al deber ser, como dos mandos separados, una introducción de la política criminal en la ciencia del Derecho penal era totalmente impropia¹⁷.

La política criminal es ciencia aplicada con la finalidad de controlar el delito, esto es, busca definir las acciones específicas que los distintos órganos del Estado deben emprender o abstenerse de hacerlo, para lograr una reducción apreciable en el número de conductas criminales que se producen en la sociedad, pero también, de acuerdo con el pensamiento moderno, para prevenir la comisión de comportamientos delictivos y evitar la victimización, al menos minimizar los daños que las víctimas puedan sufrir a consecuencia del crimen. La política criminal es una actividad crítica y profundamente valorativa que actúa como puente entre las denominadas ciencias empíricas y el legislador, pero que también queda exteriorizada en la labor del afirmar que los idílicos tiempos en que lo único que aparentemente importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad se han ido para siempre; entrando en una nueva época en que la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del derecho penal para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido tras él.

En otras palabras, la política criminal entiéndase como aquel conjunto de decisiones y estrategias que realiza un Estado para combatir la delincuencia (convencional o no convencional) de un país; sin embargo, aquél concepto de política más bien lo podemos relacionar con el Poder Ejecutivo, es decir, quien gesta y aplica

¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal; Parte general*. Lima. 2004, p. 72.

a la sociedad una política criminal es el Presidente de la República de un país. Con razón sostiene Binder que un modelo político criminal se construye desde la perspectiva del poder. Quien se disponga a reflexionar sobre el conjunto de decisiones reguladoras de la coerción penal que son admisibles conforme a un determinado conjunto de valores (que él elegirá libremente) debe pensarse asimismo en una situación de poder. Un modelo de política criminal se debe construir como un “deber ser” del poder.

La tendencia de la política criminal actualmente se encuentra en el sentido de superar el modelo de garantías penales y procesales penales, adquiridas después de muchos años de debate y esfuerzo, y sustituirlo por otro de seguridad del ciudadano o, al menos, que demuestren esa supuesta seguridad. Eso puede ser visto claramente en los discursos políticos y en los debates sobre seguridad pública. También se revela a la hora de la aprobación de nuevas leyes penales imbuidas de carácter represivo con supresión de garantías o ampliación de las conductas típicas. Dicho de otro modo, la revelación de esa nueva legislación muchas veces no demuestra de inmediato este sesgo; sin embargo, nunca se vio una apertura tan grande en los tipos penales, donde el principio de taxatividad que orientaba el derecho penal fue olvidado. Así, si de un lado aparecen cada vez más leyes penales en el sentido de frenar la creciente criminalidad, de otro, aparecen leyes simbólicas, que buscan más una respuesta social o cultura a determinados problemas que propiamente la solución de ellos. La política criminal se rearma: el Derecho Penal y las penas se expanden. El derecho procesal penal se está adaptando a las elevadas exigencias que resulten de eso.

Por otro lado, en el concepto de política criminal deben analizarse complementariamente dos cuestiones puntuales: uno de carácter jurídico-normativo y el otro de carácter de carácter socio-empírico; el primero está íntimamente

vinculado al concepto de delito o hecho punible, y el segundo que está referido a la criminalidad en una sociedad. El primero (el delito) que normalmente es concebido como conducta humana típicamente antijurídica y culpable, por lo tanto ya valorada en el grado negativo; y el segundo, el de criminalidad que es entendido como expresión cuantificable del delito y otras infracciones menores y que ponen en grave riesgo la existencia de la sociedad en su conjunto por contribuir al incremento también cuantificable de dos efectos que inciden en la conducta social que son el miedo al delito y la inseguridad ciudadana, deben ser combatidas a partir de estrategias de control, prevención y eliminación de ser posible¹⁸.

La formulación de la política criminal nacional ha olvidado plenamente sus bases de orientación y legitimación. Se ha hecho común que el Estado y sus órganos competentes en este dominio ejerzan sus funciones y atribuciones sin reparar muchas veces en la consistencia constitucional y legal de sus decisiones y acciones. Resulta, por tanto, pertinente e indispensable reiterar la plena vigencia de los principios reguladores del control penal y del contenido esencial de sus enunciados programáticos¹⁹.

La irrupción de esa necesidad por la seguridad, que produjo desde hace algún tiempo un cambio de paradigma en el discurso político-criminal y ha tenido su manifestación inmediata en la legislación penal, significa en otros términos que ha ocurrido un cambio del Estado, es decir, del Estado de Derecho basado en libertades y del correspondiente Derecho Penal de la culpabilidad se pasó al Estado de la seguridad y al correlativo Derecho penal de orientación preventiva y policial. Por

¹⁸ PÉREZ ARROYO, Miguel. *Política Criminal en la reforma procesal penal peruana del 2004. Una revisión de los modelos acusatorio y adversarial*. Legales ediciones. Lima. 2007, p. 231.

¹⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal*. Lima. 2009, p. 250.

tanto, de lo que ahora se trata es exclusivamente de la efectiva y eficaz protección a la víctima. La sanción penal dejó de dirigir su atención al delincuente en tanto persona resocializable, para pasar a satisfacer la exigencia limitada de seguridad en las víctimas potenciales. Ante la ya aludida sociedad moderna se debe optar por flexibilizar aquellos principios tradicionales del Derecho penal propio de una política criminal de corte liberal; sólo así podrán ser satisfechos los fines del derecho punitivo.

El exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social. Nada más cierto en la coyuntura actual de nuestro país. Ante un clima de creciente sensación de inseguridad ciudadana de la que hacen eco diariamente los medios de comunicación social, televisivos, radiales y escritos, a los gobernantes y a la clase política en general no se le ha ocurrido mejor idea que recurrir nuevamente al Derecho Penal vía el endurecimiento de la respuesta punitiva estatal.

2.2.4. Las Teorías de la Pena

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable". El orden jurídico prevé además las denominadas "medidas de seguridad" destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad. Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión, así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista

retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal²⁰.

a) Teorías Absolutas de la Pena

Denominadas también teorías retributivas. Según quienes las defienden, Kant y Hegel principalmente, “el contenido de la pena es el Talión, la función de la pena consiste en la realización de la Justicia”. La postura de ambos autores, si bien coincide en admitir la pena como un fin en sí misma, guardan notorias discrepancias en cuanto a la fundamentación que emplean. Mientras Kant basa su formulación en argumentos éticos, en Hegel las razones son más bien de índole jurídico. Kant justifica la retribución ética en el “valor moral de la ley”, cuyo sentido es la libertad; desde ese punto de vista, la sociedad no se contenta con el arrepentimiento y mucho menos con el simple “empezar de nuevo”; tampoco quiere la pura reconciliación, quiere el castigo como compensación por la infracción de la ley que, según la concepción kantiana, constituye un imperativo categórico por el cual, si una sociedad con el consentimiento de sus miembros decidiera disolverse, debería antes ejecutarse al último asesino a fin de que su crimen no recayera sobre el pueblo como cómplice, por no haber ejecutado la sanción²¹. La Tesis de HEGEL en cambio se puede sintetizar en su conocida frase “la pena es la negación de la negación del Derecho”; así, la voluntad del infractor, negación de la voluntad general, representada por el

²⁰ Teorías de la Pena. Investigaciones Jurídicas del Congreso de la República. Perú. Disponible en http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/teorias_pena_investigacion.pdf Web site visitada el 09 de marzo de 2017.

²¹ MIR PUIG, S. “*Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*”, en: el mismo. Op. cit., p. 36.

ordenamiento jurídico, habrá de ser negada, mediante la aplicación de la sanción penal, para que la voluntad general sea reafirmada.

Ya desde el análisis del modelo estatal es posible rechazar las ideas retributivas al no hallar satisfacción los requerimientos propios del Estado Democrático de Derecho que en sede constitucional adoptan nuestras sociedades modernas. Y es que, sin duda, resulta cuestionable cualquier concepción retributiva de la sanción penal, la constante vinculación entre el Estado absolutista y concepciones de la pena retributiva nos lleva a tal afirmación. En esto, Bustos Ramírez ha sido didáctico al señalar: “la pena no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista” pues constituye (el Estado absolutista) la fase de transición entre la sociedad de la baja Edad Media y la sociedad liberal²².

En la misma línea de argumentación Roxin ha referido, respecto a la pena retributiva: “*El día de hoy no se la defiende más y tampoco se lo puede seguir haciendo en un Estado moderno para el que la pena es un instrumento sociopolítico*”²³.

b) Teorías Relativas de la Pena

Desde Platón es posible apreciar esta orientación: “quien aspira a castigar de modo razonable, no debe de realizarlo por el injusto ya cometido(...), sino en atención al futuro, para que en adelante ni el mismo delincuente vuelva a cometerlo ni tampoco los demás, que ven como se le castiga”. La pena, según esta concepción, tiene como fin la prevención, la aseguración del bienestar

²² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Lecciones de derecho penal. parte general*. 2do. Volumen. JUSTEL. Santiago de Chile. 2006, p. 216.

²³ ROXIN, Claus. *La reparación civil dentro del sistema de los fines penales*, en: Universitas. Revista trimestral alemana de letras, ciencias y arte, vol. XXIV, núm. 3, 1987, p. 214.

colectivo mediante la intimidación, destinada a evitar la futura comisión de ilícitos (prevención general) y, a su vez, motivar la supresión del ánimo delictivo en el infractor de la norma (prevención especial)²⁴.

Las teorías relativas pretenden legitimarse desde la utilidad, cumpliendo consecuencias externas beneficiosas para la sociedad. Para ello fundamentan la aplicación de la pena ya sea en la racionalidad puramente psicológica del hombre o en su racionalidad económica —lo cual tiene a su vez como condición la racionalidad de Estado— (teoría de la prevención general), o bien en la diferenciación substancial biológica, antropológica o social de los hombres (prevención especial). Juan Bustos Ramírez opina que si se analiza críticamente la prevención general, ni el Estado se puede definir como un ente absolutamente racional en su actuación, ni los hombres pueden quedar reducidos a una racionalidad sociológica o económica²⁵.

Ello no tiene base alguna en la realidad. Por lo cual el planteamiento legitimador utilitarista queda completamente en el vacío, su utilidad social aparece indemostrable y no le queda más recurso que partir de la irracionalidad y, en definitiva, de grados de irracionalidad declarada entre los hombres (por eso ya Feuerbach planteaba mayores penas para los semiimputables que los imputables). Esto conduce a una agravación constante de las penas y sus sistemas de ejecución, y a una especialización o sectorización del sistema penal. Hay los aparentemente racionales y los irracionales declarados, que a su vez tienen grados de declaración de irracionalidad: es el camino para la doctrina de la

²⁴ GÓMEZ RECIO, Fernando. *El principio de proporcionalidad penal, doctrina Constitucional y su aplicación a los delitos de tráfico de drogas*, en: Actualidad Penal. Revista técnicojurídica de Derecho Penal, núm. 45, Editorial La Ley, Madrid, 2000.

²⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Prevención y Teoría de la Pena*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile. 1995, p. 22.

seguridad nacional y la consecuente legislación de emergencia actual. La pena respecto del irracional ha de mantener o reforzar la racionalidad aparente y, a su vez, ha de separar al irracional declarado dentro del Estado-racional.

Dentro de las teorías relativas de la pena, encontramos:

1.- Las teorías de la prevención: Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Como puede verse, la prestación social del Derecho penal (la protección de bienes jurídicos) tiene una incidencia directa sobre el individuo a través de la motivación. Este efecto motivatorio puede recaer sobre todos los ciudadanos en general o solamente sobre el sujeto delincuente. Con base en estas dos posibilidades, la doctrina ha diferenciado dos formas distintas de prevención: la prevención general y la prevención especial.²⁶

a) Prevención general: La teoría de la prevención general establece que la función motivatoria del Derecho penal se dirige a todos los ciudadanos. La forma cómo tiene lugar este proceso motivatorio es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva.

- Prevención general negativa: La teoría de la prevención general negativa se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos.²⁷

²⁶ Ibid., p. 23.

²⁷ Ibid., p. 23.

- Prevención general positiva: La formulación original de la prevención general positiva se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia en el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos.²⁸

b) Prevención especial: La llamada teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero entiende que este efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente. En este sentido, no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución de la pena. La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de von Liszt, contando con un amplio desarrollo por parte del positivismo italiano. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no le produce un efecto intimidante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos²⁹.

2.- Teoría de la unión: Los cuestionamientos que se les ha hecho a las teorías absolutas y a las diversas teorías de la prevención, han llevado, de alguna

²⁸ Ibid., p. 24.

²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. “Acerca de la función de la pena”. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a19.pdf> . Web site visitada el 09 de marzo de 2017.

manera, a la formulación de teorías de corte ecléctico que buscan corregir los excesos a los que se llegaría con la asunción de la perspectiva de sólo una de ellas. Es así que se han desarrollado teorías de la pena que combinan la perspectiva retributiva con los fines de prevención. Dentro de las teorías de corte ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general y resocializadora. La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene aprovecharlos en una formulación conjunta.

2.2.5. Tendencias Criminalizadoras del Derecho Penal

Las tendencias analizadas en este marco se gestan en el marco de un proceso coyuntural del derecho penal que actualmente padece, caracterizado por dos cuestiones que tienen que tenerse en cuenta para hacer viable los objetivos político-criminales y penales. Nunca antes, como hoy, y con mayor intensidad el Derecho Penal viene fomentando un discurso confrontacional existente entre el criterio racionalizador del principio de mínima intervención o reducción del ámbito de acción del sistema penal y la necesidad de tutelar nuevos bienes jurídicos colectivos o macro-sociales (libre competencia, medio ambiente, etc.) que le da un contenido criminalizador.

En este mismo contexto, podemos señalar el Código Penal español de 1995, ya existen críticas por su desmesurada extensión en instrumentos legislativos como los delitos de peligro abstracto o las normas penales en blanco para proteger bienes jurídicos poco precisos o difusos, características de los que los penalistas de la

Escuela de Frankfurt llaman “moderno” Derecho Penal, excede el marco constitucional respetuoso con los principios básicos del Estado de Derecho³⁰.

En ese sentido, aunque parezca paradójico, que por una parte, si bien es cierto se ha descriminalizado *de jure* con el caso más conocido como es el de la destipificación. Así, algunos delitos superfluos o pseudo-criminales, también lo es el hecho que al mismo tiempo se está percibiendo una inflación penal, producido por las tendencias criminalizadoras; todo esto sucede en momentos en que el Derecho Penal euro-continental del cual forman parte los países sudamericanos, en cuanto al diseño político criminal se enmarca dentro del modelo alternativo de mínima intervención del sistema de control punitivo; y precisamente Cervini señala que “no obstante, que si bien la tendencia descriminalizadora es abiertamente dominante en el panorama doctrinario, en terreno legislativo, por el contrario, muchos países desarrollados participan actualmente de una orientación crecientemente represiva que se traduce en un aumento de conductas punibles”³¹.

Como es sabido, los más autorizados representantes del derecho penal mínimo son Luigi Ferrajoli quien sostiene que el derecho penal debe minimizar la violencia y maximizar las garantías, y Baratta quien pregona un redimensionamiento del Derecho penal a raíz que la criminología crítica se transforma cada vez más en cuestionamiento del Derecho penal al cual considera como un sistema dinámico de funciones en el que es posible distinguir tres mecanismos susceptibles de análisis separado: el de su producción de normas (criminalización primaria), el de su

³⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ James. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Ediciones legales. 1era. Edición. 2016. p. 146.

³¹ CERVINI, Raúl. *Los procesos de descriminalización*. Montevideo. 1993, p. 164.

aplicación (criminalización secundaria) y el de la ejecución de las penas y medidas de seguridad.

Las perspectivas minimalistas en cuanto a sus posibles vías o mecanismos orientados hacia la reducción del sistema punitivo se plantean medidas como la descriminalización, despenalización, la desjudicialización. Para lograr el descongestionamiento tanto a nivel sustantivo como procesal resultara legítimo “huir al derecho penal” en términos de Claus Roxin cuando los demás mecanismos jurídicos no penales de resolución de conflictos han fracasado; de ahí su naturaleza subsidiaria (última ratio) que, además implica sustituir la pena por otras sanciones alternativas. Asimismo, existen otros principios básicos que deben tenerse en cuenta al momento de la creación legisferante de delitos (criminalización primaria) como son la fragmentariedad (sancionar sólo los ataques más graves a bienes jurídicos más importantes que suele predicarse en la parte especial).

2.2.6. Las características del Estado de Derecho ³²

a) Sujeción de los gobernantes y gobernados al imperio de la constitucionalidad

Ello implica la supremacía de la Constitución, las leyes y demás normas jurídicas sobre la mera voluntad de los gobernantes y gobernados. Dicha supremacía involucra el respeto de los aspectos teleológicos y axiológicos del ordenamiento jurídico.

En ese contexto, los gobernantes deben de ajustar su conducta funcional dentro de los cánones establecidas por el ordenamiento jurídico (jerarquía

³² GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del estado y derecho constitucional*. 4ta. Edición. Adrus D&L Editores S.A.C. Lima. 2014, p. 163.

competencia, atribuciones, deberes, responsabilidades, requisitos y formas de acceso al ejercicio de las funciones públicas, etc.). A su vez los ciudadanos actúan coexistencialmente en función al marco de los derechos y deberes establecidos en la Constitución y las leyes y no por los caprichos enmarcados en el capricho, parecer o mera voluntad de los gobernantes.

Más un los principios, valores y normas enmanadas de dichos ordenamientos son la base y el fundamento de cualquier relación de convivencial. En ese sentido lo correcto o incorrecto, lo debido y lo indebido, lo posible o lo no posible dentro del marco de la institucionalización y ejercicio de la actividad gubernamental, pasa a la matiz de los principios de constitucionalidad y legalidad.

Alberto Borea Odrian, es la existencia de un poder limitado, “se acredita la supremacía del derecho sobre el poder político, por el modo de someter al accionar de los actores políticos y de cualquier pretensión ordenada del Estado, a las normas jurídicas que expresan la convivencia de los seres humanos”. Limitación que se halla en la diferencia entre el Estado de Derecho y un Estado con Derecho. La primacía Constitución y a la asistencia de un sistema jerárquico de normas sujetos al principio de publicidad, o la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de los derechos fundamentales; así como la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Todo ello conlleva al afán de afirmar y garantizar los derechos fundamentales de la persona.

b) Distribución de las funciones y asignación de responsabilidades entre los titulares de los órganos de poder.

El reparto equilibrado de las funciones entre una pluralidad de órganos de poder, el examen, la verificación, la supervisión y la fiscalización de la labor estatal; así como la asunción de responsabilidades por las acciones u omisiones en el ejercicio del poder político devinieron en atributos del Estado de Derecho.

c) Criterio de la distribución del poder entre el poder constituyente y el poder constituido:

Ello plantea la obligación permanente de los titulares del poder constituido (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) de no rebasar los límites y competencias establecidas por el poder constituyente.

En ese sentido existe la prescripción del uso de la interpretación auténtica de la Constitución, vía la elaboración parlamentaria de una norma meramente interpretativa de alguna parte del texto fundamental.

d) Criterio de control de la constitucionalidad de las leyes

La Constitución aparece como el parámetro normativo para reconocer la validez por ende, la obligatoriedad de su cumplimiento de la actividad legislativa de los órganos con poder políticos.

e) Criterio de la distinción entre Estado y sociedad civil

A través de la sociedad civil se plantea la organización de la vida humana en el seno de la colectividad, para el ejercicio de la libertad personal con limitaciones y facilitaciones, a fin de que cada uno actúe de acuerdo a sus

intereses y expectativas pero promoviendo el bien común. Esta expresa un complejo compartido de interés espirituales, sociales, económicos, etc.

El estado tiene poder limitado que no hace al individuo un ser meramente dependiente de aquel. De allí que con acierto se consigne que el Estado regula la libertad pero no puede sugestionarla.

f) Criterio de distribución horizontal de las competencias entre los órganos del poder constituido

El gobierno se constituye en un trípode de unidades impersonales que tiene a su cargo el desarrollo y expresión de una o varias funciones del Estado, a través de las cuales se revela su actividad volitiva.

g) Criterio de distribución vertical de las competencias del poder constituido a los órganos descentralizados

Implica que los órganos centrales de gobierno se “despojan” de determinan competencias y las trasladan a otros entes autónomos intra-territoriales para que desempeñan determinadas acciones vinculadas con un desarrollo integral y equitativo en la organización y distribución de recursos.

h) Existencia de un conjunto básico de derechos ciudadanos de carácter civil, político, social, económico y cultural; de garantías jurídicas para el pleno goce o restablecimiento de su disfrute por parte de los gobernados; así como la asignación deberes, responsabilidades y cargos ciudadanos.

Para Francisco Fernández Segado, señala que el Estado de Derecho se legitima en un conjunto de valores que ha de impregnar al plexo del ordenamiento jurídico. Dicho valor valorativo se resume en libertad, igualdad,

seguridad y promoción de la realización existencial y coexistencia de los gobernados. Es así que se acuña la expresión Estado Democrático de Derecho, para graficar la interconexión entre el Estado de Derecho (Estado Constitucional) y de democracia.

2.2.7. El Estado Social de Derecho

La noción de Estados Social de Derecho surge como consecuencia de la incorporación de cláusulas de contenido económico y social y en donde se refleja la asignación de nuevas tareas y fines estatales. El Estado Social de Derecho procura garantizar un mínimo coexistencial de bienestar; ergo, resguarda los aspectos materiales del goce de una existencia digna.³³

El Estado dejara su condición de ente impasible ante la dramática situación de grupos sociales gobernados por los males del hombre, el desempleo y las carencias materiales que afectan la dignidad humana, pasando adoptar una acción decidida a que esa dignidad, que marca substantivamente la diferencia con las demás especies vivas, quedara firmemente garantizada³⁴

Tal como señala Carlos Ochando Clarament [el estado de bienestar: Barcelona: Ariel, 1999] “la pobreza y la dignidad dejaron de ser un problema moral, para convertirse en un problema político. El Estado quedo legitimado para intervenir en el proceso de distribución de la renta y el bienestar en una política social más activa”. Por ende, la promoción de la equidad económica, la justicia social y la seguridad social, se empiezan a convertir en factores indispensables para el desarrollo de la persona humana.³⁵

³³ Ibid., p. 182.

³⁴ Ibid., p. 184.

³⁵ Ibid., p. 184.

Dentro de ese contexto, el Estado se sujeta a las formulas programáticas del constitucionalismo social que acerca al cuerpo político con la sociedad, en función de velar por la satisfacción de las necesidades derivadas de una convivencia digna, justa y solidaria entre todo los hombres pertenecientes a un mismo ente estadual. Expresa el reconocimiento de un mínimo de igualdad real material y un sumo atributo a la igualdad de oportunidades.³⁶

Este constitucionalismo surge y se vierte en normas programáticas de contenido económico-social que son principios de acción estadual que se ofrecen como premisa horizonte y límite del que hacer del cuerpo político en relación con la población perteneciente a él. Ello implica como expone Miguel Carbonell [Diccionario de derecho constitucional. México: Porrúa, 2009] “una configuración institucional basada en sistemas de protección y seguridad social muy amplios, así como un esquema claro de mecanismo de redistribución en pos de reducir la desigualdad económica y social de la población”.³⁷

Este constitucionalismo social nace tímidamente con la Constitución francesa de 1791, en donde se prevé la creación de establecimientos de socorro público para educar niños abandonados, para aliviar enfermos en condición de extrema pobreza y para la promoción del trabajo en favor de los inválidos en estado de abandonos moral. Al respecto, Maximiliano Robespierre [Citado por David P. Jordan. Robespierre. Biografía e historia. El primer derecho es el de existir. La primera ley social es aquella que garantiza a los miembros de la sociedad los medios de existir, todo los demás derechos están subordinados a ella. La expresión Estado Social de Derecho fue acuñada por Herman Heller en su obra Teoría del Estado (1929), y en donde se

³⁶ Ibid., p. 185.

³⁷ Ibid., p. 186.

consigna que esta es la única fórmula viable para cancelar la irracionalidad del individualismo burgués y el totalitarismo populista del fascismo.³⁸

Mediante su institucionalización se fortalecen una pluralidad de ideas fuerza, a saber:³⁹

- a) La consecuencia de la justicia social, entendida esta como la compenetración de la justicia legal y la justicia distributiva; y que apunta a una más armoniosa regulación del binomio sociedad e individuo. Dicha noción comprende tanto lo que los particulares deben hacer en pro del bien común, como aquello que la sociedad debe a todos sus miembros por la misma razón. En esa orientación postula políticas estatales tendentes a firmar la inclusión, la equidad social y la redistribución de excedente económico. Como afirma Emilio Fernández Vázquez [diccionario de derecho político Buenos Aires: Astrea, 1981], conlleva “un impulso dinámico de la realización del bien común, eliminando los obstáculos que impiden el desenvolvimiento de todos y cada uno de los miembros de la comunidad política”.
- b) La formación de una sociedad con igualdad de oportunidades, en donde a través de acciones de fomento e impulso estatal se tiende a que la libertad y los demás derechos reconocidos a las personas y grupos sociales se hagan efectivos y se aspire a remover todos los obstáculos que impulsan o dificultan su plenitud.
- c) El reconocimiento y protección de los Derechos económicos-sociales denominados de segunda generación; de aquí que se ponga especial énfasis en la consignación constitucional del derecho de trabajo el derecho a la

³⁸ Ibid., p. 187.

³⁹ Ibid., p. 187.

libertad de asociación, los derechos grupales, la salud, la seguridad social, la educación, etc. Para tal efecto garantiza una diversificada red prestacional de servicios públicos.

- d) La incorporación sistemática de un conjunto de normas constitucionales referidas a la relación y papel del Estado con el fenómeno económico y los derechos y libertades conexas. Para tal efecto se establece un marco jurídico regulatorio de la vida económico de una comunidad.

2.2.8. El Estado Democrático y Social de Derecho

Dicha noción alude en comunidad en donde sobre las bases de las experiencias establecidas para el Estado de Derecho, se han amalgamado las características tanto del Estado Democrático como el estado Social.⁴⁰

En puridad, en modalidad estadual es la consecuencia del proceso evolutivo reconocido por el Estado desde su institucionalización a la fecha.⁴¹

Su constitución y moldeamiento aparece en la ley Fundamental de Bonn (1949). Así, en el artículo 20.1 del citado texto fundamental se consigna los siguientes:⁴² “la Republica Federal es un Estado Federal democrático y social”

Como bien afirmo constitucional en el caso Roberto Nesta Brero (Expediente N° 00008-2003-AI/TC), el Estado Democrático y Social de Derecho no solo reconoce, protege y promueve el goce de derechos tales como la libertad, la seguridad y la igualdad ante la ley; sino que adicionalmente pretende conseguir su mayor efectividad, dotándoles de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que persona y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino nociones en

⁴⁰ Ibid., p. 188.

⁴¹ Ibid., p. 188.

⁴² Ibid., p. 188.

implicación recíproca. Así, no hay posibilidades de “concretar” cabalmente la libertad si su reconocimiento y garantías formales no se ven acompañadas de condiciones existenciales básicas y mínimas que hagan posibles su ejercicio. Por ende, ello supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.⁴³

En ese orden de ideas, aparece que el reconocimiento de la dignidad de la persona humana deviene en la condición esencial para la vida en relación. De allí que los principios que sustentan y justifican la coexistencialidad.⁴⁴

2.2.9. Los Derechos Humanos como Derechos Inalienables

El origen etimológico de la palabra, un derecho será inalienabilidad si no puede ser enajenado. La palabra «enajenar», en su sentido más estricto, significa «pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún derecho sobre ella»⁴⁵; pero, en otra acepción más amplia, enajenar es sinónimo de disponer: ejercer sobre un bien las facultades propias del dominio, que se concretan en los actos de disposición.⁴⁶

Para Pedro Nikken, la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene

⁴³ Ibid., p. 188.

⁴⁴ Ibid., p. 188.

⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 19 Edición. Madrid. 1970, p. 735.

⁴⁶ BALLESTEROS, Jesús. *Derechos Humanos*. Editorial TECNOS, S.A. Madrid. 1992, p. 87

derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos”⁴⁷ .

Si el derecho a la integridad física es inalienable, ello quiere decir que su titular no puede ni disponer jurídicamente de tal derecho – no puede renunciar a él, o vender una parte determinada de su cuerpo o una función corporal – ni disponer de él físicamente – mutilarse voluntariamente.⁴⁸

Inalienabilidad sería aquella cualidad de un derecho en virtud de la cual su titular no puede realizar sobre él ningún tipo de actos de disposición.⁴⁹

Por lo que respecta, por ejemplo, al derecho a la vida si éste es inalienable ello implica que nadie pueda estar obligado a sacrificarlo, luego la conclusión es obvia: nunca se puede atentar contra el derecho a la vida, pues tal atentado significa que no sólo se viola el derecho en la situación concreta, sino que tal derecho es perdido por su titular para siempre; si esto se permitiera, el derecho a la vida no sería inalienable, pues los derechos inalienables se definen precisamente como aquellos que su titular no puede perder.⁵⁰

La inviolabilidad es otro de sus rasgos esenciales: mientras la inalienabilidad adopta la perspectiva del propio titular del derecho e impone límites a su conducta,

⁴⁷ NIKKEN, Pedro. *La garantía Internacional de los Derechos Humanos*. Jurídica Venezolana. Estudios Jurídicos. Caracas. 2006, p. 7.

⁴⁸ BALLESTEROS, Ob. cit., pp. 87-88.

⁴⁹ BALLESTEROS, Ob. cit., 88.

⁵⁰ BALLESTEROS, Ob. cit., 89.

la inviolabilidad – que ha sido designada también por la doctrina con el nombre de «carácter absoluto» de los derechos humanos.⁵¹ – tiene por objeto las conductas de los demás, e impone límites a éstas en cuanto que inciden sobre la esfera jurídica del titular de un determinado derecho.⁵²

¿Son inalienables los derechos? Una fundamentación

Los derechos humanos, que tienen por base dicha dignidad, son inalienables. Los derechos humanos se fundan en la dignidad del hombre, esto es, en aquella exigencia que es expresada por ejemplo por Kant en la *Metafísica de las costumbres*: «La humanidad misma es una dignidad, pues el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni siquiera por sí mismo) puramente como medio, sino siempre como un fin y en ellos precisamente estriba su dignidad (la personalidad), por la cual se eleva sobre todas las demás esencias del mundo que no son hombres».⁵³

La dignidad humana se identificada con la condición de persona, como pone de relieve Kant, quien utiliza precisamente los términos «dignidad» (*Wurde*) y «personalidad» (*Personlichkeit*) como sinónimos⁵⁴. Por su parte, el profesor canadiense William Conklin, tratando de indagar el sentido de la expresión «respeto a la persona» que subyace a la teoría de los derechos humanos, escribe que «la

⁵¹ BALLESTEROS, Ob. cit., p. 89.

⁵² BALLESTEROS, Ob. cit., p. 89.

⁵³ Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten, Tugendlehre*, § 38. En *Werke*, a c. de W. Weischedel. Insel. Wiesbaden, 1960, vol. IV, p. 600 – 601. La ética Kantiana tiene como presupuesto básico un formalismo que no me parece compartible, pues desliga el cumplimiento de los deberes morales de toda tendencia al Bien: cfr. Ángel RODRÍGUEZ LUÑO, *Immanuel Kant: Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Magisterio Español, Madrid, 1977, *passim*; por tanto, mi argumentación no se basa en ningún caso en el pensamiento de Kant en su globalidad, sino tan sólo en aquellas intuiciones brillantes del filósofo de Königsberg expresadas concretamente en los pasajes citados.

⁵⁴ Cfr. Los textos que cito en este trabajo: Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten, Tugendlehre*, § 6 y 38, EN *Werke*, cit., pp. 555 y 600.

humanidad común a todas las personas es su potencialidad», pues «cada persona es una potencialidad abierta en el proceso de llegar a ser»⁵⁵

Pero, por otro lado, el atributo que basta para identificar al hombre concreto como portador de tal dignidad no es la presencia real y efectiva de las capacidades o habilidades correspondientes a un desarrollo psicológico normal, sino la potencialidad de llegar a disponer de ellas: la titularidad de los derechos humanos se extiende en consecuencia a todos los sujetos dotados de semejante potencialidad, en definitiva a todo hombre, incluso si todavía no ha nacido o si por razones fisiológicas se halla privado fácticamente de tales habilidades.⁵⁶

El hombre se halla abierto esencialmente al otro, a los demás, necesita al otro: se halla inmerso en una relación social de la que no le es posible prescindir. La socialidad o exigencia ontológica del otro aparece pues como un rasgo constitutivo esencial del ser del hombre ⁵⁷ deriva precisamente la razón de ser del Derecho existe, en pocas palabras, porque el hombre es un ser social. Pues bien, esta condición ontológica del hombre implica que la persona no es propietaria de su dignidad como lo puede ser de un objeto material cualquiera; el hombre está obligado moralmente a respetar su dignidad, pues – debido a la socialidad – existe una titularidad compartida de todos los otros sobre mi propia dignidad; por eso, si el Derecho quiere respetar ese rasgo antropológico – que es en el que se fundamenta – ha de impedirme atentar contra mi dignidad, pues ello significaría tanto como atentar a la socialidad y a la titularidad compartida de todos los otros sobre mi dignidad ⁵⁸.

⁵⁵ Ibid., p. 91.

⁵⁶ Ibid., p. 93

⁵⁷ HEIDEGGER, Martin y otros, *Sein und Zeit*, Max Niemeyer, Tubinga, 1927, pp. 126 ss.; Jesús Ballesteros, *Sobre el Sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp 125 ss.

⁵⁸ Una argumentación parecida se contiene – referida específicamente al derecho a la vida – en el interesantísimo artículo de Francesco VASALLA «Distrito alla vita e diritto sulla vita», *Revista Internazionale de la Filosofía del Distrito*, 65 (1988), p. 19.

Así pues, la dignidad del hombre es, ciertamente, inalienable. El hombre no puede renunciar no desposeerse de ella. Por tanto, no puede desposeerse tampoco de los derechos humanos, que se fundan en la dignidad humana. Los derechos humanos son pues, inalienables.⁵⁹

2.2.10. El Derecho Penal del Enemigo

El derecho penal del enemigo fue acuñado en 1985 en una polémica y sugerente intervención en las Jornadas de penalistas alemanes, celebradas en Frankfurt am Main, introducido por Jakobs el concepto de “Derecho penal del enemigo”.⁶⁰

Jakobs denomina Derecho Penal del Enemigo, a una especie de Derecho “de policía”, enfrentado pero complementario del Derecho penal de ciudadanos, que combate a sujetos especialmente peligrosos que muestran con sus delitos un devastador potencial de desestabilización social. Se trata, pues de medidas que aportan una necesaria seguridad (necesaria para mantenimiento del Estado de Derecho) en el lugar en el que los delincuentes peligrosos brindan peligrosidad criminal.⁶¹ Entre las características del Derecho Penal del enemigo, cita Jakobs⁶² las siguientes:

⁵⁹ Ibid., p 94.

⁶⁰ POLAINO ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. 1era. Edición. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima 2009, p. 60.

⁶¹ Ibid., p. 73

⁶² GUNTHER Jacobs. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Traducción de Teresa Manso Porto. Estudios de Derecho Judicial, núm. 20, Escuela Judicial. CGPJ. Xunta de Galicia. Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1999, pp. 122 y ss., esp. 137 y ss. De este trabajo existe una versión Alemana, extractada y por considerablemente diferente, pero con notas, bajo el título “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en Albin Eser/Winfried Hassemer/Bjorn Burkhardt (Comp.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2000, pp 47 y ss. Seguimos, por ser más complete, la citada version española..*

Adelantamiento de la punibilidad: o sea, “el camino de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir”⁶³: no se estudia el delito de manera retrospectiva (en función del delito ya cometido), sino prospectiva (en vista de los delitos por cometer).

En fin, se atiende primordialmente al juicio de peligrosidad en el futuro. Es el caso de creación de organizaciones terroristas o producción de narcóticos por bandas organizadas, que provocan un riesgo no tanto por los que sus integrantes ya han hecho (perspectiva retrospectiva) sino porque su misma unión supone ya, de por sí, un riesgo tan socialmente intolerable que en sí misma merece punición penal (perspectiva prospectiva).

Ausencia de una reducción proporcional de la penalidad: a pesar de que se adelanta la barrera de protección a un momento anterior a la consumación, la pena se mantiene inalterada. Esto es, castiga la imperfecta realización típica (actos preparatorios y tentativa) como si la misma supusiera ya una perfecta afección del bien jurídico protegido.

Cambio de los fines del ordenamiento penal: de manera que se produce un tránsito de la legislación penal, que pasa de ser una legislación protectora o de tutela a ser una legislación que se caracteriza por la lucha o combate de la delincuencia (organizada, de tráfico ilegal, de terrorismo, delitos sexuales, delincuencia económica, etc., entre otros ámbitos de delincuencia especialmente peligrosa). Este cambio de enfoque o de paradigma indica una mayor peligrosidad de los agentes del delito en esas figuras, así como un mayor potencial o riesgo para la Sociedad en esos ámbitos.

⁶³ Idid., p. 138.

2.2.11. Necesidad de un tipo penal que sancione las conductas de los directivos de los medios de comunicación social que trasmitan o publiciten contenidos obscenos o porno gráficos.

En esa lógica es que el Código Penal peruano, en el artículo 183, inciso 1, sanciona aquel sujeto que “ ... muestra, vende o entrega a un menor de dieciocho años, por cualquier medio, objeto, libros, escritos, imágenes visuales o auditivos que por su carácter obsceno, pueden afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual ”; es decir , sanciona la conducta del que por ejemplo, tiene su puesto de periódicos en un lugar público, “muestra”, “vende” o “entrega” a un menor de edad revistas, periódicos o de cualquier otra naturaleza con contenido pornográfico u obsceno. Esa conducta se encuentra reprimida expresamente en el artículo 183, inciso 1 del código penal con una pena privativa de libertad no menor de seis años.⁶⁴

Relación de tipos penales de la parte especial del Código Penal Peruano donde se protege el “Principio Del Interés Superior Del Niño Y Adolescente”.

En los delitos contra la libertad personal, y en especial cuando se pretende proteger la formación sexual del niño y adolescente, el legislador penal, sino también en procurar adicionar circunstancias agravantes en los títulos de “proxenetismo” y “Ofensas contra el Pudor”.⁶⁵

⁶⁴ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratados de Derecho Penal*. Volumen 1. 1era. Edición. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Lima. 2016, p. 406.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 409

El delito de pornografía infantil del artículo 183-A dice: “El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa, exporta por cualquier medio, incluido la internet, objetos escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de *catorce y menos de dieciocho años de edad*....”⁶⁶

Resulta recomendable que el juzgador establezca un sistema de remisiones a una norma extrapenal.

Considerado recomendable un sistema de remisiones normativas de carácter extrapenales en la conducta típica del inciso 4, artículo 184 del código penal, en la que solo será sancionado en la medida que el juez penal verifique si afectivamente se ha incumplido la ley de la materia. Así por ejemplo, sería la ley N^a 28278, ley de radio y televisión, que en sus artículos pertinentes señala lo siguiente: Artículo 43: Prohibición de pornografía.- Los servicios de radiodifusión no pueden difundir programas con contenido pornográfico o que promuevan el comercio sexual.⁶⁷

2.2.12. 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».⁶⁸

⁶⁶ Ibid., p. 411.

⁶⁷ Ibid., p. 411.

⁶⁸ 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. Disponible en https://www.unicef.org/spanish/specialsession/documentation/documents/op_se_sp.pdf. Web site visitada el 19 diciembre de 2016.

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», artículo 20, inciso 2.⁶⁹

En tanto el Convenio de la Unión Europea sobre Ciberdelincuencia explica que la pornografía infantil comprende en su integridad el material pornográfico que muestre visualmente

- a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
- b. una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.
- c. imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.⁷⁰

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». En consecuencia, de este concepto extraemos las siguientes características⁷¹:

⁶⁹ “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 pública 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)”.

⁷⁰ Convenio de la Unión Europea sobre Ciberdelincuencia, de 17 de septiembre de 2010. Disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/consejo_europa/convenios/com_mon/pdfs/Convenio_Ciberdelincuencia.pdf. Web site visitada el 19 diciembre del 2016.

⁷¹ MORILLAS FERNANDEZ, David. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Editorial DYKINSON. S.L. Madrid. 2005, p. 67.

- 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 [...]». Las fotografías, el video o DVD forman parte de esta representación visual como lo explica el propio Morillas. 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.
- 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.
- 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».
- Por otro lado, la pornografía infantil simulada abarca lo explicado anteriormente, pero no se está frente a un menor de edad real. 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».

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

2.2.13. La Indemnidad Sexual como bien jurídico protegido en el delito de fabricación de Pornografía Infantil

La indemnidad sexual protege las condiciones biológicas, psicológicas para un normal desarrollo sexual en los infantes y adolescentes.⁷² 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

⁷² “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. 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”, p. 15.

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.⁷³

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 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.⁷⁴

2.2.14. La víctima del delito como objeto de la Criminología

La víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono. Disfruto del máximo protagonismo en su “edad de oro”,⁷⁵ durante la justicia primitiva siendo después drásticamente “neutralizada” por el sistema legal moderno. La víctima

⁷³ “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” p. 28.

⁷⁴ “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” p. 323.

⁷⁵ Según denominación de SHAFER, en: *The Victim and his Criminal. A Study in functional responsibility*. New York, 1968 (Randon House), p. 7 y ss.

soporta los efectos del crimen (físicos, psíquicos, económicos, etc.), pero también la insensibilidad del sistema legal, el rechazo y la insolidaridad de la comunidad y la indiferencia de los poderes públicos.⁷⁶

a) El abandono de la víctima (neutralización) y sus causas

Siguiendo la comentada denuncia de sociólogos y psicológicos – las siempre escasas inversiones públicas parecen destinarse siempre al penado (nuevas cárceles, infraestructura, etc.), como si la resocialización de la víctima no fuera un objetivo básico del Estado <<social>> del Derecho.⁷⁷

La neutralización de la víctima se halla, pues, en los propios orígenes del proceso legal moderno. Este es un mecanismo de mediación y solución institucionalizada de los conflictos que objetiva y despersonaliza la rivalidad entre las partes contendientes. Pero el lenguaje abstracta, simbólico, del Derecho y el formalismo de la intervención jurídica, han convertido a la víctima real y concreta del drama criminal en una mero concepto, en una abstracción más. Porque definido el delito como enfrentamiento simbólico del infractor con la ley, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídica ideal, anónima y despersonalizadamente, la víctima se desvanece, deviene fungible, irrelevante. De este modo, el Derecho no solo distancia a las partes del conflicto criminal, sino que abre un abismo irreversible, sino que abre un abismo irreversible entre las mismas y escinde artificialmente la unidad natural e histórica de un enfrentamiento interpersonal.⁷⁸

⁷⁶ GARCIA PALOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología; Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 5ta. Edición. Ediciones Iuris Consulyi S.A.C. Lima. 2006, p. 242.

⁷⁷ HASSEMER, W., *Fundamento del derecho penal*. Barcelona 1984 (Bosch), p. 89 y ss.; SANGRADOR, J.L., *La Victimología y el sistema jurídico penal*, cit., p. 61; RODRIGUEZ MANZANERA, L., *La Victimología*, cit., p.4.

⁷⁸ GARCIA PALOS DE MOLINA, Antonio Op. Cit., p. 68.

La consecuencia de tal fenómeno es muy negativa y de hecho, ha podido ser constada en investigaciones empíricas. El infractor, de una parte, considera que su único interlocutor es el sistema legal, y que solo ante este contrae responsabilidades. Y olvida para siempre a su víctima. Esta, de otra, se siente maltratada por el sistema legal: percibe el formalismo jurídico, su criptolenguaje y decisiones como una inmerecida agresión (victimización secundaria), fruto de la insensibilidad, el desinterés y el espíritu burocrático de aquel. Tiene la impresión, no siempre infundada, de actuar mera cuartada o pretexto de la investigación procesal, esto es como objeto y no como sujeto de derechos. Lo que a su vez ahondara el distanciamiento entre la víctima y el sistema legal, acelerando el proceso de <<alienación>> de la primera.⁷⁹

b) El concepto de lesión psíquica en nuestro ordenamiento jurídico y en la práctica pericial

El concepto de lesión psíquica en nuestro ordenamiento jurídico y en la práctica pericial, es muy reciente, primando, todavía, la repercusión somática o corporal de la victimización sobre la incidencia psicológica de esta en la salud mental en la del sujeto pasivo.⁸⁰

Las lesiones psíquicas más frecuentes son los cuadros mixtos ansioso-depresivos, el trastorno por estrés post-traumático (TEPT) y el trastorno por

⁷⁹ SANGRADOR. *La victimología y el sistema jurídico penal*, p. 68 a 64.

⁸⁰ “Lesión psíquica y daño moral son conceptos que aluden a realidades diferentes. La primera opera en el ámbito inconsciente, y la desestructuración de la personalidad conduce a trastornos mentales (de conducta). Por el contrario el daño moral se percibe conscientemente y se experimenta por la víctima más como perjuicio que como sufrimiento. ESBEC RODIRGUEZ, E/ GÓMEZ JARABO, G., *Psicología forense*” p. 160.

estrés agudo, los trastornos adaptativos mixtos y la desestabilización propia de los trastornos de la personalidad de base.⁸¹

La víctima de estos hechos criminales padece sentimiento de humillación, ira, vergüenza e impotencia; preocupación constante por el trauma; autculpabilización, con tendencia a revivir y a percibir el suceso como responsable principal del mismo; pérdida progresiva de autoconfianza por los sentimientos de indefensión que experimenta; alteración del sistema de valores, en particular, quiebra de su confianza en los demás y en la existencia de un orden justo; falta de interés y de motivación hacia actividades y aficiones previas; incremento de sus vulnerabilidad con temor a vivir en un mundo peligroso y pérdida de control de su propia vida; disminución de autoestima; ansiedad depresión, agresividad; alteraciones de ritmo y contenido del sueño y disfunciones sexuales; dependencia y aislamiento; cambios drástico en el estilo de vida, miedo a acudir a los lugares de costumbre, etc.⁸²

c) Malos tratos, abuso sexual y corrupción de menores

Los malos tratos a niños constituyen una criminalidad de muy elevada cifra negra y gravísimo impacto psicológico en la víctima. Psicológicamente el niño maltrato se manifiesta triste y decaído, apático. Puede presentar un retraso psicomotor y bajo rendimiento escolar, desarrollando incluso, respuestas de retraimiento o antisociales.⁸³

⁸¹ ESBEC RODRIGUEZ y otros. *Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad*. Edisofer S.L. Madrid. 2000., pp. 166.

⁸² *Ibid.*, p. 79.

⁸³ *Ibid.*, p. 80.

Los estudios psicológicos establecen tres grupos-tipo de síntomas postraumáticos en niños victimizados: grupo con síntomas intrusivos o de evitación, grupo con miedo y ansiedad generalizada, y grupo de miedo y pesadillas.⁸⁴

Se han descrito importantes secuelas a medio y largo plazo asociados a los malos tratos. Retraso mental y bajos niveles de inteligencia <<verbal>>; fracaso escolar; retraso en la adquisición del lenguaje; retraimiento y trastornos sociales adaptativos; angustia y saciedad, depresión, ideas suicidas; cuadros psicóticos; trastornos de identidad múltiple; trastorno límite antisocial o de personalidad; alcoholismo; fracaso no orgánico de crecimiento; trastornos psicosomáticos; agresividad, irritabilidad, hostilidad, etc.⁸⁵

La doctrina <<efecto espejo>>, es cuando la víctima de los malos tratos durante la infancia practicará en la madurez, los mismos malos tratos, pasando, pues de víctima infantil a maltratador adulto, de niño maltratado a paciente psiquiátrico o criminal violento. Se habla, también, de criminalización de la víctima para designar tal realidad.⁸⁶

El abuso sexual es una modalidad del maltrato infantil de particular trascendencia por su impacto psicopatológico.

El descubrimiento del abuso durante la pubertad, produce en la víctima intensos sentimientos de odio, frustración y culpa, al comprender el significado de la victimización.⁸⁷

⁸⁴ Ibid., p. 80.

⁸⁵ Ibid., p. 80.

⁸⁶ Ibid., p. 81.

⁸⁷ Ibid., p. 81.

d) Agresiones físicas y lesiones

La edad y el sexo, son por el contrario, factores que condicionan el impacto psicológico del traumatismo.

Las víctimas de estos delitos suelen referir, por este orden, preocupación, miedo y pérdida de confianza; depresión, estrés, alteraciones del sueño o problemas de salud; rabia y frustración.⁸⁸

e) Agresiones sexuales

Las personas que sufren este delito en particular, el de violación son las más intensamente victimizadas. La violación es uno de los hechos criminales más traumatizantes, genera de forma inmediata síntomas de trastorno de estrés postraumático y, a menudo, secuelas psicológicas a largo plazo.⁸⁹

Según conocidas investigaciones⁹⁰, la violación ocasiona reacciones emocionales severas, especialmente miedo, depresión y rabia, con el consiguiente cambio de los estilos de la vida de la víctima. Esta padece un incremento significativo de los niveles de obsesión – compulsión, ansiedad, ideación paranoide, psicoticismo, etc., que parecen correlacionar con la entidad de la fuerza o violencia empleada por el agresor⁹¹. Un porcentaje llamativo de las víctimas desarrolla trastornos o transformaciones permanentes de la personalidad.

Suele describirse una fase de impacto agudo, en la que el shock traumático se matiza con sentimiento de culpabilidad de la víctima. Si el trauma no es

⁸⁸ Ibid., p. p 82.

⁸⁹ Ibid., p. p 82.

⁹⁰ Ibid., p. p 82.

⁹¹ Ibid., p. p 82.

integrado, surge después una causa ansiedad crónica, acompañada de tensión, fatiga, depresión, intrusismo, fobias, daño en el ajuste sexual con aversión al sexo, bajo autoestima e incapacidad para disfrutar de la vida (síndrome traumático diferido de la violación>>, formulado por Burges y Holmstrom, que consta de dos sub etapas: desorganización - reorganización)⁹². Muchas víctimas mejoran sensiblemente al ser evaluadas a los tres meses siguientes al hecho traumático, pero a partir de este momento, y en un periodo de cuatro años, no se reducen sensiblemente el grado de estrés y malestar de aquellas⁹³.

La clínica del trastorno por estrés postraumático de las víctimas de violación presenta algunos síntomas característicos muy conocido⁹⁴. Rememoración sistemática y persistente del trauma (pesadillas, <<flashbacks>>, etc.) con la consiguiente respuesta conductual al suceso que se vivencia, lo que si tiene lugar durante la actividad sexual de la víctima conducirá a la identificación por esta de su pareja con el violador, generando una progresiva aversión al sexo; alteraciones del sueño e imposibilidad de conciliar este; complejo de culpa; evitación fóbica de las actividades que la víctima asocie con la violación; desconfianza generalizada, en especial, respecto a los hombres; sentido muy acusado de vulnerabilidad, etc.⁹⁵.

Las investigaciones empíricas (estudios longitudinales) demuestran que, superada la fase aguda se produce una mejoría inicial. Pero un año después de la violación, la victima continúa experimentando los efectos psicológicos de la agresión sexual, sobre todo, miedo y ansiedad.

⁹² Ibid., p. 82.

⁹³ Ibid., p. 83.

⁹⁴ Ibid., p. 83.

⁹⁵ Ibid., p. 83.

La mejoría inicial se produce entre los tres y los seis meses que suceden al hecho traumático. Pero después, no hay diferencias significativas ni mejorías sensibles hasta incluso pasado el año y medio de la violación⁹⁶.

2.2.15. Diferencia entre la Indemnidad y Libertad Sexual

Mientras el artículo 170 describe una conducta de acontecimiento sexual abusivo (mediano vis absoluta o vis compulsiva) donde el bien jurídico tutelado es esencialmente la libertad sexual⁹⁷ y es ajena toda posibilidad de consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar por innecesaria ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de que son objeto; así, todos los menores de 14 años).⁹⁸

La agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para lograr la voluntad de la víctima⁹⁹.

La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, esta se configura como una concreción de la “libertad personal”, automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamientos sexuales¹⁰⁰.

⁹⁶ Citando las conclusiones de los estudios longitudinales de KILPATRIK, VERONEN, MEZEY y TAYLOR, NADELSON, SANTIAGO, etc., vid ESBCE RODIRGUEZ, e/ Gomez jarabo.g psicología forense, cit. P. 187.

⁹⁷ “Cuando concurre el delito de violación sexual con resultado de lesiones, interesan también como bienes jurídicos la salud o la vida según el caso”.

⁹⁸ SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Indemnidad Sexual; Tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de 14 a 18 años de edad*. 1era. Edición. Editorial Moreno S.A. Lima 2013, p. 41.

⁹⁹ SERRANO VILLEGAS, Alfonso y otros. *Derecho Penal Parte Especial*. 10ª. Edición Dykinson. Madrid. 2005, p. 215.

¹⁰⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás y otros. *Derecho Penal; Parte Especial*. Tomo II. 1era. Edición. Juristas Editores. Lima. 2011, pp. 383, 385 y 451.

Es una concreación o manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin conexión externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria¹⁰¹.

La protección de la indemnidad sexual, está relacionada con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de menores, así como la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual¹⁰².

Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer su autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la “indemnidad” es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentidos en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostienen que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170 del Código Penal, como la prevista con la sanción de la Ley N° 28251, que modificó el artículo 170 que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor¹⁰³.

¹⁰¹ NORUEGA RAMOS, Iván. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2011, pp. 39 a 42.

¹⁰² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal; Parte Especial*. Volumen II. Editorial Grijley. 4ta. Edición. Lima. 2010, pp. 645 a 650.

¹⁰³ GALVEZ, Tomas y otros. *Ob cit*, pp. 383, 385 y 451.

2.3. Definición de términos

- **Indemnidad Sexual.-** puede ser entendida: “como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida”.¹⁰⁴

- **Libertad Sexual.-** es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales.¹⁰⁵

- **Pornografía Infantil:** se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente¹⁰⁶.

¹⁰⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los delitos contra la Libertad y la Indemnidad Sexuales*. Lima; Gaceta Jurídica; 2004.

¹⁰⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*”, en: Revista de Derecho Penal y Criminología, Segunda Época, N° 6,2000, p. 70.

¹⁰⁶ Ley 25.763. que aprueba el “Protocolo facultativo que aprueba 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” (Asamblea General de Naciones Unidas, 25/5/00), en su art. 2o, inc. c.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultados doctrinarios

Como consecuencia de nuestra investigación, hemos obtenido los siguientes resultados doctrinarios:

A) Sobre la variable de la Indemnidad Sexual:

A pesar de la constante y firme evolución de la figura de indemnidad sexual, la doctrina acepta que hasta ahora no ha existido un acuerdo unánime sobre su contenido, y peor aún, existe una inclinación peligrosa a confundirla con otras categorías jurídico penales que no son, ni semánticamente parecidos. Por ejemplo, en el caso de la intangibilidad sexual, dado que la doctrina española e italiana la han entendido como una virtud por la que determinadas personas, por su especial cualificación, son o deberían ser, sexualmente intocables, tanto que incluso ha llegado a afirmar que estas personas deben permanecer totalmente al margen de cualquier tipo de experiencia sexual. En el caso de nuestra investigación, esta categoría se podría aplicar con toda facilidad a los menores de catorce años, en relación directa a la grave afectación psicológica que acarrearía un hecho relacionado a experiencias sexuales a tan temprana edad.

Por la experiencia jurídica europea, este concepto fundamental ha sido progresivamente confundido con el de indemnidad sexual, y como se da cuenta por la legislación peruana, es éste último el que ha predominado. A través de su contenido, se establece que al Estado le interesa proteger a determinadas personas especialmente vulnerables dadas sus condiciones personales (como la edad, por

ejemplo), con el fin de excluirlas del ejercicio de la sexualidad. En el caso de la edad, el concepto de indemnidad sexual incide principalmente en la frustración del proceso o formación sexual del futuro adulto, perturbando su equilibrio psíquico, por la incompreensión del comportamiento sexual y sus consecuencias.

Aquí es menester echar mano de la psicología evolutiva para describir el proceso de socialización, el mismo que se ve perturbado por estos hechos que alteran el normal desarrollo psicosexual del menor de edad. La literatura psicológica la define, en términos generales, como el proceso en el cual los individuos incorporan normas, roles, valores, actitudes y creencias a partir del contexto socio-histórico en el que se encuentran insertos a través de diversos agentes de socialización tales como los medios de comunicación, la familia, los grupos de pares y las instituciones educativas, religiosas recreacionales, entre otras¹⁰⁷. De otro lado, Rocher hace una definición muy aproximada a los bienes que el derecho penal busca proteger a través de la indemnidad: “la socialización es el proceso por cuyo medio la persona humana aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socioculturales de su medio ambiente, los integra a la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes sociales significativos, y se adapta así al entorno social en cuyo seno debe vivir”¹⁰⁸.

De cuyas definiciones podemos concluir que la esencia de la socialización es el mantenimiento del ser humano dentro del entramado social bajo sus principios, valores y condiciones. Este proceso termina por distorsionarse gravemente con la irrupción de conductas y hechos absolutamente ajenos a la evolución normal del

¹⁰⁷ SIMKIN, Hugo. “El Proceso de Socialización. Apuntes para su exploración en el campo psicosocial”. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/145/14529884005.pdf>. Web site visitada el 07 de abril de 2017.

¹⁰⁸ ROCHER. G. “Introducción a la sociología general”. Disponible en <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/14285/1/TEMA%20%20SOCIALIZACI%C3%93N%20Y%20DESARROLLO%20SOCIAL.pdf>. Web site visitada el 07 de abril de 2017.

sujeto en el campo social a través de conductas que afecten su indemnidad. En buena cuenta, una experiencia de índole sexual que se presente a temprana edad, lógicamente va a constituir un impedimento para que el sujeto pueda adaptarse eficazmente a su medio social y vivir con normalidad.

El concepto de indemnidad sexual ha sufrido transformaciones de su concepción inicial. El rasgo común es el afán permanente de no pretender confundirlo con consideraciones meramente éticas sobre lo que es sexualmente correcto o no a ojos de la sociedad; esas son consideraciones que no entran en el plano de protección jurídico penal de la indemnidad sexual. Eso significa que la indemnidad sexual se convierte en todo un derecho que exige no sufrir interferencias en el proceso de la formación adecuada de la personalidad. En términos psicológicos, se ha empleado la expresión “bienestar psicológico”. Y definitivamente, como se ha explicado largamente en el marco teórico de la tesis, el concepto de libertad sexual es diametralmente distinto e inaplicable en las premisas propuestas para la indemnidad sexual.

Desde luego que todas las premisas antes expuestas desembocan en un tema constitucional: la dignidad humana como el valor supremo del ordenamiento jurídico que justifica e instituye el poder público bajo mínimas condiciones que permitan la realización individual y colectiva del ser humano. Y entendiendo que la sexualidad es una de las facetas más importantes en la vida de las personas, se erige para el derecho penal una delicada función protectora de esa esfera íntima y sagrada de la persona, por su estrecha vinculación al principio rector de dignidad humana. Sin embargo, ha quedado plenamente acreditado a lo largo de la tesis, que no es posible ni siquiera mínimamente la protección eficaz de tan valiosa estructura existencial,

con una sanción penal simbólica e insuficiente para cumplir con los fines de prevención penal.

B) Sobre la variable de Pornografía Infantil:

La pornografía infantil ha sido definida como toda aquella representación visual o auditiva de un niño para el placer sexual del usuario y entraña la producción la distribución o el uso de ese material. Asimismo se la entiende como la representación material –por vía de película, impresión, foto, audio o video grabación y representaciones digitales computarizadas- de niños realizando actos sexuales reales o simulados para la gratificación sexual de los usuarios, incluyendo la producción, distribución y el uso de dichos materiales¹⁰⁹.

Inequívocamente, toda concepción que se acerque a la realidad de la pornografía infantil, la concibe como una violación de la libertad humana, como un medio de explotación comercial absolutamente abyecto, en busca del placer lúbrico o de la remuneración económica fácil.

Pese a que los organismos internacionales se ha pronunciado reiteradamente y de manera enfática, sus esfuerzos no son suficientes; lamentablemente a la pornografía no se le ha prestado tanta atención como a la prostitución o a la violación. Y debemos admitir que no sólo en el ordenamiento penal peruano se encuentra venida a menos la protección de la sexualidad infantil; incluso en el derecho comparado, tenemos ejemplos como la ley penal rusa que clasifica como delito producir ilegalmente material pornográfico y distribuirlo, pero la sanción máxima es de dos años y por lo general se aplican penas condicionales.

¹⁰⁹ AZAOLA, Elena. *“Infancia Robada. Niños y Niñas víctimas de explotación sexual en México”*. UNICEF, CIESAS. 2000. p. 35.

Esta poca importancia que los ordenamientos jurídicos parecen dar a la pornografía se refleja, por ejemplo, en la sentencia del 2 de noviembre del 2006 del Tribunal Supremo Español, que establece: *“nuestra jurisprudencia consideró 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 pueda posteriormente hacerse”*. Y ello sumado a que en los ordenamientos jurídicos del mundo es infrecuente encontrar una definición precisa de “material pornográfico”; y ello no debido a una dificultad conceptual, sino debido al escaso interés que los temas sobre pornografía infantil despierta en los doctrinarios y legisladores. Incluso, se ha llegado a afirmar que la pornografía puede ser modulada en función de las costumbres y pensamiento social distinto de cada época, cambiante, y conectada con los usos sociales de cada momento histórico; de esta manera se termina relativizando peligrosamente los alcances de las conductas delictivas relacionadas a la pornografía infantil, bajo el pretexto de la modernidad o las nuevas costumbres de la aldea global.

Pese a ello, la doctrina ha tratado de uniformizar criterios en torno a la definición de la pornografía, entendiendo por ella, *“toda obra gráfica, literaria, filmica, etc. Realizada con miras exclusivamente libidinosas, carente de todo valor artístico, cultural, literario, científico, pedagógico o informativo”*. De esta manera, el concepto de pornografía termina sintetizándose en dos vertientes: una de contenido únicamente lúbrico, tendiente, claro está, a la excitación sexual grosera, y de otro lado, la carencia de valor literario, artístico o educativo. En ese sentido, se ha elaborado otro concepto relacionado, al que la doctrina denomina “seudopornografía”: *“consiste en insertar imágenes de menores reales, ya sea el rostro o todo el cuerpo, en escenas pornográficas animadas o no, en la que no ha intervenido realmente”*¹¹⁰.

¹¹⁰ SERRANO GÓMEZA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. 13ava. Edición. Dykinson. 2008, p. 257.

De esta manera, y aparejada a la tecnología de nuestro tiempo, la seudopornografía constituye una manifestación intermedia entre la pornografía infantil expresa y la pornografía infantil virtual; desde la óptica del derecho penal, no pierde trascendencia, pues el sujeto pasivo, aunque no se encuentre íntegramente representado sino a través de sus elementos característicos, ve afectada su imagen desde la potencialidad de difundirse dicha información.

3.2. Resultados jurisprudenciales

En la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil nueve ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre el delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad. Podemos interpretar en la sentencia 105/2009, como lo sostiene el Tribunal Constitucional en cuanto a la indemnidad sexual.¹¹¹

“Se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales e situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los prejuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incompreensión del nuevo derecho penal sexual. En efecto la

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 08/2012-PI/TC, de 12 de diciembre de 2012. Perú. Consultado: el 09 de marzo de 2017.

indemnidad sexual está referida a la incapacidad de disponer y ejercer la libertad sexual, por considerar que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual”.

Consideramos que es fundamental que el libre desarrollo de la personalidad no se vea interrumpida por ningún tipo de acto sexual que pueda repercutir en el aspecto psicológico del menor.

3.3. Resultados normativos

A) Código Penal Peruano

Artículo 183-A.- Pornografía Infantil

El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o pública, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en las 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 doce años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.

La pena privativa 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- si el agente actúa en la 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.

B) Ley que modifica El Artículo 183-A del Código Penal, referido a la Pornografía Infantil

Artículo 183-A.- El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio, incluido la internet, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a menores de catorce a dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.

Cuando el menor tenga menos de catorce años de edad la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

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 ocho ni mayor de doce años.

De ser el caso, el agente será inhabilitado conforme al Artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 5).”La pena privativa de libertad efectiva sujeta a quien la cumple, al trabajo en obras declaradas de interés y necesidad pública.

Consideramos que la pena privativa de libertad que se le impone al infractor de la Ley Penal, en el caso del Delito de Pornografía Infantil resulta ser diminuta, teniéndose en cuenta que la pena incluso podría ser suspendida tratándose de que si fue la primera vez que comete este tipo de delito, en consecuencia no tendría una pena efectiva que sancione su conducta que causo un daño psicológico en el niño o adolescente quedando este en un estado de desprotección por parte de la ley penal.

3.4. Discusión de la investigación

El delito de pornografía infantil no responde a los mínimos exigibles del Derecho Penal de nuestros días, en tanto vulnera los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho en concordancia con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte. En Efecto, el principio de Proporcionalidad de las Sanciones se ve seriamente afectado cuando el legislador no ha tenido en cuenta la grave reprochabilidad humana y social del delito tipificado en el primer párrafo del Art. 183-A del Código Penal peruano.

Validamos lo señalado, afirmando que el principio de Estado Constitucional de Derecho impone la necesidad de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho en base al Principio Rector de Proporcionalidad de las Sanciones.

Además, el concepto de Estado social de Derecho se entiende como una comunicad política donde el cumplimiento de las acciones estatales tiende siempre a la plasmación de la justicia social, entendida ésta como el aseguramiento de las posibilidades de desarrollo personal y familiar de los grupos proclives a la violencia, exclusión o discriminación de cualquier índole. Esta noción proviene de un espíritu humanista en convivencia digna del que está fuertemente influenciado nuestro sistema jurídico. ¿Cómo podríamos efectivamente afirmar la justicia social y la dignidad del hombre, cuando los

atentados contra la indemnidad de los menores son sancionados levemente por el derecho penal peruano?

En cuanto a las Teorías de la Pena, es necesario que tengamos en cuenta las teorías del delito predominantes en el derecho penal peruano (Teorías de la Prevención), no se cumple la elevada finalidad del mismo, por cuanto una pena conminada evidentemente simbólica, no resuelve el conflicto penal, sino en una evaluación profunda, hasta lo complica, porque el mensaje jurídico que plasma el ordenamiento jurídico es la falta de respuesta estatal contra conductas delictivas graves que socavan gravemente el proyecto existencial en su dimensión sexual del menor de edad. Ello nos hace reflexionar en que la respuesta estatal del delito es simple, simbólica, y que desde un análisis costo beneficio, en algunos casos podría representar para el autor, incluso un beneficio lucrativo cometer el delito en parangón con la pena irrisorio que podría recibir. Definitivamente, la pena conminada en este tipo penal no cumple con las mínimas exigencias ni de la prevención general ni de la prevención especial, manifestando una penosa desproporcionalidad entre la conducta, la gravedad del hecho y la sanción a imponerse.

El concepto de “Estado Democrático” exige que el Derecho Penal se encuentre al servicio de la sociedad, en tanto se encuentre sustentado en valores como la dignidad humana, la racionalidad, humanidad, proporcionalidad y merecimiento y necesidad de la pena. Cuando uno de estos pilares se quiebra, entonces se desmorona toda la construcción dogmática, normativa y finalista del derecho penal. En definitiva, no se puede proteger la dignidad humana, sancionando levemente delitos que contienen un alto grado de reprochabilidad social; cuando el derecho penal se convierte en un instrumento de impunidad más que de control formal de las conductas antisociales y delictivas.

Asimismo, el principio de racionalidad exige del legislador que su obra legislativa sea consecuencia directa de la identificación social, es decir, la constatación de un vínculo concreto entre la realidad y la norma jurídica. Siendo en la realidad un hecho tangible que los delitos de pornografía infantil afectan gravemente el desarrollo psico sexual de los menores de edad, ¿qué conexión válida puede existir entre la realidad y el derecho penal especial?

De otro lado, el principio de proporcionalidad de las sanciones se erige como el canon fundamental que debe seguir todo legislador en el momento de la determinación de la pena conminada, ya que el juez sólo tendrá la alternativa de discernir entre el mínimo y el máximo legalmente establecido por principio de legalidad. Debemos recordar que el origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, ya que en la obra de Platón, *Las Leyes*, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio. *Muestra de ello es la obra de César Beccaria, “De los delitos y de las penas”, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser “necesaria e infalible”, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad, según el autor. El término necesaria se refiere, de forma fundamental, a la fase de conminación penal, aunque en la actualidad también afecta a la fase de aplicación de la ley, indicando que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin. El término infalibilidad se refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que asegurar que las que se han impuesto se cumplan efectivamente”*¹¹². Concebida así, desde un punto de visto incluso histórico, a estas alturas del desarrollo dogmático del derecho penal no se podría distorsionar o incluso anular la fuerte presencia que la proporcionalidad de las

¹¹²YENISSEY ROJAS, Ivonne. “La Proporcionalidad de las Penas”. Disponible en http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf. Web site visitada el 02 de marzo de 2017.

penas ha tenido desde antiguo en la elaboración del derecho penal, específicamente, en cuanto al establecimiento de la pena conminada.

De otro lado, ciertamente la validación de la hipótesis depende directamente de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo de Günther Jakobs. Como él mismo lo define, “con el nombre de enemigo se designa a quien no sólo de una manera incidental en su actitud (...) en su forma de vida (...) o mediante su incorporación a una organización (...) se ha apartado en todo caso probablemente de manera duradera y, en ese sentido, no garantiza la mínima seguridad cognitiva del comportamiento personal, demostrando este déficit mediante su conducta propia”¹¹³. Como es ampliamente sabido, esta teoría no considera “enemigo” al delincuente de bagatela, sino al sujeto infractor que con su conducta antijurídica, es capaz de poner en peligro la estabilidad y los cimientos de la sociedad y del estado. El concepto de “enemigo” es cualificado en función del rol de alta peligrosidad que desempeña el sujeto agente, y la grave vulneración de bienes jurídicos de singular trascendencia para los miembros de la sociedad.

Esto último significa que el Estado Constitucional y Social de Derecho, por las consideraciones antes descritas, se encuentra en el deber objetivo de identificar el Derecho Penal del Ciudadano y el Derecho Penal del Enemigo. Lo cierto es que en el derecho penal, estas vertientes suelen presentarse simultáneamente. El criterio para separarlas, en todo caso, es la intensidad punitiva con que actúa el sistema penal, la restricción de garantías y derechos para quienes se considera “enemigos”, así como la flexibilización de límites establecidos por el principio de legalidad y un replanteamiento de las funciones atribuidas a la sanción penal (ya no garantista, sino estrictamente sancionador). En este orden de ideas, y a lo largo del desarrollo legislativo en materia

¹¹³ JAKOBS, Günther. *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*. Editores del Centro. Lima. 2015, p. 52.

penal en nuestro país, se han considerado consciente o inconscientemente, como “enemigos” a determinados grupos sociales que son proclives a la comisión de delitos de terrorismo, narcotráfico, espionaje, secuestros, asociaciones ilícitas para delinquir y de forma muy enfática, los que perpetran violencia sexual de cualquier orden contra los menores de edad.

Lo cierto es que, pese a la emisión de normas penales que frecuentemente endurecen el derecho penal para estos infractores peligrosos, también es cierto que aún no se ha logrado identificar ni oficializar plenamente en el Perú un Derecho Penal del Enemigo, precisamente determinado. Ello hace que las investigaciones como la presente, tengan, en primerísimo lugar, que ubicarse doctrinariamente entre el Garantismo Penal y el Derecho Penal del Enemigo, como punto de partida de toda investigación jurídica perteneciente a las ciencias penales, de las que la dogmática penal es parte por excelencia. En nuestro caso, y dada la hipótesis validada, es menester que nos ubiquemos dentro del Derecho Penal del Enemigo, pues como es evidente, la exigencia de elevar la pena conminada para los delitos de pornografía infantil, pertenece a esta Escuela Penal. Sin embargo, corresponde evaluar, si la aplicación del Derecho Penal del Enemigo en este caso, resulta válida en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Como hemos señalado líneas arriba, debemos afirmar la necesidad del Estado Constitucional de cumplir con determinadas exigencias de orden estructural; una de ellas, a decir de García Toma, es *“la existencia de un conjunto básico de derechos ciudadanos de carácter civil, político, social, económico y cultural; de garantías jurídicas para el pleno goce o restablecimiento de su disfrute por parte de los gobernados; así como la asignación de deberes, responsabilidades y cargas ciudadanas”*¹¹⁴. Como es evidente,

¹¹⁴ GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado Y Derecho Constitucional*. 4ta. Edición. Editorial ADRUS. Lima. 2014, p. 169.

este conjunto de derechos es manifestación expresa de la dignidad del hombre, empleando el Derecho como un instrumento de plasmación de la misma. No hay forma de legitimar el Estado Constitucional de Derecho, si no es a través de un conjunto de valores derivados del plexo jurídico constitucional. Tal orden valorativo se traduce en su resultado: la promoción de la realidad existencial y coexistencial de los seres humanos que componen la comunidad jurídica. Dicho esto, ¿cómo puede ser compatible con un verdadero Estado Constitucional de Derecho, aquel que sanciona levemente conductas altamente dañinas? Esto último evidencia que, al contrario, al Estado le interesa proteger otro tipo de criminalidad, bienes jurídicos muy abstractos y subjetivos, antes que la protección de la sexualidad infantil, como si se tratara de un bien jurídico de escasa importancia.

Para que el Estado, a través de la política criminal, asegure una certera concepción de la naturaleza del delincuente que comete actos de pornografía infantil, es necesario asumir que los enemigos se apartan del derecho de un modo presumiblemente duradero, no incidental, sin garantizar la mínima seguridad cognitiva¹¹⁵. La conducta del criminal debe propender a la grave vulneración de intereses muy importantes para la sociedad y su coexistencia pacífica; ello implica, de suyo, la protección de la sexualidad de los menores, que es uno de los sectores más vulnerables de la sociedad. Lógicamente, el delincuente enemigo no ofrece la mínima garantía de conducirse conforme a derecho, mientras que el ciudadano, pese a haber cometido un delito incidentalmente, sí ofrece dicha garantía. Debeos tener en cuenta que los delitos de pornografía infantil pueden tener dos móviles básicamente: el ánimo morboso o lúbrico que, en general es móvil de todos los delitos de orden sexual; o en todo caso, el móvil económico-lucrativo. El mismo tipo penal del 183° A del Código Penal, así lo describe: *“El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe,*

¹¹⁵ “Este concepto equivale a la garantía cognitiva suficiente de un mínimo de seguridad y respeto a la seguridad de las demás personas. A quienes no ofrecen esta seguridad cognitiva, el Estado no puede tratarlos como personas, pues se vulneraría el derecho a la seguridad de los demás”.

ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio incluido la internet, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, 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 cuatro ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa”.

Del elemento objetivo del tipo, se desprende que los verbos rectores de “distribución”, “promoción”, y “comercialización”, tienen una finalidad eminentemente lucrativa; y haciendo un análisis costo-beneficio, en muchos casos hasta podría resultar rentable al delincuente reincidir en la conducta típica, en tanto que la sanción a imponerse no es grave, y resulta más valioso para ellos, cometer el delito que evitar cometerlo. Ello, desde una perspectiva económica del derecho penal.

Dentro del mismo análisis, y en función de la realidad social, debemos diferenciar entre “persona” e “individuo”. Las personas desempeñan roles en la sociedad, y dado que la comunidad tiene una determinada expectativa en el cumplimiento de dichos roles, el Estado se encuentra en la obligación de sancionar el desacato o inobservancia de dichos roles; estas infracciones quedan comprendidas dentro de un derecho penal del ciudadano. En cambio, los individuos no forman parte de la estructura social, se autoexcluyen por su conducta contraria a la norma jurídica que todos los ciudadanos respetan. Sus actos, o son sumamente peligrosos, o reiterativos. Por ello son considerados “enemigos”. Ahora bien, si en el caso del delito de Pornografía Infantil, no se presenta necesariamente el caso de la reiteración, en cambio sí son conductas sumamente peligrosas, cuando no dañinas para la indemnidad sexual de los menores, cuyo concepto hemos desarrollado ampliamente en el marco teórico.

Definitivamente, el incremento de los extremos de la pena conminada es una manifestación clara del Derecho Penal del Enemigo. Así, *“la denominación dada por*

*Jakobs no es la más importante en sí misma, sino que su importancia está en que refleja la descripción de un fenómeno presente en la realidad social desde hace muchos años atrás, con características propias tales como (...) la reducción de garantías y el incremento de penas*¹¹⁶. Esto debido a que, para Jakobs, el Derecho Penal del Ciudadano es eminentemente persuasivo, preventivo; en cambio, el Derecho penal del Enemigo combate concretamente (a veces adelantadamente) a sujetos de elevada peligrosidad que con su conducta, ponen en peligro la supervivencia del Estado, y quiebran los pilares valorativos esenciales sobre los que se asienta la comunidad jurídica en términos de normalidad. En suma, el ciudadano puede cometer acciones delictivas, pero reparables por lo aislado de su acaecer, lo que no ocurre con los delitos de Pornografía Infantil, dado el deseo deliberado de cometer hechos (dependiendo del verbo rector) que saben que son de profunda gravedad y reprochabilidad; es decir, al contenido de la culpabilidad penal debe añadirse la absoluta desvaloración por el bien jurídico tutelado por este delito. El delincuente no estima el valor de la indemnidad sexual, no lo concibe ni interpreta como un valor concreto, sino como una mera abstracción, como una lejana amenaza de sanción pasible de ser burlada o en todo caso afrontada sin mayores consecuencias que la privación de libertad por un breve período de tiempo, sin que se cumpla con la finalidad preventiva especial de la pena.

La Discusión en torno al Garantizo Penal

No es posible admitir que el Garantismo Penal sea una construcción planteada solamente por Luigi Ferrajoli; máxime si dicho garantismo se encuentra conformado por todo un sistema filosófico del derecho basadas en la teoría de la justicia, proponiéndose culminar el proceso liberador de la Ilustración y de la Revolución Francesa. De manera

¹¹⁶ LORENZO FLORES, Rossmery Elvira. *Derecho Penal del Enemigo*. Escuela de Postgrado de la Universidad de San Martín de Porres-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima. 2006, p. 24.

que como paradigma de la teoría del derecho, y como una breve síntesis de su amplio contenido, se puede resumir como la ley del más débil, “*como técnica de tutela de los bienes primarios de todos*”¹¹⁷. Siendo así, la tutela de los bienes jurídicos de los menores de edad (sobre todo los de índole sexual), es una necesidad apremiante de nuestros días, y consideramos que la propuesta contenida en nuestra hipótesis no es incompatible con una adecuada interpretación del garantismo penal.

Ciertamente, el garantismo desconfía del ejercicio del poder estatal, máxime si el derecho penal es la máxima expresión de *ius puniendi* estatal, y su crítica se enfoca básicamente a éste. Sin embargo el garantismo no niega la necesidad de la existencia de un poder punitivo: simplemente considera que este poder debe encontrarse siempre limitado, siempre controlado, a efectos de no vulnerar los derechos fundamentales de los sujetos infractores o investigados, lo cual no tiene nada de contradictorio con nuestra postura, porque el hecho de elevar la pena conminada al delito de Pornografía Infantil, no vulnera los controles de derechos fundamentales sobre todo si se realiza un correcto juicio de ponderación entre la pena impuesta, el bien jurídico lesionado y la profunda gravedad del hecho. Es decir, que el Estado no dejaría de cumplir su rol garantista en tanto se establezcan criterios de racionalidad para la modificación de la pena conminada, dentro de los límites de idoneidad y necesidad de la pena.

Es cierto que, como afirmaran en su momento Locke y Montesquieu, que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar. Sin embargo, el medio para la neutralización del abuso no puede ser la anulación del poder punitivo del

¹¹⁷ SÁEZ CAPEL, José. *El Garantismo Penal. La Lógica Contrapuesta de Carácter Represivo*. Disponible en <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias6/pdf/2.-%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%20L%C3%93GICA%20CONTRAPUESTA%20DE%20CAR%C3%81CTER%20REPRESIVO.doc>. Web site visitada el 03 de marzo de 2017.

Estado: el poder necesita aplicarse, claro que de manera racional y con límites, pero de manera enérgica para no caer en el mero simbolismo.

Ahora bien, en cuanto al concepto que se debería manejar en términos generales de “garantía”, Ferrajoli lo expuso concretamente: “*garantía es toda técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo*”¹¹⁸. Realizando una interpretación adecuada de esta definición extensa, podemos colegir que el garantismo también ampara al ciudadano víctima del hecho delictivo, y lo debiera hacer a través de leyes penales eficaces.

Sin embargo, debemos admitir que el Garantismo Penal, por el momento, hace alusión a un derecho penal mínimo, de manera que se puedan colocar fuertes límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Sin embargo este Derecho Penal mínimo, no significa la anulación del *ius puniendi*, ni la eliminación de la potestad sancionadora del Estado; claro está que cuando sea necesario, el derecho penal debe autorregularse o controlarse incluso externamente, pero esta necesidad de frenar el derecho penal no existe cuando se trata de acciones con un elevado grado de reprochabilidad, en atención también con el Principio de Fragmentariedad del Derecho Penal.

En ese orden de ideas, el principio de Fragmentariedad del Derecho Penal termina respaldando nuestra posición, en tanto que por este principio, sólo las conductas más lesivas, aquellas consideradas más graves, constituyen objeto de regulación por la ley penal. De esta manera, el derecho penal sanciona sólo fragmentos de las conductas antisociales, dejando de regular las menos graves. El derecho penal, entonces, no tiende a la protección de todo bien jurídico, ni a la defensa de los bienes escogidos frente a cualquier tipo de ataque; y menos aún pretende reprimir toda acción moralmente

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías”. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/cgi-bin/artman/admin.cgi?action=articleAdd#_ftn4 Web site visitada el 03 de marzo de 2017.

reprobable. Este principio es consecución del esfuerzo doctrinal para evitar que el Estado abuse de su derecho de castigar. A decir de Hurtado Pozo, *“el uso limitado de la represión penal por parte del Estado, es exigido, igualmente, por la grave afectación de los derechos fundamentales del individuo que comporta la sanción. Sólo debe incurrirse a este medio cuando sea absolutamente necesario: cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sean alcanzables mediante otras previsiones; de allí que se hable del derecho penal como de la última ratio”*¹¹⁹. Ahora bien, en el caso de los Delitos de Pornografía Infantil, es manifiesta la absoluta necesidad de aplicar una sanción penal ejemplar; no hacerlo también constituiría, por omisión, una vulneración de este importante principio rector del Derecho Penal.

En cuanto a los fines de la pena, Hurtado Pozo considera que no existe una contraposición entre prevención y retribución. Ello debido a que ambas concepciones responden a preguntas diferentes. Las teorías retributivas responden a la pregunta sobre la justificación de la pena y no sobre su finalidad (¿el Estado tiene el derecho de imponer el sufrimiento de la pena?), y por otro lado, las teorías retribucionistas se refieren a que el fin primario del derecho penal será alcanzado a través de la prevención (general o especial). Ambos extremos deben emplearse dosificadamente, tratando de conciliarlos, porque de cara a la realidad penitenciaria, no se puede negar que la sanción penal en nuestros días, así no se encuentre declarado por el título preliminar del código penal como un fin de la pena, la retribución y el sufrimiento al penado se encuentra presente a lo largo de toda la ejecución de una pena efectiva.

¹¹⁹ HURTADO POZO, José. *Manuel de Derecho Penal*. 2da. Edición. EDDILI. Lima. 1987, p. 14.

CAPÍTULO IV

VALIDACION DE HIPÓTESIS

4.1. Validación de la hipótesis general

La validación de la hipótesis es el proceso de probar si la hipótesis es verdadera o falsa, aportando evidencia a favor o en contra de la hipótesis planteada. En nuestro caso, al ser la hipótesis eminentemente teórica, para validar las hipótesis, será necesario describir las evidencias que sustenten la validez de la misma.

En los capítulos anteriores, hemos sentado las bases teóricas de nuestra argumentación en aras de comprobar la validez de las hipótesis general y específicas. Para ello, hemos respaldado nuestra propuesta con la teoría penal de Günther Jakobs, empleando el Derecho Penal del Enemigo, pues consideramos objetivamente que los criminales que atentan de una u otra forma contra la indemnidad sexual de los menores de edad, no deberían encontrarse amparados por un derecho penal del ciudadano, sino debería considerárseles enemigos de la sociedad, dada la grave reprochabilidad de sus actos y las terribles consecuencias de su conducta en la víctima (sobre todo de índole psicológico). Luego de analizada la doctrina predominante en materia de dogmática penal, se llegó a establecer nítidamente que, en efecto, el Código Penal no otorga un debido tratamiento penológico al delito de Pornografía Infantil, dado que la sanción conminada resulta a todas luces diminuta, en parangón con la grave reprochabilidad social que genera este delito, y las terribles consecuencias psicológicas que trae para la víctima. Sustentados en la teoría del Derecho Penal del Enemigo, consideramos que en ese grupo de criminalidad dura y en extremo pernicioso, debe considerarse también al agente del delito de pornografía infantil, dada su escasa o nula estimación por un bien jurídico de elevado valor para la construcción ética de la sociedad: la indemnidad sexual de los menores.

Los criterios doctrinarios que hemos empleado pertenecen al razonamiento central de Günther Jakobs y se encuentra directamente relacionado a la peligrosidad que define a los que cometen este tipo de delitos. Debe entenderse, pues, la peligrosidad criminal como la tendencia de una persona a cometer un delito (probabilidad de comisión de actos futuros), evidenciada generalmente por la conducta antisocial de grave vulneración de bienes jurídicos trascendentes para la sociedad en su conjunto). No debe entenderse sólo como una valoración del riesgo como juicio de probabilidad de naturaleza puramente criminológica o predictiva, sino también debe emplearse esta categoría como la caracterización de la conducta criminal de quien ya ha cometido un hecho reprimible penalmente, de ahí que se afirme que quien cometió el hecho delictivo es un sujeto peligroso, acarreándole dicha peligrosidad, la condición de enemigo, con el ulterior tratamiento que se deriva de la doctrina Jakobsiana para aplicarse en estos casos.

De lo señalado, hay que considerar que la valoración de la peligrosidad queda con frecuencia vinculada a efectos de inseguridad jurídica y social para los miembros de la comunidad política; el Estado se muestra complaciente con sujetos peligrosos, de quienes no se puede esperar el cumplimiento de ninguna expectativa moral ni social, por cuanto la abierta desobediencia de la norma y de su rol como ciudadano ha sido quebrantado grave y voluntariamente, sin mayores consideraciones que la real satisfacción del ánimo lúbrico o el lucro económico, el segundo de ellos, cualificado por la doctrina como un móvil ruin por su esencia antivalorativa *per sé*.

Asimismo, a lo largo de la tesis se ha demostrado que, en cuanto al Art. 183-A del Código Penal, el legislador ha vulnerado a todas luces el principio de Proporcionalidad

de las Sanciones. Al respecto, debemos afirmar que para la correcta aplicación de este principio rector del Derecho Penal, es necesario complementarlo con el sub principio de idoneidad; es decir, dado que la ley penal interviene en el derecho a la libertad persona y otros derechos fundamentales, en el test de idoneidad, el actor del derecho debe constatar que la pena es idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo. Este examen se basa en la afirmación que la pena sólo será constitucionalmente válida si tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional y tipifica conductas que realmente lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos trascendentales de la sociedad. Es decir, que la relevancia constitucional del bien jurídico como la dañosidad social justifiquen la sanción penal. Dicho de otra manera, se trata de realizar el análisis de una relación medio-fin, para constatar que la idoneidad de la medida tenga relación con el fin elevado del derecho penal, es decir, contribuir a la protección de los derechos sumamente relevantes para el sostenimiento armónico de la sociedad, fundada en valores de singular importancia, y sobre todo, protegiendo los sectores más vulnerables de la sociedad.

Esto último no podrá concretarse en la medida que la sanción penal resulte mínima e incluso simbólica en relación a la gravedad del daño causado. Entonces sólo será idónea una sanción ejemplificadora que realmente genere un efecto de prevención general y especial. Incluso así lo determinó el Tribunal Constitucional, al definir 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 de una relación medio-fin*”¹²⁰.

¹²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PLENO JURISDICCIONAL 00008-2012-PI/TC.

En la misma sentencia, el Tribunal también se ha referido a la actuación que debe desarrollar el legislador: “*la actuación del legislador tiene por finalidad, entre otras, la de optimizar el fin preventivo general de las penas en su vertiente negativa, es decir, optimizar el efecto desmotivador que la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa genera en la sociedad, protegiendo preventivamente el bien tutelado por el derecho penal*”¹²¹.

Finalmente, la sanción penal tiene también por propósito asegurar otro fin de la pena, cual es la denominada *prevención especial de efecto inmediato*, es decir, permitir al delincuente dar un firme paso en la internalización del daño social ocasionado por su conducta. Constituye pues, un medio eficaz para la garantización de los bienes jurídicos una sanción penal acorde a la gravedad del daño causado; *contrario sensu*, también se puede quebrantar el principio de proporcionalidad a nivel legislativo, otorgándole un tratamiento indebido a la sanción penal.

4.2. Validación de la hipótesis específica 01

Ahora, una vez contrastada la hipótesis general, debemos corroborarla con la hipótesis específica 01, y determinar si la sanción conminada para el delito de pornografía infantil corresponde a un Estado Constitucional de Derecho. Está probado que no, dado que una teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental se caracteriza porque es una teoría sobre determinados derechos fundamentales positivamente válidos en un orden jurídico determinado, sea que se plantee problemas que conciernen a todos los derechos fundamentales o en todo lo derechos fundamentales de determinado tipo¹²². En

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² CARRILLO, Yezid. “Aproximación a los conceptos de Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales”. En: Revista Saber-Ciencia y Libertad. Volumen 5. No. 1. Cartagena: Universidad

definitiva, una adecuada protección de los derechos fundamentales y un cumplimiento irrestricto de la obligación jurídica de respetar el bien jurídico de la indemnidad sexual de los menores, sólo será posible en la medida que el derecho penal actúe coordinadamente con el paradigma neoconstitucional; la interrelación esencial que debe existir entre estas, pese a la distinción jerárquica, exige una compatibilidad en los fines que se plantea tanto el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. En el caso del delito de Pornografía Infantil, es menester que se reconsidere la pena conminada por el código penal, con la finalidad de compatibilizar esta sanción con el Estado Constitucional de Derecho y sus elevados fines proteccionistas de la dignidad humana.

De igual manera ocurre con la constatación de que la pena conminada antes señalada, no cumple con las exigencias mínimas de un estado social de derecho, en tanto que este propende a la realización personal y social del sujeto de derecho miembro de la comunidad jurídica. El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real y a cada individuo propendiendo a su desarrollo personal y comunitario. Esto trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como la indemnidad sexual en el caso de los menores y la libertad sexual en el caso de los mayores de edad. Está probado a lo largo de la tesis, que en este extremo tampoco es compatible la pena conminada en cuestión, porque su efecto simbólico no cumple los mínimos estándares de prevención jurídica del delito.

Libre, Sede Cartagena. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5109406.pdf>. Web site visitada el 07 de marzo de 2017.

4.3. Validación de la hipótesis específica 02

La configuración jurídico-política del Estado peruano no obedece solamente a un Estado Constitucional, sino también a un Estado Social de Derecho. Ello significa que el Perú se caracteriza por ser un Estado que valora y protege la integridad física y moral de todos los miembros integrantes del cuerpo político; en un Estado Social de Derecho, se fortalecen y se garantizan los derechos mínimos, y se propende a la existencia de condiciones mínimas de existencia del ser humano que conforma el cuerpo político; en suma, se tiende a la búsqueda de determinados estándares mínimos socio-económicos que posibiliten al hombre su plena integración y desarrollo. El ámbito de dicha protección se extiende, por ejemplo, a los ámbitos de educación, salud, trabajo, vivienda, defensa del medioambiente, y garantía de los derechos humanos a través de la legislación. Y precisamente en este último aspecto del Estado Social de Derecho es en el que pretendemos basar la validación de nuestra segunda hipótesis.

Se ha expresado coherentemente a lo largo de la tesis, que una pena conminada mínima o contemplativa, lejos de garantizar los derechos del imputado y menos aún de la víctima, se aleja dramáticamente de los postulados esenciales de un Estado Social de Derecho. Al parecer, en nuestro país se vivencia una suerte de “discriminación jurídica” para las víctimas de los delitos de pornografía infantil, en tanto que no sólo quedan relegadas en el proceso penal o expuestas a la revictimización por parte de los órganos que administran justicia, sino que ni siquiera podrían, en el mejor de los casos, ver adecuadamente reprimida la conducta que les ha generado profundo daño psico-existencial. Y obviamente, el Estado Social de Derecho no es un Estado que margina, sino uno que es inclusivo y ponderado incluso en la asignación de penas para delitos graves. Reclamamos, entonces, como característica de un derecho penal que corresponde al Estado Social, que sus leyes penales no pueden ser ajenas a sus valores.

Un Estado Social de Derecho emplea sistemas para cumplir sus fines. En el presente caso, el sistema de administración de justicia penal, donde se ven involucrados normas, principios, instituciones, autoridades. Definitivamente, al tratarse de un problema normativo, la crisis reside en la no adaptabilidad a un anhelado Estado Social de Derecho, de normas tan contemplativas como la que se ha criticado a lo largo de la investigación. Incluso, hay que resaltar que en un Estado Social de Derecho, la palabra clave es la “planificación” mesurada, razonada que haga el Estado, del desempeño de sus sistemas normativos tendientes a mejorar la vida de los ciudadanos, y no a empeorarla. El Derecho Penal no puede ser sinónimo de afrenta para la víctima.

Ahora bien, teóricamente sabemos que las tensiones que se originan en el contexto de un Estado Social de Derecho, por su naturaleza, deben resolverse institucionalmente, a través del ordenamiento jurídico de dicho país. El hecho denunciado en la presente validación no implica que no se puedan tomar medidas de carácter legislativo para que la configuración de nuestra ley penal en cuanto al delito de pornografía infantil, sea verdaderamente una expresión justa del Estado Social de Derecho. De ello, necesariamente, se derivan tanto nuestras conclusiones como nuestras sugerencias sobre el particular.

4.4. Validación de la hipótesis específica 03

La doctrina penal ha fortalecido en los últimos años el concepto de “pena conminada”, entendiendo que en la mayoría de delitos, las leyes penales asignan un mínimo y un máximo a la pena, sea esta pena privativa de libertad, pena pecuniaria o pena limitativa de derechos, determinando así el inicio y el fin de las posibilidades de la decisión penal del órgano jurisdiccional. Y también es cierto que desde su entrada en vigencia, el Código

Penal se ha modificado más de quinientas¹²³ veces para “mejorar” situaciones normativas intrascendentes y que no afectan gravemente ni la preservación del Estado Constitucional ni Social de Derecho.

Desde nuestra propuesta, nos preguntamos, ¿si se han realizado tantas modificaciones irrelevantes en el Código Penal, por qué no elevar la pena conminada para los delitos de pornografía infantil que generan un profundo daño psico-existencial a los menores de edad? ¿acaso solamente la violación sexual o los actos contra el pudor en agravio de menores son conductas que merezcan especial atención del derecho penal? Las respuestas son evidentes, y fluyen de lo expuesto a lo largo de la tesis, en el sentido que la existencia de leyes penales blandas para conductas graves, no sólo atentan contra el principio de proporcionalidad de las sanciones, sino que se convierten en verdaderos mantos protectores para los criminales que, por lucro o motivados por un ánimo lúbrico, no dudan en vulnerar la indemnidad psico sexual de los menores de edad. Y si, a decir de Beccaria, las penas deben tener un efecto positivo en la sociedad, en este caso el efecto sería contrario a las necesidades jurídicas de la misma, porque el mensaje legislativo a la sociedad, por el momento, es claro: vayan y destruyan la indemnidad psicosexual de un menor de edad a través de actos de pornografía infantil, porque al no revestir la gravedad de una violación sexual, incluso se les podría sancionar con una pena condicional. Hasta suena como un incentivo para dichas conductas.

Ello no significa, desde luego, que propongamos que se caiga en el populismo legal. Al contrario, criticamos duramente que se utilice vulgarmente el derecho penal para sancionar todo lo sancionable, obviando principios elementales como el principio de

¹²³ “El Código Penal ha Sido Modificado 577 veces”. Disponible en http://laley.pe/not/657/el_codigo_penal_ha_sido_modificado_577_veces. Web site visitada el 01 de abril de 2017.

fragmentariedad o el principio de última ratio del derecho penal. Somos conscientes de ello: el derecho penal no puede emplearse populista o demagógicamente; que de otro lado, es una práctica usual en nuestro medio. Sin embargo, debemos tener en cuenta la naturaleza de la conducta desarrollada, que por las consideraciones apuntadas previamente, contienen un alto grado de reprochabilidad penal, y que de ninguna forma podrían ser sancionadas administrativamente, o empleando medios alternativos de solución de los conflictos. Por lo menos, ello deviene incompatible con un sistema penal que se precie de ser fragmentario.

En ese sentido, se hace necesario que la pena conminada para los delitos de pornografía infantil se eleve proporcionalmente al daño causado, de manera que dicha ley penal se inserte a un sistema penal eficaz y a la vez, protector de la dignidad humana. Ello no implica caer en populismos, porque los fundamentos de carácter dogmático y jurídico que hemos pretendido alcanzar con la presente tesis, son contundentes a favor de elevar dicha sanción, en concordancia con otras leyes penales sobre violación de los derechos sexuales de los menores, pues entendemos también que existen conductas mucho más reprochables, como la violación sexual o los actos contra el pudor en agravio de menores, y asumimos que al elevar la pena conminada para la pornografía infantil, tampoco el legislador podría sobrepasar las penas conminadas para esos otros delitos que, innegablemente, revisten mayor gravedad.

CONCLUSIONES

1. El derecho penal se desenvuelve dentro de un Estado Constitucional de Derecho, y por lo tanto debe coadyuvar a la protección efectiva de los derechos de la ciudadanía, y en el caso particular de esta tesis, la protección de la indemnidad sexual de los menores.
2. El derecho penal se desenvuelve dentro de un Estado Social de Derecho, por lo que debe propender a la realización personal y social de cada individuo empleando para ello la sanción penal, como mecanismo de protección y de control social formal. Sin embargo, pese a tal exigencia, resulta contradictorio que existan leyes penales con sanciones simbólicas, específicamente en el caso del Art. 183-A del Código Penal, que no sancionan adecuadamente delitos de suma gravedad como la pornografía infantil.
3. Existe la urgente necesidad de modificar las penas conminadas por el Art. 183-A del código penal peruano, elevándolas significativamente en función de la manifiesta gravedad y reprochabilidad social de la conducta, al atentar directamente contra la indemnidad sexual y el desarrollo psicosexual de los menores de edad.
4. El derecho penal del enemigo debe aplicarse dosificadamente en el incremento de la pena conminada por el Art 183-A del código penal, en tanto que un exceso en su aplicación podría producir el descontrol del poder punitivo del Estado, lo que es un extremo no deseado por la sociedad.

5. El garantismo penal debe entenderse como la “mínima intervención del derecho penal”, lo que no significa que el derecho penal debe desentenderse de sancionar adecuadamente conductas altamente dañinas como la pornografía infantil, para lograr incluso evitar que, a través de un análisis costo-beneficio, al sujeto agente le resulte hasta lucrativo cometer el hecho típico y ser sancionado simbólicamente.

RECOMENDACIONES

1. Nos permitimos sugerir que se modifique el Art. 183-A del código penal peruano en el extremo de la pena conminada para el tipo básico de pornografía infantil, elevándola considerablemente. El nuevo texto de dicho artículo debería ser, según nuestra apreciación:

"Artículo 183-A.- Pornografía infantil: El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio incluido la internet, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, 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 ocho años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.

Cuando el menor tenga menos de catorce años de edad la pena será no menor de ocho ni mayor de diez años y con ciento cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

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 diez ni mayor de catorce años. De ser el caso, el agente será inhabilitado conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 5."

2. Que, el legislador, en el futuro, deberá tener en cuenta que en materia penal, la pena conminada para cualquier delito, debe ser compatible con el Estado Constitucional y Social de Derecho, no simbólica, en tanto que del Derecho Penal no actúa independientemente de estos principios; y en aras de cumplir los elevados fines de dichos sistemas y bajo sus normas rectoras.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico; Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima. 1997.
2. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal; Parte general*. Lima. 2004.
3. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Lecciones de derecho penal; parte general*. 2do. Volumen. JUSTEL. Santiago de Chile. 2006.
4. CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los delitos contra la Libertad y la Indemnidad Sexuales*. Lima; Gaceta Jurídica; 2004.
5. CARRILLO, Yezid. “Aproximación a los conceptos de Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales”. En: *Revista Saber-Ciencia y Libertad*. Volumen 5. No. 1. Cartagena: Universidad Libre, Sede Cartagena. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109406.pdf>.
6. CERVINI, Raúl. *Los procesos de discriminación*. Montevideo. 1993.
7. CIAFARDINI, Mariano. *Política criminal y prevención social del delito*. Libro Homenaje al profesor Edmundo Hendler. Buenos Aires. 1999.
8. Convenio de la Unión Europea sobre Ciberdelincuencia, de 17 de septiembre de 2010. http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/comunidades_europeas/convenios/common/pdfs/Convenio_Ciberdelincuencia.pdf
9. 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 https://www.unicef.org/spanish/specialsession/documentation/documents/op_se_sp.pdf.

10. ESBEK RODRIGUEZ y otros. *Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad*. Edisofer S.L. Madrid. 2000.
11. FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías”. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/cgi-bin/artman/admin.cgi?action=articleAdd#_ftn4.
12. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del estado y derecho constitucional*. 4ta. Edición. Adrus D&L Editores S.A.C. Lima. 2014.
13. GARCÍA CAVERO, Percy. “Acerca de la función de la pena”. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a19.pdf>.
14. GALVEZ VILLEGAS, Tomás y otros. *Derecho Penal; Parte Especial*. Tomo II. 1era. Edición. Juristas Editores. Lima. 2011.
15. GARCIA PALOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología; Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 5ta. Edición. Ediciones Iuris Consulvi S.A.C. Lima. 2006.
16. GÓMEZ RECIO, Fernando. *El principio de proporcionalidad penal, doctrina Constitucional y su aplicación a los delitos de tráfico de drogas*, en: Actualidad Penal. Revista técnicojurídica de Derecho Penal, núm. 45, Editorial La Ley, Madrid, 2000.
17. HEIDEGGER, Martin y otros, Sein und Zeit, Max Niemeyer, Tubinga, 1927, pp. 126 ss.; Jesús Ballesteros, Sobre el Sentido del Derecho, Tecnos, Madrid, 1984.
18. HURTADO POZO, José. *Manuel de Derecho Penal*. 2da. Edición. EDDILI. Lima. 1987.
19. JAKOBS, Günther. *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*. Editores del Centro. Lima. 2015.

20. LORENZO FLORES, Rossmery Elvira. *Derecho Penal del Enemigo*. Escuela de Postgrado de la Universidad de San Martín de Porres-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima. 2006.
21. LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón; Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta. Madrid. 1997.
22. MORILLAS FERNANDEZ, David. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Editorial DYKINSON. S.L. Madrid. 2005.
23. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Editorial TEMIS. Colombia. 1999.
24. NIKKEN, Pedro. *La garantía Internacional de los Derechos Humanos*. Jurídica Venezolana. Estudios Jurídicos. Caracas. 2006.
25. NORUEGA RAMOS, Iván. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*. Editora Juridica Grijley. Lima, 2011.
26. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal*. Lima. 2009.
27. PÉREZ ARROYO, Miguel. *Política Criminal en la reforma procesal penal peruana del 2004. Una revisión de los modelos acusatorio y adversarial*. Legales ediciones. Lima. 2007.
28. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratados de Derecho Penal*. Volumen 1. 1era. Edición. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Lima. 2016.
29. POLAINO ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. 1era. Edición. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima 2009.

30. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 19 Edición. Madrid. 1970.
31. SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Indemnidad Sexual; Tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de 14 a 18 años de edad*. 1era. Edición. Editorial Moreno S.A. Lima 2013.
32. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal; Parte Especial*. Volumen II. Editorial Grijley. 4ta. Edición. Lima. 2010.
33. SÁEZ CAPEL, José. *El Garantismo Penal. La Lógica Contrapuesta de Carácter Represivo*. Disponible en <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias6/pdf/2.-%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%20L%C3%93GICA%20CONTRAPUESTA%20DE%20CAR%3%81CTER%20REPRESIVO.doc>.
34. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N°08/2012-PI/TC, de 12 de diciembre de 2012. Perú.
35. SERRANO VILLEGAS, Alfonso y otros. *Derecho Penal Parte Especial*. 10ª. Edición Dykinson. Madrid. 2005.
36. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal*, en Estudios de Derecho Penal. Lima. 2000.
37. Teorías de la Pena. Investigaciones Jurídicas del Congreso de la República. Perú. Disponible en http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/teorias_pena_investigacion.pdf
38. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PLENO JURISDICCIONAL 00008-2012-PI/TC.

39. YENISSEY ROJAS, Ivonne. “La Proporcionalidad de las Penas”.

Disponible en http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf.