

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS**

**TEMA:
“PORNOGRAFÍA INFANTIL”.**

ESTUDIANTES:

**AGUIRRE LOPEZ OSCAR RENE.
HESKI CASTILLO FRITS ALONSO.**

**TESIS PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

*16 DE FEBRERO
DE 1841*

CIUDAD UNIVERSITARIA ORIENTAL, DICIEMBRE 2009.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

AUTORIDADES:

ING AGR. RUFINO ANTONIO QUEZADA.

RECTOR

LIC. DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ.

SECRETARIO GENERAL

ARQ. MIGUEL ANGEL PEREZ.

VICERRECTOR ACADEMICO.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

DRA. ANA JUDITH GUATEMALA DE CASTRO

DECANA EN FUNCIONES

ING. JORGE ALBERTO RUGAMAS RAMIREZ.

SECRETARIO.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

LIC. FERNANDO PINEDA PASTOR.

COORDINADOR.

LIC. FERNANDO PINEDA PASTOR

COORDINADOR GENERAL DE SEMINARIO

LIC. CARLOS SOLORZANO TREJO GOMEZ

DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. HECTOR ALEXANDER SERPAS SANTOS

AUXILIAR DE DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. FERNANDO PINEDA PASTOR.

DIRECTOR DE METODOLOGIA

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO.

Agradezco a Dios nuestro señor por la oportunidad que he tenido de aprender, mejorar y crecer junto a personas tan especiales para mí.

Son muchas las personas que debería nombrar en estas líneas, pero me quedaré con las más trascendentales... con aquellas que no han bajado la guardia y siempre me han apoyado, tanto a lo largo del desarrollo del Trabajo DE Grado, como a lo largo de mi vida.

A MI FAMILIA.

Por estar conmigo incondicionalmente, gracias porque sin ellos y sus enseñanzas no estaría aquí y no sería quien soy ahora; especialmente a Xenia Patricia Urquia Cueva; por su apoyo, comprensión y cariño cuando mas lo he necesitado, acompañándome en mis éxitos y adversidades, estando dispuesta, ayudarme en cualquier momento, le agradezco por que se que siempre puedo contar con ella.

A MI AMIGO Y COMPAÑERO DE EQUIPO.

Fritz Alonso Heski Castillo.

Desde el inicio del Proceso de Grado a estado presente, conmigo compartiendo alegrías, tristezas e innumerables momentos; gracias te doy por que con comprensión fuiste pieza fundamental para lograr el éxito.

A MIS AMIGOS

Linda Amalia Grande Kegel, Luis Salvador Rivas, Juan Ramón Calderón Vallecillo, Osiris Elinor Méndez, Victoria Amaya, Emely Asencio, Edgar Moisés Alfaro, Roxana Guevara, Diana Rodríguez, Marily Pineda Miriam Marina Machuca, Karla Lorena Moreira Jiménez, Carlos Gonzalo Rivera, Leydy Dayansi Colato; por que siempre he

contado con su apoyo y confianza, y se que puedo contar con ustedes; Agradezco especialmente a mis compañeros y amigos de viaje Lidia Elena Calderón, María Esther Sevilla Fagoaga, Medardo Abisai González Ramírez y Miguel Enrique Reyes Ventura, por haber estado en los momentos mas difíciles de mi proceso de formación académica.

A los licenciados Héctor Alexander Serpas Santos, Orlando Salamanca, Carlos Roberto Cruz Umanzor, Isabel Cristina Álvarez Rivera, y al doctor Héctor Ramón Torres, por que con sus conocimientos y ayuda fue posible llegar a cumplir mis objetivos académicos.

ASESOR DE CONTENIDO

Carlos Solórzano Trejo Gómez

Por asesorarme a lo largo del Proceso de Grado, acompañarme en este Camino que hoy culmina, por compartir su conocimiento conmigo e inspirar a ser mejor persona día con día.

Finalmente quiero agradecer a todas aquellas personas que de alguna manera u otra han hecho de esta tesis una realidad.

OSCAR RENE AGURRE LOPEZ.

A NUESTRO SEÑOR TODOPODEROSO:

Quien me ha bendecido grandemente en el transcurso de toda mi carrera estudiantil culminándola con este trabajo, y aunque en el proceso se me presentaron verdaderos retos, sacrificios y dificultades, mi Padre Celestial siempre me lleno de salud y paz interior para poder lograr mis objetivos y metas propuestas que generaron mi autorrealización como persona, profesional e hijo.

A MI MADRE SANTA.

María del Carmen Castillo de Heski, por haberme demostrado su infinito amor, dedicación, sacrificio y apoyo incondicional; por ser tu Mami la persona que siempre creyó y confió en mi, por enseñarme el valor de la educación y la superación personal, realmente este logro que he alcanzado te lo dedico a ti Desde el fondo de mi Corazón, una y mil veces Gracias.

A MI PADRE.

William Saul Heski Quintanilla por ser un hombre de grandes virtudes y triunfos, y un buen padre, quien forma parte de lo mejor que Dios me ha dado en la vida y siempre ha estado pendientes proporcionándome su apoyo moral y económico, en todo el proceso de aprendizaje.

A MIS HERMANDOS.

William Hans Heski Castillo, por su apoyo y motivación, quien me han fortalecido en este proceso de mi vida, por ser mi amigo y consejero.

Diana María Heski Castillo, por su apoyo, comprensión y paciencia, además de todo el aprecio.

Guillermo Federico Escobar Heske, quien aunque es mi primo, lo considero mi hermano, gracias Memo por fortalecerme en mis momentos de debilidad y aconsejarme cuando no hago las cosas bien.

A MIS TIOS QUERIDOS.

Luis Alonso Amaya Alfaro, por todos los consejos que compartió conmigo en esta etapa de mi vida, el gran cariño y amor que me demostró fueron unos de los pilares fundamentales que sirvieron de base para la culminación de este proceso; Sonia Maribel Heske de Amaya, Tía Gracias, por ser mi guía espiritual, quien constantemente me recuerda que el único camino para alcanzar las metas que me proponga es Dios, Gracias por ser una persona

llena de Sabiduría y estar dispuesta a compartirla; Maritza Evelyn Heske de Escobar, por siempre estar pendiente de mi cuando mas la necesito y Balbino Federico Escobar Herrera, quien con sus debates me motivo a estudiar mas, siendo además un gran apoyo espiritual, moral e intelectual.

A ti.

Gisela Magdalena Flores Granados, quien desde el día que nos conocimos viste atributos en mi que desconocía y en el transcurso del tiempo fui descubriendo, por llenar mi vida de alegría, apoyarme incondicionalmente en todos los aspectos de mi vida, fuiste, sos y serás mi mayor felicidad, doy gracias a Dios por haberte puesto en mi camino.

A MI COMPAÑERO Y AMIGO DE EQUIPO:

Oscar René Aguirre López.

Por tu sincera amistad, por enfrentar durante estos años las adversidades juntos, por tu apoyo, comprensión y solidaridad; por ser una magnifica persona con cualidades especiales.

A MIS AMIGOS:

Jonathan Isaac Barrera Chevez, Omar Humberto, Edgar Mauricio, Osiris Elinor, Nancy Sosa, Hermes David y demás compañeros, quienes son personas muy especiales a quienes admiro, y quiero mucho, por demostrarme su amistad y cariño.

A Lic. Jorge Antonio González Merino, Lic. Fredy Aguilar Fernández, Dr. Héctor Ramón Torres, Dr. Ovidio Bonilla Flores, por su valiosa ayuda en este proceso y durante mi carrera.

AL DIRECTOR DE CONTENIDO:

Licenciado Carlos Solórzano Trejo Gómez, por inculcarme la dedicación, el estudio y preparación en la vida profesional, por compartir sus conocimientos, y motivarnos a lograr los objetivos propuestos, por su entrega, ayuda y esfuerzo en este proceso.

FRITS ALONSO HESKI CASTILLO.

ÍNDICE GENERAL

<u>Introducción</u>	xix.
---------------------------	------

PARTE I

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.-Situacion Problemática.....	6
1.1.1. <u>Enunciado</u> del Problema.....	13
1.1.1.1. Enunciado General.....	13
1.1.1.2. Problemas Específicos.....	13
1.2. <u>Justificación</u>	15
1.3. <u>Objetivos</u>	20
1.3.1. Objetivos Generales.....	20
1.3.2. Objetivos Específicos.....	20
1.4. Alcance de la Investigación	22
1.4.1. Alcance Doctrinario.....	22
1.4.2. Alcance Normativo.....	24
1.4.3. Alcance Temporal.....	27
1.4.4. Alcance Espacial.....	28
1.5. <u>Limitantes</u>	30
1.5.1. Documental.....	30
1.5.2. De Campo.....	30

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. <u>Elementos</u> Básicos Históricos.....	32
2.1.1. Antecedentes <u>Mediatos</u>	33
2.1.1.1. <u>Pre</u> -Historia.....	33
2.1.1.2. Edad <u>Antigua</u>	35
2.1.1.2.1. La Biblia.....	35
2.1.1.2.2. Cultura Babilónica.....	38
2.1.1.2.3. Egipto.....	42
2.1.1.2.4. Cultura Mesopotámica.....	44
2.1.1.2.5. La Grecia Clásica.....	46
2.1.1.2.6. Roma.....	47
2.1.1.3. Edad Media.....	48
2.1.1.3.1. Derecho Canónico.....	51
2.1.1.3.2. Fuero Juzgo.....	54
2.1.1.3.3. Fuero Real.....	55
2.1.1.3.4. Las Partidas.....	56
2.1.1.3.5. Cultura Oriental.....	57
2.1.1.4. Edad Moderna.....	58
2.1.2. Antecedentes <u>Inmediatos</u>	63
2.1.2.1. Edad Contemporánea.....	63
2.1.2.2. <u>Continente</u> Americano.....	70
1. Época <u>Precolombina</u>	70
2. Época Colonial.....	75

3. Movimiento Independentista.....	80
4. Antecedentes históricos del <u>Constitucionalismo</u> en El Salvador.....	81
Las <u>Constituciones</u> en El Salvador.....	82
• Constitución de <u>1824</u>	83
• Constitución de <u>1841</u>	85
• Constitución de <u>1864</u>	87
• Constitución de <u>1871</u>	88
• Constitución de <u>1872</u>	89
• Constitución de <u>1880</u>	91
• Constitución de <u>1883</u>	92
• Constitución de <u>1886</u>	93
• Constitución de <u>1939</u>	94
• Constitución de <u>1945</u>	95
• Constitución de <u>1950</u>	95
• Constitución de <u>1962</u>	96
• Constitución de <u>1983</u>	97
5. Evolución Histórica Jurídica del Ilícito Utilización de Menores e Incapaces en Pornografía en la <u>Legislación</u> Penal Salvadoreña.....	100
• Código Penal de <u>1826</u>	100
• Código Penal de <u>1859</u>	102
• Código Penal de <u>1893</u>	103
• Código Penal de <u>1904</u>	104
• Código Penal de <u>1973</u>	104

• Código Penal de <u>1998</u>	105
2.2. Base Teórica.....	109
2.2.1. Generalidades de los Delitos Relativos a la Sexualidad.....	109
2.2.1.1. Derecho, Sexualidad e Informática.....	109
2.2.1.2. Concepto de Delitos Sexuales.....	112
2.2.1.3. Tratamiento Doctrinario.....	113
✚ Doctrina Subjetiva.....	113
✚ Doctrina Objetivista.....	116
2.2.1.4. Derecho Penal Sexual e Informativo.....	119
2.2.1.5. Generalidades del Ilícito Pornografía con Menores e Incapaces.....	120
2.2.1.6. Concepto Doctrinario de Pornografía.....	121
➤ Pornografía.....	122
➤ Pornografía Infantil.....	122
➤ Pornografía Virtual.....	124
2.2.1.7. Definición Legal Art. 173 Código Penal Salvadoreño.....	126
2.2.1.8 Menor de Edad.....	127
2.2.1.9. Incapaz.....	132
2.2.1.10. Factores que contribuyen a que Niños, Niñas y Adolescentes sean vulnerables a la Pornografía.....	133
❖ Persona del Sexo Femenino.....	133
❖ La Pobreza.....	134
❖ El Consumismo.....	134

❖ Abuso Intrafamiliar y Abandono.....	135
❖ Inoperancia de las Instituciones Responsables de la Atención.....	135
❖ Embarazo y Maternidad.....	135
❖ Viviendo y Trabajando en las calles.....	136
❖ Bajo Nivel Educativo.....	136
❖ Comportamiento Sexual Irresponsable.....	137
❖ Búsqueda de mejores oportunidades.....	137
❖ Otros factores	138
2.2.1.11. Relación entre Pornografía y Prostitución.....	140
2.2.1.12. Medidas Específicas contra la Prostitución y la Pornografía Infantil.....	146
2.2.3 <u>Clasificación</u> del tipo de.....	149
2.2.3.1. <u>Según</u> su Estructura los tipos se clasifican en.....	149
a) Tipos <u>Básicos</u> o Fundamentales.....	149
b) Tipos <u>Especiales</u> o Autónomos.....	149
c) Tipos <u>Subordinados</u> o Complementarios.....	150
d) Tipos elementales o simples.....	150
e) Tipos Compuestos.....	151
e.1) Tipos Complejos.....	151
e.2) Tipos Mixtos.....	151
f) Tipos en <u>Blanco</u>	152
2.2.3.2. Por la <u>Modalidad</u> de la Acción.....	153
a) Por las Modalidades de la Parte Objetiva.....	153
1. Delitos de Acción y de Omisión.....	153

1.1 Tipos de Acción.....	153
1.2 Tipos de Omisión.....	153
✚ Omisión Propia o Pura.....	153
✚ Omisión Impropia o Comisión por Omisión.....	154
2. Delitos de <u>Mera</u> Actividad y de Resultado.....	154
2.1 Delitos de Mera Actividad.....	155
2.2 Delitos de Resultado.....	155
✚ Tipos Instantáneos.....	155
✚ Tipos Permanentes.....	156
✚ Tipos de Estado.....	156
3. Delitos de <u>Medios</u> Determinados y Resultativos.....	157
4. Delitos de Un <u>acto</u> , Pluralidad de actos y Alternativo.....	158
✚ Tipos de Un Acto.....	158
✚ Tipos de Pluralidad de Actos.....	158
✚ Tipos Alternativos.....	158
5. Tipos Abiertos y Cerrados.....	159
✚ Tipos Abiertos.....	159
✚ Tipos Cerrados.....	159
b) Por las Modalidades de la Parte Subjetiva.....	160
1. Tipos <u>Congruentes</u> e Incongruentes.....	160
✚ Tipo Congruente.....	160
✚ Tipo Incongruente.....	160
1.1 Por Exceso <u>Subjetivo</u>	160
1.1.1. Delitos Mutilados en dos Actos, de Resultado Cortado o Tendencia Intensificada.....	161

1.1.2. Tipos de Imperfecta Ejecución.....	161
✚ Actos <u>Preparatorios</u> Punibles.....	162
✚ <u>Tentativa</u>	162
1.2. Por Exceso <u>Objetivo</u>	163
1.2.1 Delitos <u>Imprudentes</u>	163
1.2.2 Tipos <u>Cualificados</u> por el Resultado o Preterintencionales.....	163
2.2.3.3. Según los <u>Sujetos</u> que intervienen.....	164
a. Por la <u>Cualificación</u> del Sujeto Activo.....	164
1. Tipo Monosubjetivo.....	164
2. Tipo Plurisubjetivo.....	164
✚ Tipos de Convergencia.....	164
✚ Tipos de Encuentro.....	164
2. Tipos Comunes y Especiales.....	165
I) Tipos Comunes.....	165
II) Delitos Especiales.....	165
➤ Tipos Especiales Propios.....	165
➤ Tipos Especiales Impropios.....	166
b. Por la <u>calificación</u> del Sujeto pasivo.....	166
1. Tipos Lesivos generales y Lesivos Cualificados.....	166
I) Los Tipos Generales.....	166
II) Los Tipos Cualificados.....	166
✓ Los Tipos Lesivos Cualificados por Inimputabilidad.....	166
✓ Los Tipos Lesivos Cualificados por la Situación de la Víctima.....	167
✓ Los Tipos Lesivos Cualificados por la Relación Jurídica.....	167
✓ Los Tipos Lesivos Cualificados por Prevalimiento.....	168

c. Por la Forma de Participación del Delito.....	168
1. Tipo de Autoría y de Participación.....	168
I) Tipo de Autoría.....	168
II) Tipo de Participación.....	168
d. Por la Intervención Física del Sujeto.....	169
1. Tipos de Propia Mano.....	169
I. Delitos de Propia Mano.....	169
II. Los Injustos Psicológicos o de Ambiente.....	169
e. Por la Relación del Sujeto Pasivo con el Sujeto Activo.....	170
1. Tipos Disyuntivos y de Encuentro.....	170
I. Los Delitos Disyuntivos.....	170
II. Delitos de Encuentro.....	170
2.2.3.4. Según la <u>relación</u> con el Objeto Jurídico Penal.....	171
1. De Lesión o de Peligro.....	171
I. El delito de Lesión.....	171
II. Los Tipos de Peligro.....	171
✚ Peligro Concreto.....	172
✚ Peligro Abstracto.....	172
2. Delitos Mono ofensivos y Pluriofensivos.....	172
I. Los Delitos Mono ofensivos.....	172
II. Delitos Pluriofensivos.....	172
2.2.4. Estructura del Tipo.....	173
2.2.4.1. <u>Acción</u>	174
2.2.4.1.1. Supuestos de <u>Ausencia</u> de Acción.....	175
a) <u>Fuerza Irresistible</u>	176

b) <u>Movimientos Reflejos</u>	177
c) <u>Estados de Inconsciencia</u>	177
2.2.4.2. <u>Tipicidad</u>	179
2.2.4.2.1. Tipo <u>Objetivo</u>	179
➤ Elementos <u>Objetivos Descriptivos Esenciales</u>	179
1. <u>Acción</u>	179
2. Sujeto <u>Activo</u>	182
3. Sujeto <u>Pasivo</u>	182
✚ <u>Menor de Edad</u>	183
✚ <u>Incapaz</u>	186
4. <u>Bien Jurídico</u>	190
a) <u>Libertad Sexual</u>	190
b) <u>Intangibilidad Sexual</u>	191
c) <u>Indemnidad Sexual</u>	191
c.1) <u>Formación Sexual o Bienestar Psíquico</u>	192
c.2) <u>La Moral Sexual</u>	192
5. <u>Nexo Causal</u>	193
6. <u>Resultado</u>	194
➤ Elementos <u>Objetivos Descriptivos No Esenciales</u>	195
1. <u>Medios</u>	195
2. <u>Lugar</u>	196
3. <u>Tiempo</u>	196
4. <u>Objeto Material</u>	196
➤ Elementos <u>Objetivos Normativos</u>	197
a) <u>Jurídicos</u>	197

b) <u>Socioculturales</u>	200
2.2.4.2.2. Tipo <u>Subjetivo</u>	201
1. <u>Dolo</u>	201
2. <u>Imprudencia</u>	203
3. Elementos Subjetivos <u>Distintos</u> del dolo.....	203
2.2.4.2.3. <u>Error</u> de Tipo.....	204
2.2.4.2.4. <u>Antijuridicidad</u>	205
2.2.4.2.4.1. <u>Causas</u> de Justificación.....	207
1. <u>Legítima</u> Defensa.....	208
2. <u>Estado</u> de Necesidad Justificante.....	208
3. <u>Cumplimiento</u> de un Deber o Ejercicio Legítimo de un Derecho, Oficio o Cargo.....	209
4. <u>Consentimiento</u>	210
2.2.4.2.4.2. <u>Error</u> de Prohibición Indirecto.....	211
2.2.4.2.5. <u>Culpabilidad</u>	211
➤ Elementos de la Culpabilidad.....	212
1. <u>Imputabilidad</u> o capacidad de Culpabilidad.....	212
1.2 <u>Inimputabilidad</u>	212
2. <u>Conciencia</u> de la Ilícitud o Conocimiento de la Antijuridicidad.....	214
2.1. <u>Error</u> de Prohibición Directo.....	214
a) Desconocimiento de la Norma.....	214
b) Conoce la Norma pero la cree no Vigente.....	215
c) <u>Interpretación</u> errónea de la norma y la considera no aplicable.....	215
3. <u>Exigibilidad</u> de un Comportamiento Diferente.....	217

3.1. <u>No</u> Exigibilidad de otra Conducta.....	217
a) <u>Estado</u> de Necesidad Disculpante.....	218
b) <u>Miedo</u> Insuperable.....	219
c) <u>Coacción</u> o Vis Compulsiva.....	221
2.2.5. <u>Punibilidad</u>	222
2.2.6. <u>Iter</u> Criminis.....	224
1. <u>Fase</u> Interna.....	225
2. <u>Fase</u> Externa.....	226
a) <u>Actos</u> Preparatorios.....	226
b) <u>Actos</u> de Ejecución.....	229
2.2.7 <u>Tentativa</u> en el Delito Utilización de menores e incapaces en Pornografía.....	231
➤ Clases de Tentativa.....	233
➤ <u>Desistimiento</u>	236
2.2.8 <u>Autoría</u>	239
a) Autoría <u>Directa</u> o Inmediata.....	241
b) Autoría <u>Mediata</u>	242
c) <u>Coautoría</u>	243
2.2.9. <u>Participación</u>	245
➤ <u>Instigación</u>	246
➤ <u>Complicidad</u>	246
2.2.10. <u>Concursos</u>	247
➤ Concurso <u>Ideal</u> Propio.....	247
➤ Concurso Ideal Impropio.....	247
➤ Concurso Real.....	248

➤ Delito <u>Continuado</u>	250
➤ Delito <u>Masa</u>	252
➤ Concurso <u>Aparente</u> de Leyes.....	253
2.2.11. Pornografía Infantil Agravada.....	255
2.2.12. Derecho <u>Internacional</u>	257
2.2.13. <u>Jurisprudencia</u>	263
2.2.14. Derecho <u>Comparado</u>	283
2.2.15 Base <u>Conceptual</u>	300

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

3.1 <u>Hipótesis</u> de la Investigación.....	304
3.1.1. Operacionalización del Sistema de Hipótesis.....	304
3.1.1.1. Hipótesis <u>Generales</u>	304
3.1.1.2. Hipótesis <u>Específicas</u>	306
3.2. <u>Método</u> de la Investigación.....	312
3.3. Naturaleza de la Investigación.....	312
3.4. Universo Muestra.....	314
3.5. <u>Técnica</u> de la Investigación.....	316
3.5.1. <u>Investigación</u> Documental.....	317
3.5.2. <u>Investigación</u> de Campo.....	317

PARTE II
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.

CAPITULO IV
ANÁLISIS CRITICOS DE LOS RESULTADOS.

4.1. <u>Medición</u> en la Descripción de Resultados.....	328
4.1.1. <u>Resultados</u> de Entrevistas No Estructuradas.....	328
4.1.2. <u>Resultados</u> de Entrevistas Semi Estructuradas.....	337
4.1.3. <u>Resultados</u> de Encuestas.....	351
4.2. <u>Medición</u> en el Análisis e Interpretación de Resultados.....	368
4.2.1. <u>Solución</u> del Problema de Investigación.....	368
4.2.1.1. Enunciados Generales.....	368
4.2.1.2. Enunciados Específicos.....	369
4.2.2. <u>Demostración</u> y Verificación de Hipótesis.....	373
4.2.2.1. <u>Hipótesis</u> Generales.....	373
4.2.2.2. <u>Hipótesis</u> Especificas.....	374
4.2.3. <u>Logro</u> de Objetivos.....	377
4.2.3.1. <u>Objetivos</u> Generales.....	377
4.2.3.2. <u>Objetivos</u> Específicos.....	378

CAPITULO V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA.

5.1. <u>Conclusiones</u>	383
5.1.1. <u>Conclusiones</u> Generales.....	383
5.1.1.1. <u>Doctrinarias</u>	383
5.1.1.2. <u>Jurídicas</u>	385
5.1.1.3. <u>Sociales</u>	386
5.1.1.4. <u>Culturales</u>	387
5.1.2. <u>Conclusiones</u> Especificas.....	389
5.2. <u>Recomendaciones</u>	392
a) <u>Órgano</u> Legislativo.....	392
b) <u>Órgano</u> Judicial.....	392
c) <u>Órgano</u> Ejecutivo.....	393
d) <u>Ministerio</u> Público.....	393
e) <u>Consejo</u> Nacional de la Judicatura.....	394
f) <u>Universidad</u> de El Salvador.....	394
g) <u>Educadores</u> Universitarios.....	395
h) <u>Comunidad</u> Estudiantil.....	395
i) <u>Sociedad</u>	395
5.3. <u>Propuesta</u>	395
<u>Bibliografía</u>	400
<u>Anexos</u>	403

1. <u>Noticias</u> Recopiladas del Caso Dr. Nelson García (Abogado y Notario), publicadas en los periódicos de mayor circulación Nacional.....	403
2. Procedimiento Especial de Habeas Corpus.....	419
3. Campaña contra Pornografía Infantil.....	432
4. <u>Entrevista</u> No Estructurada dirigida a Magistrados, Jueces y Conocedores del Tema.....	434
5. <u>Entrevista</u> Semi Estructurada dirigida a Fiscales, Defensores Públicos, Privados y Colaboradores Judiciales.....	436
6. <u>Encuesta</u> Dirigida a Estudiantes de Cuarto, Quinto Año y Egresados de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.....	439
7. Noticia de Pornografía en Soporte Electrónico.....	442

INTRODUCCIÓN.

La Pornografía Infantil es infracción penal, que data desde los orígenes del hombre, porque las conductas sexuales han estado presente desde el inicio de la humanidad, aunque en sus comienzos estas no eran reprochables, por considerarse la desnudes manifestación artística, situación que se a distorsionado con el devenir del tiempo.

La dificultad principal de esta investigación es determinar la naturaleza jurídica, y estructura del tipo, abordándose la explicación del delito indagado, de forma completa atendiendo a todos los aspectos del mismo. En este trabajo se cuenta con fuentes doctrinales donde se utiliza la teoría general del delito, (Corrientes Finalistas y Pos-Finalistas) analizándose los distintos elementos del ilícito.

La presente exploración surge por discusiones que se han generado en torno a su interpretación y aplicación, a través del enfoque jurídico social.

La investigación se divide en los siguientes apartados:

El capítulo I denominado **“Planteamiento del Problema”** donde se encuentra: La situación problemática, expresándose la necesidad de indagar acerca del fenómeno socio-cultural Pornografía; **“El Enunciado del Problema”** enumera las interrogantes que existen sobre el tema en estudio, de igual forma se **“Justifica**

la Investigación”, en virtud de ser dicha infracción penal realidad que afecta a la sociedad Salvadoreña, además se fijan metas para determinar factores intervinientes en la proliferación de la Pornografía con Menores e Incapaces y la eficacia del mismo (**Objetivos Generales y Específicos**); se establecen **Alcances** que el equipo de trabajo propone lograr y las **Limitaciones** que la obstaculizan.

El Capítulo II titulado: “**Marco Teórico**”, se divide en Elementos Básicos Históricos, Base Teórica: en la primera se toma como punto de referencia la Pre Historia, culturas antiguas hasta llegar a la edad contemporánea. En la Base teórica se estudia el delito Penal Pornografía con Menores e Incapaces de forma especial, determinando su definición a partir de diversas connotaciones, clasificación, estructura y jurisprudencia Internacional, por el difícil acceso a la existente en el país, analizándose temas especiales como: el iter criminis, la tentativa como forma imperfecta de ejecución del delito, los concursos, las agravantes, derecho comparado. En la base conceptual, se definen los conceptos que son de importancia para la indagación.

En el Capítulo III se elabora la serie de **Hipótesis Generales y Específicas** que se comprueban en el desarrollo de la investigación, identificando la naturaleza de las mismas; incluyendo la población tomada en cuenta para la realización de la indagación de campo.

El *ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RESULTADOS*, correspondiente al desarrollo del capítulo IV, presentando la información obtenida mediante cuadros y gráficos para efectos de mejor comprensión sobre la averiguación de campo realizada y concretizando el cumplimiento de los objetivos desarrollados en el capítulo I.

El capítulo V acoge las **CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA**; que surgieron de la investigación, después de conocer lo instituido en diferentes legislaciones, doctrinas y opiniones de conocedores del tema, así como la propuesta de reforma del artículo 173 C.Pn., para mejorar la aplicación de dicho precepto jurídico y contribuir a la construcción del Estado Democrático de Derecho.

P A R T E I

**DISEÑO DE LA
INVESTIGACIÓN**

CAPITULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1 SITUACION PROBLMATICA.

En El Salvador al igual que en otros países de América Latina, existe el fenómeno social de la pornografía y pese a las presiones sociales que generan diversos sectores de la misma, no han derivado en estudios serios capaces de identificar y de analizar, desde varios puntos de vista, su naturaleza, extensión, causas, costos sociales. Ejemplo de esto es la creciente y desmesurada utilización de menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales en materiales de contenido pornográfico; resultando en tal sentido este comportamiento un negocio a escala mundial. El Código Penal salvadoreño en el artículo 173 expresa: “El que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la voz de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas, será sancionado con prisión de seis a doce años”.¹

El problema Social que se forma a raíz de la Pornografía Infantil, es causa de inquietud dentro del conglomerado social en nuestro país y el mundo, y este debe analizarse desde diversas perspectivas, siendo entre estas las sociales,

¹ Código Penal, Parte Especial, Capítulo III, Edición 2009 Corte Suprema de justicia.

culturales, económicas, políticas y jurídicas; para contribuir de una forma favorable, y evitar que se realicen este tipo de hechos tendientes a dañar a los y las menores, incapaces o deficientes mentales, siendo en la mayoría de los casos el sector más vulnerable, en razón de ello el legislador salvadoreño decidió tipificar como delito tal conducta en la disposición ya mencionada. Debido a que en la antigüedad el hombre ha creado obras lascivas con el objetivo de despertar los deseos sexuales, aunque hubo un tiempo en que la pornografía era difícil de producir y solo estaba al alcance de los ricos, pero con la llegada de las grandes imprentas, la fotografía y el cine todo cambió; se hizo asequible incluso para los menos acaudalados; Esto con los avances tecnológicos tales como el Internet creándose un nuevo mundo de información y comunicación para cualquiera que pueda tener acceso a esos servicios electrónicos. Aun cuando esta nueva tecnología ofrece oportunidades inigualables de enseñanza tanto para niños como para adultos, acerca del universo en el que vivimos, también cuenta con la enorme desventaja de imprimir inconmensurables consecuencias como resultado de la explotación sexual infantil, especialmente a través de la distribución de imágenes de explotación sexual de los niños. El desarrollo, el acceso cada vez mayor y el uso de la tecnología de computación en el hogar, ha revolucionado la distribución de este tipo de imágenes, aumentando la disponibilidad y facilidad de posesión y de diseminación, disminuyendo al mismo tiempo el costo de producción y distribución, especialmente a través de las fronteras internacionales.

La pornografía se ha convertido en algo tan común, muchas personas no saben que pensar sobre este problema. En este momento ejerce una influencia en la cultura mucho mayor que la música y el teatro. Hoy en día la pornografía a veces se refleja en la ropa que visten muchas personalidades famosas y que se presentan en videos musicales que contienen cada vez más escenas sexuales, así como en la publicidad que ha adoptado un modelo con apariencia pornográfica, de esta forma la sociedad cree que nada de lo que ve es malo y por tal razón lo acepta.

La importancia del correcto desarrollo de la personalidad de los menores de dieciocho años de edad, determina la necesidad de protección a través del derecho penal, prohibiendo los comportamientos dirigidos al menoscabo y daño de los infantes; por estar en peligro la Indemnidad e Intangibilidad Sexual de los mismos; para comprender este ilícito es necesario mencionar la definición de Pornografía Infantil:

- *Es toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de los genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.*² Resulta un hecho indiscutible que la aparición de la Internet ha disparado cualitativa y sobretodo cuantitativamente el fenómeno de la creación y posterior distribución de materiales pornográficos elaborados con menores, habiendo pasado de ser

² Artículo 2 Literal C) del PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS; LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN EN LA PORNOGRAFÍA. Organización de las Naciones Unidas.

una actividad casi residual a adquirir indudablemente relevancia.³ Y es que ahora con oprimir las teclas de un equipo computarizado se acceda a una página electrónica, cualquiera puede tener acceso a este material.

Existen varios tipos de pornografía infantil, las técnicas que se refieren a la alteración de la imagen de niños para que luzcan mayores son: a) La Seudo Pornografía, es un fotomontaje de infantes en cuerpos de adulto; b) El morfing, que es la modificación digital de una persona; y, c) Los relatos virtuales, que se refiere a la recreación de dibujos animados realizando actos sexuales.

En estos casos no sólo se habla de niños y niñas de 15 ó 16 años que es lo más común, la pornografía infantil es denigrante porque se ven menores de tres años o de un año, incapaces y personas con deficiencia mental; en posiciones sexuales con este tipo de abusadores.

El ilícito en estudio está tipificado dentro de las leyes penales de casi todos los países del mundo, suponiendo uno de los mayores problemas de esta era global donde la información está, al acceso de la mayoría de personas. Prueba de ello es el crecimiento de los programas informáticos que facilitan el intercambio de archivos de video y fotografías.

La **Ciberpornografía** son Imágenes y películas que pueden ser descargadas y vistas por cualquier persona a través de Internet. No es el único medio por el cual se comete este tipo de delitos, incluyendo también los que a continuación se detallan:

³ Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet. Javier Gustavo Fernández Teruelo.

- ❖ **Revistas para adultos:** Están dirigidas principalmente, al público masculino adulto. Las revistas de mayor difusión (Playboy y Penthouse) no violan la norma Miller de obscenidad y por lo tanto, pueden ser distribuidas legalmente. Pero otras revistas que sí violan estas normas están fácilmente disponibles en muchas librerías para adultos.⁴
- ❖ **Las películas.** Las normas de calificación se han ido flexibilizando, y hay muchas películas pornográficas que se exhiben y distribuyen con una calificación de R y NC-17. Muchas de estas con una calificación de "R duro" hubieran sido consideradas obscenas sólo una década atrás.
- ❖ **La televisión.** Como ocurre en las películas las normas para la televisión comercial se han bajando flexibilizado, pero la televisión por cable presenta una amenaza aún mayor. Hay personas que jamás irían a una librería para adultos y ahora pueden ver el mismo material sexualmente explícito en la intimidad de sus hogares."
- ❖ **"La "audio pornografía".** Esto incluye las "porno llamadas," que son el segundo mercado de mayor crecimiento de dicho fenómeno. Si bien la mayoría de los mensajes están dentro de la definición de obscenidad de

⁴ Henry Miller. Caso Estado de Puerto Rico vrs Miller **Los Artículos del 112 al 117 A y B, del Código Penal de Puerto Rico son los que tratan los delitos de obscenidad en Puerto Rico y fueron enmendados en el año 1980 a través de la Ley 97 del 4 de junio de 1980.**

Miller estos negocios siguen floreciendo y a menudo son usados en gran parte menores de edad.

La pornografía con fantasías crea un mundo irreal en donde el adicto accesa, primero en la etapa de la adolescencia y luego en otros niveles del desarrollo, creando una relación antropocéntrica entre el sujeto y la misma, que lo condiciona a depender de fantasías y objetos para alcanzar sus necesidades emocionales y sexuales. La persona que depende de programas de televisión, películas, revistas u otro medio de contenido pornográfico para tener una vida sexual activa; se vuelve un sujeto con un alto índice de peligrosidad, dado que al estar en un estado de irrealidad este podría; llegar a cometer otro ilícito de mayor gravedad por dicha patología o dependencia pornográfica, máxime si este sujeto es adicto a observar pornografía en la que resultan involucrados menores de dieciocho años, incapaces, o personas con deficiencia mental.

Los Centros Escolares en el desarrollo de la educación de los jóvenes se ven en la necesidad de implementar programas de información sexual, teniendo como objetivos principales en primer lugar, la protección de la integridad física y psicológica del menor y en segundo lugar evitar una vulneración a esa inocencia.

Teniendo conocimiento la mayoría de personas que los jóvenes poseen información sobre educación sexual, algunos sujetos se aprovechan de tal situación, induciendo a menores a realizar actos sexuales perversos. Existen individuos que se benefician de los menores que ya han tenido alguna experiencia de carácter sexual,

porque consideran que de esta forma es más fácil cumplir con sus objetivos inmorales.

Se hace necesario examinar si conforme a los tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, se está ofreciendo el tratamiento pertinente a la referida conducta, adecuada a la realidad social y jurídica de nuestro país. Por ser difícil establecer si el individuo “Sujeto Activo” del delito es el único responsable o si la misma sociedad tiene cierta responsabilidad en el mismo; por lo general el único señalado como responsable es quien comete una las conductas descritas en el Artículo 173 del Código Penal; dificultando entender la mezcla de factores sociales, políticos y económicos que intervienen en el fenómeno.

1.1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

1.1.1.1 ENUNCIADO GENERAL.

¿Se estará protegiendo desde la perspectiva Jurídico-Social, en El Salvador a las personas menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales, de ser utilizados en la pornografía?

¿Se han identificado los factores generadores del ilícito Utilización de menores de dieciocho años, incapaz o deficientes mentales en la pornografía?

1.1.1.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS.

- ¿Se tutelara con eficacia la indemnidad e intangibilidad sexual dentro del tipo penal la Utilización de menores de dieciocho años, incapaz o deficientes mentales en la pornografía?

- ¿Comprenderá el Art. 173 del Código Penal todas las posibles modalidades con las cuales se puede realizar el ilícito de pornografía en menores de dieciocho años, incapaz o deficientes mentales?

- ¿Identificar los elementos que estructuran el tipo penal de pornografía?

- ¿Cómo identificar el delito de pornografía de menores e incapaces y deficientes mentales frente a la comisión de otros delitos relativos a la libertad sexual?

- ¿Por qué es indiferente en el delito pornografía de menores e incapaces y deficientes mentales la concurrencia del consentimiento por parte de la víctima?

- ¿Resultará necesario reformar el Art. 173 del Código Penal, para garantizar una mejor protección de la Indemnidad e Intangibilidad Sexual de los Menores de dieciocho años, incapaces y deficientes mentales?

1.2 JUSTIFICACION.

Los avances de la tecnología de la información y de la informática, abren las puertas a nuevas formas de delincuencia que antes no se podía imaginar, es el caso del ilícito de **Utilización de Personas Menores de Dieciocho años e Incapaces o Deficientes mentales en Pornografía.**

El uso fraudulento de las computadoras y otros medios de comunicación; con el fin de obtener ganancias, la destrucción de programas, el acceso o el uso inadecuado de la información, repercute en la violación a la privacidad. La cuantía de los perjuicios así ocasionados no sólo es mucho mayor que la obtenida por la delincuencia tradicional, sino que también es mucho más difícil de cubrir su autoría o participación. Se habla en este sentido de delincuentes especialistas capaces de deshacer toda huella de su autoría o participación en el delito, resultando de acuerdo al tema objeto de estudio principalmente perjudicados los y las menores de 18 años de edad, dado que son las personas más vulnerables en virtud de no tener una madurez mental y física para asimilar tal fenómeno social, y en consecuencia ser víctimas de otros delitos de contenido sexual.

La informática se constituye en el objeto o medio para cometer algunos delitos, es un canal que facilita el acceso desde cualquier parte del mundo y ciertas posibilidades de anonimato, determinándose por el inmenso caudal de información

que acumula, permitiendo la realización de delitos informáticos, incluyéndose el problema social de la Pornografía Infantil, regulado en el Art. 173 del código penal. Existiendo cada vez mayor cantidad de violadores de niños y niñas que utilizan la tecnología de la computación para organizar, mantener y aumentar el tamaño de sus colecciones de pornografía infantil. Las imágenes ilegales de niños y niñas, personalmente manufacturadas, tienen un valor especial en Internet y a menudo dichos violadores se dedican a intercambiar imágenes de sus propias “proezas sexuales”. Cuando esas imágenes llegan al espacio cibernético, ya es muy tarde para retraerlas y pueden continuar circulando para siempre, condenando así al niño y niña a ser víctima perenne de imágenes que pueden ser vistas una y otra vez; siendo este uno de los principales medios que aumentan en gran medida este tipo de comportamientos.

El estudio del delito de pornografía es de mucha importancia debido a que se trata de un tema muy controversial donde existe gran cantidad de personas que defienden su existencia y otras que la combaten, por ello el análisis para exponer el punto de vista de especialistas en la materia es necesario y de esta forma definir cuanto afecta o beneficia la pornografía a nivel social y personal; a los sujetos implicados en el injusto objeto de la investigación, siendo indispensable el estudio de las secuelas que dejan los abusadores, en sus víctimas, quienes quedan marcados de por vida.

Debido al desarrollo cultural que la sociedad ha ido logrando, como factores predominantes los medios de comunicación, la transculturación y las malas influencias es que hoy en día hasta cierto punto se considera posible que los menores de edad tenga una vida sexualmente activa, pero esto no significa que sea aceptada tal situación.

Los infantes y adolescentes son el futuro de la sociedad, y sobre ellos se deposita la confianza para un mejor mañana. Por lo que resulta necesario delimitar el ámbito de protección legal de los menores e incapaces respecto al bien jurídico protegido, porque no deben quedar en la impunidad comportamientos tendientes a menoscabar la “Dignidad Personal” de estos , debiendo hacer valer el interés superior del menor, prevaleciendo frente a cualquier situación, debido a que en las conductas delictivas cometidas por sujetos con deseos libidinosos, es moralmente reprochable ante la sociedad tal patrón conductual máxime al verificarse la concurrencia de los elementos que el tipo penal que se investiga exige siendo en tal sentido dicho comportamiento punible. La figura delictiva también se hace extensiva a los deficientes mentales, personas que no gozan de una capacidad psíquica o física plena, por lo que resultan ser sujetos frágiles, quienes necesitan la protección principalmente de su dignidad, resultando indiferente que sean o no menores de edad.

Ante el aumento de la criminalidad en la sociedad, es necesario realizar la investigación del delito de Pornografía en la que se utilizan a menores de edad,

Incapaces o Deficientes Mentales, en la que se logren determinar la amplitud del ámbito de protección a los Derechos de las victimas.

Otro aspecto del problema objeto de estudio, lo constituye la correcta persecución de este ilícito, por parte de las instituciones encargadas de ello, para el caso la Fiscalía General de La República, conjuntamente con la Policía Nacional Civil, es decir hasta qué punto se realiza una buena investigación de este tipo de conductas y la eficacia de la misma, así como la garantía de los derechos de los menores involucrados en este. Siendo necesario hacer énfasis que en la mayoría de los casos no se denuncia este tipo de conducta por la vergüenza que ocasiona el ser objeto de tal vejamen jurídico social.

El estudio de la temática expuesta, precedentemente conlleva a la necesidad de verificar si el Sistema Judicial Formal y Tradicional de la Justicia, le esta dando una respuesta efectiva a los delitos en los cuales se involucran a infantes, adolescentes, incapaces y deficientes mentales, dada la naturaleza del injusto regulado en el Artículo 173 del código penal, es decir establecer si se esta cumpliendo con el principio de dar una pronta y cumplida justicia dentro de el órgano judicial como ente encargado de solventar tal situación, para que los mismos no queden en la impunidad. Lo cual es relevante, debido a que coadyuva a mantener el orden dentro del conglomerado social.

Es de mucha utilidad para la sociedad, Estudiantes de Ciencias Jurídicas, Fiscales, Defensores Públicos, Abogados en el libre ejercicio y Jueces quienes encontraran aportes que facilitarán la comprensión e interpretación del delito de pornografía de menores e incapaces y deficientes mentales, para que puedan determinar los elementos del tipo.

1.3 OBJETIVOS.

1.3.1 OBJETIVOS GENERALES.

- Estudiar la aplicación y eficacia del ilícito “Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía”.
- Analizar las consecuencias del delito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, en la ciudad de San Miguel.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar la transformación que ha tenido este delito desde sus orígenes hasta la actualidad.
- Determinar a través del análisis jurídico y social, las consecuencias producidas por la Pornografía Infantil en las personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales utilizadas en esta.
- Clasificar y Estructurar el delito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces en pornografía.

- Fijar los límites para determinar la existencia del delito de pornografía de menores con otros tipos Penales relativos a la libertad sexual.
- Investigar la Jurisprudencia Nacional e Internacional relaciona al delito que regula el Artículo 173 del código penal.
- Comparar el ilícito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces en pornografía que regula el Código Penal Salvadoreño con Códigos Penales de otros países; y de esta forma determinar las similitudes y diferencias del mismo.
- Crear propuesta de reforma del delito de Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, que atienda a las necesidades político criminales de la sociedad.

1.4 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 ALCANCE DOCTRINARIO.

A la luz del estudio realizado por los diversos autores especialistas del delito de Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía; atendiendo a las distintas modalidades bajo las cuales se cometen el injusto en comentó, aplicando las diferentes teorías que explican la estructura general del delito, y los diferentes temas especiales relacionados con el ilícito que se investiga. De manera generalizada el delito posee los siguientes elementos:

- Es un acto humano.
- Ese acto debe ser antijurídico, es decir debe poner en peligro un bien jurídicamente protegido.
- Debe ser típico; significa que debe corresponder a un tipo legal definido por la ley.
- Debe ser Reprochable.
- El acto ejecutado u omitido debe ser sancionado con una pena.

Teniendo en cuenta los elementos anteriores y siendo el objeto de este estudio el delito de pornografía de menores de edad e incapaces y deficientes mentales, una definición de este sería: **acción u omisión culpable realizada por un ser humano, que cause perjuicio a personas menores de edad, incapaces o**

deficientes mentales, tipificado en la ley, que se realiza en el entorno informático y otros medios de comunicación e información y que está sancionado con una pena.

De acuerdo a la definición del delito objeto de estudio para el doctor José Ignacio Cafferata Nores expresó: "Se desincrimina la producción de imágenes y objetos obscenos en los que estuvieren en juego exclusivamente imágenes de personas adultas. El objetivo primordial de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños y niñas en la producción de imágenes pornográficas".⁵

Son muchas las teorías que en la historia del Derecho Penal, han tratado de explicar de forma sistemática el delito en todas sus etapas, para efectos de la presente investigación serán tomadas como base metodológica la Teoría Finalista, con aportes del post finalismo, con el objetivo de realizar un análisis teórico preciso, cubriendo los vacíos que la teoría mencionada pudiera tener.

Para la realización del estudio del ilícito ya mencionados nos auxiliaremos de libros tales como: *Ciberdelitos, Delitos Cometidos a Través del Internet; de Javier Gustavo Fernández Peruelo; Delitos Contra la Integridad Sexual de Carlos Enrique Edwards; Exhibicionismo, Pornografía y otras Conductas Sexuales provocadoras; de José Luis Díez Ripolle; La Protección Penal del Menor Frente a la Explotación Sexual, de Josep Maria Tamarit; DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL, de EDGARDO ALBERTO DONNA; FILOSOFIA DEL*

⁵ DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL, de EDGARDO ALBERTO DONNA. Pag.165.

DERECHO de GILLERMO FEDERICO HEGEL; INTRODUCCION AL DERECHO, Decimo Cuarta Edición, de ABELARDO TORRE POLITICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL, de CLAUS ROXIN.

Documentos que contienen información muy valiosa en relación a la presente investigación, que servirán como base para la realización de la misma. Tomando en cuenta que el derecho penal no tiene un valor absoluto, sino relativo. Siendo este un instrumento al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia dentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales. Claro es que con ello el edificio sistemático perderá en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficacia. Y esto último es lo que debe demostrar un instrumento, si quiere ser apto para el cumplimiento de los fines para los que ha sido creado.⁶

1.4.2 ALCANCE NORMATIVO.

El ordenamiento jurídico Salvadoreño permite encontrar fundamento legal suficiente sobre la Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, es necesario para el correcto desarrollo del mismo, la utilización de conceptos que se encuentran diseminados en la legislación Interna e Internacional.

En la Constitución de la República, se fundamenta todo el ordenamiento jurídico, constituyéndose en la base para la creación del resto de leyes que rigen la

⁶ POLITICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL, de CLAUS ROXIN. Pag.23.

convivencia social. En atención a la obligación que tiene el Estado de garantizar y proteger a los mas débiles o vulnerables, los menores, incapaces y deficientes mentales; para que estos tengan una vida digna y un correcto desarrollo tanto físico como mental como lo expresa el Artículo 1 de la Constitución de la República, de igual forma El Código de Familia los protege de la incitación o coacción para que realicen actividades sexuales, ejerzan la prostitución o sean utilizados en la pornografía o en espectáculos pornográficos en vivo. Incluyendo que los niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos contra la libertad sexual, tienen derecho a recibir apoyo material, moral y psicológico.

La regulación en concreto de la figura de **Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía:**

Art. 173.- El que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la voz de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas, será sancionado con prisión de seis a doce años.

Igual sanción se impondrá a quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior, en acciones pornográficas o eróticas.

Al ser un tipo penal complejo del cual se necesita del análisis comparativo del código penal y de la legislación extranjera específicamente las que dan tratamiento al ilícito en estudio.

Las reformas introducidas en el Código Penal por el Decreto de Ley N° 393 del 2004 relativas al crimen organizado que hacen referencia a la utilización de niños, niñas y adolescentes en la pornografía y en la trata de personas.

Para tener una mejor comprensión de la temática se estudiaran en particular los Tratados y Convenios ratificados por El Salvador en relación al trabajo de investigación, los cuales se detallan a continuación:

- ✚ La Convención sobre los Derechos del Niño (28 de enero de 1991).
- ✚ El Protocolo Facultativo a la Convención relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía (11 de noviembre del 2003)
- ✚ El Convenio sobre la Prohibición de las peores formas de Trabajo Infantil y la acción inmediata para su eliminación (28 de enero del 2005).
- ✚ La Convención Interamericana contra el Tráfico Internacional de menores (12 de junio del 2000).
- ✚ El Estatuto de Roma (5 de agosto del 2002), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (4 de agosto del 2004).

- ✚ El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños (4 de agosto del 2004).
- ✚ La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (19 de noviembre de 1982).
- ✚ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (3 de octubre de 1996)
- ✚ El Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (23 de enero del 2007).

1.4.3 ALCANCE TEMPORAL.

La delimitación temporal permite enfocar la investigación dentro de un espacio de tiempo determinado, siendo este el periodo comprendido a partir del 01 de Enero del año dos mil cuatro hasta el mes de Junio de dos mil nueve.

Tomando el lapso de tiempo antes relacionado en virtud de la reforma introducida en el Código Penal por el Decreto de Ley N° 393 del 2004 relativas al crimen organizado que hacen referencia a la utilización de niños, niñas y adolescentes en la pornografía y en la trata de personas.

Así mismo se considera atinado el periodo de cinco años y seis meses, antes relacionado por que ha sido durante este periodo que el fenómeno de la pornografía se ha ido proliferando.

Esto permitirá diferenciar cada una de las conductas que se sancionan como delictivas, en cuanto a la Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, y así determinar la aplicabilidad del mismo en la circunscripción territorial de la ciudad de San Miguel.

1.4.4 ALCANCE ESPACIAL

El injusto de Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, en la sociedad actual ha incidido en gran medida en la realización de muchas de las actividades que hoy se consideran comunes para la mayoría de los sujetos, en consecuencia el estudio del mismo puede enfocarse tanto a nivel regional como nacional; para efectos del presente trabajo de grado tendrá una dimensión Regional, focalizada específicamente el Departamento de San Miguel porque su ubicación geográfica es accesible para la investigación de campo, por la cercanía del lugar y facilidad de traslado.

Esto último con el fin de verificar la aplicación y efectividad del tipo penal que se investiga, para la obtención de datos más precisos sobre la misma se visitara para ello las siguientes entidades de gobierno.

✚ La Fiscalía General de la República Regional San Miguel.

✚ La Delegación de la Policía Nacional Civil de San Miguel

- ✚ El Instituto salvadoreño de Protección de la Niñez y la Adolescencia (ISNA) de San Miguel.

- ✚ La Procuraduría General de Derechos Humanos Oficina Auxiliar de San Miguel.

- ✚ El Juzgado 1º, 2º, 3ºy 4º, de Paz de San Miguel.

- ✚ El Juzgado 1º, 2º y 3º de Instrucción de San Miguel.

- ✚ El Tribunal 1º y 2º de Sentencia de San Miguel.

La restricción del ámbito territorial, es de vital importancia para realizar una investigación de relevancia, exactitud, credibilidad, y así producir análisis más profundos con los datos proporcionados por las entidades antes relacionadas se tendrá una visión sobre la pornografía de acuerdo a la realidad salvadoreño.

1.5 LIMITANTES.

Para la realización de este tipo de investigaciones es necesaria la recolección de información, proveniente de libros, ensayos, revistas, boletines, tesis, y datos estadísticos; pero no es posible acceder a dicha información por las razones siguientes:

1.5.1 DOCUMENTAL

- La poca información referente al tema Pornografía de menores e incapaces y deficientes mentales en la legislación Penal salvadoreña. La información documental que se encuentra es sobre doctrina y jurisprudencia extranjera, por lo que se hará necesario realizar una adecuación en el sistema Penal.
- La realización de la investigación implica un mayor grado de dificultad al trabajo de indagación, en razón de encontrar disponibles solamente artículos independientes, que tienden a generar confusiones en la aplicación de los conceptos, debido que dicha información se encuentra fuera del contexto de la legislación salvadoreña.

1.5.2 DE CAMPO

- La poca colaboración y difícil acceso a personas que integran el sector justicia debido a la carga laboral.

- Falta de acceso a personas especializadas en la materia, que puedan proporcionar información para comprensión de los elementos del delito que se investiga.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO.

2.1 Elementos Básicos Históricos.

Los historiadores han señalado la división del tiempo para poder estudiar mejor la evolución del ser humano desde su aparición hasta la actualidad. La Prehistoria se define como el periodo de tiempo previo a la Historia, transcurrido desde el inicio de la evolución humana hasta la aparición de los primeros testimonios escritos. La escritura marca la frontera entre Prehistoria e Historia está se divide en cuatro etapas: Edad Antigua, Media, Moderna y Contemporánea. Fragmentarla como han hecho los historiadores es convencional, centrada en la historia de Europa y del área mediterránea, debido a la influencia que estas culturas tuvieron.

Las primeras manifestaciones de la pornografía, se encuentran en la historia como representaciones eróticas incluyéndose dentro de estas: Pinturas, esculturas, fotografías, obras dramáticas, composiciones musicales y literarias que muestran escenas de naturaleza sexual. Las cuales fueron creadas por casi todas las civilizaciones, antiguas y modernas.

2.1.1 ANTECEDENTES MEDIATOS.

2.1.1.1 PREHISTORIA:

La aparición del primer ser humano hace más de 5,000 años, marca el inicio de este período que finaliza con la invención de la escritura; época en la que el hombre vivía en sistemas sociales menos avanzados que en la actualidad, por lo tanto, las relaciones sociales entre ellos se limitaban a la satisfacción de las necesidades más básicas como el alimento y vestuario; su comunicación se restringía a la emisión de sonidos que no constituían un lenguaje propiamente dicho.

El primer vestigio de la pornografía está íntimamente ligado a las culturas primitivas quienes asociaban el acto sexual con fuerzas sobrenaturales y por ello sus religiones están entrelazadas a estas representaciones. Entre los ejemplos antiguos conservados de formas sexuales se encuentran los grabados y pinturas rupestres paleolíticas. Algunas imágenes comunes de representaciones de genitales humanos (que se cree son símbolos de fertilidad). Los sujetos desnudos con características sexuales exageradas aparecen en pinturas y objetos paleolíticos (como Venus paleolíticas); las figuras eróticas primitivas eran a menudo un subconjunto del arte indígena o religioso de cada cultura y como tales no eran apartadas ni tratadas de forma diferente al resto.

*“El arte rupestre recientemente descubierto en Creswell Crags (Inglaterra), del que se cree que tiene más de 12.000 años de antigüedad, incluye algunos símbolos que pueden ser versiones estilizadas de los genitales femeninos. Sin embargo no hay indicios que se hicieran para la estimulación erótica, es probable que se trate de objetos usados en rituales religiosos”.*⁷

Arqueólogos alemanes informaron en abril de 2005 que habían hallado una escena de 7.200 años de antigüedad representada por una figura masculina inclinada sobre otra femenina en forma sugestiva del acto sexual. La estatua varonil ha sido bautizada “Adonis de Zschernitz, no es seguro que el propósito de estos artefactos fuera la excitación sexual individual, dichas imágenes pueden haber tenido importancia espiritual y estado probablemente relacionadas con rituales de fertilidad. De acuerdo a las investigaciones realizadas por el hombre acerca de esta cultura, en lo referente a las formas de manifestaciones eróticas de ese entonces; claramente se refleja que estas no estaban en caminadas a despertar los instintos sexuales. Por la misma finalidad que tenían dichas expresiones artísticas (Pornografía) durante este periodo, no eran repudiados.

Los antiguos griegos y romanos produjeron arte con decoración de naturaleza erótica, gran parte del mismo integrado con sus creencias religiosas o prácticas culturales.

⁷ Pickrell, John (18 de agosto de 2004). «[Unprecedented Ice Age Cave Art Discovered in U.K.](#)» (en ingles).

2.1.1.2 EDAD ANTIGUA.

Comprende desde el año tres mil quinientos antes de Cristo, hasta el siglo V después de Cristo. La prostitución, en esta época, esta relacionada con las manifestaciones sexuales (Pornografía), no podía ser identificada como tal, según hace notar Frederick Engels basado en las investigaciones de Lewis Morgan sobre los pueblos primitivos, el sexo era practicado indiscriminadamente por todos los miembros de la tribu, sin que existiese diferenciación de familias entre sus miembros. Afirma *"reconstituyendo de esta suerte la historia de la familia, Morgan llega a estar de acuerdo con la mayor parte de sus colegas acerca de un primitivo estado de cosas según el cual, en el seno de una tribu imperaba el trato sexual sin obstáculos, de tal suerte que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres"*⁸. De esta forma, abarca la existencia de prácticas que para entonces no eran consideradas promiscuas u obscenas (Pornografía), pero que en la actualidad sí lo serían dadas las condiciones sociales de existencia imperantes.

2.1.1.2.1 La Biblia.

La contribución de la cultura Hebrea a la humanidad es la "Biblia" libro sagrado, histórico, literario y jurídico, donde se instauran muchas de las normas que a lo largo de la historia han servido de inspiración para que el hombre, en su afán de lograr un control de la relaciones interpersonales en sociedad, creara las leyes que

⁸ "El origen de la Familia, la Propiedad Privada y El Estado", Frederick Engels. Paginas 44,45

rigen su vida diaria; muestra de ello es el hecho que del decálogo de mandamientos determinados en la Biblia, dos son considerados tipos básicos en las legislaciones de todo el mundo, siendo estos: el quinto no matarás y el séptimo no robarás.

El Libro V denominado “Deuteronomio” de este manuscrito sagrado en el capítulo 34 versículo 31 menciona Moisés *“No haya ramera de entre las hijas de Israel, ni haya sodomita de entre los hijos de Israel”*, se observa que desde los inicios el ser humano ha sido influenciado por los actos lascivos, pero que ante los ojos de Dios estos siempre han sido reprochados; así mismo en el Libro de **EZEQUIEL** Capitulo 20 del versículo 15 claramente a quedado establecido que los actos de fornicación en público se dieron en este estadio de la vida y que los mismos perjudicaron a los adultos e inclusive a los menores, quienes fueron utilizados por sus padres para tratar de pagar sus pecados con el sacrificio de estos, tal como aparece en las citas siguiente:

- ❖ **16:15** Pero confiaste en tu hermosura, y te prostituiste a causa de tu renombre, y derramaste tus fornicaciones a cuantos pasaron; suya eras.
- ❖ **16:16** Y tomaste de tus vestidos, y te hiciste diversos lugares altos, y fornicaste sobre ellos; cosa semejante nunca había sucedido, ni sucederá más.
- ❖ **16:17** Tomaste asimismo tus hermosas alhajas de oro y de plata que yo te había dado,

- ❖ **16:18** y tomaste tus vestidos de diversos colores y las cubriste; y mi aceite y mi incienso pusiste delante de ellas.
- ❖ **16:19** Mi pan también, que yo te había dado, la flor de la harina, el aceite y la miel, con que yo te mantuve, pusiste delante de ellas para olor agradable; y fue así, dice Jehová el Señor.
- ❖ **16:20** Además de esto, tomaste tus hijos y tus hijas que habías dado a luz para mí, y los sacrificaste a ellas para que fuesen consumidos. ¿Eran poca cosa tus fornicaciones.

También en el Libro escrito por **Oseas** encontramos en el capítulo 5 versículo 3 el cual dice *“Yo conozco a Efraín, e Israel no me es desconocido; porque ahora, oh Efraín, te has prostituido, y se ha contaminado Israel”*. Siendo los actos lujuriosos circunstancias que desde ese entonces dañaba a los pueblos creando caos y depravación dentro de estos. Resultando como principales indicios de actos obscenos, archivados en el Antiguo Testamento de este libro; practicados por el hombre. Mientras que en el Nuevo Testamento encontramos vestigios del adulterio, prostitución y fornicación como comportamientos sexuales que no eran bien vistos por Jehová siendo instituido en los pasajes de la Biblia que a continuación se cita y son orígenes de la pornografía, término que no era reconocido en este estadio de la vida como comportamiento libertino del hombre reprochado ante los ojos del omnipotente y el hombre.

- ❖ Mateo

5:32” Pero yo os digo que el que repudia a su mujer, a no ser por causa de fornicación, hace que ella adultere; y el que se casa con la repudiada, comete adulterio.”

❖ Lucas

16:18 “Todo el que repudia a su mujer, y se casa con otra, adultera; y el que se casa con la repudiada del marido, adultera”.

❖ 2 Corintios

4:2 “Antes bien renunciamos a lo oculto y vergonzoso, no andando con astucia, ni adulterando la palabra de Dios, sino por la manifestación de la verdad recomendándonos a toda conciencia humana delante de Dios”.

❖ Apocalipsis

2:22 “He aquí, yo la arrojo en cama, y en gran tribulación a los que con ella adulteran, si no se arrepienten de las obras de ella”.

La Biblia está llena de citas que condenan este tipo de actos obscenos (Pornografía) en donde el hombre y la mujer, utilizan su cuerpo como objeto destinado únicamente a la satisfacción carnal, mediante los actos lúbricos siendo este considerado como la morada de Dios o un templo sagrado que debe de respetarse.

2.1.1.2.2 Cultura Babilónica.

El primero de los códigos que conoce la humanidad es el de HAMMURABI de los babilonios y caldeos; este documento jurídico contiene una serie de disposiciones referentes al ordenamiento legal, que impero en el segundo milenio antes de la época cristiana.

En *Babilonia* es donde se desarrolla este primer tipo de comercio sexual. La consolidación de la familia monogámica significa, en los hechos, el primer obstáculo definitivo al comercio sexual libre, toda mujer nacida en Babilonia estaba obligada, una vez en su vida, a ir al templo de Ishtar, la diosa babilónica del amor, para entregarse en ese lugar a un extranjero. Cuando una de las asistentes tomaba asiento en el lugar sagrado, no podía volver a su casa mientras el extranjero no le haya arrojado dinero en el regazo y sin haber tenido comercio sexual con él fuera del templo. Surgiendo de esta forma la prostitución sagrada, que se complementa y concatena con la hospitalidad sexual.

Resulta curioso observar cómo cada pueblo imprime a esta actividad su característica especial y personalísima. Las leyes del Código de Hammurabi, (numeradas del 1 al 282,) fijan diversas reglas de la vida cotidiana normando particularmente:

- I. La jerarquización de la sociedad: existen tres grupos, los hombres libres, los "muskenu" (quienes se especula podrían ser siervos o subalternos) y los esclavos.
- II. Los precios: honorarios de los médicos varían según se atienda al hombre libre o esclavo.
- III. Los salarios: varían según la naturaleza de los trabajos realizados.

- IV. La responsabilidad profesional: del arquitecto, que haya construido la casa que se desploma sobre sus ocupantes y les cause la muerte es condenado a la pena de muerte.
- V. El funcionamiento judicial: la justicia la imparten los tribunales y se puede apelar al rey; los fallos se deben plasmar por escrito.
- VI. Las penas: aparece inscrita en escala de penas según los delitos y crímenes cometidos. La base de esta se da en niveles (Ley del Talión).
- VII. Se tratan también el robo, la actividad agrícola (o pecuaria), el daño a la propiedad, los derechos de la mujer, en el matrimonio, de los menores, de los esclavos, homicidio, muerte y lesiones. El castigo varía según el tipo de delincuente y de víctima.

Se denota un orden sistematizado dentro de esta cultura en el ámbito de protección de la sociedad, los valores que aun se protegen en los diferentes conglomerados; por el mismo interés que el ser humano le ha ido dando a lo largo de la historia, no conociéndose el ilícito de Pornografía como tal, en este cuerpo legal es sin lugar a dudas de las mayores maravillas que nos ha legado la antigüedad, y es de los primeros intentos legislativos del ser humano.

Ley 110: regulaba que *“Si una sacerdotisa que no viva en el claustro, ha abierto una taberna de vino de dátiles con sésamo, o ha entrado para beber vino de dátiles en la casa de vino de dátiles con sésamo, a esta mujer liberal se la quemará”*. De igual

forma en este cuerpo legal se encuentran pasajes que tratan de darle protección al honor y buenas costumbres de ese entonces siendo algunas de estas las siguientes:

Ley 128: *“Si uno tomó una mujer y no fijó las obligaciones, esta mujer no es su esposa”*.

Ley 129: *“Si una casada es sorprendida yaciendo con otro hombre, se los atará y se los arrojará al agua. Si el marido deja vivir la esposa, el rey dejará vivir a su servidor”*.

Ley 130: *“Si uno violó la esposa de otro, que no había conocido al hombre y habitaba en la casa de su padre, y se ha acostado sobre ella, si es sorprendido este hombre sufrirá la muerte, y la mujer quedará libre”*.

Ley 131: *“Si a una mujer, el marido la ha echado y si ella no había sido sorprendida en adulterio, jurara ante dios, y volverá a su casa”*.

Ley 132: *“Si uno ha dirigido su dedo contra la mujer de otro a causa de otro hombre, y si ella no ha sido sorprendida con el otro hombre, a causa a su marido (para apaciguarlo), ella se arrojará al dios río”*.

Ley 133a: *“Si uno ha sido tomado prisionero y en su casa hay de qué comer (su esposa no saldrá de la casa, guardará su bien y no entrará en casa de otro)”*.

Ley 133b: *“Si esta mujer no guardó su bien y entró en casa de otro, esta mujer es culpable y se la arrojará al agua”....*

Resultando en esta cultura el simple hecho de abrir un centro de libertinaje sancionado con una pena tan radical, de haber existido la Pornografía hubiese sido castigada con sanción superior según escala de la Ley del Talión; de igual forma se le da tratamiento a las conductas tendientes al menoscabo de las buenas costumbres y el honor circunstancia que reflejan la no tolerancia de ningún tipo de comportamiento depravado dentro de su núcleo social.

2.1.1.2. 3. Antiguo Egipto.

El período que solemos denominar "Antiguo Egipto" es la época en que fue gobernado por los faraones, a partir del año 3000 A. C.

En *Egipto*, las leyes morales cumplieron su primer objetivo: desentrañar las diferencias entre el bien y el mal. Los egipcios saben a qué atenerse y parece no existir las condiciones para que se desarrolle la prostitución hospitalaria o sagrada. Pero queda la tercera: las de conductas depravadas, forma de comercio sexual. La mujer egipcia se entrega por pura y simple codicia. No puede seguir la costumbre hospitalaria, que el egipcio es en ese momento por naturaleza, el ser que odia al desconocido, a quien por nada del mundo deja entrar en su casa ni le ofrece avíos o alimentos, creyendo sin duda que de esta relación pueden sobrevenir contagios de pestes o enfermedades infecciosas.

Por tanto la doble cara hospitalaria y religiosa de esta actividad. Las egipcias que se abandonan a la prostitución se hacen cortesanas. A veces se presentaba la

prostitución bajo la vertiente sagrada, engarzada en el culto a Isis, la diosa del amor y la fertilidad, y su esposo Oziris. Sin embargo en Egipto llegó a existir esta forma de prostitución siendo de manera leve. No obstante la otra imagen que se tiene de la nacida de la codicia tenía mucho auge. Cuando cualquier egipcio por noble que fuese, necesitaba conseguir algo no dudaba en entregar a su hija, esposa o madre, con tal de satisfacer su ambición.

El acto sexual en el Egipto faraónico, según la evidencia disponible, se representó de una manera natural y sin tapujos; En el rubro de las "figuras eróticas", la mayor cantidad de piezas representa figuras humanas, divinas, sobrenaturales, de seres humanos o no que poseen un miembro viril de proporciones descomunales, que es sostenido por uno o más personajes subalternos o por su compañera. Asimismo, existen "figuras vaginales" en las que sin mostrar la posición erótica precisa, se reconoce fácilmente la "actitud obscena"; por ejemplo: Mujeres sentadas exhibiendo genitales marcados o reclinadas en posiciones "provocativas". Aquí deben destacarse los llamados "grupos obscenos", integrados generalmente por una pareja humana teniendo sexo o en poses sensuales; como la de una mujer de pie que toma el falo desproporcionado de su compañero sedente; las figuras eróticas tenían sentido religioso o estaban imbuidas de la significación profunda que iba más allá de lo profano. *"El escondrijo de las "Cámaras de Bes" es significativo porque este dios aparece corrientemente entre los motivos de las "figuras obscenas".*⁹ El arte egipcio es

⁹ Artículo inédito. Especial para Amigos de la Egiptología. © Jorge Roberto Ogdon, 1991, (versión revisada:) 2000.

religioso, los únicos monumentos que han perdurado hasta hoy son templos, tumbas, esculturas y las pinturas casi siempre son complemento de la arquitectura; por lo que según lo plasmado dado el grado de tolerancia o sentido religioso que tenían el arte obsceno (Pornografía), y la misma ambición de los egipcios este tipo de comportamientos no era castigado en esta cultura lo cual con el devenir del tiempo se fue reformando.

Apareciendo por primera vez la regulación de la prohibición de la prostitución de mujeres, sin distinción de edad, siendo el primer antecedente conocido de carácter prohibitivo relativo a estas conductas, dictándose normas de carácter policial para reglar y sanear el ejercicio de la prostitución, las que no llegaron a ejercer ninguna influencia efectiva, pero sirvieron de antecedente a las normas de control estatal en este terreno (Ius Puniendi).

2.1.1.2.4 Cultura Mesopotámica.

El viejo país que los griegos llamaron Mesopotamia ("País entre ríos"), situado entre el Tigris y el Éufrates, fue sede de una potente civilización, cultura que durante los años se prolongó y por las espléndidas manifestaciones artísticas que produjo sólo puede ser comparada con la del Egipto antiguo.

Mesopotamia llamaba la atención porque los libros más antiguos de la Biblia sitúan allí el origen de la historia. Por ello, es lógico que se hayan buscado en las ruinas que alberga la zona los primeros pasos de la historia de la humanidad. En

ellos se refieren las primeras ciudades que construyeron los hombres: Erech, Akkad, Babil o Babilonia, Ur, patria de Abraham. Nombres de ciudades y personajes que transportan a miles de años atrás. Ese texto habla de reyes poderosos que dominaban la llanura mesopotámica, de sabios sacerdotes, de jardines colgantes y de torres que escalaban el cielo.

Los profetas de aquellos antiguos libros de la biblia, habían condenado la perversidad de Nínive y de Babilonia, dos de las ciudades importantes que surgieron en la antigua Mesopotamia; los libros sagrados contaban el poder y la crueldad de los monarcas que habían oprimido el pueblo hebreo. Se descubrieron las primeras figuras de arcilla, que representan mujeres con cabeza de pájaro o de serpiente. Son esbeltas mujeres desnudas, de pie, que apoyan las manos en su estrecha cintura. Tienen senos pequeños o altos, y el triángulo del pubis fuertemente marcado.

Su carácter híbrido de mujer y animal resulta inquietante, porque no se sabe si representan divinidades, demonios o potencias benéficas. Lo positivo es que estas figuras de la ciudad de Ur sugieren unos seres primitivos, llenos de malicia y de ingenuidad al mismo tiempo. Estas representaciones extrañas del IV milenio, responden a sueños y terrores primitivos, ilustran bien esta fase de la civilización, se puede observar que al no tenerse claro el significado de estas representaciones, no se denota ningún tipo de represión sobre las mismas (Pornografía).

2.1.1.2.5 La Grecia Clásica:

Los antiguos griegos solían pintar escenas sexuales en su cerámica, siendo muchas de ellas famosas por suponer algunas de las representaciones antiguas de relaciones homosexuales y pederastas. Resultando el arte de esta época explícito o con mayor grado de morbosidad; retratando a menudo actividades sexuales, pero es imposible distinguir cuáles eran ilegales o inmorales para ellos, debido a que los antiguos griegos no contaban con el concepto de pornografía. Sus obras simplemente reflejan escenas de la vida diaria, algunas más sexuales que otras. *“Pueden verse esculturas en lugares de culto tales como el templo de Dioniso en Delos, mientras el objeto doméstico cotidiano y protector era la herma, estatua consistente en la cabeza sobre un pedestal cuadrado con un falo prominente delante; creando el primer ejemplo famoso de lesbianismo en Occidente, con el Himno a Afrodita de Safo y otras obras homoeróticas”*.¹⁰

El ideal masculino griego tenía el pene pequeño, estética que luego adoptaron los romanos. Al no poderse establecer hasta qué punto el arte erótico sexual (Pornografía), era legítimo dentro de esta civilización, este tipo de comportamiento no era castigado.

¹⁰ Williamson, Margaret (1995). *Sappho's Immortal Daughters*. Cambridge: Harvard University Press. [ISBN 0-674-78912-1](#).

2.1.1.2.6 ROMA

Dentro de la cultura Romana se encontraron numerosas pinturas junto con esculturas sexualmente explícitas en los edificios romanos en ruinas de Pompeya y Herculano, si bien el propósito original de estas figuras puede cambiar; en la “Villa de los Misterios” hay escenas de flagelación ritual que está claramente relacionada con el culto religioso, puede considerarse esta imagen que su importancia es más religiosa que ritual. Por otra parte las pinturas evidentes en el burdel publicitan servicios sexuales en murales sobre cada puerta. En Pompeya se hallan falos y testículos grabados en las aceras para ayudar a los visitantes a orientarse en dirección al distrito de prostitución y entretenimiento, siendo esta práctica el vestigio típico en relación a la Pornografía, además de servir como decoración general.

Los romanos consideraban las representaciones sexuales de buen gusto, de hecho las pinturas reflejan buenas costumbres y prácticas sexuales de su cultura, como en el caso de la copa Warren. Los actos eróticos que se consideraban tabú como el profanar la pureza de la boca exhibían los temas buscando el efecto cómico. Los falos grandes se usaban a menudo cerca de las puertas de entrada, dado que eran encantamiento de buena suerte, siendo común grabarlos en las casas.

“Uno de los primeros objetos excavados cuando se descubrió el complejo de Pompeya fue una estatua de mármol mostrando al dios Pan manteniendo relaciones sexuales con una cabra, una representación detallada de zoofilia considerada tan obscena que aún hoy en día sigue sin estar expuesta al público, conservándose en el Gabinete Secreto del Museo

Arqueológico de Nápoles”.¹¹ Al considerarse las expresiones artísticas de contenido sexual, por la cultura romana como creaciones de buen gusto y no obsceno u ofensivo, no es reprochable dichas conductas dentro de esta civilización.

2.1.1.3 EDAD MEDIA.

Tiene sus inicios a partir del siglo V y finaliza con el descubrimiento de América en el siglo XV (1492). La Edad Media no rompió con las tradiciones de la antigüedad en lo referente a las conductas de contenido sexual, adoptando por el contrario muchos de sus puntos de vista. Se aprecia la transformación gradual en lugar de la reforma importante del problema social, por parte de los gobiernos, filósofos y moralistas de la época. Donde claramente se distingue esta continuidad es en el imperio Bizantino, como puede colegirse de los escritos de Procopio y de Miguel Psellos. La capital de los emperadores de Oriente ofrecía en el barrio de Gálata, aspectos de los antiguos centros de obscenidad en Grecia y Roma; lo propio puede decirse de Chipre o Creta, que se hicieron célebres en este sentido.

Después del advenimiento del cristianismo algunos emperadores, sobre todo Teodosio (347-395) y Justiniano (482-565), dictaron leyes severas contra los explotadores de la prostitución, los proxenetas, que habían llegado a pervertir y prostituir a niñas de menos de diez años de edad. Pero las prescripciones no tuvieron los efectos esperados.

¹¹ Hemingway, Seán (invierno de 2004). [«Roman Erotic Art»](#). *National Sculpture Society Sculpture Review* 53 (4): 10–15.

En este estadio de la historia es la sucesión de tentativas de represión y reglamentación en la modalidad de trata de personas. En su mayoría, la concesión de los "burdeles" era tolerada y se regulaba por sanciones fiscales, que provocaban codiciadas ganancias. Toda reunión numerosa, como las ferias y los mercados, veía acudir legiones de meretrices; las mujeres públicas acompañaban a los ejércitos.

En el renacimiento se difundieron las cortesanas, llamadas así porque vivían junto a las cortes que repetían el fenómeno de las heteras griegas, exaltadas y cantadas por los literatos. Desde el siglo XVI las autoridades comenzaron a preocuparse por la difusión de las enfermedades venéreas, prescribiendo a las prostitutas visitas sanitarias periódicas, acentuándose en los siglos siguientes.

La reforma protestante y la contrarreforma publicaron el pensamiento más severo contra la prostitución; la mayoría de burdeles fueron cerrados, aunque esta práctica no fue legalmente suprimida, tampoco las actividades sexuales. Precisamente en Francia por el mismo período comienza a difundirse la "galantería"; a menudo las damas de corte son cortesanas particularmente influyentes: Por ejemplo en la Pompadour -la favorita de Luís XV (1710-1774), que protegió a filósofos y escritores.

La depravación en las ciudades medievales y especialmente las del norte, adoptó la forma cerrada de las casa de citas como centros de libertinajes, aunque no faltaban casos de la ambulante en forma de danzarinas o tañedoras de arpa y cítara.

Entre los Árabes se encontraban tales artistas con el nombre de mumisa, voz derivada del griego mimas, siendo celebradas en las poesías árabes como el Diván de Mutalami. Los judíos mantenían prohibiciones seculares de los libros sagrados con respecto a la prostitución, la influencia griega se traduce en tolerancia extensa en la práctica.

Las trabajadoras del sexo de la Edad Media ejercían su comercio como gremio reconocido, figurando en las entradas solemnes de príncipes en las poblaciones festejándoles con ofrendas de flores. Era frecuente que las visitasen grandes dignatarios, que por otra parte les obsequiaban regalos para bailes o festejos. Como ocurrió en Viena durante el reinado del emperador Segismundo en 1435 y en Praga en el del emperador Alberto II. Las ordenaciones acerca del comercio de las prostitutas se hallaban comunes como minuciosas, negándoseles el Derecho de ciudadanía a partir del siglo XV.

Sólo en el oriente bizantino e islamita se hallan ejemplos que recuerdan las modernas urbes mundiales en esta parte. Donde se concentra el ejercicio de la corrupción es en las grandes villas universitarias, como Padua, Florencia, París, Heidelberg, Oxford y Salamanca.

En 1254 el Rey Luís IX decretó el destierro de todas las trabajadoras del sexo de Francia, pero cuando comenzó a aplicarse el Edicto, se comprobó que la

promiscuidad clandestina reemplazaba al anterior tráfico abierto, lo que indujo a revocarlo en 1256.

El nuevo decreto especificaba en qué zonas de París podían vivir las prostitutas, reglamentaba su forma de actuar, la ropa que podían usar y las insignias que las caracterizaba, se les sometía a la inspección policial, el noble antes citado fue denominado Rey de los alcahuetes, mendigos y vagabundos'. En su lecho de muerte, Luis IX aconsejó a su hijo que renovara el Decreto de Expulsión, cosa que éste hizo con resultados similares a los anteriores. En esta época se dieron intentos por tratar de reprimir y erradicar este tipo de comportamiento libertino dentro de las distintas sociedades, circunstancias que han llevado con el transcurrir del tiempo a enfrentarse a nuevas conductas dañinas que perjudican adultos y máxime a menores de edad, incapaces siendo estos últimos los sectores más vulnerables de las nuevas conductas depredadoras de contenido sexual encontrándose dentro de estas El Fenómeno de La Pornografía.

2.1.1.3.1 DERECHO CANONICO.

El Derecho Canónico se llamó *ius divinum*, *ius sacrum*, *ius pontificium* y hasta la Reforma *ius ecclesiasticum*. Esta denominación ofrece hoy diversas acepciones y matices (Derecho Público Eclesiástico).

En los cánones de los Concilios solían distinguirse canones *fidei*, *morum* y *disciplinares*, debido a la unidad de toda la ciencia teológica de entonces, pueden

identificarse respectivamente con reglas dogmáticas, morales y jurídicas. Hasta Graciano el Ius Divinum no aparece separado de la Teología. Todavía en la famosa obra de Pedro Lombardo “El Maestro de las Sentencias” (Libri quattuor Sententiarum), texto de escolástica durante más de tres siglos y comentado, entre otros, por San Alberto Magno, San Buenaventura y Santo Tomás de Aquino, Ius Sacrum aparece estrechamente unido a la Ciencia Religiosa y todos los orígenes teológicos son fuentes canónicos.

Desde el Decreto de Graciano en el año de 1140 hasta Trento comienzan las llamadas aetas aurea (Edad de Oro), perfilándose la ciencia canónica, desde Trento hasta el Código de 1917 transcurre el período de las Instituciones Religiosas entre las que merecen destacarse las de Pirhing, Reiffenstuel y Schmalzgrueber. Para el estudio de la ciencia divina y de su específica metodología tiene especial importancia la Constitución de Pío XI De La Ciencia Dominante.

El Sexto Mandamiento "No cometerás adulterio" (Exodo 20:14; Deuteronomio 5:17). "Habéis oído que se dijo: 'No cometerás adulterio'. Pues yo os digo: Todo el que mira a una mujer deseándola, ya cometió adulterio con ella en su corazón" (Mateo 5:27-28).

La voluntad encubridora de los obispos en cuanto a los delitos sexuales cometidos por los sacerdotes católicos, no sólo es evidente por la propia fuerza probatoria de los hechos, sino que por terrible que parezca, resulta ajustada al

proceder que establece el Código de Derecho Canónico, por el que se gobierna la Iglesia católica. Lo que el Ius Divinium entiende por "ley penal" está regulado en su Libro VI, *De las sanciones de la Iglesia*, cánones 1311 a 1399. Los textos de las sanciones que se relacionan a continuación son explícitos:

Canon 1395: # 1. El clérigo concubinario exceptuando el caso del que se trata en el can. 1394, y el clérigo que con escándalo permanece en otro pecado externo contra el sexto mandamiento del Decálogo, deben ser castigados con suspensión; si persiste el delito después de la amonestación, se pueden añadir gradualmente otras penas, hasta la expulsión del estado clerical. # 2. El clérigo que cometa de otro modo un delito contra el sexto mandamiento del Decálogo, cuando este delito haya sido cometido con violencia, amenazas, públicamente o con un menor que no haya cumplido dieciséis años de edad, debe ser castigado con penas justas, sin excluir la expulsión del estado clerical, cuando el caso lo requiera. Claramente se refleja que la comisión de una conducta lujuriosa por parte de un miembro clerical, que tenga inmerso el escándalo público, completándose con esto que se efectuó con un menor de edad, teniendo como consecuencia la expulsión de este del estado clerical, comportamiento que equivaldría a lo que se conoce en la actualidad como Pornografía.

Canon 1362: # 1. La acción criminal se extingue por prescripción a los tres años, a no ser que se trate: 2º de la acción por los delitos de los que se trata en los cann. 1394, 1395, 1397 y 1398, la cual prescribe a los cinco años; # 2. El tiempo

para la prescripción comienza a contar a partir del día en el que se cometió el delito o cuando se trata de un delito continuado o habitual, a partir del día en que cesó.

El "castigo penal" que la Iglesia católica le aplica a un clérigo que haya corrompido sexualmente al menor se limita a la práctica de alguna amonestación, obras de religión o penitencia, realizadas siempre en privado para que permanezca en secreto la comisión del delito. En todo caso, nunca puede emprenderse el "procedimiento penal" sin antes haber intentado "disuadir" al delincuente para que cambie de comportamiento. La iglesia católica como principal opresora de este tipo de comportamiento de contenido Sexual, ha dejado vacíos dado que condena a la sociedad en lo concerniente a este tipo de prácticas, mientras dentro de su estructura religiosa le da tratamiento hasta cierto punto engorroso por la misma clandestinidad u ocultamiento de los conflictos relativos a estas acciones que realizan sus miembros.

2.1.1.3.2 FUERO JUZGO.

Se denomina **Fuero Juzgo** al código de leyes elaborado en Castilla en el año 1241 por Fernando III, constituye la traducción del *Liber Iudiciorum* del año 654 promulgado en la época visigoda. Contiene en su orden materias civiles, políticas y Penales. Instituye delitos tales como hechicerías, adivinación, envenenamiento, lesiones, homicidio, robo, daño, violaciones y delitos sexuales.

Su vigencia todavía duraba en los últimos tiempos de la colonia. Recriminaban también la sodomía como “pecado descomulgado”, que hacen los barones que yacen unos con otros, donde los que se acuestan con los nobles o los que la sufren deben ser penados (fuero juzgo 3,4,5). Regulaba que el juez que supiere este mal que los castre a ambos y dispone que... “*amos è dos sean castrados ante todo el pueblo*”. Esta es la única forma de corrupción que el fuero juzgo reglamenta, considerando a la sodomía como la relación existente entre dos hombres, siendo acción obscena (pornografía) de gran relevancia la cual era severamente castigada; siendo en la actualidad un género pornográfico que tiene auge comercial, conocido hoy en día como “Porno-Gay”; el cual es permitido siempre y cuando en este no resulten implicados menores de edad o incapaces.

2.1.1.3.3 FUERO REAL.

Es considerado parte del Derecho Feudal en el año 1255, se promulgo con el reinado de Alfonso X, destinado a regir en todos aquellos pueblos y ciudades que no tenían fuero especial. Al igual que el fuero juzgo, trataba de materias políticas, civiles y Penales.

Las conductas obscenas (pornografía) como tipo penal no se regula en este conjunto de leyes; sin embargo figura la sodomía como comportamiento lesivo, siendo castigada con penas severas, constituyendo por ejemplo: El colgarlos de las piernas en la plaza pública, hasta que murieran.

2.1.1.3.4 LAS PARTIDAS.

Las **Siete Partidas** son un cuerpo normativo redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objeto de conseguir la uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era *Libro de las Leyes* y hasta el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida.

Las partidas constituyen documentos históricos castellanos de relevancia, obra que alcanzo gran difusión por su contenido doctrinal. También promulgado por Alfonso X, representa el ambicioso intento por unificar la legislación española.

La partida VII es importante respecto al tema de estudio, concretiza el sistema en cuanto al tratamiento de los delitos y las penas; determina acerca de las denuncias, acusaciones, persecución de delitos o medios de prueba. Los ilícitos principales eran: traición, el menos valer (especie de infamia por quebrantar palabras), infamia propiamente dichas, falsedades, homicidio, deshonoras, daños, hurtos, engaños, adulterio, incesto, estupro, violación, lujuria contra natura y suicidio. Los delitos de incesto, estupro y lujuria, constituyen las principales conductas pervertidas, que han llevado al surgimiento de nuevas formas de comisión de ilícitos sexuales (pornografía) consideradas en esta época. Las sanciones no sufren mayor cambio: muerte, destierro, mutilación, trabajo forzado, vergüenza pública, eran parte del catalogo de consecuencias jurídicas. En este estadio de la vida el fenómeno social “pornografía”, no era conocido pero si se

castigan otro tipo de conductas de contenido sexual que en la mayoría de los casos conllevan a la práctica de tal vejamen.

2.1.1.3.5 CULTURA ORIENTAL.

La larga tradición de pintura erótica en Oriente, manifestándose en Japón, China, la India, Persia y otros países que produjeron copiosas cantidades de arte celebrando la facultad humana del amor. Las obras representan relaciones sentimentales entre hombres y mujeres así como entre personas del mismo sexo. En Japón el arte erótico conoció sus logros en el medio de la impresión de bloques de madera. El estilo conocido como *shunga* (春画) que significa “*imágenes de primavera*” y algunos de sus primeros practicantes como Harunobu o Utamaro hicieron varios números de obras. Los rollos de pergamino pintados a mano también fueron populares. El *shunga* apareció en el siglo XIII y siguió creciendo en popularidad a pesar de los intentos ocasionales por eliminarlo. Como es del conocimiento popular las culturas orientales a lo largo de la historia de las civilizaciones han sido conservadoras, por lo que el arte erótico (pornografía) era prohibido.

Tanto en China como en Japón, el erotismo jugó un papel importante en el desarrollo de la novela. “*La Historia de Genji, obra de una noble japonesa del siglo XI denominada la primera novela del mundo, relata las muchas aventuras amorosas de su héroe*

en un lenguaje discreto pero carnal".¹² El mismo pudor que los orientales han tenido a lo largo de la historia llevó a que los comportamientos obscenos (Pornografía), a pesar de su crecimiento no fuesen aceptados abiertamente dentro de la sociedad. Si bien este tipo de acciones no era bien vistos por la sociedad, no se encuentra antecedente alguno que reprima tales acciones.

2.1.1.4 EDAD MODERNA.

Siglos XV al XVIII. (Para los ingleses Early Modern Times). Se toma como comienzo la Imprenta, la toma de Constantinopla por los turcos o el Descubrimiento de América; como final, la Revolución Francesa, la Independencia de los Estados Unidos de América o la Revolución Industrial.

Las escenas eróticas en las miniaturas de manuscritos medievales también fueron comunes, aunque destinados sólo a aquellos que podían costearse los extremadamente caros libros escritos a mano. *"Muchos investigadores de esta época creen que estas pinturas satisfacían las demandas de imágenes eróticas y religión en un solo libro, pero la representación de sacerdotes y otras autoridades dedicados a actos sexuales sugiere también orígenes políticos"*.¹³

Fue hasta la invención de la imprenta por Johannes Gutenberg cuando las imágenes sexualmente explícitas se pusieron en circulación masivamente en

¹² Puette, William J. (2004). *The Tale of Genji: A Reader's Guide*. Tuttle Publishing. [ISBN 0-8048-3331-1](#).

¹³ Marilyn Chambers, John Leslie, Seymore Butts. [Pornography: The Secret History of Civilization](#). Koch Vision.

Occidente. Antes de esa época, las imágenes eróticas se hacían a mano y eran caras, estando limitadas a los hombres de clase alta, quienes deliberadamente las mantenían alejadas de la clase trabajadora, temiendo el efecto que tales cosas tendrían sobre la lujuria animal de los analfabetos. Incluso el Museo Británico tenía la colección secreta de arte erótico antiguo donado por el adinerado Doctor George Witt en 1865. *“Los restos de esta colección incluyendo sus álbumes de recortes, se siguen conservando en el Armario 55, si bien la mayoría de los mismos ha sido recientemente integrada en las otras colecciones del museo”*.¹⁴

En el siglo XVI el intento de imprimir material erótico provocó escándalo cuando los italianos Pietro Aretino y Marcantonio Raimondi promovieron en el año 1524, un libro ilustrado con 16 posturas sexuales. Raimondi había llegado a publicar por primera vez y fue posteriormente encarcelado por el papa Clemente VII, destruyéndose todas las copias de las ilustraciones. Raimondi basó los grabados en serie de pinturas de contenido sexual que Giulio Romano estaba haciendo por encargo para el Palazzo del Te en Mantua. Aunque las dos representaciones eran similares, sólo Raimondi fue procesado porque sus grabados podían ser vistos por el público. Romano no supo de estos grabados hasta que Aretino observó las pinturas originales mientras Romano estaba trabajando en ellas. Aretino compuso entonces dieciséis sonetos explícitos *“tanto en tu conejo como en tu trasero, mi polla me hará feliz, y a ti feliz y contenta”*, para acompañar las imágenes y asegurar la excarcelación

¹⁴ Giamster, David (septiembre de 2000). [«Sex and Sensibility at the British Museum»](#) (en inglés). *History Today* **50** (9): 10–15.

de Raimondi, fue entonces publicado por segunda vez, con los poemas con las ilustraciones, siendo la primera vez que se combinaban textos e imágenes eróticos, aunque el Papa requisó de nuevo toda las copias que pudo encontrar.

Raimondi eludió esta vez la prisión, pero la censura fue eficaz que ninguna replica original ha sido hallada nunca. *“El texto conservado es sólo una copia de una copia que fue descubierta 400 años después.”*¹⁵ claramente se denota que durante este periodo de la historia la Iglesia Católica ejercía influencia dentro de la sociedad, llegando a castigar las conductas dirigidas a la producción de lo que actualmente se conoce como pornografía.

En el siglo XVII comenzaron a circular numerosos ejemplos de literatura erótica, impresos principalmente en Ámsterdam y pasados de contrabando a los demás países europeos. Entre estos se cuentan *L'Ecole des Filles* (La Escuela de las Niñas), una obra francesa publicada en el año 1655 que está considerada entre los comienzos de la pornografía de Francia. Consiste en un diálogo ilustrado entre dos mujeres, una joven de 16 años y con su mundana prima, y sus discusiones explícitas sobre sexo. **“siendo el primero de los indicio en la historia en el que se utiliza a menores de edad en materiales de contenido sexual”** *“El autor permanece anónimo hasta la fecha, si bien algunos sospechosos sufrieron penas de prisión leves por la*

¹⁵ Lawner, Lynne (ed.) (1989). *I Modi: The Sixteen Pleasures: An Erotic Album of the Italian Renaissance*. Northwestern University Press. ISBN 0-8101-0803-8.

supuesta autoría de la obra”.¹⁶ En su famoso diario, Samuel Pepys cuenta cómo compró una copia para la lectura solitaria y luego la quemó para que no fuese descubierta por su esposa: “*el frívolo y pícaro libro, L'escholle de filles, que he comprado en encuadernación simple... pues he resuelto quemarlo tan pronto lo haya leído*”.¹⁷

Durante la Ilustración muchos de los librepensadores franceses empezaron a explotar la sexualidad como medio de crítica y sátira social. La pornografía libertina era un comentario social subversivo dirigido a menudo contra la Iglesia Católica y las actitudes generales de represión sexual. El mercado de estos panfletos baratos producidos en masa pronto pasó a ser la burguesía, haciendo que las clases altas se preocupasen, como en Inglaterra, porque la moral de las clases inferiores y los débiles mentales se corromperían, dado que las mujeres, esclavos o analfabetos eran vistos como especialmente vulnerables durante esa época.

Las historias e imágenes vendidas en las galerías del Palais Royal, junto con los servicios de prostitutas eran a menudo anticlericales, llenas de sacerdotes, monjes y monjas indecorosos, tradición de los franceses. “*En el periodo que fue hasta la Revolución Francesa, la pornografía se usó también como comentario político: María Antonieta era a menudo objeto de fantasías que incluían orgías, actividades lésbicas y la*

¹⁶ Beck, Marianna (diciembre de 2003). Libido, *The Journal of Sex and Sensibility* (ed.): «The Roots of Western Pornography: The French Enlightenment Takes on Sex» (en inglés).

¹⁷ Latham, Robert (ed.) (1985). *The Shorter Pepys*. University of California Press. ISBN 0-520-03426-0.

paternidad de sus hijos, circularon rumores sobre la supuesta insuficiencia sexual de Luis XVI”.¹⁸

Durante la Revolución se imprimieron las famosas obras del Marqués de Sade. A menudo fueron acompañadas por ilustraciones y sirvieron de comentario político para su autor.

La respuesta inglesa a esto fueron las *Memoirs of a Woman of Pleasure* (más tarde abreviadas y retituladas *Fanny Hill*) escritas en el año 1748 por John Cleland. Aunque el texto satirizaba las convenciones literarias y las costumbres de moda en la Inglaterra del siglo XVIII, fue más escandaloso por retratar a una mujer, la narradora, disfrutando e incluso deleitándose con actos sexuales sin consecuencias físicas o morales graves. El texto es apenas explícito, Cleland escribió el libro entero usando eufemismos para los actos sexuales y las partes del cuerpo, utilizando hasta 50 diferentes sólo para aludir al pene. “*Dos pequeños terremotos fueron atribuidos al libro por el obispo de Londres y Cleland fue arrestado y brevemente encarcelado, pero Fanny Hill siguió publicándose y es uno de los libros más reimpresos en idioma inglés*”.¹⁹

¹⁸ Beck, Marianna .Libido, *The Journal of Sex and Sensibility* (ed.): «The Roots of Western Pornography: The French Revolution and the Spread of Politically-Motivated Pornography» (en inglés).

¹⁹ Beck, Marianna Libido, *The Journal of Sex and Sensibility* (ed.): «The Roots of Western Pornography: England Bites Back With Fanny Hill» (en inglés).

2.1.2. ANTECEDENTES INMEDIATOS.

2.1.2.1. EDAD CONTEMPORANEA:

Concebida en el Siglo XIX hasta la actualidad. Es en esta época que la pornografía adopta diferentes formas degenerativas y de extensión universal. Despierta la preocupación de científicos y médicos, quienes plantean la problemática desde diversos ángulos, formulando soluciones que inician con el castigo hasta el libre albedrío.

En 1839 Louis-Jacques-Mandé Daguerre presentó el primer proceso factible de fotografía a la Academia de Ciencias Francesa. Diferenciándolo de métodos anteriores sus daguerrotipos tenían calidad y detalles impresionantes que no se atenuaban con el tiempo. La tecnología no pasó desapercibida para los artistas ansiosos de nuevas formas de representar el cuerpo femenino desnudo.

Tradicionalmente la academia (*académie*) era un estudio desnudo hecho por el pintor para dominar la anatomía femenina o masculina. Cada quien debía registrar su obra con el gobierno francés antes de poder venderse. Las fotografías desnudas empezaron a registrarse como academias y comercializarse con ayudas para los pintores. Sin embargo, el realismo de la fotografía frente al idealismo del cuadro hacía que muchas de ellas fuesen intrínsecamente eróticas. *“En Nude photography, 1840–1920 Peter Marshall señala: En el clima moral dominante de la época de la invención de la fotografía, las únicas fotografías del cuerpo oficialmente aprobadas*

*eran las destinadas a la producción de estudios artísticos. Muchos de los ejemplos conservados de daguerrotipos no eran claramente de este género, contando con una sensualidad que implica que fueron concebidas como imágenes eróticas o pornográficas”.*²⁰

Los daguerrotipos no carecían de defectos. La principal dificultad era que sólo podían ser reproducidos fotografiando la imagen original, debido a que cada retrato era original y todo el proceso metálico no usaba negativos. Los primeros daguerrotipos tenían tiempo de exposición de tres a quince minutos, haciéndolos en cierta forma inviables para las figuras, en contradicción con los dibujos no podían mostrarse acciones. Las poses que los modelos adoptaban debían mantenerse rígidamente durante largo tiempo. *“Debido a ello, la imagen pornográfica estándar pasó de las dos o más personas participando en actos sexuales a la mujer solitaria mostrando sus genitales. Dado que una imagen podía costar el salario de una semana, la audiencia de estos desnudos consistía mayoritariamente en artistas y personas de clase alta”.*²¹ La estereoscopia fue inventada en 1838 y se volvió extremadamente popular para los daguerrotipos, incluyendo los retratos eróticos. Esta tecnología producía el tipo de figuras tridimensional que se adaptaba a las formas eróticas. *“Aunque se*

²⁰ Marshall, Peter. *about.com* (ed.): «*Nude photography, 1840–1920*» (en inglés).

²¹ Marilyn Chambers, John Leslie, Seymore Butts. *Pornography: The Secret History of Civilization*. Koch Vision.

*crearon miles de daguerrotipos eróticos, sólo se conservan unos 800, lo que hace que alcancen precios altísimo”.*²²

En 1848 sólo existían trece estudios fotográficos en París, mientras para 1860 había 400. La mayoría de ellos se lucraban vendiendo pornografía ilícita a la masa que podía permitirse, las imágenes también se vendían cerca de las estaciones de tren, por parte de vendedores itinerantes y mujeres en las calles que las ocultaban bajo sus ropas. A menudo se producían en series de cuatro, ocho o doce y se exportaban al extranjero, principalmente a Inglaterra y los Estados Unidos. Tanto los modelos como los fotógrafos solían ser de clase obrera; la excusa del posado artístico era difícil de justificar. Para 1855 no se encontraban desnudos fotográficos como academias y el negocio había pasado a la clandestinidad para escapar a las leyes.

La tradición pornográfica victoriana en Gran Bretaña tuvo tres elementos principales: fotografías francesas, grabados eróticos (vendidos en tiendas de Holywell Street, una calle londinense desaparecida hace mucho, barrida por Aldwych) y literatura impresa. La capacidad de reproducir fotografías al por mayor fomentó el auge del nuevo oficio, denominado comerciante de pornografía. Muchos de estos aprovecharon el sistema postal para enviar tarjetas fotográficas en envoltorios simples a sus suscriptores. El desarrollo del sistema postal internacional fiable facilitó los comienzos de este comercio. En esta época se hicieron populares

²² Stereoscopy.com (ed.): «[Stereoscopy.com FAQ](#)» (en inglés).

las fotografías de mujeres desnudas de etnias exóticas. *“Estudios de este tipo pueden hallarse en la obra de Eadweard Muybridge, que aunque fotografió a hombres y mujeres, a menudo daba a estos útiles como canastas de mercado y cañas de pescar, haciendo eróticas a tales imágenes de mujeres ligeramente disfrazadas”*.²³

En 1880 la impresión de medio tono fue usada para reproducir fotografías económicamente por primera vez. La invención de esta técnica de impresión llevó a la pornografía y el erotismo a nuevas direcciones a principios del siglo XX. *“Este nuevo proceso permitía reproducir fácilmente retratos pornográficos en blanco y negro, habiendo estado limitadas las impresiones previas a los grabados para las ilustraciones”*.²⁴ Este fue el primer formato que permitió a la pornografía convertirse en el fenómeno de masas, siendo ahora asequible para todos.

Apareciendo primero en Francia las nuevas revistas que incluían fotografías de mujeres desnudas y semidesnudas (a menudo actrices burlescas contratadas como modelos) en la portada e interior que actualmente se considerarían *softcore* ('blandas'), fueron bastante escandalosas para la época. *“Estas publicaciones pronto se enmascararon como revistas de arte o revistas celebrando el nuevo culto naturista, con títulos*

²³ Marilyn Chambers, John Leslie, Seymore Butts. *Pornography: The Secret History of Civilization*. Koch Vision.

²⁴ St. John, Kristen; Linda Zimmerman Biblioteca de Stanford (ed.): *«Guided Tour of Print Processes: Black and White Reproduction»* (en inglés).

como *Photo Bits*, *Body in Art*, *Figure Photography*, *Nude Living* y *Modern Art for Men*. *Health and Efficiency*, iniciada en 1900, fue una revista naturista típica en Gran Bretaña”.²⁵

Otra forma pionera de pornografía fueron las historietas conocidas como Biblias de Tijuana que empezaron apareciendo en los Estados Unidos en los años 1920 y perduraron hasta el comienzo de la publicación de revistas fotográficas a color para hombres. “*Se trataba de escenas vulgares dibujadas a mano usando frecuentemente personajes populares de los dibujos animados y la cultura*”.²⁶

En los años 1940 se acuñó la palabra *pin-up* para describir las imágenes recortadas de las revistas o calendarios para hombres y clavadas con chinchetas (*pinned up*) a la pared, por los soldados estadounidenses en la Segunda Guerra Mundial. Mientras los cuadros de esta década se centraban principalmente en las piernas, para los años 1950 el énfasis cambió a los pechos. Betty Grable y Marilyn Monroe fueron dos de los modelos *pin-up* populares. En los años 1950 la pornografía evolucionó a revistas masculinas como *Playboy* y *Modern Man*. “*De hecho, puede decirse que el comienzo de las revistas pornográficas modernas fue la compra por Hugh Hefner en 1953 de una fotografía de Marilyn Monroe para usarla como póster central de*

²⁵ Health and Efficiency Nativist. «[About H&E Nativist](#)» (en inglés).

²⁶ Adelman, Bob; Richard Merkin (1 de septiembre de 1997). *Tijuana Bibles: Art and Wit in America's Forbidden Funnies, 1930s-1950s*. Nueva York: Simon & Schuster, pp. 160. [ISBN 0-684-83461-8](#).

su nueva revista *Playboy*. Pronto, este tipo de revista fue el principal medio en el que se consumía pornografía”.²⁷

Estas revistas incluían mujeres desnudas o semidesnudas, a veces aparentemente masturbándose, aunque no se mostraban sus genitales o su vello púbico. *Penthouse*, fundada por Bob Guccione en Inglaterra en 1965 adoptó una política diferente. En ella las mujeres miraban indirectamente a la cámara, como si fuesen a emprender el idilio privado. Este cambio de énfasis influyó en las representaciones eróticas de mujeres. El rotativo fue el primero en publicar fotografías, mostrando desnudos integrales, considerado en la época fuera de los límites del erotismo. A finales de los años 1960 las publicaciones empezaron a incluir imágenes explícitas, centrándose a menudo en los traseros como estándar de representación legal. En los años 70, se fijaron en la zona púbica y finalmente en los años 90, incluyeron penetraciones, lesbianismo y homosexualidad, sexo en grupo, masturbaciones y fetichismo conocido como *hardcore* ('duras').

La posguerra trajo desarrollo que estimulo el crecimiento del mercado pornográfico. Los desarrollos tecnológicos, especialmente la introducción de equipos que provocaron la difusión masiva de la cinematografía pornográfica *amateur*, surgiendo entonces empresas para abastecer este mercado. En Gran Bretaña las producciones de Harrison Marks eran *softcore*, pero consideradas subidas de tono en los años 50. El contenido de estas películas era explícito. La pornografía

²⁷ Gabor, Mark (27 de febrero de 1984). *The Illustrated History of Girlie Magazines*. Nueva York: Random House Value Publishing. [ISBN 0-517-54997-2](#).

fue legalizada en los Países Bajos en 1969, llevando a la producción comercial de esta. Ser pornógrafo era legítimo, no hubo escasez de inversores para financiar los medios técnicos necesarios para elaborar el producto masivo y barato, pero de calidad. Grandes cantidades de esta nueva pornografía, tanto revistas como películas, fueron introducidas de contrabando en otros países europeos, donde se vendían «bajo el mostrador» o exhibidas a veces en cineclubes sólo para socios.

Suele considerarse que la primera película explícitamente pornográfica con la trama que fue estrenada al público en los cines estadounidenses es *Mona* (también conocida como *Mona the Virgin Nymph*, 'Mona la ninfa virgen'), una producción de 1970 que duro 59 minutos dirigida por Bill Osco y Howard Ziehm, quienes a continuación crearon el rodaje de culto de presupuesto relativamente alto *hardcore/softcore* (según el montaje) *Flesh Gordon*.²⁸ El filme de 1971 *Boys in the Sand* (Chicos en la Arena) supuso varias primicias pornográficas. Como primer largometraje pornográfico gay ampliamente disponible.

²⁸ Corliss, Richard (29 de marzo de 2005). Time magazine (ed.): «That Old Feeling: When Porno Was Chic» (en inglés).

2.1.2.2. Continente Americano.

1) EPOCA PRECOLOMBINA.

Los Mayas ocuparon América central y la península de Yucatán desde hace aproximadamente 5000 años, dicha época comprende desde los tiempos antiguos hasta la llegada de los españoles el 12 de octubre de 1492.

En esta cultura solo había dos formas de relaciones sexuales permitidas: las que tenían lugar dentro del matrimonio; y las de los guerreros solteros con sacerdotisas dedicadas a la prostitución ritual. Estas últimas estaban protegidas por la diosa Xochiquetzal, se presentaban adornadas o maquilladas. Siempre mantenían este tipo de relaciones antes de que los soldados partiesen a la batalla. El adulterio, era duramente castigado.

Las leyes eran severas, como en otras culturas antiguas con castigos diferentes según fuera el delito y el rango de quien lo cometía. Generalmente la sanción incrementaba dependiendo de quien había cometido el injusto, si era funcionario o noble importante.

En este periodo se conoció a El Salvador como Cuscatlán, caracterizándose por la llegada de grupos provenientes del norte, descendientes de los Mayas y los Toltecas, que se conocieron en el país como Pipiles. Este grupo habla nahuat, ocupando tres cuartas partes del actual territorio nacional, extendiendo sus dominio

desde Chalchuapa (Santa Ana) hasta las riveras del río Lempa; en las zonas norte del país existieron asentamientos de la tribu Pocoman, descendientes de los Mayas que emigraron desde Chiapas; mientras que en la zona oriental se encontraban radicadas las tribus: **lenca**, situada principalmente en la zona de Quelepa y la tribu **Ulua**, constituida en el territorio actualmente denominado Uluzapa.

Estas tribus guardaban obediencia plena al Cacique cuya principal misión era procurar siempre el orden y la paz de su pueblo así como evitar que sus súbditos estuvieran ociosos; a su muerte, el pueblo lo lloraba durante cuatro días, al cabo de los cuales se consideraba que su alma estaba gozando junto a los dioses por lo que se procedía a su inhumación en posición sentada y arreglado con sus mejores vestidos.

En la sociedad pipil nadie podía tomar la justicia por cuenta propia; las penas variaban según la falta, aunque la más común era la de muerte, que consistía en la caída del imputado desde grandes alturas, se aplicaba en los casos de homicidio, apropiación ilícita de propiedades, negligencia en el cultivo del terreno, traición, usurpación de funciones o insignias militares, seducción de las vírgenes con voto de castidad, la mentira, la embriaguez de los sacerdotes, **adulterio y homosexualidad**, siendo estos dos últimos comportamientos de contenido sexual contrarios a las costumbres de ese entonces castigados severamente con las sanciones antes mencionadas; claramente se denota el abuso deshonesto lujurioso en esta época

realizada por los españoles nativos, los aborígenes inclusive miembros de la iglesia católica.

La organización política durante este periodo, se destacó por la existencia, en cada uno de los grandes centros, del poder central presidido por el gobernante supremo cuyo poder se legitimaba a través de los lazos que lo unían con la divinidad. En él recaía el poder vitalicio en todos los órdenes: político, judicial, militar incluso religiosa.

En el área judicial se regía por los mismos criterios que se aplicaban por los Mayas y la mayoría de penas eran la condena a muerte, el rapado de cabello y el destierro.

En tiempos prehispánicos la sexualidad culturalmente formalizada tenía la importancia vital. Contenida por barreras socio-éticas que las leyes y la moral vigentes establecida para la vida cotidiana, era ritualmente canalizada para lograr efectos mágico-religiosos o se desparramaba de forma espontánea en espacios y momentos socialmente definidos. Numerosas son las culturas mesoamericanas cuyas manifestaciones artísticas (pornografía) revelan el verdadero culto a distintas partes erógenas del cuerpo humano. De las visiones sagradas precolombinas se desprenden los ritos de iniciación, que marcan el pasaje de la infancia a la adultez cuando las adolescentes tenían su primera menstruación y los adolescentes sus primeras emisiones nocturnas de semen.

Las madres y padres suelen ser los que anuncian a toda la comunidad estos felices acontecimientos. Estas madres son las que suelen iniciar a sus hijas y los padres a sus hijos. Pero también eran iniciados por otras personas (chamanas/chamanes, ancianas/ancianos) que no pertenecían al núcleo familiar y que fueron los depositarios de la transmisión del saber sexual, cultural y espiritual, dada su calidad o posición social. La mayoría de los ritos de iniciación precolombinos habilitaban a las/los jóvenes a tener relaciones antes de poseer una pareja estable o hijos, por ejemplo, entre los tobas y pilagás del noroeste argentino.

Por su parte, los pueblos incaicos practicaron el llamado "matrimonio a prueba" por el cual la joven pareja convivía durante un año, antes de formalizar la unión. Pero si la relación no funcionaba, cada quien volvía al estado de soltería y buscaba otra pareja. En algunos pueblos las jovencitas accedían a través de sus madres, madrinas y chamanas a anticonceptivos para evitar o interrumpir embarazos, utilizando la variedad de hierbas que aún se pueden encontrar en la herboristería indígena.

Los jóvenes indígenas participaban en ritos, y como las jóvenes, recibían instrucción en distintas artes u oficios de la educación sexual; claramente se refleja que dentro de estas culturas al efectuarse este tipo de ritos llenos de erotismo; utilizando menores de edad se fomentaba hasta cierto punto la Pornografía.

Erotismos Precolombinos (Pornografía). Cientos de vasijas mochicas con sus picos "de estribo" presentan en relieve la variedad de posturas y formas de realizar el acto sexual. En dichos objetos las mujeres aparecen arriba, de costado y debajo de sus compañeros. Tampoco faltan vulvas, penes o andróginas. Siendo en tal sentido vestigios claros de arte porno. En Mesoamérica, Xochiquetzal era la diosa de las flores y de las relaciones sexuales no dirigidas a la reproducción, sus sacerdotisas las maqui, realizaban rituales sexuales que se consideraban sagrados. También estaban bajo su protección mujeres libres que no formaban una familia tradicional, a quienes los antropólogos califican como prostitutas. Siendo esta la cuna de conductas sexuales reprochables moralmente por cualquier civilización que haya existido. Esta diosa tenía relaciones sexuales con Xochipilli, Tlaloc y Tezcatlipoca, considerados sus amantes consortes.

La cultura mochica de Perú fue otro pueblo antiguo que esculpió escenas de sexo explícito en su cerámica (Pornografía). Sin embargo su finalidad era diferente a la de otras culturas primitivas. Ellos creían que el mundo de los muertos era el opuesto exacto de los vivos. Por tanto, para las ofrendas funerarias, fabricaban vasijas mostrando actos sexuales, como masturbaciones, felaciones y sexo anal, que no resultaban en embarazos. Se esperaba que en el mundo de los muertos tendrían significado opuesto y resultarían en fertilidad.

En el presente periodo temporal, no existe antecedente claro y específico respecto a la regulación sobre la pornografía que implique la utilización de menores

e incapaces, limitándose únicamente a establecer castigos para el adulterio, considerándose falta a la moral sexual.

2) EPOCA COLONIAL.

América nació para el mundo occidental desde el momento del descubrimiento de Colón, en el año de mil cuatrocientos noventa y dos hasta la época de los movimientos independentistas en el siglo XIX. El grupo de leyes que sometían a los territorios descubiertos eran: El régimen jurídico español, comprende el conjunto de las culturas jurídicas desarrolladas en España y sus dominios extras-peninsulares, desde tiempos remotos concluyendo con la promulgación del Derecho Español contemporáneo. El hispanoamericano que comprende la historia del Derecho Castellano, es decir el de Castilla y no los otros Derechos Españoles peninsulares, por ser el que rigió en las indias occidentales. Las circunstancias históricas en que tuvieron lugar los descubrimientos colombinos, las indias quedaron incorporadas políticamente a la corona de castilla, fue Isabel quien patrocino los descubrimientos. Se afirma que el Derecho castellano gobernó en América desde el momento del hallazgo a lo largo del tiempo que duro el periodo colonial.

El Derecho Penal Salvadoreño, es en medida Historia del Ius hispano. En efecto desde España se ha trasladado parte de su sistema jurídico durante la

conquista como en la colonia. Algunas de esas leyes eran: El fuero juzgo, el fuero real y las partidas. A las que se adicionaron la legislación de Indias.

Durante la época de la conquista y la colonia el Derecho Penal fue un ordenamiento represivo. Por ejemplo, los delitos cometidos por los nativos incluidas mujeres y niños eran penados con esclavitud, esta podía ser perpetua o temporal; se conmutaba la pena de muerte por el sometimiento, otras sanciones que se aplicaron fueron las mutilaciones corporales, los azotes, las marcas con hierro candente y los trabajos forzados.

Leyes de Indias es la legislación promulgada por los monarcas españoles para reglamentar la vida social, política y económica entre los pobladores de las Colonias españolas en América; estas leyes regulaban en los capítulos seis y séptimo lo relativo a la moral de los pueblos nativos, así como el comportamiento social por parte de estos con los asentamientos de españoles en las tierras americanas, incluyendo de esta forma las conductas sexuales en el ámbito moral.

Después del descubrimiento de América la Corona española manda que se observen las llamadas **Leyes de Burgos** que consistían en establecer a los autóctonos cerca de los asentamientos españoles y de esta forma se intenta lograr el trato efectivo y permanente con el español para alcanzar la evangelización, la adaptación de los naturales a los modos de vida europeos en búsqueda del mejor aprovechamiento de su fuerza de trabajo. Es hasta el 27 de Diciembre de 1512, que

surge preocupación de parte de la Corona Española por el constante maltrato (Físico y Psicológico, incluyendo conductas corruptivas y de prostitución de menores e incapaces) a los nativos, de acuerdo a informes de los **padres dominicos**. El obispo Bartolomé de las Casas, levantó el debate en torno al maltrato a los aborígenes con el sistema de las encomiendas, el Emperador Carlos V convocó a una junta de juristas a fin de resolver la controversia. De esta reunión surgieron las llamadas **Leyes Nuevas** en 1542 que ponían a los oriundos bajo la protección de la Corona Española, pero no solventaron los problemas de corrupción y prostitución de los mismos, no obstante prohibía la esclavitud y el trabajo forzado de los nativos. También se determinó el monto de los tributos a pagar por los nativos como vasallos de la corona. Además se legislaba sobre trabajos peligrosos siendo la extracción de perlas y las encomiendas. Estas leyes tuvieron fuerte resistencia de los colonos españoles, tardando años en cumplirse.

En el contexto jurídico de las Indias se instituyó que los indígenas eran hombres libres de la corona; pero en la práctica fue lo contrario, se esclavizaron y la clase dirigente poseía el poder político y económico. El Derecho concedido a los nativos para disfrutar todo tipo de bienes en igualdad de estado con los españoles, fue violado por los intereses de los gobernantes; de esta forma se tornó irrealizable la libertad de los aborígenes contenidas en las mismas leyes.

Debemos tener en cuenta que desde los primeros escritos de Colón, al referirse a las tierras descubiertas, los aborígenes no sólo aparecen como bárbaros, sino que

su tierra era del demonio, y quien impediría el proyecto redentor de la nueva cruzada. Este consideraba que al extenderse la fe en el Viejo mundo, el demonio tuvo que refugiarse en el nuevo mundo donde reinaba como amo absoluto; por lo que todas las prácticas culturales y religiosas se inscribían en esta omnipresencia. El etnocentrismo europeo que desembocó en la estigmatización del “ser descubierto” (que por el simple hecho de ser diferente se era inferior) importó también concepciones negativas alrededor del género.

En cuanto a esto podemos afirmar que la relación sexual; cargada de sentido a través de acciones, prácticas, símbolos, valores, reglas, permisos y prohibiciones que no se presentan en un estado estático y que reproducen el ritmo de conocimiento que se marca desde la perspectiva del dominante, una época o lugar.

La conquista y colonización dejó profundas huellas no sólo en las estructuras económicas y sociales sino, también, en la construcción de categorías de pensamiento con respecto a la sexualidad, que aun hoy se mantienen. Desde el tiempo de la Ilustración la sexualidad era combatida no sólo con la pretensión de cristianizar, sino también de imponer un modelo cristiano de conyugalidad y ejercer un orden social. En este sentido podemos mencionar, por ejemplo, cuando el cura de Maní señala que la idea con que se estableció el gobierno en el nuevo mundo: “fue para que viviendo uniformemente pudieran asentar un nuevo instituto de vida en que guardasen civilidad, sociedad, tranquilidad, subordinación y justicia, son los valores que hacen feliz y armoniosa a una población”.

A los ojos de los clérigos la inmoralidad en el nuevo mundo hacía necesario establecer órdenes precisas para corregir los errores, inmoralidades e injusticias. Así, desde 1552 las ordenanzas de Tomás López, pretendían señalar cada uno de los aspectos que había que corregir: Su forma de habitar, comer, dormir, relacionarse en sociedad, trabajar y vestir. Como se puede ver, se intentaba, hablando desde la perspectiva del género, crear una nueva formación social del género. ¿Qué se va a entender ahora por mujer, qué se va a esperar de ellas? ¿Qué se va a entender por varón? ¿Qué se va a esperar de ellos?. Iniciada la Colonia, las escuelas de doctrina fueron los canales para resocializar a los mayas. Su forma de vestir llamó la atención desde un principio; la mujer fue calificada de deshonestas y afirmaba: “es gran deshonestidad que las mujeres anden desnudas como andan entre los naturales”, la transculturación trajo consigo nuevas costumbres.

En la visita realizada a Teabo, el párroco menciona acerca de los mayas “son por naturaleza lascivos, deshonestos, pues jamás parlan sin traer en conversación palabras impúdicas y deshonestas, son incestuosos y regularmente conocen carnalmente a sus nueras”; pues su incentivo a la lujuria era que se “contentaban sólo con un pedazo de trapo para mal tapar las partes pudendas y no guardar recato ni cautela”. Asimismo, los párrocos manifestaban su impotencia para controlar a la gente en las poblaciones dispersas ya que las casas estaban distantes unas de otras y no bastaba un cura para “cuidarlos” y adoctrinarlos ni aun con los llamados

“mandones”, quienes informaban de cualquier irregularidad observada en cuestiones morales; los aborígenes sufrieron grandes vejámenes desde los inicios del hallazgo, y durante la colonia sufrieron abuso por parte de los españoles, e inclusive la represión de la iglesia censuraba sus costumbres, en razón de que estas eran contrarias a la moral y costumbres de los conquistadores, en tal sentido durante este estadio los actos de naturaleza lúbricos, deshonestos, eran reprimidos el simple hecho de mostrar su cuerpo sin intención libidinosa por su nivel cultural era algo Inmoral.

En la historia de la época colonial a pesar de ser amplia, no ha sido posible identificar el antecedente concreto y el castigo de las conductas conocidas como Pornografía.

3) EL MOVIMIENTO INDEPENDENTISTA.

El quince de septiembre de 1821, El Salvador junto a los demás países Centroamericanos firmo el acta de independencia, en el Palacio Nacional de Guatemala.

Promulgando el 12 de junio de 1824 la primera Constitución del Estado de El Salvador, la cual establecía la independencia respecto de España y de México reconociendo el principio de igualdad y legalidad una de las primeras directrices democráticas y republicanas.

Al independizarse El Salvador, en nada se modificó la legislación Penal vigente, se mantuvo en vigor el ordenamiento Penal de la colonia. Sin embargo, la Constitución exigía que se regularan leyes secundarias, los nuevos principios fundamentales concebidos, de esa manera la primer ley en promulgarse fue el Código Penal, dictado el trece de abril de 1826 ordenamiento que utilizó de modelo el código Penal de España de 1822.

4) Antecedentes Históricos del Constitucionalismo en El Salvador.

El 15 de septiembre de 1821 Centroamérica obtuvo su independencia política de España, a través de la declaración emitida por la Capitanía General del Reino de Guatemala.

Al finalizar este período se inició el debate sobre el destino de la región, dándose fuertes disputas entre liberales y conservadores. Los primeros pidieron que se diera la completa libertad de prensa, culto, imprenta o comercio; querían la separación de la iglesia y del Estado e implantar el régimen idéntico al de Estados Unidos. Los conservadores por su parte abogaban porque el paso de la colonia a la independencia no fuera radical, que se mantuvieran varias instituciones y sólo se quitaran las perjudiciales.

Es a partir de este movimiento que surge la República Federal de Centroamérica, formada por cinco Estados libres independientes en su gobierno y administración, quienes a través de varios decretos abolieron la esclavitud,

reconocieron el derecho de asilo, la libertad de imprensa y comercio, determinando como religión oficial la católica. Emitiendo la primera Constitución Federal el 22 de noviembre de 1824, sus disposiciones determinaban que la República fuese organizada en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que el pueblo utilizaría las elecciones para designar a sus representantes.

La etapa Federal duró 16 años, durante esta época no se logró la verdadera integración, no hubo una clase suficientemente fuerte para dominar y someter a los diversos sectores de poder, dándose la dispersión del espacio político que finalmente acabó por disgregar la federación.

La primera Constitución en territorio salvadoreño durante 1812 a 1823 fue la española de 1812 o Constitución de Cádiz. En 1823 la Asamblea Constituyente de las Provincias Unidas de Centro América emitió las Bases de Constitución Federal, que rigieron en 1824 provisionalmente promulgada en Noviembre de ese año, constituyéndose el gobierno republicano, representativo federado. A las provincias de Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador daba el nombre de Estados Federados de Centro América.

- **Las Constituciones en El Salvador.**

La Constitución de la República de El Salvador a través de la historia, ha experimentado distintas reformas coyunturales y etapas de transición con el

propósito de lograr la readecuación a las cambiantes necesidades sociales, políticas, culturales y económicas del país.

- **CONSTITUCIÓN DE 1824**

El 14 de marzo de 1824 se realiza en San Salvador, el primer Congreso Constitucional, a instancia del Dr. José Matías Delgado y presidido por el Presbítero José Mariano Calderón; pero fueron los doctores José Matías Delgado y Pedro Molina, quienes redactaron el anteproyecto de Constitución para el Estado autónomo de El Salvador, inspirándose en la doctrina jurídica de la Carta de Filadelfia (1776), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Francés (1789), la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) incluyendo la de España (1812).

El proyecto sirvió de fundamento a las deliberaciones del Congreso, fue el 4 de junio de 1824 que se decreta la primera Constitución Política de El Salvador, sancionada por el prócer Juan Manuel Rodríguez, en su carácter de Jefe de Gobierno; siendo la primera que se decretó en América Central, erigiéndose el país como Estado libre e independiente dentro de la órbita de la Federación Centroamericana que estaba por constituirse el 22 de noviembre del mismo año.

Los avanzados principios republicanos y democráticos de la primera Constitución Política Salvadoreña, inspiraron posteriores esfuerzos constituyentes y muchos de sus contenidos se han conservado a través de todas las reformas.

La Constitución de 1824 reafirma el principio de independencia, libertad del “Estado del Salvador”, con respecto a España y México. El territorio Salvadoreño se dividió en cuatro departamentos: San Salvador, Sonsonate, San Vicente y San Miguel.

La enumeración de los derechos y garantías que regulaba esta Constitución no podía ser rudimentaria, el individuo no era considerado primordial porque el ser humano tiene prerrogativa de forma indirecta, específicamente:

Artículo 8°. *“Todos los salvadoreños son hombres libres, y son igualmente ciudadanos en este y los otros Estados de toda la Federación, con la edad y condiciones que establezca la Constitución General de la República”.*

Artículo 9°. Si la República y el Estado protegen con leyes sabias y justas la libertad, la propiedad y la igualdad de todos los Salvadoreños, estos deben:

1°. Vivir sujetos a la Constitución y leyes del Estado y la general de la federación;

2°. Respetar y obedecer las autoridades;

3º. Contribuir con proporción de sus haberes a los gastos del Estado y federación para mantener integridad, independencia y seguridad;

4º. Servir y sostener la Patria, aun a costa de sus bienes y de vida si fuere necesario”.

El legislador de la época se limitó a garantizar al sujeto el ejercicio de ciertas libertades, no significando que éstas merecieron apartado especial. En esta Constitución se protegen ciertos derechos, primordialmente la libertad, considerada como la facultad que debe reconocerse al hombre para determinar su conducta sin más limitaciones que las señaladas por la moral y el derecho, en tal sentido atentar contra la libertad sexual, es realizar actos contrarios a las buenas costumbres, concepto íntimamente ligado a lo largo de la historia al fenómeno de social conocido en la actualidad como “Pornografía”; garantizando de esta manera la seguridad jurídica a los ciudadanos.

- **CONSTITUCIÓN DE 1841**

A través del decreto emitido el 1 de febrero de 1841 se declaró que El Salvador sería una nación “libre, soberana e independiente” y que tomaría el nombre de República de El Salvador. El cambio de forma de Estado de federado a unitario, tendría trascendentales consecuencias para el proceso político, resultando relevante la promulgación de la segunda Constitución el 22 de febrero del mismo año.

El avance suscitado en esta Constitución es la creación del título XVI dedicado a la “Declaración de los derechos, deberes, garantías del pueblo y de los salvadoreños en particular”, considerándose el inicio del reconocimiento de los derechos que dignifican al hombre frente al Estado y razonándose el respeto, satisfacción o goce de los mismos.

El artículo 73 determina textualmente lo siguiente:

“Todo ciudadano y habitante puede libremente expresar, escribir y publicar su pensamiento, sin previa censura y con solo la obligación de responder por el abuso de esta libertad ante un jurado, que establecerá la ley. Igualmente pueden los salvadoreños reunirse pacíficamente y en buen orden para tratar cuestiones de interés público o para dirigir peticiones a las autoridades constituidas; mas los autores de estas reuniones responderán personalmente de cualquier desorden que se cometa.”

El cambio significativo fue la consideración específica de la libertad de expresarse, escribir y publicar, delimitándola del derecho a la libertad en sentido general que existía en la Constitución anterior; no obstante, se restringía esta facultad que generaba abuso al mismo, respondiendo ante jurado la persona que lo contrariaba, es decir que si alguien realizaba comportamientos de contenido obscenos que vulneren el orden social, se le juzgaba conforme a las leyes vigentes.

- **CONSTITUCIÓN DE 1864**

Decretada por el Congreso Nacional Constituyente el 19 de marzo de 1864, se caracteriza por la soberanía que reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos y que ninguna fracción de pueblos o de individuos pueda atribuírsela, además de ser inalienable e imprescriptible, de conformidad al artículo primero.

La Constitución de 1864 agrega en el artículo siete que se consideran ciudadanos aquellos que cumplan la condición de saber leer y escribir.

Incorpora asimismo lo manifestado en el artículo setenta y tres de la Constitución de 1841, referente al derecho de los ciudadanos y habitantes de escribir libremente.

El Artículo 79 expresa: *“Todo ciudadano y habitante puede libremente expresar, escribir y publicar su pensamiento sin previa censura y con solo la obligación de responder por el abuso de esta libertad ante los tribunales o juzgados establecidos por la ley.”*

De igual forma en la constitución precedente en los Artículos 76 y 77 se trata de garantizar la libertad, en sentido amplio.

“Artículo 76.- El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas. Tiene por principios la libertad, la igualdad, la fraternidad; y por bases la familia, el trabajo, la propiedad, el orden público.”

“Artículo 77.- Todos los habitantes de El Salvador tienen derechos incontestables para conservar y defender su vida y su libertad, para adquirir, poseer y disponer de sus bienes, y para procurar su felicidad sin daño de tercero”.

En ambas Constituciones se reconocía la existencia de derechos anteriores y superiores a las leyes positivas, siempre que contengan como principios fundamentales la libertad, igualdad y fraternidad de las personas, siendo el primero de los valores referidos a la moral y las buenas costumbres, sentimientos relacionados con los comportamientos obscenos (Pornografía), en virtud de ello mínimas son las innovaciones que contiene en relación a los derechos y deberes garantizados.

- **CONSTITUCIÓN DE 1871.**

Decretada el 16 de octubre de 1871, es la primera Constitución que prescribe la tolerancia al culto público de confesiones cristianas no católicas, siempre y cuando no ofendiese la moral y el orden público. En los preceptos constitucionales se afirmaban los principios de la detención, manifestando que para inquirir en materia criminal no se excederá del término señalado en la ley ordinaria.

Reconociendo los derechos garantizados en la Constitución de 1864 tales como la libertad, determinándose:

Artículo 98: *“El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas. Tiene por principios la libertad, la igualdad, la fraternidad; y por bases la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público.”*

Artículo 105: *“Todo hombre puede libremente expresar, escribir imprimir y publicar sus pensamientos, sin previo examen ni censura y con sola la obligación de responder por el abuso de esta libertad ante un jurado que establecerá la ley. Las imprentas no estarán sujetas a ningún impuesto ni caución.”*

Se mantiene el derecho a escribir libremente, estipulado en el artículo setenta y nueve de la Constitución de 1864, garantizado en esta nueva Carta Magna en el artículo ciento cinco, e incluyendo únicamente que las imprentas no cancelaran impuestos ni cauciones. Se sigue manteniendo la protección al valor libertad, en sentido general ubicando dentro del ámbito de protección la libertad sexual, interés superior, que al ser vulnerado, por conductas que conllevan actos lujuriosos deshonestos, sancionados conforme a las leyes secundarias que regían en ese entonces.

- **CONSTITUCIÓN DE 1872**

La Constitución del 9 de noviembre de 1872, reprodujo básicamente el texto de su antecesora Constitución de 1871.

El derecho a escribir libremente que instauraba la Constitución de 1871, en el artículo ciento cinco es incorporado en:

Artículo 24 *“Todo hombre puede libremente expresar, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos, sin previo examen, ni censura, y con solo la obligación de responder ante el Jurado por el abuso de esta libertad. Las imprentas no estarán sujetas a ningún impuesto ni caución.”*

Los derechos fundamentales como la libertad, los mencionaba el:

Artículo 27: *“Queda abolida la pena de confiscación. Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, de su honor, ni de su propiedad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes; ni puede enjuiciarse dos veces por el mismo delito. Las autoridades o individuos que contravengan a esta disposición responderán en todo tiempo con sus personas y bienes a la reparación del daño inferido y las cosas confiscadas son imprescriptibles.”*

Se incluía dentro del catalogo de derechos lo relativo al honor, estando dicho termino íntimamente relacionado con las conductas que menoscaban la libertad sexual de todo ser humano, particularmente El fenómeno Socio-Cultural “Pornografía” en tal sentido la Constitución garantizaba el respeto a la libertad en sentido amplio.

- **CONSTITUCIÓN DE 1880**

Decreutada el 16 de febrero de 1880, acentúa el espíritu de tolerancia a la libertad de culto, la Religión Católica continúa siendo protegida por el Gobierno, quedan garantizados el libre ejercicio de todas las creencias, sin que esto pueda extenderse hasta ejecutar actos subversivos o prácticas incompatibles con la paz y el orden público.

La sección única del título III denominado “De los derechos y garantías de los Salvadoreños”, regulaba en los artículos 14, 15, 19 y 23, los derechos superiores que también manifestaba su antecesora”.

“Artículo 14.- El Salvador reconoce derechos anteriores y superiores a las leyes positivas; teniendo por principio la libertad, la igualdad, la fraternidad; y por base la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público.”

“Artículo 15.- Todos los habitantes de El Salvador tienen derecho incontestable para conservar y defender su vida y su libertad, para adquirir, poseer y disponer de sus bienes y para procurarse la felicidad sin daño de tercero.”

“Artículo 19.- Todo hombre puede libremente expresar, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos, sin previo examen ni censura, y con solo la obligación de responder ante el Tribunal del Jurado por el abuso de la libertad.”

“Artículo 23.- Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, de su honor, ni de su propiedad sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.”

Los artículos 14, 15 y 19 mantienen el orden sistemático de las garantías contenidas en la Constitución de 1872; la última disposición empieza a regular lo relativo al honor, termino íntimamente relacionado con el derecho a la libertad sexual de las personas, principalmente de aquellas que no tienen capacidad física y psíquica de determinación o de disposición en lo relativo a su sexualidad por su corto desarrollo.

- **CONSTITUCIÓN DE 1883**

Decretada el 6 de diciembre de 1883 sigue reconociendo la libertad de culto, sin otro límite que el trazado por la moral y el orden público, de acuerdo al artículo catorce. Las garantías enumeradas por esta Constitución en el título tercero denominado “Garantías Individuales”, fueron reproducidas de los preceptuados contenidos en la Constitución de 1880.

Artículo 23.- Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, de su honor, ni de su propiedad sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

Siguiendo con el ideal de protección del honor o pudor términos orientados a la libertad sexual reconocido en el artículo antes mencionado.

- **CONSTITUCIÓN DE 1886.**

Promulgada el 13 de agosto de 1886 fue decretada por el Congreso Nacional Constituyente de ese mismo año, con las Leyes Constitutivas y la de Extranjería. Basada en el modelo de la Carta Magna liberal, ha sido venerada no sólo por su larga vigencia, sino por incluir disposiciones consideradas avanzadas para su época. Fue la que instauró el sistema unicameral del Órgano Legislativo, al constituir la Asamblea Nacional de Diputados.

Artículo 40: “Los derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de Gobierno.”

En este artículo se mantiene invariable la enumeración de derechos y garantías de los ciudadanos junto con lo referente a las atribuciones de la suprema Corte de Justicia, en la suspensión de los escribanos públicos al cometer el delito de fraude. Se crea el sistema de protección supralegal a favor de los derechos y garantías, que aun no habiendo sido enumerados por la Constitución, nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana del Gobierno, significando la instauración del Derecho Natural en las costumbres.

- **CONSTITUCIÓN DE 1939.**

Decreutada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de enero de 1939. Contiene fundamentalmente el mismo texto que la de 1886, se comprueban algunos cambios, resaltando la disposición por medio de la cual se prescribe que al momento de sentenciar, los tribunales tienen la facultad de declarar inaplicable cualquier ley o disposición de los órganos del Estado, si se considera que los mismos contradicen la Constitución, por primera vez se reconoce el derecho a que las mujeres ejerzan el sufragio.

Contenía en el título V, capítulo I, un largo enunciado de derechos y garantías individuales, respecto a la protección de la libertad, se encontraba el artículo siguiente:

Artículo 25: “Todos los habitantes de El Salvador tienen derecho a conservar y defender su vida, su honor, su libertad y su propiedad libremente de sus bienes, de conformidad con la ley....”

La protección del derecho a la defensa del honor es principal referente en relación a las garantías de los menores e incapaces, personas que dentro de todo ordenamiento jurídico tienen un ámbito de protección especial.

- **CONSTITUCIÓN DE 1945.**

Decreutada el 29 de noviembre de 1945. Los derechos y garantías enumerados continúan reproduciendo los anterior

mente preceptuados en la constitución de 1886 que fueron retomados por la de 1939. Importante es mencionar que según el artículo 40 del Principio de Soberanía del pueblo deduciendo el de Legalidad; el cual decía:

“Los derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de Gobierno.”

Se sigue garantizando el decálogo de derechos consagrados en las constituciones precedentes a esta, dejando la pauta de que no es necesario que todos estén regulados expresamente, dado que se sobre entiende que unos nacen de los otros.

- **CONSTITUCIÓN DE 1950.**

Promulgada el ocho de septiembre de 1950 fue la Constitución teóricamente avanzada, aunque no abandonaba su carácter individualista, recogía de forma expresa las garantías sociales en uno de sus títulos. Lo concerniente a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, y al derecho de libre expresión, eran copia fiel de lo estipulado en la Constitución de 1939.

Artículo 152: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.”

El cambio relevante de esta Carta Magna se encuentra en el título X, del régimen de Derechos individuales, donde se instaura el Principio de Legalidad tal como se conoce en la actualidad, en el artículo antes mencionado; se continúa con la protección de la libertad sexual y dignidad de las personas, sobre todo el comportamiento deshonesto de contenido libidinoso ubicándose dentro de estos el fenómeno de la pornografía.

- **CONSTITUCIÓN DE 1962.**

Promulgada el 8 de Enero de 1962 contenía el carácter presidencialista, declaraba que el Gobierno es republicano, democrático y representativo; estipulando la división tripartita de poderes. En el Título X, se regulaba el régimen de Derechos Individuales.

Art. 158. *“Toda persona puede libremente expresar y difundir sus pensamientos siempre que no lesione la moral ni la vida privada de las personas. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de el infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan.*

Queda prohibida toda propaganda de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia.

En ningún caso podrá secuestrarse, como instrumento de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio material destinado a la difusión del pensamiento.

Los espectáculos públicos podrán ser sometidos a censura conforme a la ley” .

La disposición antes mencionada regula lo referente a la libertad de expresión, de la misma forma como lo venían regulando las Constituciones de 1939 y siguientes. Se protege la libertad sexual, es decir que nadie puede someter sin el consentimiento manifiesto o tácito a otra persona a efectuar el coito mediante la fuerza u otro acto erótico, ya que la norma primaria garantiza tal situación.

- **CONSTITUCIÓN DE 1983.**

Entró en vigencia el 20 de Diciembre de 1983, su base se encuentra en la Constitución de 1962; tiene como fuentes ideológicas algunas constituciones de Latinoamérica, España y Alemania. Fue promulgada por la Asamblea Constituyente que funcionó con representantes seleccionados mediante elecciones populares. Dicho Poder se convirtió en Legislativo a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Carta Magna. Sin embargo las normas que se le incorporaron con los Acuerdos de Paz adquiere aceptación entre los distintos actores políticos de la vida nacional.

Fue escrita con el carácter relativamente flexible, porque se adoptó el documento que admite su reforma, aunque sometida a especiales requisitos y

procedimientos, con exclusión de determinadas materias. Consta de dos grandes apartados el primero de ellos es la parte dogmática, que asume el estilo garantista uniendo en primer término los derechos individuales, aunque reconoce los principios sociales y el segundo la parte orgánica la cual constituye el Estado con sus órganos e instituciones.

Instauraba por primera vez el capítulo único dedicado a “La persona humana y los fines del Estado”, estatuyendo en su artículo 1, la finalidad de la Nación que es la consecución de la seguridad jurídica, como la certeza de los ciudadanos de encontrarse libres de toda amenaza a sus derechos, el cual literalmente dice:

Art. 1: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común...En consecuencia es obligación del estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura el bienestar económico y la justicia social”

En el Artículo 1 de esta Carta Magna establece como principio y fin del Estado a la persona humana, garantizándose la dignidad de esta como tal, dando la pauta que no se permite actos tendientes al menoscabo de su dignidad personal, mediante actos que atente contra la moral y las buenas costumbres, así mismo se le

trata de dar protección a los menores de edad, a efecto que estos tengan un correcto desarrollo integral tal y como lo expresan las disposiciones siguientes:

Art. 34.- “Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.

La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia.”

Art. 35.- “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia.

La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial”.

Siguiendo lo preceptuado en estas disposiciones se infiere que los comportamientos tendientes a la utilización de menores de edad en producciones pornográficas que atentan en contra de la indemnidad e intangibilidad de estos y de los incapaces; gozan de un ámbito de protección especial, en razón de la vulnerabilidad de los mencionados, atendiendo al interés superior del menor regulado en las Normas Secundarias y Tratados Internacionales ratificados por El Salvador.

**5) EVOLUCIÓN HISTORICA JURIDICA DEL ILÍCITO
UTILIZACION DE MENORES E INCAPACES EN PORNOGRAFÍA EN LA
LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.**

- **Código Penal 1826.**

Dictado en la época que todavía coexistía la legislación Federal y Nacional. Fue el primer Código Penal que surgió en El Salvador, promulgado el 13 de abril de 1826 como copia fiel del Código Penal Español de 1822, esta adopción se fundamenta en la ineludible filiación legislativa que se encontraba el país respecto de España. Los 840 artículos que lo constituían, contenía el catalogo completo de delitos, circunstancias modificativas, de penas y reglas para su aplicación. En el Titulo VII de este cuerpo de ley se regulaban los DELITOS CONTRA LAS BUENAS COSTUMBRES, específicamente en el Capítulo primero denominado: DE LAS PALABRAS Y ACCIONES OBSCENAS EN SITIOS PÚBLICOS; Y DE LA EDICIÓN, VENTA Y DISTRIBUCIÓN DE ESCRITOS, PINTURAS, ESTAMPAS DE LA MISMA CLASE en los artículos:

Articulo 153. El que en lengua vulgar diere à luz libro ù otro papel impreso, ò pusiere al publico algún manuscrito que contenga obscenidades, ù ofenda las buenas costumbres, pagara una multa de treinta a cien duros, ò sufrirá un arresto de dos a seis meses. Si el impreso dado a luz ò el manuscrito puesto al publico estuviere en lengua extranjera de las que actualmente se usan en Europa, y no de las antiguas que

comúnmente se conocen con el nombre de muertas, se impondrá al reo la mitad de la multa o arresto expresado la excepción que se prescribirá en el artículo 599, el que a sabiendas introduzca en la república de El Salvador, para su venta y distribución, libros u otros papeles impresos de clase referida, será castigado respectivamente como si lo diere a luz.

Art. 533. Los que expongan al público, vendan, presten, regalen o de cualquier modo distribuyan pinturas, estampas, relieves, estatuas u otras manufacturas de la especie sobredicha, o las introduzca a sabiendas El Salvador, para venderlas o distribuirlas, sufrirán un arresto de quince días a dos meses ò una multa equivalente al valor de cinco à cincuenta de las mismas, por estampas, pinturas estatuas u otras manufacturas obscenas y contrarias a las buenas costumbres, no se entienden las que solo representan figuras al natural, si no también expresen actos lúbricos y deshonestos.

Art. 534. En cualquiera de los casos de los precedentes artículos se recogerán por los jueces, para inutilizarlos, todos los ejemplares, copias y efectos en que consista el delito, pero si solo se comprendiese en la calificación de obsceno una parte del libro o papel impreso se suprimirá esta, y quedara libre y corriente el resto de la obra, si por esta razón se recogiere estatua, relieve, pintura o estampa de mucho merito artístico a juicio de las academias de bellas artes, se les entregara para que lo depositen en departamentos reservados.

En las disposiciones antes citadas claramente queda establecido el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de los comportamientos atentatorios a las buenas costumbres, evidenciándose en primer momento el fenómeno cultural de represión de ese entonces, que bajo ningún medio podía mostrarse la imagen que fuera en contra de la Religión católica principalmente, se denota que no se determina la cualificación jurídica del sujeto activo del delito, también en el artículo 534 antes mencionado se expresa que tipo de figura se considera obscena (pornografía) es decir que se entenderá aquella que sea de contenido lujurioso y deshonesto, en este estadio de la vida no había prohibición alguna acerca de la utilización de menores o incapaces en estas se reprimía lo contrario a la moral.

- **Código Penal 1859.**

Titulo Nueve “Delitos contra la Honestidad”, Libro 1 de este código en el Artículo 355 expresa: “ *serán arrestado con la pena de mayor arresto y represión pública, los que de cualquier modo ofendieren, el pudor y las buenas costumbres, con hechos de grave escándalo y trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este código*”....

Esta disposición da la pauta en lo referente a la conducta dirigida al menoscabo de la integridad y dignidad de los menores e incapaces en pornografía, no quedaban impunes, atendiendo al imperativo de la disposición citada, castigándose conductas que perjudiquen el pudor y las buenas costumbres,

sentimientos íntimamente relacionados con ilícito de pornografía, de este artículo se desprende la sanción de tal comportamiento, aunque no regule expresamente el supuesto de hecho.

- **Código Penal 1893**

Libro Segundo Título Nueve “Delitos contra la Honestidad”, Capítulo 3 Delitos de Escándalo Público. *Art. -396. –“Serán castigados con las penas de arresto mayor y reprensión pública, los que de cualquier modo ofendieren el pudor ó las buenas costumbres con hechos de grave escándalo ó trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código.*

En caso de reincidencia, con la de prisión correccional y reprensión pública”.

Art. 397 –“*Incurrirán en la multa de quince á cincuenta pesos los que expusiere ó proclamaren, por medio de la imprenta y con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública”.*

Se retoma la idea que se sostenía en el código de 1859, el equiparar la obscenidad con la pornografía. Como se observa, en razón de no existir regulación expresa de tal comportamiento lesivo en contra de los menores e incapaces; en el Artículo 397 del referido cuerpo legal menciona el supuesto de hecho y sanción en caso de causar grave escándalo que atente en contra de la moral por medio de objetos manufacturados a través de la imprenta.

- **Código Penal 1904.**

Libro Segundo Titulo Nueve de los “delitos relativos contra la honestidad”; Capitulo 3, Delitos de Escándalo Publico el *Art. 393- expresa: “Incurrirán en multa de trescientos pesos los que de cualquier modo ofendieren el pudor y las buenas costumbres, con hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos en otros artículos de este código.*

En el inciso precedente se comprenden los autores, de escritos canciones o figuras, que ofendan el pudor y las buenas costumbres, los que vendieren distribuyeren o exhibieren”.

Siendo el ultimo inciso el principal indicio que considero las exhibiciones obscenas “pornografía”, como la conducta lesiva en la sociedad, no de manera expresa pero si tacita.

- **Código Penal 1973.**

CAPITULO III OFENSA PÚBLICA AL PUDOR.

Pornografía

Art. 212. “Los que den a la publicidad escritos, discursos, canciones, fotografías, cintas cinematográficas o figuras obscenas, libros, revistas o postales que ofendieren

gravemente la moral pública, y quienes los editaren, vendieren, distribuyeren o exhibieren, serán sancionados con diez a cien días-multa”.

La disposición antes citada menciona el concepto de pornografía, aunque no se cuenta con la definición sobre esta en términos generales, sin incluir la protección específica de los menores e incapaces, el ámbito de protección se extendía sin tomar parámetro alguna de la edad o cualificación del sujeto pasivo en el supuesto de hecho.

- **Código Penal 1998**

El Código Penal Vigente aprobado por Decreto Legislativo No. 270, de fecha 13 de Febrero de 1973 publicado en el Diario Oficial No. 63, Tomo 238, de fecha 30 de Marzo del mismo año junto con sus reformas, así como las leyes y demás preceptos legales contenidos en otros ordenamientos; este Código Penal es el primero en regular el comportamiento de **UTILIZACION DE MENORES CON FINES PORNOGRAFICOS Y EXHIBICIONISTAS** en libro Segundo Parte Especial de los Delitos y sus Penas Título Cuarto, Delitos Contra la Libertad Sexual, Capítulo Tercero Otros Ataques a la Libertad Sexual . Específicamente en el *Art. 173.-“El que utilizare a un menor de dieciocho años, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a sesenta días multa”.* Delimitando o cualificando el sujeto pasivo en este tipo de conductas punibles en razón que los menores merecen el ámbito de

protección, dejando a disposición de los adultos la facultad de decidir si participa o no en actos eróticos sexuales orientado a elaborar Pornografía.

Tal disposición es reformada según Decreto Legislativo N° 210 del 25 de Noviembre del 2003, publicado en el Diario Oficial N° 4, tomo 362, del 08 de Enero del 2004. Modificándose a partir de su epígrafe quedando de la siguiente manera:

UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFIA

Art. 173.- “El que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la voz de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas, será sancionado con prisión de seis a doce años.

Igual sanción se impondrá a quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior, en acciones pornográficas o eróticas”.

Incluyéndose dentro de esta reforma la definición del concepto de pornografía infantil, como lo determina el **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA**

VENTA DE NIÑOS; LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN EN LA PORNOGRAFÍA, en su artículo 2 literal “c”; incorporándose a los menores e incapaces dentro de la legislación penal salvadoreña. *el comportamiento de utilizar a menores en pornografía se agrava, aplicando la sanción máxima para el caso doce años de prisión aumentada está en una tercera parte del máximo, en tal sentido al encontrar a un sujeto como responsable de la ejecución de cualquiera que sea la acción llevada a cabo contenidas en el Artículo 173 de este código, se impondría al responsable el cual tendrá una cualificación especial según el caso en concreto; el castigo de dieciséis años de prisión es decir el máximo aumentado en una tercera parte tal y como lo regula el artículo siguiente: Art. 173-B.- Los delitos a que se refieren los Arts. 169 y 173 del presente Código, serán sancionados con la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte del máximo establecido de la pena y la inhabilitación del ejercicio de su profesión durante el tiempo que dure la condena, si cualquiera de las acciones descritas fuera realizada por:*

- a) Ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados, cónyuges, conviviente y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
- b) Todas las personas contempladas en el Art. 39 de este Código;*
- c) La persona encargada de la tutela, protección o vigilancia de la víctima; y,*
- d) Toda persona que prevaliéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.*

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.2 BASE TEORICA

2.2.1 GENERALIDADES DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA SEXUALIDAD.

2.2.1.1. Derecho, Sexualidad e Informática:

Previo al estudio del injusto “Pornografía” es menester hacer consideraciones acerca de los delitos relativos a la sexualidad, haciendo énfasis en las conductas que involucran menores de edad, incapaces o deficientes mentales.

La actividad sexual como tal se traduce en la cópula suponiendo la relación entre dos personas (de ahí que este fenómeno se ha llamado relación sexual). En el ejercicio del coito pueden ser afectados ciertos bienes que son de interés y a los cuales el derecho les concede su protección, constituyéndolos en bienes jurídicos, sancionando como delito todo ataque contra ellos. Estos ilícitos son figuras creadas por el parlamentario para reprimir y castigar los desbordes ilegítimos del instinto sexual. Pero en esta materia el legislador debe actuar con cautela, precisamente para no inmiscuirse en el ámbito que corresponde a la esfera íntima de cada persona.

Carrara expresó la necesidad de no confundir la moral con el derecho, al hacer su distinción entre el pecado perteneciente al ámbito de las buenas costumbres con el delito dentro del derecho y en concreto al del ius puniendi. Siguiendo esta línea de pensamiento, la Moral se ocupa de los actos externos del hombre como de

los procesos psíquicos (pensamientos, intenciones, voliciones); al Derecho Penal le interesa únicamente el comportamiento de los individuos y aprecia la intención solo cuando, habiéndose exteriorizado se castiga con sanción penal.

El campo de acción del derecho debe quedar limitado solo a la tutela de aquellos bienes cuyo ataque signifique, de cualquier forma atentado a los valores que inspiran al grupo social por regla general la libertad sexual, se traduce en el derecho que tiene cada persona de elegir en términos amplios cuando, con quien y en que circunstancia realizar el acto sexual. Lógico es entonces que todo ataque contra esta garantía fundamental sea sancionado con una pena o medida de seguridad. De ahí que si alguien fuerza a una mujer u hombre a la realización del coito que por esta o este no es consentido, surge el delito de Violación.

Es evidente que la barrera de limitaciones impuesta por el derecho varía tanto en el seno de cada sociedad, con el transcurso del tiempo como en las diferentes civilizaciones. De esta manera conductas que en el pasado se consideraban delictivas, en el presente pueden no serlo, porque la comunidad ha variado en lo relativo a determinadas manifestaciones de los hechos. Los comportamientos sexuales cambian siguiendo las concepciones dominantes en civilizaciones determinadas; verbigracia han cambiando las ideas vigentes sobre la moralidad o inmoralidad del desnudo. A tales variaciones ha de estar atento el legislador penal y actualizando el catalogo de conductas punibles; tomando en cuenta el análisis interpretativo progresivo del juzgador, quien al momento realizar

esta función tomara en cuenta los cambios sociales culturales, políticos, económicos y máxime los tecnológicos, traen consigo nuevos comportamientos nocivos que ponen en riesgo los bienes jurídicos inherentes a todo ser humano.

Es necesario hacer análisis exhaustivo de los elementos que componen este tipo, así también determinar que es la sexualidad, entendiendo esta como el grado de culminación en torno a la actuación del instinto sexual, comprensivo del fenómeno fisiológico humano, relacionada con valoraciones morales.

La sexualidad es definida como el conjunto de condiciones anatómicas, fisiológicas y psicológicas que caracterizan a cada sexo. Es importante recalcar que son tres elementos los que conforman la sexualidad, que se pueden resumir en dos: aspecto físico y psicológico.

Por lo tanto, frente a la acción pornográfica, se está violentando estos elementos, específicamente adecuándolo a los menores e incapaces, quienes por su condición física y psicológica aun no han desarrollado a plenitud sus capacidades sexuales, siendo objeto del desarrollo prematuro por parte del sujeto Activo.

La sexualidad es una realidad compleja, porque se refiere por un lado esta se condiciona por un elevado número de factores y por otro que ha de entenderse como elemento característicos de la personalidad; que está íntimamente relacionada con las demás. En lo referente ha aspectos como expresividad de los afectos, la confianza, la autoestima, el respeto por los demás, la forma de manejar la

ansiedad ante distintas situaciones; son ligadas íntimamente a la sexualidad de cualquier persona y su desarrollo.

A medida que estas personas se acercan a la pubertad, sus vivencias y experiencias pasan a ser en alto grado condicionadas por las intensas o nuevas situaciones que este período desencadena. Cambios fisiológicos profundos como la aparición de caracteres sexuales secundarios, la aceleración del crecimiento emocional y físico, la capacidad de reproducción, los cambios en la relación que las personas comienzan a establecer con otras de diferente sexo, la búsqueda de independencia y el desarrollo de principios personales son circunstancias que intervienen en estos momentos del desarrollo. En esta etapa sucede la mayoría de conductas perturbadoras, porque el menor la figura corporal que despierta la libido en el sexo-pata provocando así, que se busque la realización de estas conductas lesivas.

En definitiva la actividad sexual interesa al derecho y en concreto al *ius puniendi*, sólo en la medida que la conducta lesiona valores de naturaleza individual o colectiva que estén elevados a la categoría de bienes jurídicos penales.

2.2.1.2. Concepto de Delito Sexual:

Los llamados delitos sexuales presentan el problema de inexactitud del bien jurídico protegido. Sin embargo puede decirse que en esencia estos ilícitos procuran la protección al ordenamiento ético y jurídico de la vida sexual.

En la actualidad las distintas corrientes de pensamiento por peculiaridades específicas, han recibido de “los intelectuales el rotulo de **“post modernidad”**, en contraposición a la **“modernidad”**, la convivencia social tiene como elemento central la libertad individual, aspecto que se traduce en uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos y pilar de un Estado Social y Democrático de **Derecho**”.²⁹

La protección de la libertad personal en el ámbito **sexual** resulta preponderante para el **Derecho Penal** porque no puede perder de vista su misión protectora de bienes jurídicos concretos dejando de lado la función simbólica que la mayor de las veces cubre formas de desigualdad y segregación. “Constituyendo de este modo la sexualidad uno de los ámbitos esenciales del desarrollo de la personalidad o de autorrealización subjetiva de los individuos”.³⁰

2.2.1.3. TRATAMIENTO DOCTRINARIO.-

El concepto de Delito Sexual no es pacifico torno a él se dan múltiples debates doctrinario de ellos se exponen los más importantes:

Doctrina Subjetiva:

Para esta corriente de opinión se está ante el ilícito sexual toda vez que el móvil del agente concurre el deseo de satisfacer su libido. En apoyo de esta afirmación se

²⁹ PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, Curso de Investigación en Comunicación Social, Universidad Alas Peruanas, Lima,2007,Pág.23

³⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro, Los **Delitos** de Acceso Carnal **Sexual**, Edit. Idemsa ,Lima,2005,Pág.28

señala que el elemento subjetivo del tipo, es el que permite sostener que existe intención de satisfacer el deseo lubrico del agente.

En resumen, esta primera corriente de opinión considera como injustos de contenido sexual a todos aquellos ilícitos que, en su génesis conllevan el móvil de tipo carnal.

Critica a la doctrina Subjetiva: la posición anterior ha sido cuestionada debido que conduce a resultados poco satisfactorios en la práctica. Se ha dicho que para ser consecuente con ella, sus seguidores tendrían que aceptar al sádico que comete homicidio porque solo de este modo satisface su lubricidad, de esta forma no realizaría ningún comportamiento prohibido contra la vida sino que delito sexual porque subjetivamente el móvil de su injusto está dirigido a la satisfacción de su instinto libidinoso. Indudablemente que la aceptación de lo expuesto constituye un absurdo.

En el Derecho Penal vigente las tendencias son adheridas a la corriente de opinión que califica de sexual el delito, es menester que la acción tenga connotación libidinosa y que se traduzca en la lesión a bien jurídico determinado del mismo carácter. El injusto para ser sexual debe reunir como requisito la acción de naturaleza carnal, que se realiza en el cuerpo del ofendido o se le hace ejecutar, y los bienes jurídicos afectados por esta conducta sean relativos a la vida sexual de la víctima. No se está de acuerdo con este pensamiento planteado por las exigencias

que se hacen en orden a los requisitos esbozados donde concurren en forma conjunta. Los ilícitos son tales porque el legislador ha estimado que ciertos Derechos son dignos de protección penal, erigiéndolos en bienes jurídicos, sancionando todo atentado en contra de ellos.

El profesor BASCUÑAN menciona **el delito sexual** como: La acción del hombre cuya materialización o intención tiene como fin u objeto elementos de carácter sexual y que violentan valores protegidos por el Código Penal. Enfatiza que el interés resguardado por el Derecho Sancionador debe ser de índole sexual.

Diez Ripolles define: “*El concepto de libertad **sexual** tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo, en el **primero**, la libertad **sexual** significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en lo social. En **segundo** término, la libertad **sexual** se contempla en un sentido defensivo y remite al **derecho** de toda persona a no verse sin su consentimiento en un contexto **sexual**”.*³¹ Resulta importante mencionar que esta última consideración en los casos que están involucrados menores de edad, incapaces o deficientes mentales como sujetos pasivos, su asentimiento no tiene valor en algunos tipos penales, dependiendo al parámetro cronológico establecido en los mismos.

Doctrina objetivista:

³¹ DIEZ RIPOLLES, José Luis, El **Derecho Penal** ante el Sexo, Edit Reus, Barcelona, 1985, Pág. 100

Los autores que siguen un criterio objetivo, consideran que se restringe indebidamente el delito en cuestión al exigir que los actos de contenido sexual tengan el elemento subjetivo, consistente en la finalidad libidinosa o sexual del autor. Núñez *“Afirma que no tiene como requisito del tipo que el autor tenga un fin libidinoso, sino que lo que en verdad se protege es el derecho a la libertad corporal contra el ultraje que implica la intromisión indebida de un tercero”*³².

Los actos libidinosos son siempre abusivos si se cometen en contra de la voluntad de la víctima, estos tienen significado impúdico subjetivo, que es el dolo del autor, y poseen aptitud para constituir la transgresión, cualquiera sea la parte del cuerpo sobre la que recaigan y aunque este no logre la satisfacción de su sexo.

Pero también son típicos otros actos que no tengan esa finalidad, que objetivamente son impúdicos, por afectar las partes pudendas de la víctima. Incluyen en este concepto los actos de naturaleza sexual que son hechos para burlarse de la esta. También son actos libidinosos los que tienen algún significado sexual, como la realización de examen ginecológico que objetivamente puede parecer como libidinoso, que sólo resultarán típicos si se les suma el dolo del autor.

En estos casos, será abusivo el acto si la intención del hechor es abusiva. Lo que interesa entonces, es que el acto sea objetivamente excesivo, con exclusión del elemento subjetivo; porque el objeto de la ley es proteger la libertad corporal,

³² NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, t. IV, p. 309.

después de la integridad sexual y dignidad de la persona, contra el ultraje de tercero sin analizar sus deseos; por lo que cabe concluir que puede constituir abuso sexual cualquier acto con sentido objetivamente impúdico, con la única limitación del acceso carnal y que la ofensa sea consciente. Se comete entonces el quebrantamiento mediante una acción efectuada sobre el cuerpo de la víctima, aunque no sea con una finalidad sexual, si el autor tiene conocimiento que lesiona la libertad sexual de la persona ofendida.

Son actos libidinosos, los que son objetivamente impúdicos por afectar partes pudendas de la víctima, aunque el autor no tenga la finalidad de obtener satisfacción sexual, sino, por ejemplo, hacer una broma, humillar a la víctima. Hay actos que objetivamente pueden o no tener sentido impúdico en relación a lo sexual (beso, abrazo), en los cuales únicamente existirá abuso si el ánimo del autor es improcedente, es decir si ofende el pudor y el decoro sexual de la víctima o satisface deseos lujuriosos de este. Por ejemplo, el que se aferra a la pierna de una mujer para no caerse, no incurre en la figura legal; pero si se toma de aquélla porque es de una mujer en especial, su acto es ofensivo para el decoro sexual de la víctima.

No quedando claro para la doctrina el tipo subjetivo del delito. Hay que distinguir entre el dolo del autor y el elemento subjetivo del tipo, consistente en dolo y el ánimo libidinoso. En todos los casos se exige el dolo o la intención del autor del tocamiento de partes pudendas de la víctima, o cualquiera de los actos ya enumerados con anterioridad, aun con finalidad ulterior, como la burla, de modo

que se puede afirmar que se entiende estos actos objetivos realizados dolosamente, es decir, conociendo la objetividad sexual del acto se dará el tipo penal del abuso, aunque no sea con ánimo libidinoso.

Desde otro punto de vista, el proceso de reforma del derecho penal sexual durante las últimas décadas ha estado presidido por la idea de despojar al sistema de todo vestigio moralizador y la dogmática penal se ha esforzado por construir sus sistemas doctrinales en torno a conceptos estrictamente jurídicos, asentados en una base fáctica o natural. En este contexto, nociones como las de libertad sexual e indemnidad sexual suelen ser explicadas siguiendo los mismos parámetros utilizados para caracterizar otros bienes jurídicos de índole personal, como el derecho a la vida, la salud o la libertad ambulatoria.

La doctrina penal pasa por alto que la sexualidad es algo mucho más complejo que la simple actividad genital y, acaso más que ningún otro aspecto del comportamiento humano, está indefectiblemente entremezclada con imperativos morales y culturales.

Así, tiende a imponerse el planteamiento de que no cabe definir lo sexual ni atribuir este carácter a conducta determinada con prescindencia de factores ético-culturales, ni cabe tampoco estructurar el bien jurídico como entidad neutra. Entre quienes mayor atención han dedicado a este planteamiento se cuentan con: GUZMÁN DÁLBORA, MUÑOZ CONDE y OCTAVIO DE TOLEDO;

entendiéndose que se cuenta con pleno respaldo en el campo de las ciencias humanas y sociales.

En síntesis, frente al imperativo de buscar una fórmula dotada de suficiente amplitud y ductilidad como para captar el conjunto de valoraciones que albergan los delitos sexuales, todo parece indicar que la noción de integridad sexual cumple cabalmente ese objetivo.

2.2.1.4. Derecho Penal Sexual e Informático.

Son limitados, los tipos penales que acogen los gritos de miles de víctimas, no habiéndose hasta la fecha trabajado ninguna clasificación ilustrativa, beneficiándose satisfactoriamente los pedófilos del ciberespacio, tampoco se cuentan con cifras que ilustren la magnitud de los referidos ilícitos, por el contrario se observan favorecidos por los vacíos legales, perfeccionándose en aquel medio para saciar sus anómalos apetitos; aflorando y poniendo en evidencia las psicopatologías sexuales que padecen, transmitiendo imágenes obscenas, donde el ultraje a menores de edad constituye su negocio ante la inusitada demanda del sinnúmero de personas que adquieren material electromagnético incluyendo audio y video, emergiendo la variedad de depravaciones sexuales.

Este debe afrontar los dilemas jurídicos combatiendo enérgicamente la explotación sexual comercial infantil, cumpliendo su rol de velar por los bienes

jurídicos pluriofensivos que descubre la Ciber-Delincuencia, identificando, denunciando, investigando y sentenciando a los criminales sexuales informáticos que actúan en forma individual o corporativa, que se esconden bajo el principio de legalidad del vocablo: “nullun crimen nullum poena sine lege”. Si no hay castigo para ellos el Estado de Derecho está en jaque, porque la ciudadanía se convierte en víctima comunitaria de estos horrendos crímenes.

2.2.1.5. GENERALIDADES DEL ILCITO PORNOGRAFÍA CON MENORES E INCAPACES.

El Injusto de Pornografía en Menores e Incapaces es considerado por muchos doctrinarios polémico, la persistencia de la figura en mención, se ha exigido en el Derecho Penal articulado exclusivamente sobre la libertad sexual y desprovisto de connotaciones moralizantes.

La problemática reside en la interpretación restrictiva del concepto de Pornografía es necesaria la previsión de concepciones culturales, debiendo responder afirmativa o negativamente caso de advertir necesidades de salvaguarda no atendidas por otras violaciones sexuales.

Existe consenso doctrinal en estimar que la aplicación menos perversa del ilícito de Pornografía de menores e incapaces o deficientes mentales, penetra en el ámbito propio de los delitos de Agresión Sexual, Estupro, Inducción y Ayuda a La Prostitución, Acto Sexual Diverso, continuados o no.

El fenómeno social “Pornografía” de menores e incapaces o Deficientes mentales, aparece estrechamente relacionado con el concepto de Explotación Sexual Infantil. Encontrándose documentada la correlación entre delitos de agresión sexual, tales como violación, abuso de menores u hostigamientos y la afición a la pornografía por parte de los criminales.

La Pornografía se define como: “*Representaciones por cualquier medio que fuere, de un niño o niña involucrados en actividades sexuales explícitas reales o simuladas, o cualquier representación de partes sexuales de los infantes y adolescentes, incapaces o deficientes mentales, con propósitos primordialmente sexuales*”; no importando el consentimiento de los menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales o el de sus representantes legales, para que estos sean explotados sexualmente en la realización de uno o varios actos de naturaleza sexual que le causen perjuicio en su desarrollo psicológico y físico.

2.2.1.6. CONCEPTO DOCTRINARIO DE PORNOGRAFÍA.-

Este término procede del griego: πορνογραφία, *porne* es "prostituta" y *grafía*, "descripción", es decir, "descripción de una prostituta". Designando en origen, las prostitutas y por extensión, de las actividades propias de su oficio. Sin embargo, el vocablo es de aparición reciente porque en la Grecia antigua nunca se usó la palabra "pornografía". Modernamente se entiende por esta “*un conjunto de*

materiales, imágenes o reproducciones de la realización de actos sexuales con el fin de provocar la excitación sexual del receptor”.

- **Pornografía:** *“Es toda representación o descripción de cosas obscenas con el fin de excitar morbosamente la sexualidad; y por obsceno, se entiende lo que ofende al pudor deliberadamente”.*³³Es un término ambiguo y difícil de delimitar. Algunos autores podrían incluir en esta categoría representaciones gráficas o pictóricas no fotográficas o incluso textos escritos, pero por lo general estos medios no son incluidos dentro de la definición de pornografía infantil; porque no implican necesariamente la participación del menor en su creación. Tradicionalmente se consideran este género como aquellas imágenes fotográficas o filmicas en formatos digital o analógico de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas, solos o interactuando con otros menores de edad o con adultos.
- **Pornografía Infantil:** Representación por cualquier medio de una persona menor de edad involucrada en actividades sexuales explícitas, reales, simuladas o exhibición de sus partes genitales para propósitos lúbricos principalmente.

Esta se denomina a todo retrato de niñas, niños o adolescentes de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas. Puede tratarse de figuras visuales,

³³ Delitos contra la Integridad Sexual (Edgardo Alberto Donna) Pag. 180

descriptivas (por ejemplo en ficción) o incluso sonoras. Se argumenta que esta es producto de adultos con desequilibrio emocional y enfoques sexuales desviados e incapaces de establecer relaciones normales con el sexo opuesto. El acceso a estos contenidos en general ha evolucionado según los distintos medios; literatura, fotografía, video, cine, dibujos de animación y en los últimos años Internet, este ha permitido detectar o perseguir a productores y distribuidores de contenidos ilegales que durante décadas habían operado impunemente, pero también ha facilitado enormemente el acceso a este tipo de material.

Según Polaino Orts, lo pornográfico *“es aquel material idóneo para producir algún daño en el desarrollo o en la psique de personas inmaduras o incapaces de un cierto control de sus instintos sexuales, que en su contenido global sea de índole exclusivamente libidinosa, o sea, encaminado a provocar excitación sexual y que carezca de valor literario, artístico, científico o educativo”*.³⁴

Esto puede incluir fotografías, negativos, diapositivas, revistas, libros, dibujos, películas, cintas de video y discos para computadora o archivos generalmente, existen dos categorías de pornografía Blanda que no es directamente sexual o explícita pero involucra imágenes desnudas de niñas, niños o adolescentes, la de contenido Duro que tiene relación con figuras de personas menores de edad involucradas en actos sexuales.

³⁴ Delitos contra la Integridad Sexual (Edgardo Alberto Donna) Pag. 176

La nueva tecnología ha cambiado la naturaleza de la pornografía, las cámaras digitales y los aparatos de video haciendo fácil la producción de estos, existen menos riesgos de descubrimiento por no requerir de tercera parte para desarrollar las imágenes como en la fotografía convencional, la distribución de figuras pornográficas se ha vuelto factible por el uso de internet, como espacio libre de fronteras no controladas por leyes nacionales hace que la detección y procesamiento de este tipo de delitos se vuelva cada vez difícil.

- **Pornografía virtual:** Consistente en imágenes de supuestos niños obtenidas a partir de la distorsión de fotografías tomadas sobre personas adultas.

Con la nueva tecnología ahora es posible combinar dos retratos en una o distorsionar fotografías para crear la imagen totalmente nueva, esto se hace con el proceso llamado “morphing” que significa: “*Transformación virtual de figuras*”. Por medio de este las representaciones no pornográficas reales de personas menores de edad, pueden convertirse en imágenes pornográficas de niños, niñas y adolescentes virtuales.

La doctrina se ha encargado de precisar el alcance del término Pornografía y Según el autor Edgardo Alberto Donna el concepto de Obsceno ha sido reemplazado por la expresión "pornografía", estas guardan similitud entre sí aunque el segundo sigue siendo relativo como la palabra obsceno, el problema básico con

que se encuentra el intérprete es: El análisis de este concepto. Se desarrolla el tema de la pornografía. Según Soler la cuestión no es difícil de resolver, porque cuando la obra tiene la finalidad lubrica y deshonesta, ésta se pone de manifiesto de manera patente, es imposible que se pueda hablar de la voluntad artística. Por lo tanto si no parte del propósito sexual predominante, será difícil discernir lo pornográfico de lo artístico. Además, para este autor exige que la obra sea gravemente obscena.

“Núñez define la cuestión como lo impúdico por lujuria, es decir, lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo. Lo obsceno es lo lujurioso, así como lo injurioso es lo deshónrate o desacreditante”³⁵.

Por sexo-filia o voyerismo: Se entiende por voyerismo a las personas que entran en fascinación intensa cuando ven a otros desnudos o en trance sexual. La mayoría de las personas sin duda disfrutan de este espectáculo. Sin embargo existen personas que exageran esta tendencia y caen en lo obsesivo, es decir de manera incontrolable y repetida. Respecto a la sexofilia es la especie de adicción sexual, por el tipo de educación y experiencias infantiles, estas personas tienen una tendencia fuerte a polarizar en la pornografía como fuente de enorme placer.

Por fantasías sexuales: Existen personas que no tienen la facilidad de crear sus propias fantasías, les es difícil elaborarlas, concretarlas, pero deseosas de estas acuden a la pornografía como el medio para llenar ese vacío imaginativo.

³⁵ Edgardo Donna, Derecho Penal, Parte Especial Tomo I. Pag. 495

Dentro de la pornografía el empleo de niños en plena actividad sexual, especialmente con adultos. Estas manifestaciones de pediatría llevadas al campo de los elementos pornos en videos y otros materiales, conllevan en especial, la problemática social de graves implicaciones, siendo entonces los temas de la prostitución y la pediatría complicados en todas las épocas. Se encuentran hasta clubes internacionales que tienen este comercio carnal de niños, constituyendo el grave problema social por todas sus serias implicaciones.

2.2.1.7.- Definición Legal Artículo 173 Código Penal Salvadoreño.

En el artículo no determina definición clara de utilización de menores de edad, incapaces o deficientes mentales en pornografía, debiendo realizarse el análisis interpretativo del artículo 173 concluyendo que dicha utilización de estos, incapaces o deficientes mentales en el comportamiento mencionado, siendo el término “Utilizar” equivalente a “usar”, en el sentido que tiene este verbo en relación con actividades humanas, por tanto significa hacer participar a los sujetos referidos en actos cuya finalidad sea exclusivamente la excitación sexual o en espectáculos de la misma naturaleza, que puede ser público en sentido usual, o destinado al círculo restringido de personas, siendo lo mismo que representación. Es indiferente que el menor haya consentido o no.

2.2.1.8. MENOR DE EDAD.

Como menor de edad, se considerara a todo aquel sujeto que no haya obtenido los dieciocho años de edad, este término jurídicamente se puede equiparar al concepto de minoría, el cual a su vez se define como: *“situación en la que se encuentra la persona física que no ha alcanzado la mayoría de edad. Esta definición ha de hacerse con ese carácter negativo, porque no existen criterios doctrinales ni legislativos de sentido coincidente. Para algunos, la minoría de edad termina en el momento en que la persona alcanza la plenitud de su capacidad física y mental, pero como esto, suele ser difícil de determinar, requeriría una investigación en cada caso, imposible de practicar, las legislaciones han adoptado la ficción que para todas las personas esa plenitud se alcanza con el cumplimiento de un determinado número de años, que puede ser distinto para los hombres y las mujeres, y también según la actividad a que el termino se aplique”*³⁶.

Se puede considerar como criterio generalizado que los menores son aquellas personas sometidas por razón de edad a la autoridad parental o a la tutela, debido a que precisamente se pone término a esa sumisión con la llegada a la mayoría de edad. Sin embargo, la minoridad no está representada por un periodo de la vida, esta se fragmenta en distintos grados, que son: la infancia, próxima a la pubertad (que llega hasta el momento en que se tiene la capacidad de engendrar) y la adolescencia (que se inicia en la pubertad, terminando con la mayoría de edad).

³⁶ Op cit. 13. Pág. 623

Se entenderá por menor de edad a toda persona que no hubiere cumplido los dieciocho años, en caso contrario se presumirá la minoridad mientras no se pruebe lo adverso.

La protección integral del menor comprende: La vida, salud, educación, así como también la moral, laboral, del maltrato físico y mental, donde se garanticen la eficacia de los derechos regulados en beneficio de estos a partir de la Constitución, Tratados Internacionales ratificados por El Salvador, especialmente la Convención Sobre Los Derechos Humanos del Niño que con el Código de Familia, norman estos derechos.

La Carta Magna en el Artículo 1 instituye que “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del estado...; así mismo en el capítulo relativo a los Derechos Sociales dispone en el Artículo 34 que *“Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral para lo cual tendrá la protección del estado, debiendo crear las instituciones para la protección de la maternidad y la infancia”*.

Entendido desde el ámbito de amparo interno el Estado es el garante de darle la respectiva protección a los menores para que estos puedan vivir en condiciones que permitan el desarrollo sano, físico como psicológico, el cual se dará por medio de instituciones tales como: Instituto Salvadoreño de Protección de la Niñez y la Adolescencia “ISNA”, la salud física o mental que debe gozar todo niño,

niña y adolescente, se refleja en el Artículo 35 de la Constitución de la República el cual dice: *“El estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia”*.

El Código de Familia en lo referente a los Derechos de Menores detalla en los Art. 353 y siguientes específicamente en el Capítulo II de dicho Código, garantiza el desarrollo integro del menor donde se protegerá este desde dos esferas: La Primera que este cumpla la mayoría de edad y la segunda cuidar las garantías fundamentales de estos; Para poder darle auxilio a la salud mental y física de los niños, niñas y adolescentes, el Estado según los Artículos 368 al 373, pretende protegerlos de los espectáculos, no aptos para menores regulados a través del Ministerio de Gobernación, específicamente la Sección de Espectáculos Públicos, Radio y Televisión; previendo no afectar su desarrollo integral, con productos soeces, provenientes de mensajes comerciales, programas de contenido fuertes, además de quedar prohibida la entrada de menores a lugares no aptos, limitando la venta de material inmoral y publicaciones de estos que hayan sido sujetos de delitos, a efecto de garantizar en alguna medida su salud mental y física. Por último el Artículo 387 del Código de Familia, expresa que se preservará a los menores de todo explotación sexual comercial que se realice en su contra. Así mismo en lo relacionado a la protección de los menores, a partir del 16 de Abril de 2010, según Decreto Legislativo No. 839, de fecha 26 de marzo de 2009, publicado en el Diario

Oficial No. 68, Tomo 383 de fecha 16 de abril de 2009. La **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**.

La edad a la que alude el artículo 173 del Código Penal Salvadoreño, será exclusivamente a la edad cronológica o también a la edad mental equivalente. Respecto a esto sostiene Ferrer Sama “*Que no resulta admisible ampliar el concepto de menor de edad a la edad mental apreciada psiquiátricamente, pues con ello se incurriría en una interpretación extensiva de la ley en perjuicio in malan parten*”.³⁷

La mayoría de autores están de acuerdo que la edad del menor a la que alude la legislación es solo cronológica, siendo independiente del desarrollo sexual del adolescente. Un elemento descriptivo del tipo no debe ser ampliado en su consideración mediante asimilaciones; finalmente se destaca la irrelevancia que presenta el estado moral del menor en orden a la apreciación del delito cometido en su perjuicio.

Pero, ¿porqué la ley penal protege a los menores de edad frente a actos sexuales cometidos contra ellos, no importando si concurre o no un consentimiento?

Esto se puede resolver desde el punto de vista que los menores no están en condiciones para dar un consenso valido, y se busca garantizar su derecho a conducirse sexualmente en libertad; sin embargo la ley sobrepasa esta simple protección, porque también sanciona los actos sexuales en donde existe el

³⁷ Ferrer Sama, Antonio. “La llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo”

consentimiento de este, no importando que incluso, estos hubiesen sido iniciados por él.

En cuanto al consentimiento dado frente a actos sexuales, existe consenso generalizado en considerarlo irrelevante. Los jurisconsultos en Derecho Penal han admitido la concurrencia en los menores la capacidad de consentimiento natural, aunque en virtud de la presunción legal esta carece de relevancia jurídica debido a la imposibilidad o incapacidad del menor para comprender, valorar adecuada o justamente el significado y alcance del acto que realiza. Aunque en algunos casos la realidad fisio-psíquica concluya de distinta manera, no teniendo control racional sobre su conducta sexual, no es capaz de determinarse conscientemente. Se protege el candor, la inocencia, sencillez o la ineptitud, por falta de madurez mental, para entender el significado moral y fisiológico del acto.

Existe la posición doctrinaria, que no es tomada en cuenta se entiende que en las relaciones sexuales con menores existe delito siempre, pese a la venia de estos, porque la ley finge que el sujeto activo ejerció violencia, presunción que además tiene carácter absoluto.

Hablar de violencia presunta no es correcto, porque ello supone considerar al menor el objeto en manos del agresor, ignorando su capacidad de consentimiento natural. Se logra el consenso pero se presume ausencia de consentimiento por falta de madurez de la parte afectada, por ello este carece de validez jurídica.

El motivo de proteger, incluso a menores plenamente maduros, radica en la suposición que la ley hace que las personas menores de determinada edad no están en condiciones de decidir por si mismos en materia sexual. Existe resguardo especial al desarrollo armónico de la personalidad sexual del menor, relegando al momento oportuno el ejercicio de dicha sexualidad con otras personas mayores de edad.

2.2.1.9. INCAPAZ:

“Defecto a falta total de capacidad, de actitud para ejercer derechos y contraer obligaciones”³⁸.

Las personas incapaces merecen trato especial por parte del Estado y la sociedad, la protección de estos según la Constitución de la República, les viene por el simple hecho de ser personas humanas, estos forman parte del origen del Estado como consecuencia de ello tienen los mismos derechos que las demás, pero de forma especial.

Existe la incapacidad absoluta que consiste en la ineptitud total para los actos jurídicos. Se encuentran en esta situación los menores impúberes, los sordos mudos que no saben darse a entender por escrito y los dementes declarados en juicio.

³⁸ Op cit 13. Pág. 501

2.2.1.10. Factores que contribuyen a que niños, niñas y adolescentes sean vulnerables a la Pornografía.

❖ Ser del sexo femenino:

Esto contribuye a la vulnerabilidad, aspecto que es importante, por estar arraigado en las sociedades patriarcales que prevalecen en América Latina. Las personas comienzan a interiorizar las diferencias de géneros, incluso desde antes de nacer, tanto si somos hombres o mujeres. Ninguna otra lucha personal es apoyada por la información y sensibilización adecuada.

La víctima puede ser persona de cualquier género, aunque la mayoría de estas son del sexo femenino. Sin embargo en las culturas patriarcales se cree erróneamente que solo las niñas o mujeres adolescentes pueden ser explotadas sexualmente. El uso de los niños con fines sexuales comerciales es ignorado o descartado. La sociedad se resiste a creer que este último también puede ser vulnerable y susceptible de ser explotado.

❖ La pobreza:

Elemento principal que no puede explicar de manera total la explotación sexual comercial de la niñez y la adolescencia. Muchos niños y niñas de familias pobres no entran al comercio sexual (Pornografía), mientras otras que no son pobres entran a este. Además la explotación sexual comercial contra estos tiene lugar en todos los países. Se ha identificado que las víctimas de este tipo de comportamientos

pueden ser de cualquier condición económica, aunque son vulnerables las personas que viven en situación de desventaja adquisitiva y que tienen que mantener a su familia.

❖ **El consumismo:**

En muchos países desarrollados, la juventud se prostituye y es utilizada en la producción de pornografía, pero no solo las personas de la clase baja que intentan escapar de la pobreza agobiante, sino también adolescentes del status medio que desean aumentar sus ingresos. Se vuelven parte de la industria sexual porque les atrae la idea de ganar mucho dinero en poco tiempo y así poder satisfacer necesidades no esenciales. Son tentados por la presión de sus amistades, la publicidad y también el valor que la sociedad da a los productos de marca, bienes y lujos.

❖ **Abuso intrafamiliar y abandono:**

Se considera que la mayoría de los niños, las niñas y las personas adolescentes explotadas por la industria del sexo comercial “Pornografía”, sufre de abuso psicológico o físico dentro de sus familias, así como de algún tipo de agresión sexual por algún integrante de esta. Parte de los menores de edad utilizados en actividades sexuales comerciales han experimentado maltratos, inclusive antes de cumplir doce años de edad. Los tipos de abuso sexual sufridos incluyen la violación

cometida por familiares y personas de confianza, o por desconocidos. A pesar de la gravedad del delito sexual cometido, generalmente la persona abusadora no es denunciada.

❖ **Inoperancia de las instituciones responsables de la atención:**

Solo en pocos casos, el niño, niña o adolescente víctima fue atendido por una institución, a pesar del daño físico y psicológico que causa el abuso sexual. Grave es el hecho, que las instituciones que prestaron el servicio por esta causa a personas menores de edad no denunciaban todos los casos, aumentando con esto la impunidad con respecto a estos comportamientos.

❖ **Embarazo y maternidad:**

La vulnerabilidad, particularmente de las niñas y las adolescentes, también aumenta cuando tienen hijos e hijas propias. En la mayoría de los casos los embarazos no son planeados ni deseados, a veces es producto de la misma explotación sexual. Tener hijos o hijas a su cargo presiona a las madres adolescentes a buscar ingreso económico de cualquier forma y al no tener estudios o capacitación laboral les expone al enorme riesgo de ser involucradas en la Pornografía. Esta forma de explotación sexual a su vez crea peligros para sus niños, desde las infecciones por VIH/SIDA, el abandono por falta de quien las cuida y hasta ser posibles víctimas de violencia.

❖ **Viviendo y trabajando en las calles:**

Se puede encontrar niños y niñas de la calle en la mayoría de países del Centro y Sur América. Estos menores están expuestos a ser objeto de Pornografía para sobrevivir. Quienes a la vez se vuelven adictos a drogas y alcohol. El consumo de estas, es otro factor que aumenta la vulnerabilidad frente a la explotación sexual comercial, por llevar a estas personas a buscar ingresos económicos para adquirir estupefacientes, y algunas veces el sexo es pagado con droga.

❖ **Bajo nivel educativo:**

Diversos estudios realizados sobre la problemática de la explotación sexual comercial incluida La Pornografía, indican que los niveles de escolaridad de los niños, niñas y adolescentes son bajos. El solo hecho que estén excluidos del sistema de educación los expone al riesgo de ser abusados y explotados sexualmente. De la misma forma, restringe sus futuras opciones laborales cuando lleguen a ser personas adultas. Los menores de edad tienen el derecho a recibir educación y si por alguna razón han sido expulsados del sistema escolar es necesario buscar su inmediata reinscripción.

❖ **Comportamiento sexual irresponsable:**

Muchos hombres valoran la experiencia de tomar la virginidad de una niña, mediante el mecanismo social del matrimonio o cualquier otra forma. En estas culturas, el “machismo” es palabra corriente. Además, en el ámbito popular existen varias ideas falsas o mitos que rodean las relaciones sexuales con una virgen o niña.

Algunos consideran que el sexo con estas renueva la juventud, aumenta la virilidad, trae buena salud, longevidad, suerte y éxito en los negocios, así como menos riesgo de contraer enfermedades. Esta postura reduce a la mujer a ser objeto sexual e identifica a las personas menores de edad vulnerables como presa fácil. Por tal circunstancia los menores e incapaces son en medida rentables para la producción de pornografía.

❖ **Búsqueda de mejores oportunidades:**

Viajar a los Estados Unidos de Norte América conocido como “el sueño americano”, moviliza a parte de la gente joven a comenzar la migración hacia el país del Norte; dejan sus hogares con la idea de encontrar la salvación a la difícil situación económica y falta de oportunidades que los aquejan en sus propios países.

En menor medida, también se trasladan hacia naciones vecinas en América Central que les ofrecen una vida relativamente estable y prospera, migran con la esperanza de encontrar mejor estilo de vida que promete proveerles mayores oportunidades en comparación con el propio. En ambos casos, al haber decidido emigrar, las personas menores de edad se encuentran vulnerables a la explotación sexual comercial y laboral. Circunstancias que son aprovechadas por organizaciones pederastas para utilizar a estos en producciones pornográficas valiéndose de tales circunstancias.

El cruce de las fronteras es otro lugar de explotación sexual de poblaciones vulnerables. Iniciado el viaje, las personas menores de edad pueden ser retrasadas en la frontera donde quedan sujetas a los deseos de los oficiales de Migración o a los reclutadores quienes en muchos casos son las personas que les explotan sexualmente y les prometen ayuda para continuar con su viaje. Muchas víctimas terminan en países pobres como los de su origen; y son atrapadas por la explotación sexual comercial como forma de sobrevivencia, o para adquirir los recursos necesarios para continuar con el viaje o regresar al país del que salieron. Prostituyéndose e inclusive dejándose filmar o grabar (Pornografía) al momento de tener relaciones sexuales con sus victimarios.

❖ **Otros factores a tomar en cuenta:**

- I. Los roles patriarcales junto con las relaciones de poder que hacen invisible el problema que promueven a mujeres, niñas, niños y adolescentes como mercancía, reproducen las cadenas de violencia dentro de los grupos familiares, que se manifiestan en: Abuso físico, sexual y emocional. Por otra parte, las acciones violentas de quienes ejercen la autoridad sobre estos, los obligan a salir de sus hogares para buscar en la calle alternativas de sobrevivencia.
- II. La influencia que ejercen los medios de comunicación, particularmente la televisión, al proyectar la imagen de la mujer como objeto sexual y relacionarla subliminalmente con la niñez que se

evidencia en la forma de vestir, hablar y actuar de este grupo. Además promueven lo atractivo del tabú, de lo prohibido.

- III. La ausencia de alternativas para entrar en el campo laboral y social.
- IV. La ineficiencia de los mecanismos legales, aunada a la incompetencia y la complicidad de las autoridades encargadas de mantener el orden social.
- V. La poca sensibilización de la población ante el problema, que se evidencia en la actitud crítica y estigmatizante hacia la persona menor prostituida.
- VI. La falta de control de las adopciones, especialmente las internacionales, por parte de las autoridades competentes, hace fácil la trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales.
- VII. El mayor riesgo de abuso de las personas menores de edad que presentan algún tipo de discapacidad.

2.2.1.11. RELACIÓN ENTRE PORNOGRAFÍA Y PROSTITUCIÓN.

La vertiente de la explotación sexual infantil es la relacionada con la producción de material audiovisual donde se vincula al menor. Concretamente, la pornografía infantil es toda representación visual o auditiva del niño para gratificación del usuario de ese material. Entre las causas comunes encontramos:

- **Los padres pueden llegar a promover que los niños aparezcan en películas pornográficas.**

- **Niños escapados de casa se convierten en modelos para ganarse la vida.**
- **Menores que son reclutados para pornografía y prostitución.**
- **Infantes que son vendidos por sus padres para intentar solucionar problemas familiares de tipo económico.**
- **Padres (madres sobre todo) que trabajan en pornografía pueden introducir a sus hijos en la industria del sexo.**

La explotación sexual infantil, el tráfico y la pornografía están íntimamente ligados, existiendo diferentes dimensiones en el fenómeno, iniciando desde las comunidades en las que solo el adulto busca rodearse de niños para abusar de ellos, en algunos casos cometiendo orgias con estos; y habiendo organizaciones estructuradas encargadas de reclutarlos para producir pornografía y distribuirla entre la amplia red de clientes.

Las causas de la pornografía infantil son tanto socioeconómicas como culturales, legales o médicas. Pero esta se deriva en última instancia de la prostitución infantil, y viceversa. La relación entre ambos fenómenos es estrecha e implica casi inevitablemente a la otra. Dentro de la legislación nacional encontramos regulada la prostitución en el Art. 170, y la pornografía con menores e incapaces en el Art. 173 ambos del Código Penal de la siguiente manera:

DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN

Art. 170.-“El que determinare, coactivamente o abusando de una situación de necesidad, a una persona para que ejerciere la prostitución o se mantuviere en ella, será sancionado con prisión de seis a diez años.

La pena de prisión será de ocho a doce años cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad.

Cuando cualquiera de estas modalidades fuere ejecutada prevaleándose de la superioridad originada por cualquier relación, la pena se agravará hasta en una tercera parte del límite máximo”.

UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFIA

Art. 173.- “El que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la voz de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas, será sancionado con prisión de seis a doce años.

Igual sanción se impondrá a quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior, en acciones pornográficas o eróticas”.

PORNOGRAFÍA CON MENORES E INCAPACES Y DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN.

SEMEJANZAS	DIFERENCIAS.
<p>1. El sujeto pasivo, resultan ser los menores de edad, sin tomar parámetro cronológico; así como los incapaces o deficientes mentales.</p> <p>2. En lo referente al bien jurídico protegido coincide, siendo este la indemnidad e intangibilidad sexual.</p> <p>3. El sujeto activo en términos generales puede ser cualquier persona.</p>	<p>1. El ilícito de pornografía está referido a proteger únicamente a menores e incapaces, mientras el de Determinación a la Prostitución, resguarda a estos y a personas mayores de edad.</p> <p>2. En el primero no se establece medio determinado para la comisión de este, mientras que el segundo se menciona la coacción para la ejecución del mismo.</p> <p>3. La penalidad es distinta en razón que la Pornografía es de 6 a 12 años, sin incluirse la agravante, mientras que en el segundo es de 8 a 12 años regulada esta como agravante.</p>

La pornografía infantil está sujeta a debate para determinarse como tal. En algunos sistemas legales, la polémica reside en poder demostrar si el material es obsceno o pornográfico, y si ha incurrido en delito. Otra cuestión de debate es si la ley debe perseguir a los usuarios o poseedores de este material, o únicamente a los que lo crean y distribuyen.

Las actuales legislaciones penalizan a los poseedores, creadores y distribuidores de estos productos, aunque en algunas ocasiones se pone en duda si esta criminalización vulnera la libertad de expresión. Habitualmente se considera que la protección infantil no entra en conflicto con esta, y que se encuentra efectivamente por encima de la última. El matiz adicional a la tensión de derechos surge si el material pornográfico es generado en cierto país, o sólo se distribuye en él. La industria que rodea a las producciones profesionales como las de aficionados es enorme, e implica a empresas a todas luces legales que actúan para ocultar otras actividades ilegales.

La internacionalización del problema añade la nueva dimensión a la explotación sexual infantil. Aunque parte de la producción de pornografía se produce en países desarrollados, los niños que se utilizan son de origen tercermundista. Esto tiene relación con el turismo sexual o la prostitución en países pobres. La aplicación de la jurisdicción internacional y extraterritorial sería la condición clave para erradicar este fenómeno, pero desde el punto de vista interdisciplinar, la vía legal no siempre será efectiva. En muchas naciones existe la educación sexual inadecuada, que tiene como consecuencia falsas creencias, represión y falta de empatía con las víctimas.

La pornografía de menores a través de redes informáticas es otro de los puntos negros en cuanto a la Explotación Sexual Comercial Infantil. Se calcula que en el

ciber espacio se encuentran alojadas aproximadamente 25.000 páginas electrónicas de contenido pornográfico, el Uno por ciento del total de este tipo de sitios que existen en todo el mundo –es alrededor de 2.5 millones-.

Asociaciones como **Protégeles.com** luchan contra la pornografía infantil en Internet, siguiendo la iniciativa de la Comisión Europea en el marco del **Plan de Acción para el Uso Seguro de Internet (SIAP)**. Los mecanismos oficiales para luchar contra la pornografía infantil se completan con iniciativas como **NavegaciónSegura.es**, dependiente del organismo participado del **Ministerio de Industria, Red.es**.

Además del marco institucional, empresas privadas de seguridad en Internet como **OpteNet**, agrupaciones como **AEMPI** (Asociación de Madres y Padres Internautas, www.aempi.org), **Acción Contra la Pornografía Infantil, ACPI** (www.acpi.org), la oficina del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, **Cibercentinelas.org**, o **Portal del Menor** (www.portaldelmenor.org) forman la red civil de detección y denuncia de pornografía infantil en Internet. Países latino americanos como el Perú y El Salvador se han sumado a la lucha a través de organizaciones no gubernamentales, abriendo portales en internet para combatir este fenómeno social que en las últimas décadas ha tomado auge delincencial;

prueba de ello es la campaña que lanzo **INTERVIDA EL SALVADOR**³⁹ en Julio de dos mil nueve, bajo el slogan “**La pornografía infantil no es un juego... ¡ES UN DELITO! DENÚNCIALO al 911**”. A la cruzada se han sumado a este esfuerzo otras instituciones como: La Fiscalía General de la República, El Ministerio de Trabajo y Previsión Social, El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, la Mesa de Trabajo contra la Explotación Sexual Comercial, la Policía Nacional Civil y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Dicha acción tiene como propósito informar a la población adulta sobre el carácter delictivo de la pornografía infantil y cómo este ilícito violenta gravemente los derechos humanos de la niñez o adolescencia del país. Está dirigida a la población adulta, teniendo como deber cuidar y proteger a estos, siendo la campaña que hace el llamado a todas las personas e instituciones a tomar postura en contra de la pornografía infantil.

³⁹www.dalevoz.org  **Intervida**: es una organización comprometida con la construcción de mejores oportunidades para la niñez, y con actividades como ésta contribuye a informar a la población, sensibilizarla y brindarle herramientas prácticas que contribuyan a la construcción de un mejor entorno para la infancia.

2.2.1.12. MEDIDAS ESPECÍFICAS CONTRA LA PROSTITUCIÓN Y LA PORNOGRAFÍA INFANTIL.

Es aconsejable la aproximación interdisciplinar para hacer frente a la Explotación Sexual Comercial Infantil, teniendo en cuenta las recomendaciones de las leyes internacionales (Convención sobre Derechos del Niño, Programa de Acción para la prevención de la venta de niños, prostitución y pornografía infantil). Se necesita reformar las leyes nacionales para ampliar su jurisdicción o perseguir a los criminales que cometen delitos en el extranjero.

Las familias y las víctimas necesitan asistencia para ayudarles a salir de la espiral de pobreza que conduce a los menores hacia la prostitución, o empuja a sus progenitores a venderlos. Hace falta asesorar la conducta de los padres, supervisarlos y dotar de subsidios a las familias, facilitando su acceso a la educación, para que estos se sientan responsables sobre sus hijos.

En los lugares donde no existan, deben implementarse leyes y políticas para criminalizar a los clientes e intermediarios en la Explotación Sexual Infantil. La edad de consentimiento no debe ser baja, teniendo en cuenta que la Convención de Derechos del Niño define a este como todo menor de 18 años.

Los niños inmigrantes, víctimas de tal fenómeno socio-cultural deben ser protegidos de la exclusión social tanto si son legales o ilegales en el país de acogida.

Deben fomentarse programas de integración y ocupación. La seguridad con los derechos humanos de estos tienen que ser garantizados con la apropiada vigilancia, también si son devueltos a sus países de origen.

Debe ponerse énfasis en la relación entre tráfico ilegal de niños, redes de prostitución y pornografía, u organizaciones criminales. La cooperación bilateral con la ayuda de Interpol, debe servir para dismantelar estas redes internacionales también en Internet. Situación que según lo informado por los medios de comunicación se está tratando hasta cierto punto, prueba de ello es la reciente detención en Agosto de dos mil nueve; de dos salvadoreños quienes se dedicaban al intercambio de material sobre el abuso sexual de menores, a través de portales en internet".

Deben existir incentivos como exenciones fiscales para que las organizaciones no gubernamentales impulsen iniciativas, acciones comunitarias y programas sociales hacia los niños y sus familias.

Las tradiciones que perpetúan los abusos sexuales han de erradicarse, no sólo con medidas legales sino también con base educativa apropiada y conciencia social profunda desde la escuela. Los medios de comunicación también tendrán que ser

capaces de movilizar a los ciudadanos frente a este problema, de forma que la comunidad participe en la erradicación de éste.

La responsabilidad de los consumidores debe reforzarse, criminalizando a poseedores de pornografía infantil, además de aquellos que la distribuyen.

Las atenciones médicas sanitarias especializadas estarán dentro de los programas de rehabilitación tanto para la víctima como para el abusador.

2.2.3. CLASIFICACIÓN DEL TIPO.

2.2.3.1. SEGÚN SU ESTRUCTURA LOS TIPOS SE CLASIFICAN EN:

a) Tipos Básicos o Fundamentales.

“Describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano”; el delito de Pornografía Infantil es tipo fundamental, porque detalla la conducta lesiva sin depender de otros ilícitos relativos a la libertad e indemnidad sexual.

b) Tipos Especiales o Autónomos.

“Son aquellos que, además de los elementos del tipo, contienen otros que pueden ser nuevos o modificativos de aquel cuya aplicación excluyen”. El supuesto de hecho establecido en el tipo no es autónomo, por no necesitar de otra figura para establecer la Pornografía Infantil, en razón de estar en el mismo precepto el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica de forma autónoma; por ejemplo el Homicidio Piadoso Art. 130 del Código Penal siendo modificativo por el elemento móvil de piedad, y Hurto de Uso porque no existe el ánimo de apropiarse de la cosa sino únicamente el uso art. 210 del Código Penal.

c) Tipos Subordinados o Complementarios.

Son los que *“...señalan determinadas circunstancias o aspectos que califican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en los tipos, por lo que no pueden excluir la aplicación*

*de aquellos que suponen su presencia*⁴⁰. Por ejemplo el ilícito de Lesiones muy graves Art. 144 y el Homicidio Agravado Art. 129 del Código Penal, reconocen un verbo instituido en el tipo básico pero regulan ciertas circunstancias que cualifican la conducta en forma especial, que es la agravación. La Pornografía Infantil es un tipo subordinado o complementario el cual contiene circunstancias o aspectos que agravan la conducta.

d) Tipos Elementales o Simples.

Estos sirven para “*indicar los que solo describen un modelo de comportamiento, concretado por medio de un verbo rector...*”⁴¹ El injusto describe once modalidades de acción Lesiva: producir, reproducir, distribuir, publicar, importar, exportar, ofrecer, financiar, vender, comerciar o difundir..., pero el verbo rector de la presente figura es “La Utilización”, porque esta se incluye dentro de todas las modalidades de la acción para concretizar el resultado descrito por el legislador, el delito es elemental o simple porque todas las formas se dirigen a la utilización de menores e incapaces en pornografía.

⁴⁰ Teoría General del Delito. Velásquez Velásquez, Fernando. Editorial Temis S.A. Santa Fe Bogotá-Colombia. 1994. Pág. 344.

⁴¹ *Ibid.* Velásquez Velásquez. Pág. 345.

e) Tipos Compuestos.

*“...describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales estaría en capacidad de conformar por si misma una descripción típica distinta...”*⁴² Por ejemplo Artículo 5 de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, contiene una pluralidad de conductas y cada una constituye tipos independientes, el primer inciso de este artículo Manifiesta “El que ejecutare un acto contra la vida, la integridad personal, libertad y seguridad de una persona internacionalmente protegida”. El ilícito de Pornografía Infantil no se configura como delito compuesto, en virtud que no existe pluralidad de conductas.

e.1) Tipos Complejos: *“Suponen la concurrencia de dos conductas cada una de las cuales es constitutiva de un tipo independiente, pero de cuya unión nace un complejo típico distinto dotado de independencia”* Por ejemplo Homicidio Agravado regulado en el art. 129 numeral dos del Código Penal; el tipo Penal de Pornografía Infantil no se puede adecuar a esta clasificación porque únicamente incorpora una conducta y no dos como lo requiere esta sub clasificación, el único comportamiento del tipo en estudio es la Utilización de Menores o incapaces.

e.2) Tipos Mixtos: *“Son los que pese a contemplar diversas modalidades de conductas se conforman con la realización de cualquiera de ellas.”* Por ejemplo el art. 4 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas cuyos verbos rectores

⁴² *Ibib.* Pág. 345.

son: Cultivos, adquisición, enajenación, importación, exportación... basta la realización de alguno de estos verbos rectores para que se consume el delito. El ilícito en estudio se adecua a esta clasificación por ser tipo Mixto, el cual se puede configurar por cualquiera de las siguientes modalidades: producir, reproducir, distribuir, publicar, importar, exportar, ofrecer, financiar, vender, comerciar o difundir.

f) Tipos en Blanco.

Estos *“indican aquellos eventos en los cuales el supuesto de hecho se halla consignado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal”*⁴³ por ejemplo el ilícito de Depredación de Fauna Protegida regulado en el artículo 261 del Código Penal, haciendo remisión a Leyes de Carácter Administrativa. La Pornografía Infantil no es tipo en blanco, porque no necesita de otra norma extrapenal para completar parcial o totalmente el supuesto de hecho, en razón de estar consignada en el precepto normativo.

⁴³ *Ibib.* Pág. 345.

2.2.3.2. POR LA MODALIDAD DE LA ACCIÓN.

a) Por las Modalidades de la Parte Objetiva:

1. Delitos Acción y de Omisión.

1.1 Tipos de Acción.

*“Se llaman delitos de acción aquellos en que la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva”*⁴⁴ La conducta típica en sentido estricto, de acuerdo con el tenor literal del precepto legal establecido en el artículo 173 del Código Penal; consiste en producir, reproducir, distribuir, publicar, importar, exportar, ofrecer, financiar, vender, comerciar o difundir de cualquier forma, imágenes, utilizar la voz de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental..., por lo tanto este delito para que se configure puede ser por cualquiera de las modalidades anteriormente por parte del sujeto activo.

1.2 Tipos de omisión son: *“...aquellos en los que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacerlo”*⁴⁵. Estos se clasifican en:

 **Omisión Propia o Pura:** *“En ello se describe un no hacer, con independencia de si del mismo se sigue un resultado”*⁴⁶. Por ejemplo la Omisión del Deber de Socorro se califica como Propia o Pura por estar regulada de manera expresa en el art. 175

⁴⁴ Derecho Penal parte general, fundamento y teoría del delito. Santiago Mir Puig. Pág. 215 Editorial PGU. Barcelona, España 1990

⁴⁵ *Ibid.* Pág. 217

⁴⁶ *Ibid.* Santiago Mir Puig pag. 216

del Código Penal. En el ilícito que se investiga no se adecua a esta clasificación por la circunstancia antes mencionada.

✚ **Omisión Impropia o Comisión por Omisión:** *“En estos delitos se ordena evitar un determinado resultado no basta entonces el no hacer sino que la producción del resultado se realice”*⁴⁷ Por ejemplo, el padre de familia que tolera que su menor hijo sea utilizado en material de contenido pornográfico; teniendo la obligación de protegerlo para así obtener un ingreso económico, contribuye a la realización del injusto.

El sujeto tiene el deber de evitar el resultado (posición de garante). Es preciso que este tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumbe. En el caso de la Pornografía Infantil de acuerdo al art. 173-B al padre por encomendársele la salvaguarda de estos bienes jurídicos la ley lo sanciona con agravante.

Por tanto, la Pornografía Infantil, puede ser cometida mediante conducta comisiva u omisiva impropia.

⁴⁷ Ibid. Santiago Mir Puig pag. 217

2. Delitos de Mera Actividad y Resultado.

2.1. Delitos de Mera Actividad son “...*aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto y por tanto no se produce un resultado separable de ella*”⁴⁸. Por ejemplo el delito de Difamación regulado en el art. 178 del Código Penal. El delito de Pornografía Infantil se adecua a esta clasificación en las modalidades siguientes: Reproducir, vender, comerciar, ofrecer, publicar, y difundir material de contenido pornográfico en el que participen menores o incapaces; porque se consuma con la realización de la acción, siendo indiferente concurra el daño psicológico o lesión al bien jurídico.

2.2 Delitos de Resultado se entiende “...*aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor.*”⁴⁹ Por ejemplo el Homicidio regulado en el artículo 128 del Código Penal. Se subdivide en:

✚ **Tipos Instantáneos:** “*estos delitos se consuman en el instante en que se produce el resultado, sin que este determine la creación de una situación antijurídica duradera*”. Por ejemplo el Enriquecimiento Ilícito regulado en el art. 333 del Código Penal, cuando el servidor público realiza la acción de incrementar su patrimonio de forma injustificada instantáneamente se

⁴⁸ Ibid. Pág. 328

⁴⁹ Derecho Penal Parte General Tomo I fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Claus Roxin. Segunda edición alemana. 2001.

produce el resultado. En el injusto que se investiga, las modalidades de producir, financiar, distribuir, exportar e importar pornografía, sea con ánimo lubrico, o con la intención de incrementar su patrimonio se da la consecuencia de forma inmediata; porque se puede separar en tiempo y espacio la acción efectuada por el autor del hecho.

✚ **Tipos permanentes:** *“supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración, por la voluntad del autor, dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando, hasta que se abandona la situación antijurídica”* Ejemplo de este tipo es el Secuestro (art. 149 Pn); el mantenimiento de esa situación antijurídica sigue realizando el tipo en el tiempo y el delito continua consumándose hasta que se abandona esa situación. En la presente investigación ninguna de las modalidades por las cuales se puede realizar el ilícito, determinadas en el art. 173 Pn., se adecua a esta su clasificación.

✚ **Tipos de estado:** *“Crean un estado antijurídico duradero, la consumación sesa desde la aparición de este, porque el tipo solo describe la producción del estado y no su mantenimiento”*. Por ejemplo los matrimonios ilegales (art. 192 Pn) y la Falsedad Material (Art. 283 Pn) producen estado antijurídico que perdura en el tiempo. La Pornografía Infantil no es tipo de estado porque con ninguna de las modalidades se crean situaciones jurídicas perennes.

3. Delitos de Medios Determinados y Resultativos.

“En los delitos de medios determinados la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad”⁵⁰, “los delitos de medios resultativos basta cualquier conducta que cauce el resultado típico, sin limitación de modalidades de acción”.

En el delito de Pornografía Infantil se exige el producir, reproducir, distribuir, publicar, importar, exportar, ofrecer, financiar, vender, comerciar o difundir; estos no deben entenderse como medios que se individualizan para la realización de la acción, sino como modalidades en la realización del acto; por tanto este delito no es de medio determinado sino resultativo porque no se fija de forma expresa el vínculo para realizar cualquiera de las modalidades descritas por el legislador, no obstante a ello este intento describir los posibles medios (informático, audiovisual y virtual), incluyendo además la expresión “o por cualquier otro medio en el que se exhiban...” dando la pauta de que este se puede realizar a través de otro vínculo distinto a los instituidos, tampoco puede entenderse como medios determinados basándose en el Principio de Legalidad y más específicamente conocido como el Principio de Estricta Legalidad.

⁵⁰ Ibib. Santiago Mir Puig. Pág. 218

4. Delitos de Un acto, Pluralidad de actos y Alternativos.

- ✚ **Tipos de un acto:** “*Según que el tipo describa una sola acción a realizar*”, tal es el caso del artículo 207 del Código Penal que regula el delito de Hurto, que basta la acción de apoderamiento para que se consume el hecho.
- ✚ **Tipos de Pluralidad de Actos:** “*Varias acciones a realizar*”⁵¹. Estos tipos requieren diversas conductas las cuales deben realizarse para configurar el delito, por ejemplo el art. 158 del Código Penal regulando el delito de Violación que requiere el acceso carnal y la violencia; también el Robo regulado en el art. 212 que exige la violencia y apoderamiento de las cosas muebles.
- ✚ **Tipos Alternativos:** “*Estos tipos establecen varias alternativas por las cuales se puede configurar el delito*” Basta que se consume cualquiera de las conductas o modalidades mencionadas en el tipo para que se configure completamente el injusto, ejemplo de ello es el Allanamiento de morada normado en el art. 188 del Código Penal, donde prevé las dos posibles modalidades para configurarse la entrada en morada ajena o mantenerse en ella contra la voluntad del morador.

La Pornografía infantil es ilícito de naturaleza alternativa. Porque la conducta presenta once modalidades: producir, reproducir, distribuir, publicar,

⁵¹ Ibib. Pág. 218

importar, exportar, ofrecer, financiar, vender, comerciar o difundir, mediante la ejecución de cualquiera de ellas se consuma el delito, por ser independientes una de otra.

5. Tipos Abiertos y Cerrados.

- ✚ **Tipos Abiertos:** *“son los redactados sin precisar circunstancias de la conducta ni indicar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado”*. Ejemplo es el delito de Tortura regulado en el art. 297 del Código Penal, porque no define que debe entenderse por ese comportamiento, de tal forma se debe remitir a pautas y conocimientos generales, el injusto en mención no puede adecuarse a esta clasificación porque deja clara las modalidades por las cuales se constituye el tipo penal, no habiendo necesidad de buscar en preceptos generales.
- ✚ **Tipos Cerrados:** *“Determinan con precisión las diversas circunstancias típicas de tal manera que las conductas mandadas o prohibidas se desprenden con toda claridad de la ley”*. Por ejemplo el delito de Corrupción de Menores o Incapaces determinado en el art. 167 del Código Penal. El delito de Pornografía Infantil es tipo penal cerrado porque el artículo, determina expresamente las modalidades por las cuales se comete el delito, no permitiendo en base al Mandato de Taxatividad la incorporación de otra forma de comisión.

b) Por las Modalidades de la Parte Subjetiva.

1. Tipo Congruente e Incongruente.

✚ **Tipo Congruente:** *“Si la parte subjetiva de la acción se corresponde con la parte objetiva. Es el caso normal de los delitos dolosos, en que la voluntad alcanza a la realización objetiva del tipo”* Por ejemplo el delito de Enriquecimiento Ilícito regulado en el art. 333 del Código Penal, porque la fase interna del inter criminis es coherente con la externa, y estas son realizadas con dolo. *El injusto penal que se analiza de adecua a esta clasificación en virtud de que existe correlación entre la parte subjetiva y objetiva del mismo.*

✚ **Tipo Incongruente:** *“Cuando la parte subjetiva de la acción no se corresponde con la objetiva.”*⁵². La Pornografía Infantil no es tipo incongruente porque la parte objetiva si está relacionada con la subjetiva.

1.1. Por exceso Subjetivo.

Existen dos modalidades: Los injustos pueden tener características subjetivas distintas del dolo o configurar la forma imperfecta de consumación.

1.1.1 Delitos mutilados en dos actos, de Resultado cortado o de Tendencia intensificada.

⁵² Ibib. Santiago Mir Puig. Pág. 219

“...los dos primeros se distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (delito de dos actos)” por ejemplo la Adquisición y Distribución en el caso de los delitos Relativos a las Drogas (Delito Mutilado en dos actos), *“o a un resultado independiente de el (delito de resultado cortado).”*⁵³ Por ejemplo la Sedición y Tortura. En la presentes categoría el delito de Pornografía Infantil es de tendencia intensificada, estos delitos *“no suponen que el autor busque algo más que esta más allá de la acción típica”*⁵⁴ los tipos penales ajustables a esta modalidad son los relacionados con el ánimos lubrico (delitos sexuales), se infiere este animo por no estar expresamente regulado en el artículo 173 del Código Penal. Se castiga el hecho de iniciar a menores o incapaces en prácticas pornográficas, cuya finalidad del autor es ulterior a acceder carnalmente con ellos para satisfacer sus deseos sexuales.

1.1.2. Tipo de Imperfecta Ejecución:

“Estos se caracterizan porque el autor perseguía la consumación del delito, sin embargo, no lo consigue, logrando solo dar inicio a la ejecución del delito o realizando todos los actos de ejecución sin que el delito se produzca”

⁵³ *Ibib.* Pág. 220

⁵⁴ *Ibib.* Pág. 220

Estos se sub-clasifican en:

✚ Actos Preparatorios Punibles:

“El autor quiere consumir el delito, pero por causas externas lo descubren” La Pornografía Infantil no se clasifica como un tipo de acto preparatorio punible, por no encontrar tipificado en el código Penal la Proposición y Conspiración para cometer este delito, debido que estos se someten al mandato de Taxitividad.

✚ Tentativa:

“El sujeto da inicio a la ejecución del delito, practicando todo o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor” Por ejemplo en las modalidades de Producir, exportar, importar, distribuir y financiar del delito de Pornografía Infantil estipulado en el art. 173 Pn, existe la posibilidad desde el plano meramente teórico, que tenga cabida la tentativa, porque desde la perspectiva de la realidad resulta difícil la producción de esta.

1.2. Por exceso Objetivo.

1.2.1. Delitos Imprudentes.

Son aquellos “*en donde no se quiere cometer el hecho previsto en el tipo penal, pero se realiza por infracción a las normas de cuidado*”. El delito de Pornografía Infantil no es ilícito que pueda cometerse con imprudencia porque en el supuesto de hecho se determina ...el que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda... solo se regula de forma comisiva u omisiva impropia dolosa de realización del tipo. Amparados en el sistema de incriminación sobre los tipos culposos este no puede aplicarse en el sentido que el Código Penal instituye el sistema de *numerus clausus*, en su art. 18 en el que “...*de un número determinado de delitos culposos que la ley prevea en cada caso tras las correspondientes figuras dolosas. Ello permite saber con mayor seguridad cuando es punible la imprudencia, puesto que el sistema de incriminación abierta es dudosa si una serie de delitos admiten o no su modalidad culposa*”⁵⁵

1.2.2. Tipos cualificados por el resultado o preterintencionales:

“*La acción inicia con dolo y termina con culpa*”. En la legislación salvadoreña no se encuentra vigente esta modalidad de consumación.

⁵⁵ Ibib. Santiago Mir Puig. Pág. 287

2.2.3.3. SEGÚN LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN:

a) Por la Cualificación del Sujeto Activo:

1. Tipo Monosubjetivo: “Es aquel que describe conductas realizadas por un solo sujeto”; por ejemplo lo determinado en el art. 128 del Código Penal, delito de Homicidio, bastando que una persona de muerte a otra. De acuerdo a la redacción de la figura delictiva es monosubjetivo, debido a que el supuesto de hecho se refiere a “...el que...” Observando que el comportamiento de pornografía Infantil es perfectamente su consumación por un sujeto activo.⁵⁶

2. Plurisubjetivos: “Exige la presencia de por lo menos dos personas para la realización de la conducta descrita en la ley”. Se subdividen en:

✚ **Tipos de Convergencia:** “Cuando concurren varias personas de manera uniforme para la consecución de un mismo objeto” Sucede así con la Rebelión y Sedición (Art. 340 y 341 Pn respectivamente) estos delitos tienen asistencias de diversas voluntades para un fin común.

✚ **Tipos de Encuentro:** “Concurren varias personas pero de manera autónoma” Por ejemplo el aborto consentido Art. 133 del Código Penal, en este delito se necesitan de dos acciones diferentes que producen el resultado en conjunto, y por esa misma razón es la misma para los sujetos del ilícito. Tienen como

⁵⁶ infra tema especial numero 3 Concursos de Personas.

característica la necesaria colaboración de los sujetos activos y pasivos para que se configure el delito concurren ambos en una misma relación criminal.

2.- Tipos Comunes y Especiales:

- I. **Tipos Comunes** *“aquellos en los que la ley no limita normalmente el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo “el que” ejecute la acción típica”*⁵⁷.
Por ejemplo la persona que comete delito de Robo regulado en el art. 212 del Código Penal. De acuerdo con el tenor literal del artículo 173 del Código Penal, el tipo se configura como delito común porque puede ser cualquier persona quien realice la conducta descrita en el tipo, siendo esta hombre o mujer: “El que produzca, reproduzca, distribuya...”
- II. **Delitos Especiales:** *“son aquellos que solo pueden ser cometidos por sujetos quienes poseen ciertas condiciones especiales que requiere la ley”*. Verbigracia el delito de Enriquecimiento Ilícito regulado en el art. 333 del Código Penal, por la cualificación del sujeto activo (Servidor Público).
 - **Tipos Especiales Propios:** *“Son los que describen la conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de este ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta”*. Por ejemplo el delito

⁵⁷ Ibíd. Pág. 220

de Prevaricato estipulado en el art. 310 del Código Penal, donde únicamente puede ser cometido por el Juez de la causa.

- **Tipos Especiales Impropios:** *“Estos tipos guardan correspondencia con un delito especial común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción”*. Por ejemplo el delito de Detención Ilegal este tipo de injusto guarda correspondencia con un delito común el cual es la privación de libertad por particulares.

b) Por la cualificación del sujeto pasivo:

1. Tipos Lesivos Generales y Lesivos Cualificados:

Esta clasificación atiende al sujeto pasivo de que se trate.

- I. Los **Tipos Generales** son aquellos en los que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, por ejemplo la infracción penal de Lesiones regulado en el art. 142 del Código Penal.
- II. Los **Tipos Cualificados** el sujeto pasivo en estos tiene cualidades especiales, se **sub-clasifican en:**

✓ **Tipos lesivos cualificados por Inimputabilidad:**

“El sujeto pasivo es inimputable”. Cuando la acción recae sobre persona inimputable. Por este se entiende aquel que no tiene capacidad de culpabilidad (menores de edad, enajenados mentales y desarrollo psíquico retardado o

incompleto). Se exige por parte del tipo la calidad del sujeto pasivo de ser menor de edad o incapaz, en cada caso determinado, el artículo 173 se refiere a ellos expresamente: “persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental...”. Porque éstos son los titulares del bien jurídico protegido.

✓ **Tipos lesivos cualificados por la situación de la víctima:**

“Este tipo requiere que la víctima se encuentre en una situación especial”. Hace referencia a determinada calidad del sujeto pasivo inherente a su moralidad o estatus. Ejemplo de este tipo es el art. 5 de la Ley Especial contra actos de Terrorismo donde se estipula que la víctima del ilícito es una persona protegida internacionalmente o funcionario público.

✓ **Tipos lesivos cualificados por la relación jurídica:**

“Debe existir una relación jurídica entre el sujeto activo y el pasivo”. Son delitos cometidos a personas que ostentan una relación jurídica con el autor, originado por la ley como por el contrato. Tal es el caso de la quiebra dolosa regulada en el art. 242 Pn. En este tipo la relación jurídica nace del contrato que vincula a una de las partes como deudora, y la otra como acreedora. La primera de ella se sustrae al cumplimiento de la obligación logrando que el juez competente la declare en quiebra dolosa, es decir insolvencia de pago ocasionada o agravada con la intención de no cumplir con la deuda.

✓ **Tipos lesivos cualificados por pre-valimiento:**

“en estos el sujeto pasivo se encuentra en desventaja”. Cuando se efectúa la acción típica sobre un sujeto que se encuentra en menoscabo relativo al autor originado por cualquier situación. Por ejemplo el estupro por prevalimiento regulado en el Art. 164 del Código Penal.

c) Por la Forma de Participación del Delito:

1.) Tipo de Autoría y de Participación:

- I. **Tipo de autoría:** Requiere la realización de un delito directamente o por medio de otra persona que actúa como mero instrumento (Autoría Mediata), por si solo o junto con otros (Coautoría).
- II. **Tipos de participación:** Suponen la inducción o la cooperación con el autor del injusto.

El Autor del delito es aquella persona que utiliza al menor o incapaz en la Pornografía siempre que se pruebe en cada caso concreto.

Si se proporcionan medios o instrumentos a tercero para facilitarle la práctica de pornografía en menores o incapaces, se castiga la conducta de facilitar la pornografía, constituyendo la forma de autoría en el hecho principal, de esta manera, el ilícito de Pornografía Infantil viene a cubrir vacíos en aquellos casos en lo que se facilitan los medios a menores e incapaces para que aparezcan en actos

pornográficos, por ejemplo el encargado de financiar la producción de una película pornográfica.

d) Por la Intervención Física del Sujeto:

1. Tipos de Propia Mano y de Intervención Psicológica:

- I. **Los delitos de propia mano:** *“Requieren contacto directo físico, se exige la realización de la acción que por las peculiares circunstancias de la conducta estipulada en el tipo únicamente las puede cumplir el sujeto activo de manera personal y de forma corporal o inmediata ejecutando así el verbo rector”*; por ejemplo la producción de video pornográfico, al igual que en alguna de las modalidades del injusto en comento por estar aparejadas al verbo rector “Utilizar” en la cual el sujeto activo tiene contacto directo con el menor.
- II. **Los injustos psicológicos o de ambiente:** *“No necesita contacto físico sino la creación de un ambiente psicológicamente nocivo”*. Por ejemplo el delito de Amenazas regulado en el art. 154 del Código Penal por afectar la tranquilidad psicológica de la víctima; en el presente estudio la alteración de la imagen real del menor para convertirla en material pornográfico a través del morfining (colocar definición de morfining en pie de pag).

e) Por la Relación del Sujeto Pasivo con el Sujeto Activo.

1. Tipos Disyuntivos y de Encuentro:

- I. **Los Delitos Disyuntivos:** “*De voluntad o de no encuentro se dan comúnmente debido a que el sujeto pasivo no colabora con el activo*”. Por ejemplo el art. 158 del Código Penal regula el injusto de Violación, en este la intención de ambos esta en contraposición, mientras el sujeto activo desea acceder carnalmente la victima opone resistencia.
- II. **Delitos de Encuentro:** “*Son aquellos en los cuales el sujeto pasivo colabora con el sujeto activo*”. Ejemplo el Aborto Consentido y Propio instituido en el art. 133 del Código Penal, tiene como peculiaridad la necesaria participación del sujeto activo con el pasivo.

El ilícito que se investiga se adecua a la clasificación de tipo Disyuntivo debido a que estos no colaboran con el sujeto activo, porque no media consentimiento por parte del menor para la práctica de pornografía. Por consiguiente podría adecuarse al tipo de Encuentro cuando este consienta participar en prácticas pornográficas y de esta forma ayude al sujeto activo, aunque dicho asentimiento no tenga incidencia alguna en el ilícito, porque el legislador lo reputa el no consentimiento por ficción de ley, concluyendo que solamente es válido hablar de tipos disyuntivos en relación a la pornografía.

2.2.3.4. SEGÚN LA RELACIÓN CON EL OBJETO JURÍDICO PENAL

1. De Lesión o de Peligro.

- I. **El delito de lesión:** *“Supone la destrucción o afectación del bien jurídico protegido”*.
Ejemplo el Homicidio Simple, resultando dañado el objeto de la acción y con ello menoscabando el bien jurídico protegido por la norma. El ilícito en estudio no constituye una lesión inmediata al bien jurídico protegido.
- II. **Los tipos de peligro:** *“Implica simplemente la amenaza de producción de lesión”*.
Estos requieren la puesta en riesgo del bien jurídico, en ellos describen comportamiento que apenas alcanzan a representar lesión para el objeto sobre el que recae la acción. El ilícito de **“UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFIA”** previsto y sancionado en el artículo 173 del Código Penal, es infracción de peligro.

Se hace esta consideración, atendiendo la vulneración o afectación al bien jurídico protegido, determinando que no existe lesión concreta, tratándose entonces de la puesta en peligro del bien jurídico perteneciente al menor o incapaz, esto por producir resultado inmediato, limitándose a crear verdadera situación de riesgo de la sexualidad del menor o incapaz, donde no se está seguro si la acción pornográfica ha producido el efecto deseado por el sujeto activo.

Los delitos de peligro se han clasificado en: Abstracto y Concreto.

- ✚ **Peligro concreto:** “*Cuando se está frente a situación de riesgo real*”. El ilícito **Utilización de menores de edad e incapaces en Pornografía** constituye delito de peligro concreto. Determinándolo de esta manera, porque el riesgo que se presenta frente a la conducta pornográfica es perceptible, y la probabilidad que el sujeto pasivo sufra cambio en el aspecto interno de forma perversa y prematura es alta, ocasionando posiblemente afectación.
- ✚ **Peligro abstracto:** En estos casos el legislador adelanta las barreras de protección para el bien jurídico tutelado, ejemplo La tenencia, Portación, conducción Ilegal o Irresponsable de Arma de Fuego art. 346-B del Código Penal.

2. Delitos Mono Ofensivos y Pluri Ofensivos.

Los delitos en relación al bien jurídico protegido, también se clasifican en mono ofensivos y pluri ofensivos, esto dependerá del bien jurídico que se lesione.

- I. **Los delitos mono ofensivos:** “*Son aquellos que lesionan sólo un bien jurídico*”. Ejemplo el delito de Hurto regulado en el art. 207 del Código Penal, por afectar únicamente el patrimonio de la víctima.
- II. **Delitos pluri ofensivos:** “*Lesionan dos o más bienes jurídicos*”. Ejemplo el art. 214 del Código Penal que regula el Ilícito de Extorsión afectando la Libertad de Autodeterminación y el Patrimonio.

El tipo penal “Pornografía Infantil” plantea la disyuntiva en la determinación del bien jurídico protegido, porque existe diversidad de posturas que consideran diferentes bienes. Algunos opinan que es la libertad sexual, ésta en su sentido estricto. Otros que es la indemnidad, intangibilidad sexual y la moral, porque de esta forma se le está dando protección al menor e incapaz. Existen otras que sostienen que el interés preponderante es la moral sexual, entendida esta “*como el sentimiento donde se exigen que los hechos y acciones humanas no se alejen, en sus manifestaciones publicas del respeto de aquellas normas y costumbres a las que la colectividad humana reconoce significado y valor ético, o simplemente se trata del sentimiento ético de la comunidad en relación con los fenómenos sociales*”⁵⁸ .

Determinándose que el tipo penal que se analiza por la lesión en el interés relevante es mono ofensivo, “**indemnidad**” atendiendo a los sujetos que el derecho penal protege en este tipo de comportamientos.

2.2.4.- ESTRUCTURA DEL TIPO.

Se entenderá como delito toda aquella conducta ejecutada por una persona, dirigida a lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado por la ley, y que debido a su importancia la lesión del mismo deberá ser castigada con una pena. El delito que se investiga será analizado de acuerdo a la teoría finalista, incluyendo aportes del post finalismo.

⁵⁸ EXHIBICIONISMO, PORNOGRAFÍA Y OTRAS CONDUCTAS SEXUALES PROVOCADORAS (LA FRONTERA DEL DERECHO PENAL SEXUAL) JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES PAG. 10

2.2.4.1. ACCIÓN.

*“Es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana que implica una finalidad. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una actividad final, dirigida a la consecución de un fin”.*⁵⁹

La dirección final de la acción se realiza en dos fases, una interna y otra externa.

1. **Fase interna:** sucede en la esfera del pensamiento del autor, y comprende tres etapas:

1.1 **Proposición de un fin:** Consisten en el objetivo perseguido por el autor, y en el ilícito que se investiga, el agente se propone en qué forma utilizara al menor o incapaz con fines pornográfico.

1.2 **Selección de medios:** Es una operación mental a través de la que el autor se representa los diferentes métodos con los que cuenta para realizar sus objetivos; el sujeto activo analiza como producirá, distribuirá o exportara... los documentos pornográficos, utilizando cámaras digitales para fabricar el material, el internet para difundirlo, entre otras formas.

1.3 **Valoración de efectos concomitantes:** Actividad psíquica que consiste en la apreciación de todas las posibles consecuencias resultantes de la acción; la persona determina la realización de la conducta de utilizar a menores e incapaces en pornografía de forma directa, el contenido de

⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco, “Derecho Penal parte General”, V Edición, pág. 211 y 212

este en el mercado tiene mayor costo, pero al no ser posible producir estas imágenes de forma real, lo hace de forma simulada alterando representaciones pictóricas.

La consideración de estos efectos puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace alguno de los medios seleccionados para ello; pero una vez los admita como de probable producción también pertenecerán a la acción.

2. ***Fase Externa:*** En esta el autor procede a la realización de su fin en el mundo externo, poniendo en marcha conforme a su plan el curso causal dominado por su finalidad y procura alcanzar la meta propuesta, que en este caso es la obtención de pornografía donde aparecen menores o incapaces constituyendo esto el resultado.

2.2.4.1.1. Supuestos de Ausencia de Acción.

No hay delito sin acción, ocurre así cuando falta la manifestación exterior. No obstante, surgen dudas en aquellos casos que existiendo hecho externo, existe ausencia de voluntad que lo haya dirigido; para resolver este problema se ha determinado, como criterio general, que no hay acción cuando se puede afirmar que la persona involucrada sólo ha tomado parte físicamente en el hecho, pero sin intervención de voluntad consciente en la conducción de dicho proceso causal.

El derecho penal solo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) **Fuerza Irresistible.**

Es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. Para que sea una causa de ausencia de acción, debe ser absoluta, de tal forma que no deje ninguna opción a quien la sufre (vis absoluta).

Puede provenir de la naturaleza o de un tercero, lo importante es que provoque a la persona actuar sin capacidad de control, por ejemplo, se produce un terremoto y las personas que viven en el edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una de ellas resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso el sujeto que se deslizo actuó con fuerza física irresistible, por tanto no existe acción.

En el delito de pornografía con menores o incapaces, no se puede dar esta ausencia de acción, por la naturaleza del ilícito, porque resultaría absurdo pensar que por factores de la naturaleza se produzca o distribuya... pornografía o por la intervención de un tercero sin poder resistir tal acción.

b) Movimientos reflejos.

Es un estímulo del mundo exterior que es percibido por los centros sensores que lo transmite, sin la intervención de la voluntad directamente a los centros motores, tales como: las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituye acción porque el movimiento no está en este caso controlado por la voluntad, por ejemplo, cuando la persona efectúa un movimiento brusco al tocar conexión eléctrica, producto de lo cual hiere a otra persona.

No es posible que la persona pueda fabricar material pornográfico o venderlo..., a causa de la convulsión o movimiento instintivo de defensa, porque se requiere de acciones complejas, como la de filmar con cámara digital para producir estos documentos.

c) Estados de Inconsciencia.

Se trata de momentos en donde el sujeto que realiza la acción no está plenamente consciente de sus actos, llamados también como pérdida de conocimiento, consciencia o estados de inconsciencia; son aquellas situaciones donde la persona se encuentra desconectada del mundo exterior, no teniendo respuesta a ningún estímulo, pero la respiración y el pulso están presentes. Existen distintas circunstancias en las que se pueden encontrar personas inconscientes, entre las que están:

Estados fisiológicos: las fiebres elevadas, catalepsia, sonambulismo, embriaguez letárgica, el sueño profundo y otros, son estados fisiológicos que

impiden o anulan la capacidad de movimiento del individuo que en esas circunstancias carece de voluntad. Estos estados de inconsciencia absoluta dan lugar a la falta de acción, siendo la conciencia totalmente suprimida o aniquilada, resultando indiferente si la voluntad del agente participó en la génesis de esta.

Sin embargo, si el estado que priva la voluntad pueden ser evitados o impedidos los resultados ocurridos durante el tiempo que se mantiene, existirá responsabilidad.

Al producir la completa ausencia de actividad en las funciones mentales del hombre, no es posible pensar que se cometa la infracción penal de pornografía de menores e incapaces, debido a que las conductas descritas por el tipo, exigen que el autor tenga la capacidad plena para efectuar el comportamiento orientado a producir, distribuir. Vender, exportar....

2.2.4.2.- TIPICIDAD.

Consiste en la adecuación de la norma penal al hecho en concreto; La acción típica constituye una unidad de factores internos y externos, compuestos de elementos objetivos y subjetivos que definen el tipo.

2.2.4.2.1 Tipo Objetivo.

Se analizan los elementos descriptivos esenciales y no esenciales del tipo, además los normativos Jurídicos y socioculturales que conforman el mismo.

ELEMENTOS OBJETIVOS DESCRIPTIVOS ESENCIALES.

1. LA ACCIÓN.

Se refiere a la acción en sí misma, desprovista de todas las otras exigencias que la ley fórmula para que pueda surgir el delito objeto de estudio.

De la lectura del precepto se infiere que se sanciona la conducta de utilizar a menores incapaces o deficientes mentales con fines pornográficos, estando aparejado con las siguientes modalidades, como producir, reproducir, distribuir, publicar, importar, exportar, ofrecer, financiar, vender, comerciar o difundir de cualquier forma, imágenes, que implique la participación del menor o incapaz.

En el caso de **Producir** es cuando el sujeto activo fabrica material para exhibir a los menores e incapaces en actos sexuales o posiciones eróticas.

Reproducir esta modalidad consiste: Que el agente extrae copia de uno o muchos ejemplares del documento audiovisual de contenido obsceno que implique la utilización de menores.

Distribuir es cuando el autor del ilícito se encarga de entregar la mercadería ilegal “Pornografía Infantil” a los vendedores o consumidores de este material.

Publicar en esta forma delictiva el ejecutor del hecho por cualquier medio hace, notorio o patente, la utilización de menores e incapaces en comportamientos pornográficos.

Importar con esta modalidad el sujeto activo es el encargado de introducir en el país géneros, artículos o costumbres extranjeras referentes a la utilización de menores en actos sexuales de naturaleza erótica.

Exportar en este comportamiento el infractor de la norma vende géneros de contenido pornográfico a otro país, en los cuales aparecen imágenes e inclusive las fotos de menores con intenciones de carácter sexual.

Ofrecer el agente en esta conducta se compromete a dar, hacer, decir o presentar voluntariamente al menor o incapaz, para la utilización de estos en actos lúbricos, y así crear el material prohibido.

Financiar en esta conducta el sujeto activo aporta el dinero necesario para sufragar los gastos de la actividad delictiva del ilícito en estudio.

Vender el sujeto que ejecuta la acción criminal, se encarga de exponer u ofrecer al público material pornográfico para las personas que quieran comprar este tipo de documento que relacione a menores o incapaces.

Comerciar en esta el agente compra o vende mercancía donde se ha utilizado a menores o incapaces en la elaboración de esta, para así obtener beneficio económico.

Difundir este comportamiento lo efectúa el sujeto con la finalidad de extender, esparcir, propagar físicamente los documentos que implique la participación de menores en actos de naturaleza sexual.

El legislador no utiliza ninguna modalidad omisiva para las expresiones citadas. Por eso, el precepto castiga al que de cualquier manera, sea con algún medio comisivo o no, convence al menor o incapaz para participar en comportamiento de naturaleza sexual.

Este tipo delictivo se consuma en calidad de comisión por omisión. En los casos en que el sujeto que omite tiene posición de garante, estaría constituyendo conducta que se subsume al tipo descrito en el Artículo 173 del Código Penal en relación a la agravante que establece el Artículo 173-B del mismo cuerpo de ley, por tanto sería penalizado por comisión por omisión, por el hecho de estar facilitando la consumación de este, dada la posición del mismo. De tal forma adecuándose a cualquiera de las modalidades de ejecución.

De esta manera se puede establecer que el delito de utilización de menores e incapaces en pornografía; es ejecutado por las modalidades antes mencionadas que implica la conducta típica: acción y omisión impropia.

2. SUJETO ACTIVO.

“es la persona que realiza la acción o consuma el hecho”

El sujeto activo es indeterminado, porque la ley no ha exigido respecto de él ninguna condición especial, ha empleado simplemente las expresiones de rigor “el que” entendiéndose que puede ser cualquier persona hombre o mujer, sin importar raza, sexo, credo, nacionalidad, que realice la conducta descrita en el tipo: “El que produzca, reproduzca, distribuya...;”. No obstante a ello el tipo penal que se investiga respecto al agente que efectúa el acto delictivo tiene cualificación especial, cuando dicho comportamiento es agravado por haber sido ejecutado por alguno de los sujetos que menciona el Art. 173-B del Código Penal. Ejemplo el Padre o tutor.

3. SUJETO PASIVO.

“Es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por parte del autor”.

El sujeto pasivo en el tipo penal es determinado: Menor e Incapaz o Deficiente mental.

La ley no ha empleado la expresión que comúnmente utiliza para designar sujetos pasivos indeterminados (otros), en este caso ha exigido que se trate de la utilización de Menores, Incapaces o Deficientes mentales en pornografía. Se ha dicho que es indiferente para el Derecho Penal la buena o mala fama de la víctima, así como también el consentimiento de estos al momento de realizar el acto erótico sexual, solo atiende a la edad o circunstancia mental. Constituyendo esto fundamento para afirmar que se puede perjudicar su desarrollo integral a quien está expuesto a tales circunstancias.

MENOR DE EDAD.

Cuando el precepto se refiere al menor, no precisa la edad exacta sino que en general, se entiende que ha de tener menos de dieciocho años de edad.

El delito que instituye el Artículo 173 del Código Penal, regula el término menores de edad, debiendo entender por este, aquel que no ha alcanzado la mayoría de edad, abarcando desde su nacimiento hasta los dieciocho años.

Frente a la última afirmación es necesario determinar a partir de qué edad se puede perturbar el Desarrollo Integral de estos. Para responder a ello, es importante saber cuál es la vida sexual del menor, esto a efecto de tener mejor noción en lo referente a la conciencia de este de las situaciones que afecten su condición. Por esta razón, se revisará algunas etapas que sólo en apariencia pueden no ser vinculadas a la sexualidad.

➤ **LOS PRIMEROS AÑOS.**

Sobre los tres años los niños y niñas comienzan a fijar distinciones en función del sexo de las personas. Cuando empiezan a percatarse que pertenecen a un sexo determinado aprenden también cuál es la conducta "apropiada" para cada género o rol sexual.

➤ **DE LOS SEIS A LOS DIEZ AÑOS.**

Cerca de los seis años y a lo largo de todo el proceso de escolaridad comienzan aparecer las primeras manifestaciones de juegos sexuales. Se trata de conductas espontáneas de los niños y las niñas reproduciendo situaciones que observan y detectan en los adultos. En estos momentos, la experimentación de la sexualidad continúa, surgiendo nuevas manifestaciones. El coqueteo, los besos escondidos y las exploraciones mutuas son actividades frecuentes en estas edades.

➤ **DE LOS DIEZ A LOS TRECE.**

El inicio de la pubertad y la adolescencia ocurre entre los once y trece años, tanto para las niñas como para los niños. En términos biológicos la pubertad se refiere a la fase en la cual estos presentan el desarrollo sexual, y de manera posterior vienen los cambios mentales y psicológicos para afrontar la vida adulta.

De manera frecuente dichos cambios no ocurren al tiempo, conllevando sentimientos conflictivos, sensación de inseguridad y otros obstáculos emocionales.

Los jóvenes que inician su pubertad, deben ser distinguidos de los adultos y de los niños, porque no son "niños grandes", ni tampoco "adultos inmaduros".

A medida que las personas se acercan a la pubertad, sus vivencias y sus experiencias pasan a ser en alto grado condicionadas, por las intensas o nuevas situaciones que este período desencadena. Cambios fisiológicos profundos como la aparición de caracteres sexuales secundarios, la aceleración del crecimiento emocional y físico, la capacidad de reproducción, la modificación en la relación con las personas comienzan a implantar con otros sujetos de distinto sexo.

➤ LA ADOLESCENCIA

Esta es la época de las definiciones sexuales. El adolescente emerge del mundo infantil y emplea todas sus energías en obtener su identidad y características propias. Proceso donde se reclama insistentemente mayor independencia y cuando se debe aceptar mayor grado de responsabilidad.

En esta etapa al joven le surgen diversas interrogantes referentes a la sexualidad, la curiosidad está presente en ellos y son las principales causas que los llevan a experimentar nuevas formas de relacionarse. Es donde el menor de edad por curiosidad, es fácilmente influenciado, el Sujeto Activo de este tipo de ilícitos se aprovecha de esta situación para realizar sus acciones delictivas dirigidas a la utilización de los mismos en Actos Pornográficos.

En conclusión, el menor puede ser influenciado a partir de los seis años de edad, porque en ésta edad aparecen las primeras manifestaciones de carácter y estimulación sexual en ellos, despertando tal sentimiento por conocer aspectos nuevos referentes a su cuerpo y la reacción que este presenta frente a ciertas conductas, añadiendo que el menor en esta edad posee conocimiento y comprensión del mundo exterior, no es indiferente a lo sucedido en su alrededor. A partir de este momento pueden aparecer las lesiones en el adecuado desarrollo sexual del menor. Situación que resulta palpable en virtud, de factibilidad al acceso de programas de televisión, revistas, películas y el Internet, que exhiben actos Sexuales Eróticos “Pornografía”, fenómeno sociocultural, que distorsiona la psiquis del ser humano máxime en esta etapa de la vida.

EL INCAPAZ

La incapacidad es término amplio porque abarca la serie de situaciones, teniendo diferentes formas de aparición, mencionando para el caso: el estado de inconsciencia, la enajenación mental, embriaguez e incapacidad de resistir.

Estas son algunas modalidades de inhabilitación que se conocen y tienen, de alguna manera, cierta regulación legal. Sin embargo, a pesar que el epígrafe estipula un concepto amplio, el supuesto de hecho del delito, establece específicamente como sujeto pasivo de la acción al menor de edad y deficiente mental, propiciando

duda en cuanto si se deberá entender al incapaz en todas sus formas o, en atención al principio de legalidad, sólo al deficiente mental.

Es confusión que se genera a raíz de la utilización de términos en el epígrafe y el supuesto de hecho.

El termino Incapaz, es definido por el Diccionario de la lengua española como aquel *“Que no tiene capacidad o aptitud para algo. Que no es capaz, por su naturaleza o por decisión de su voluntad. Que no tiene cumplida personalidad para actos legales o que carece de aptitud legal para algo determinado”*.

En atención a la definición antes presentada, se determina que la incapacidad es término extenso, por tanto, es posible incorporar la deficiencia mental, en otras palabras, la incapacidad es el género y la deficiencia mental es la especie.

Por ello se ha llegado a determinar que el sujeto pasivo se protege con lo regulado en el Artículo 173 del Código Penal, aparte del menor de dieciocho años, es el deficiente mental, siendo necesario determinar en qué consiste esta situación o enfermedad.

➤ **CONCEPTO DEFICIENTE MENTAL:**

Es la patología que afecta directamente el cerebro del sujeto que la padece, provocando serios daños en su desarrollo psicomotriz, presentando déficit en sus

capacidades intelectuales, que le impiden adaptarse al medio social en que vive y tener una vida con autonomía personal.

CLASES:

1.-Deficiencia Mental Límite.

Su Coeficiente Intelectual está entre 68-85. En la realidad cuesta catalogarlos como deficientes mentales porque, son personas con muchas posibilidades, que manifiestan retraso en el aprendizaje o alguna dificultad concreta de este y tiene la posibilidad de comprender con cierta facilidad aspectos como la sexualidad.

2.-Deficiencia Mental Leve.

Con Coeficiente Intelectual entre 52-68. Pueden desarrollar habilidades sociales, de comunicación y tienen capacidad para adaptarse e integrarse en el mundo social. Presentan retraso mínimo en las áreas perceptivas y motoras. Son capaces de razonar o distinguir sobre algunos aspectos sexuales.

3.-Deficiencia Mental Moderada o Media.

El Coeficiente Intelectual está entre 36-51. Pueden adquirir hábitos de autonomía personal y social. Además aprenden a comunicarse mediante el lenguaje oral, presentan con frecuencia dificultades en la expresión oral y en la comprensión

de las obligaciones sociales es mínimo su interés, en la sexualidad tiene poco desarrollo en razón de su estado somático intelectual.

4.-Deficiencia Mental Severa.

Ubicando su Coeficiente Intelectual entre 20-35. Generalmente necesitan protección o ayuda porque su nivel de autonomía tanto social como personal es pobre. Suelen presentar importante deterioro psicomotor. Pueden aprender algún sistema de comunicación, pero su lenguaje oral será mínimo. No manifiesta capacidad de entendimiento en el área social, sus impulsos sexuales no son comprensibles por su estado de inconsciencia.

5.-Deficiencia Mental Profunda.

Con Coeficiente Intelectual inferior a veinte. Presentan grave deterioro en los aspectos sensorios motrices y de comunicación con el medio. Son dependientes de los demás en casi todas sus funciones y actividades, las deficiencias físicas e intelectuales son extremas. Excepcionalmente tienen autonomía para desplazarse y responden a entrenamientos simples de autoayuda. No distinguen entre lo bueno y malo, en el sexo su comprensión es totalmente nula. Los protegidos únicamente son los deficientes mentales, dejando de lado las otras formas de inhabilitación que existen. Las insuficiencias psíquicas son clasificadas atendiendo el coeficiente intelectual, de las cuales se concluye que en el ilícito que se indaga, serán sujetos pasivos solamente aquellos que están dentro de los 36 y 85 puntos. Porque en ellos

existe cierto grado de comprensión sobre los estímulos e impulsos sexuales, son capaces de entenderlos y desarrollar ciertas habilidades en lo relativo, sin ayuda de nadie, siendo en casos innecesaria la dirección de una persona para realizar ciertas actividades.

4. BIEN JURÍDICO.

a) Libertad Sexual:

En términos generales libertad, independencia de la voluntad, capacidad de determinación espontánea, en el ámbito de la sexualidad, solo se atribuye a personas adultas y con capacidad de decisión. Este es el contenido esencial de la libertad sexual, que se expande en varias direcciones: En primer lugar, engloba la facultad de escoger o practicar, en cada momento, refiriéndose a utilizar y servirse del propio cuerpo en la esfera sexual. Por último, la posibilidad de elegir a la pareja, con su consentimiento, y rechazar las proposiciones no deseadas estos son los ingredientes de la libertad sexual.

Los menores con los incapaces poseen este bien jurídico pero su cualidad hace que no se les reconozca el consentimiento y no se le atribuya validez. Por tanto en el delito “utilización de estos en pornografía” no se protege la libertad sexual, por ser demasiado amplia y las restricciones jurídicas en los sujetos pasivos.

“Las personas de muy corta edad o los incapaces carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permite conocer el significado de los actos sexuales o no les permite repeler los mismos, por lo que carecen de autonomía para determinar su comportamiento sexual, siendo el bien jurídico protegido en estos casos la indemnidad o intangibilidad sexual de estas personas”⁶⁰.

b) Intangibilidad Sexual.

Intangible, significa, según el diccionario, *“que no debe o no puede tocarse”⁶¹*. Intocables serían los menores e incapaces que, de acuerdo con el artículo 173 C.Pn. no pueden consentir.

El término (Intangible) es demasiado amplio para precisar el bien jurídico protegido por qué intocable es, cualquier persona menor de dieciocho años e incluso adulto que no consienta.

c) Indemnidad Sexual:

Indemne es término amplio que protege a menores o incapaces, a estar exento de todo daño o a no ser molestado en el orden sexual. De esta forma, se resguardan estos, a quienes no se les reconoce capacidad para disponer del bien jurídico en razón de imposibilidad para consentir.

⁶⁰ (Sentencia 412-CAS-2004 de las 10:30 horas del día 31/8/2004)

⁶¹ *Ibib.* Pág. 108

Debido a la amplitud de la indemnidad sexual como bien Jurídico, algunos autores acuden a otra regulación de bienes y así se han desarrollado: el adecuado proceso de formación o bienestar psíquico con la moral sexual.

c.1.) Formación Sexual o Bienestar Psíquico.

Bien jurídico estructurado para referirse al interés que los menores e incapaces tengan el desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, en el avance adecuado de su proceso de formación o el derecho del menor a no sufrir interferencias en este. De esta forma, se garantiza el desarrollo sexual del menor o incapaz en libertad.

El bien jurídico protegido en este tipo, es en principio la formación adecuada del menor e incapaz, su bienestar psíquico, porque el precepto castiga todas aquellas relaciones sexuales consentidas con menores de dieciocho años de edad o deficiente mental, es decir aquellas conductas sexuales que alteren el bienestar del menor. En forma conclusiva se añade que salvaguarda la psiquis del menor.

c.2.) La Moral Sexual.

El bien jurídico sería colectivo en este delito al afirmar la moral sexual como interés preponderante. No exigiría la lesión de valores individuales o sentimientos personales como el pudor, la decencia y la honra, porque en el delito se castigan los actos sexuales diversos del acceso carnal, independiente de la moral sexual de estos.

Criticable es el hecho que este sentimiento no es bien jurídico digno investigación de protección penal porque contradice preceptos constitucionales.

En la exploración se ha determinado que la principal disyuntiva se genera en la libertad y la indemnidad sexual, considerando que estos son los bienes jurídicos de mayor relevancia en la protección del menor o incapaz frente a la pornografía, ultimando que los valores primordiales protegidos en el tipo penal son la indemnidad e intangibilidad sexual, que abarcan el adecuado desarrollo integral del menor e incapaz. No importará si estos consientan la realización de actos sexuales eróticos con su persona, los valores mencionados siempre les asisten y por tanto serán protegidos. El equipo indagador adopta la indemnidad como el bien jurídico que se tutela en el ilícito en análisis. En virtud de que este interés es término que abarca en tanto a menores como incapaces, incluyendo a si mismo sentimientos tales como: **Formación Sexual o Bienestar Psíquico y La Moral Sexual.**

5. NEXO CAUSAL.

El nexo causal es la relación o vinculo existente entre la acción y el resultado, por medio del cual es posible atribuir este a la persona como producto de su acción.

El tipo penal en análisis, como característica especial de acuerdo a las modalidades de ejecución del mismo; tiene en algunas de estas, separación de la acción con el resultado en las circunstancias siguientes: Producir, Importar, Exportar, Distribuir y Financiar. También es delito de mera actividad, el cual se

consume con la simple realización de la conducta descrita por el legislador, no existiendo nexo causal entre la acción y el resultado, porque no se puede separar la conducta realizada por el sujeto activo con el efecto producido en el tiempo en las modalidades siguientes: Vender, publicar, difundir, ofrecer, comerciar y reproducir.

6. RESULTADO.

Es el efecto material de la acción, manifestado en el mundo exterior, afectando tanto el aspecto físico como el psíquico.

Las modalidades consistente en producir, importar, exportar, distribuir y financiar pornografía con menores e incapaces trae aparejado consecuencia perceptibles por medio de los sentidos.

Al considerar la Utilización de menores e incapaces en Pornografía, como delito de mera actividad, dependiente de las modalidades Vender, publicar, difundir, distribuir, ofrecer, comerciar y reproducir, se está negando la posibilidad de existencia del resultado en estas, esto no quiere decir que no puedan surgir consecuencias que pueden ser psicológicas (Secuelas Psíquicas). Para el legislador, es indiferente que esto suceda, penalizando la conducta por el simple hecho de poner en peligro el bien jurídico protegido.

➤ **ELEMENTOS OBJETIVOS DESCRIPTIVOS NO ESENCIALES.**

1. MEDIOS.

Son los instrumentos que el tipo requiere para la realización de la conducta descrita, en algunos casos la adecuación del comportamiento a determinado tipo penal, depende que el autor haya empleado ciertos medios o instrumentos para la comisión del hecho. Como elemento no esencial del tipo, su intervención es de carácter accidental, porque no todos los tipos penales determinan con exactitud los medio de los cuales debe valerse el agente para realizar la conducta descrita en la norma.

La Pornografía con menores e incapaces por ser injusto de medios resultativos, deja abiertas las posibilidades de realización de la conducta, por los constantes avances tecnológicos y el ingenio humano. Tomando en cuenta el surgimiento de nuevas formas para perpetrar el ilícito en estudio, siendo necesario para ello dar la pauta para que este pueda realizarse a través de otro vínculo distinto a los instituidos, tampoco puede entenderse como medios determinados basándose en el Principio de Legalidad y más específicamente conocido como el Principio de Estricta Legalidad.

2. LUGAR.

Las descripciones normativas requieren muchas veces para su configuración, ser realizadas en lugares específicos, como es el caso del delito de “Piratería” regulado en el artículo 368 Pn., este se debe consumir en alta mar.

El precepto estipulado en el Código Penal en referencia a la utilización de menores e incapaces en pornografía, no precisa lugar determinado para la ejecución del mismo, por tanto, es indiferente donde se ejecute la acción lesiva para consumarse el delito.

3. TIEMPO.

Este aspecto atiende a circunstancias de carácter temporal, consistentes en momentos durante los cuales debe realizarse la acción prohibida.

No se determina el aspecto temporal para configurar el tipo penal, éste puede ser cometido en cualquier momento y época.

4. OBJETO MATERIAL.

Es la persona, cosa material o inmaterial sobre cual recae la acción, en consecuencia, es todo aquel sobre quien se concreta la trasgresión del bien jurídico y hacia quien se dirige el comportamiento del sujeto activo. El objeto será el mismo

sujeto pasivo, menor de edad o deficiente mental, porque en el recae la acción y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

➤ **ELEMENTOS OBJETIVOS NORMATIVOS.**

Son todos los elementos cuya comprensión presuponen una valoración. En ellos se puede hacer ulteriores distinciones, sobre todo entre elementos jurídicos y socioculturales.

a) JURÍDICOS.

- **Producir:** *“Procurar, originar, ocasionar; Fabricar, elaborar cosas útiles. Der. Dicho de una persona: Exhibir, presentar, manifestar a la vista y examen aquellas razones o motivos o las pruebas que pueden apoyar su justicia o el derecho que tiene para su pretensión. Econ. Crear cosas o servicios con valor económico”*⁶².
- **Reproducir:** *“Sacar copia, en uno o en muchos ejemplares, de una obra de arte, objeto arqueológico, texto, etc., por procedimientos calcográficos, electrolíticos, fotolitográficos o mecánicos y también mediante el vaciado”*.

Art. 7 lit. A Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador “...reproducir la obra, fijándola materialmente por cualquier procedimiento que permita comunicarla al público de una manera indirecta y durable, o la obtención de copias de toda la obra o parte de ella; puede efectuarse por medios de reproducción mecánica,

⁶² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

tales como la imprenta, la litografía, el polígrafo, el cinematógrafo, el fonógrafo, las grabaciones magnetofónicas, la fotografía y cualquier otro medio de fijación; comprende también la reproducción de improvisaciones, discursos, lectura y en general, recitaciones públicas hechas mediante la estenografía, la dactilografía y otros procedimientos análogos; asimismo comprende la facultad de prohibir toda reproducción de la obra en cualquier manera o forma permanente o temporal, incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica...”.

- **Distribuir:** Entregar una mercancía a los vendedores y consumidores.

Art. 7 LPI. d) La de distribución de la obra, es decir, la de poner a disposición del público los ejemplares de la obra por medio de la venta u otra forma de transferencia de la propiedad, pero cuando la comercialización de los ejemplares se realice mediante venta, esta facultad se extingue a partir de la primera venta, salvo las excepciones legales; conservando el titular de los derechos patrimoniales, el de autorizar o no el arrendamiento de dichos ejemplares, así como los de modificar, comunicar públicamente y reproducir la obra;

- **Publiqué:** Difundir por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquier escrito o estampa.

Art. 7 LPI Lit. B) La de ejecutar y representar la obra compuesta expresamente con tal propósito, comunicándola al público directa y momentáneamente, tales como la representación teatral, la ejecución musical y coreografía, la escenificación

para cinematografía y televisión, y el montaje de cualesquiera otra forma de espectáculo público;

- **Importe:** Introducir en un país géneros, artículos o costumbres extranjeros.
- **Exporte:** Vender géneros a otro país.
- **Ofrezca:** Comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo.
- **Financie:** Aportar el dinero necesario para la empresa; Sufragar los gastos de actividad u obra.
- **Venta:** Exponer u ofrecer al público los géneros o mercancías para quien las quiera comprar.
- **Comercie:** Negociar comprando, vendiendo o permutando géneros. Art. 3 Código de Comercio: Son actos de comercio: I.- Los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresa comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas. II.- Los actos que recaigan sobre cosas mercantiles. Además de los indicados, se consideran actos de comercio los que sean análogos a los anteriores.
- **Difunda:** Propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres o modas. Art. 7 LPI lit. c) La de difundir la obra por cualquier medio que sirva para transmitir los sonidos y las imágenes, tales como el teléfono, la radio, la televisión, el cable, el teletipo, el satélite o por cualquier otro medio ya conocido o que se desarrolle en el futuro.

- **Menor de edad.** Aquel que no ha alcanzado la mayoría de edad, abarcando desde su nacimiento hasta los dieciocho años.
- **Deficiente mental.** Aquel sujeto que tiene déficit o disminución en sus capacidades intelectuales.
- **Acceso carnal.** Acto de penetración sexual del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, cualquiera que sea su sexo, se haga por vía normal o anormal.
- **Consentimiento.** Permitir algo, asentir en que se haga. Es aceptar oferta o proposición.
- **Victima.** Persona que sufre violencia injusta en si o en sus derechos.

b) SOCIOCULTURALES.

- **Menor de Edad.** El menor de edad será considerado todo aquel que no ha alcanzado los dieciochos años, edad establecida como ficción legal para la mayoría de edad.
- **Acto sexual.** El acto sexual será aquel que lleve clara connotación sexual, que esté dirigido a satisfacer necesidades de este carácter.
- **Consentimiento.** Es entendido como el permitir que algo suceda, incluso cuando se realiza sobre la persona que permite dicha acción.
- **Familia.** Es el grupo social, que tiene vínculos de carácter consanguíneos.
- **Persona particular.** Será todo aquel que no tenga ninguna relación de carácter familiar con la víctima

2.2.4.2.2. TIPO SUBJETIVO.

1. El Dolo.

Se concibe como la conciencia y voluntad de realizar el hecho establecido objetivamente en el tipo penal. En otras palabras es el conocer y querer realizar la conducta lesiva, determinando de esta forma los elementos que la componen:

Elemento intelectual y volitivo.

- **Elemento Intelectual.**

El elemento intelectual del dolo se refiere a las características de la acción como típica, exigiendo que el conocimiento sea actual, no bastando que sea meramente potencial. El autor debe estar consciente de la realización del hecho, conociendo las consecuencias que esta podría traer.

- **Elemento Volitivo.**

Además de conocer las circunstancias del hecho típico se requiere la voluntad de su realización, querer efectuar la acción de naturaleza sexual. Este no se confunde con los deseos o móviles del sujeto.

De algún modo se supone el saber, porque nadie puede querer realizar algo que no conoce.

Según sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual o volitivo se distingue entre dolo directo o eventual. En el primero, el autor quiere realizar precisamente el resultado o la acción típica; mientras que en el segundo el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirle, sigue actuando, admitiendo su eventual realización.

De lo anterior se deduce que no es necesaria la presencia del elemento subjetivo de la finalidad en el dolo, porque éste no añadiría ni quitaría relevancia penal a la conducta descrita, interesando al legislador la protección del menor e incapaz, bastando la realización de la acción y la puesta en peligro para subsumir esta acción al tipo penal.

El precepto admite el dolo directo y el dolo eventual, siendo necesario que el sujeto activo se presente o represente como probable la producción de la acción pornográfica utilizando al menor o deficiente mental y lo acepte (dolo eventual).

El dolo específico requerido de la norma, consistente en finalidad lesiva del desarrollo integral del menor, aparecerá claramente determinado por la serie de circunstancias que rodearon el caso en particular: persistencia en utilizar a los menores en pornografía y hacerles desnudar para exhibiciones de sus órganos genitales.

2. Imprudencia.

Como regla general los delitos son castigados en su forma dolosa, la punición de las conductas imprudentes sólo son penalizadas “cuando la ley penal lo establezca de manera expresa” Artículo 18 C. Pn. esto en atención al sistema *numerus clausus* el cual instituye de forma taxativa los casos en donde la imprudencia será castigada penalmente. Por consiguiente, el delito de utilización de menores e incapaces en pornografía no admite la comisión de forma imprudente.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO:

- **ANIMO.**

Es el propósito o la intención que incita a la persona para realizar el acto delictivo. Constituye el elemento que debe tenerse en cuenta para implantar la naturaleza de algunas situaciones jurídicas.

En el delito de Pornografía Infantil, el legislador exige “animus lubrico”, en sentido que la conducta se adecue como típica; para ello es necesario que el autor lleve la finalidad libidinosa para satisfacer deseos sexuales propios o ajenos; pero también podría ser que el sujeto activo realice el comportamiento con el ánimo de obtener provecho económico, cuando obtiene ganancia por la venta, comercio, exportación o importación pornografía.

Este ánimo se encarga de diferenciar ciertas conductas, que a pesar de realizar la misma acción, llevan distintas finalidades. Para el caso, el maestro que enseña al grupo de alumnas el aparato reproductor masculino, tiene el único objetivo de educar; sin embargo, en contraposición, el sujeto que muestra el órgano genital a niñas con la finalidad de excitarse con ello.

El precepto no determina expresamente el ánimo o la intención de pervertir al menor, solamente se refiere a la promoción o facilitación de este, pudiendo suceder que el único fin del autor es satisfacer deseos sexuales, no llegando al acceso carnal, aunque con esto no se niega la clara finalidad de utilizar a menores e incapaces en pornografía, comportamiento que conlleva en algunos casos, como en la inducción a la prostitución, la cual tiene doble fin: que la víctima se dedique a esa actividad y lucrarse de esa situación.

2.2.4.2.3. ERROR DE TIPO.

Es el desconocimiento por parte del sujeto, recae sobre los elementos objetivos del tipo penal.

En delito analizado solo es posible el error en el objeto. Es probable la suposición que existan casos en donde suceda error sobre la edad o condición de incapaz de la víctima, siendo estas las circunstancias comunes. Indudablemente se estará en presencia de este. Por ejemplo, El sujeto que facilita la producción de

Pornografía con menores que aparentemente tiene más de dieciocho años, cuando en realidad, la menor tiene dieciséis años de edad. En este caso existe error de tipo.

Atendiendo a las circunstancias en concreto, el error de tipo puede ser vencible o invencible.

Si el error de tipo es **invencible**, será impune en atención al artículo veintiocho del Código Penal, al establecer que...si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa.

Se afirma lo anterior porque únicamente procederá esta atenuación en la responsabilidad penal cuando el tipo permita la comisión del hecho mediante la imprudencia; sin embargo, la legislación penal salvadoreña se rige por el sistema de *numerus clausus*, por consiguiente, el delito "*utilización de menores e incapaces en pornografía*" no admite la imprudencia como forma de ejecución del delito, por tanto el comportamiento sería atípico.

2.2.4.2.4. ANTIJURÍDICIDAD.

Comprobado que el hecho es subsumible al tipo penal de Pornografía de menores e incapaces, es necesario instituir la lesión o puesta en peligro del interés protegido, es la determinación de la antijuridicidad. Término que consiste en la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad se divide en formal y material

Formal: es la contradicción entre la conducta típica con el ordenamiento jurídico;

Material o Normativa: es considerada como la ofensa, daño, peligro efectivo o lesión al bien jurídico.

En la utilización de menores e incapaces en pornografía, la antijuridicidad formal se constituye cuando el sujeto realiza la acción descrita en el tipo penal, sea produciendo, reproduciendo, distribuyendo, publicando...; pornografía infantil, tal es el caso, que el agente convence al menor para que sea exhibido en videos o imágenes de contenido sexual; la ley en estos casos ha dispuesto que se debe proteger al menor o incapaz frente a estas situaciones, por consiguiente el sujeto activo realiza la conducta prohibida por el legisferante.

La antijuridicidad material, será cuando el autor del injusto concrete la conducta lesiva, esto debido a que el juicio de esta descansa siempre en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en el caso planteado, cuando sea utilizado el menor en actos eróticos sexuales “Pornografía”.

El aspecto negativo de la antijuridicidad son las causas de justificación, porque el ordenamiento legal no solo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que habilitan a realizar el hecho prohibido, siempre que en

él concurren elementos y circunstancias especiales. Para este estudio es necesario determinar si en el delito pornografía en menores e incapaces concurre alguna estas.

La doctrina reconoce una serie de causas de justificación, las cuales se encuentran en todo el plexo normativo, las que no se consideran exclusivas del Derecho penal.

2.2.4.2.4.1. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN:

La legislación penal, taxativamente ha establecido en el artículo 27 algunas de estas, las cuales son:

- a) Actuar u omitir en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita.**

- b) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos.**

- c) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente.**

- d) La colisión de deberes.**

1.- Legítima defensa o Defensa Necesaria.

Es el derecho de repeler la acción ilegítima con agresión legítima, fundamentado en la prerrogativa estatal de la protección de los bienes jurídicos que en ese momento están siendo vulnerados o puestos en peligro.

Los requisitos para que concurra esta causa de justificación es que exista agresión ilegítima, razonabilidad de la defensa y la falta de provocación por parte del defensor.

En el Injusto de Pornografía de Menores e Incapaces, no puede existir legítima defensa, porque dicha eximente, requiere que la acción que se busca repeler sea sobre todo física, y en este caso ese supuesto no se puede realizar.

2.- Estado de Necesidad Justificante.

Existe situación de peligro para bienes jurídicos, que plantea la necesidad de salvarlos o protegerlos y ello solo se puede lograr lesionando otros jurídicamente protegidos, el que actúa en estado de necesidad lo hace para evitar un mal propio o ajeno.

Requisitos:

- *Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar:* es cuando concurre un conflicto entre bienes desiguales, por ejemplo, se comete el delito de daños art. 221 Pn., para salvar la vida de una persona.

• *Que la situación de necesidad no haya sido mal intencionada o provocada:* la falta de este requisito impide al que la provoco pueda después ampararse en ella.

• *Que el necesitado no tenga un cargo u obligación legal:* se supone que el que actúa en dicha circunstancia no está obligado a soportarla, pero dentro del ámbito de su profesión deberá hacerlo.

En la infracción penal en estudio no se puede amparar el agente que la cometa esta causa de justificación, por ser difícil la concurrencia de los requisitos de esta.

3.- **Cumplimiento de un Deber o Ejercicio Legítimo de un Derecho, Oficio o Cargo.**

Es necesario que se trate de un deber específico de lesionar bienes jurídicos, por ejemplo los agentes de seguridad a quienes se les reconoce el derecho de lesionar la libertad de los delincuentes.

Para que concurra esta justificación la doctrina señala los elementos necesarios. El requisito subjetivo es que el funcionario debe actuar como autoridad o como agente de la misma, se refiere que el sujeto para poder cumplir con el deber jurídico, no tiene otra alternativa que lesionar otro, perjudicando el bien tutelado.

En el ilícito que se investiga no admite este tipo de justificación, por tratarse de bienes jurídicos que afectan a menores e incapaces, sujetos que dentro del ordenamiento jurídico tienen especial protección. Incluso podrían resultar incongruentes los ejemplos, por considerarse propiamente casos de atipicidad, por

ejemplo, utilizar la imagen del menor o incapaz en pornografía, en cumplimiento de un deber.

4.- **EL CONSENTIMIENTO.**

Otro aspecto a resaltar es el consentimiento como causa de justificación. Este, no se estipula en el artículo veintisiete del Código Penal, solo se encuentra en algunos tipos penales como tal. En atención al principio de legalidad, no se puede validar el otorgado por el menor, porque del Artículo 173 del Código penal se infiere, de forma tacita que no importa que la victima consienta realizar este tipo de conductas con su persona; determinado esto por la calidad especial que posee, y la suposición legal que se hace del asentimiento de los menores e incapaces al fundar que no tienen el desarrollo mental suficiente para poder decidir frente a situaciones que atenten contra la evolución sexual adecuada, presumiendo que la voluntad está viciada por el sujeto activo, valiéndose de la inocencia e inexperiencia que tiene la victima frente a estas situaciones.

En este tipo de ilícito donde el sujeto pasivo es menor o incapaz, se ha determinado que no concurre causa de justificación, frente a ello no se puede suponer la existencia de una de ellas, esto porque no surten efectos en la ejecución del delito, y por tanto, no excluyen ni atenúan la responsabilidad.

2.2.4.2.4.2.- ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO:

*“Recae en la autorización del comportamiento, porque el sujeto activo cree erróneamente que lo beneficia una norma permisiva, que realmente no está reconocida en la ley o una causa de justificación”;*⁶³ es cuando tiene la convicción que actúa justificadamente ante la necesidad de salvarse o salvar a tercero del peligro inexistente, por ejemplo, repeler la supuesta agresión ilegítima en la convicción de que se actuaba en legítima defensa cuando en realidad el “adversario” fingió el ataque.

Para el caso el autor del injusto, a pesar de conocer la prohibición penal de la utilización de menores e incapaces en pornografía, considera que está procediendo de forma justificada, suponiendo que existe norma de carácter permisivo amparando su actuar.

2.2.4.2.5. CULPABILIDAD.

Es el juicio de reproche normativo que se le hace al autor de la conducta considerada como nociva para la sociedad; con el examen mental de tipicidad se determina la adecuación de la infracción penal al ilícito que se realiza; en la antijuridicidad se define si el hecho es contrario al tipo y que haya afectado el bien jurídico, conociéndose como injusto penal. Comprobadas las categorías del delito, la siguiente etapa es el análisis de la culpabilidad, que se encarga de acoger aquellos

⁶³ Maurach, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I.

elementos referidos al autor, necesarios para atribuirle la comisión del ilícito y la sanción.

➤ **ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.**

1. Imputabilidad o capacidad de Culpabilidad.

Dentro de esta capacidad se encierran dos elementos, la mental o psíquica y la edad del sujeto activo. En cuanto a la primera se refiere a la madurez psíquica del sujeto, aquella capacidad de motivarse de forma diferente, porque es evidente que si no se tiene las facultades psíquicas mínimas suficientes para causarse racionalmente de acuerdo a la norma, no puede haber culpabilidad.

1.2 Inimputabilidad.

Para ello el legisferante ha normado en el artículo veintisiete numeral cuatro que se consideran inimputables los sujetos que cometan el ilícito, quedando la posibilidad de imponer una medida de seguridad atendiendo a las características del individuo (peligrosidad y agresividad), siempre y cuando la sanción a imponer sea la pena de prisión, tal es el caso que la persona con retraso mental realiza actos sexuales frente a menor de dieciocho años, no se podría imputar la conducta delictiva al autor, debido a la limitación mental que posee. En referencia a la edad del autor, los menores estarán sujetos al sistema especial, de tal forma que si este

comete el delito de pornografía infantil, se sancionara bajo el régimen que estatuye la Ley Penal juvenil.

Otro caso que sucede con frecuencia es cuando el agente puede padecer algún trastorno mental, destacando el caso común en estos delitos de naturaleza sexual contra menores: La Pedofilia.

Lo anterior no supone que los adultos que se exciten con menores sufran pedofilia, definiéndose como: *“es un trastorno sexual en el que el objeto de la excitación radica en fantasías o actividades sexuales con niños prepúberes...”*⁶⁴. Pero lo relevante de este caso es determinar hasta qué punto puede afectar este trastorno la imputabilidad del sujeto.

Esta enfermedad disminuye la capacidad de responsabilidad de forma grave o leve siempre que exista relación de causalidad entre el trastorno y coito. Es considerada por la psiquiatría como perversión sexual, considerando que los sujetos afectados por estas perturbaciones son libres de actuar al tener capacidad de querer, de entender y obrar plena. Únicamente en los supuestos que esto sea sintomático de la psicosis o las situaciones de pasión desbordada, podría hablarse de capacidad de culpabilidad disminuida o incluso anulada.

Por tanto, la pedofilia como trastorno sexual por sí solo, no es capaz de afectar la capacidad de comprensión de licitud e ilicitud que se requiere, siendo

⁶⁴ Tamarit Sumilla, J. M. “La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual”, Pamplona, 2000

posible para el pedófilo comprender que su actuar pornográfico con menores e incapaces es contrario a la ley.

2. Conciencia de la Ilícitud o conocimiento de la antijuridicidad.

La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida que este pueda conocer el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no comprende que su hacer es contrario a la norma, no tiene ninguna razón de abstenerse a su realización (artículo ocho de la Constitución de la República “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni a privarse de lo que ella no prohíbe”), este sería el caso de la persona de nacionalidad extranjera que está de visita en el país y se encuentra con una menor de quince años, con la que sostiene conversación y dentro de ella, mencionan temas de carácter sexual, logrando el sujeto determinar, que esta tiene cierta experiencia sexual y logra persuadirla a participar en pornografía, no llegando al acceso carnal, confiando que la menor está de acuerdo y tiene práctica sexual, bajo la creencia que no infringe la Ley. En el presente caso, se desconoce la normativa del país, no pudiéndose motivar de acuerdo a la norma, suscitándose un error de prohibición directo, el cual recae sobre la conciencia de la ilicitud.

2.1 El error de Prohibición Directo tiene los presupuestos siguientes:

a) **Desconocimiento de la norma.** En este caso, el sujeto tiene total desconocimiento de la norma y por tanto, actúa de forma tal que considera estar de acuerdo a ley. Cuando el autor no conoce la norma prohibitiva como sucede en el

caso que este realice acceso carnal consentido con una enferma mental, desconociendo, la punibilidad de dicha conducta. Lo mismo el aborigen del Amazonas, que comete bigamia por desconocimiento de la prohibición legal del hecho. Los anteriores son típicos casos de ignorancia, se les conoce como error sobre la existencia de una prohibición.

b) Conoce la norma pero la cree no vigente. En el presente presupuesto, el sujeto tiene conocimiento del mandato, pero la considera no vigente por el hecho de ser una norma que fue creada hace mucho tiempo, pero con los cambios sociales y culturales, cree no actual. Por ejemplo el nativo desconociendo la prohibición vende hojas de coca por considerar que la norma no rige en su resguardo. En esta clase de eventos se les denomina por ello como error sobre la validez de la norma.

c) Interpretación errónea de la norma y la considera no aplicable. El autor tiene pleno conocimiento de la prohibición y de su vigencia, por errónea interpretación que hace de la misma, la considera inaplicable para el caso. Puede acaecer que el autor interprete equivocadamente la norma y la repete no aplicable, así sucede cuando el agente cree lícito tener acceso carnal con una menor de catorce años que ha perdido la virginidad estimando que la norma solo se refiere a las vírgenes. Para referirse a estas hipótesis la doctrina habla de error de interpretación o de subsunción.

El sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado, y tiene la idea equivocada que lo lleva a pensar que su conducta es lícita, puede provenir de la ignorancia que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico.

Según exculpe o disminuye la culpabilidad, se estará en presencia del error de prohibición vencible e invencible.

- **Error de Prohibición Vencible.**

El Código Penal regula el error vencible e invencible en el artículo veintiocho; lo arduo en la doctrina y la práctica es diferenciarlos entre sí, no se pueden emplear criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento, por regla general, se tiene como vencible cuando el sujeto activo estuvo en la posibilidad de superarlo, este error únicamente disminuye la responsabilidad.

- **Error de Prohibición Invencible.**

Es invencible cuando no le fue exigible superarlo, dadas las circunstancias personales del agente, o donde se desarrolló el hecho, este error excluye la culpabilidad. Ejemplo el hombre de cultura media, física y psíquicamente sano, le es exigible motivarse en la norma (por haberla comprendido) que prohíbe tomar las

cosas ajenas sin el consentimiento del titular, a pesar de ello, difícilmente le puede ser reprochado al poblador de ciertas zonas de la región donde desde siempre, ellos y sus antepasados, tuvieron el concepto bastante restringido de la propiedad privada. Si el habitante de alguna de esas zonas, en la ciudad, coge inconsultamente una gallina del corral ajeno para prepararse sus alimentos en el convencimiento que está disponiendo de un bien comunal que le es necesario para subsistir.

3. La Exigibilidad de un Comportamiento Diferente.

El derecho penal exige comportamientos que estén al alcance de todas las personas, no obliga comportamientos heroicos. En el caso de la Pornografía de menores e incapaces, el legislador requiere que el agente no facilite la realización de actos sexuales incluyendo al menor o deficiente mental. Esta conducta que no precisa demasiado de las personas, porque requiere la abstención de realizar ciertos actos. La exigibilidad radica en el respeto que se debe tener a estos por la condición que poseen.

3.1 No Exigibilidad de otra conducta.

El ordenamiento jurídico marca niveles de exigencias que pueden ser cumplidos por cualquier persona, se habla entonces de la exigibilidad objetiva, normal o general, pero más allá de esta, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos, ni pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar una conducta prohibida, antes de sacrificar su propia vida o

integridad física, entre estos presupuestos se mencionan el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y la coacción psicológica.

a) El Estado de Necesidad Disculpante:

“Consiste en la afectación del bien jurídico ajeno para salvaguardar uno propio o ajeno, siempre que se lesiona otro de igual valor”.

Requisitos:

- **Peligro grave e inminente para el sujeto activo u otra persona:** exige la realidad del mal que amenace en forma grave o inminente al propio sujeto que actúa, u otra persona, convirtiéndose en la motivación que impulsa y obliga a la acción necesaria.
- **Que la situación de peligro no haya sido causada voluntariamente por el agente.**
- **Inevitabilidad del peligro y proporción,** finalmente se requiere que el necesitado no pueda evitar el peligro de otra manera. Si puede hacerlo, sin sacrificar el bien o interés ajeno, no podrá hablarse del verdadero estado de necesidad.

En esta eximente, el sujeto activo sacrifica un bien jurídico para salvaguardar otro de igual valor; no obstante, es preciso aclarar que no aplica a

todos los valores preponderantes tutelados por la normativa penal, sino que “*solo serán susceptibles de un estado de necesidad la vida, la integridad física y la libertad*”⁶⁵,

No se podría dar el caso de utilizar menores o incapaces que cumpla con los presupuestos de aplicación de esta excluyente. Es utópico pensar en la lesión del bien jurídico protegido en el delito de pornografía con menores e incapaces para evitar un mal propio o ajeno, porque ningún daño puede evitarse a través de la lesión de ese bien protegido, teniendo que ser el interés jurídico de igual valor del que se lesiona con la realización de la conducta típica, y nadie puede salvar su indemnidad, afectando la de otro.

b) El Miedo Insuperable:

Se manifiesta por el estado psíquico que puede llevar en algunos casos a la paralización total; sin embargo, este se plantea en el Derecho Penal, cuando se afecta psíquicamente al que lo padece, no dejando opción o posibilidad de actuar diferente.

El miedo que genere la situación de cometer conducta disvaliosa, no puede ser considerado como cualquier pavor, sino que deberá tener tal entidad, calificada de “insuperable” que debe entenderse como la imposibilidad de vencimiento,

⁶⁵ Claus Roxin. 1997, “Derecho Penal Parte General”. Tomo I. Editorial Civitas S.A. Madrid. España. Pág. 905.

respecto de la circunstancias psicológica de la persona que puede alterar su capacidad de abstención.

El miedo admite diversos niveles: temor, terror, espanto, horror, pavor, pánico; sus efectos son distintos. Puede paralizar, imposibilitar todo movimiento, hacer perder el habla privando de gritar pidiendo ayuda, acuciado por el miedo el sujeto pierde el sentido de la realidad, excitado por el deseo de huir del peligro que le amenaza.

Según Muñoz Conde, “el miedo” al que aquí se alude es aquel que aun afectando psíquicamente al que le sufre, le deja opción o posibilidad de actuación; para el caso es ante la coacción que supone la amenaza del mal, que el sujeto obra con voluntad, pero ésta se encuentra viciada.

Está constituido por la especial forma de afectación, que no se limita al simple temor, formando una especie de pánico, por ello, el fenómeno que lo provoca se exige debe “*ser grave, actual o inminente y real*”, siendo los supuestos objetivos los examinados en cada caso concreto.

En los casos de pornografía con menor o incapaz, no se podrá alegar que se realizó la acción lesiva por algún trauma psíquico que le provocaba miedo insuperable, al agente que realiza la acción típicamente antijurídica, amparándose en dicha eximente, porque tal circunstancia resultaría inverosímil.

b) La Coacción o Vis Compulsiva.

Se produce cuando se obliga a la persona mediante la violencia a adoptar determinado comportamiento, siendo para el caso distribuir a través de Internet archivos audiovisuales de contenido Pornográfico en el que se utiliza a menores de edad, en contra de su voluntad. Se considera exención de la responsabilidad penal, porque la persona fue obligada a delinquir bajo coacción, por tanto, no puede ser responsable penalmente de sus actos.

El sujeto activo fue obligado por otra persona, a realizar el acto contrario a su voluntad, al cual tiene que acceder, por tener grave amenaza sobre los bienes jurídicos propios o de tercero, el grado de coacción deber ser real y actual.

La vis compulsiva podría suscitarse en los casos de Pornografía con Menores e incapaces, cuando el sujeto que la comete se encontrará ante grave intimidación, que no le permite actuar de otra manera, y se le obligue a exportar en un contenedor utilizando su nombre mil películas en formato DVD, donde participan menores de edad o incapaces, y ante la coacción de no realizar la acción referida, peligra su vida o la de sus familiares.

Los elementos que conforman la culpabilidad deberán evaluarse cuando se esté en presencia de la conducta donde se utilice menores e incapaces con fines pornográficos, para determinar la responsabilidad del sujeto activo que comete el delito, asimismo, valorarse las causas que la eliminan.

2.2.5. PUNIBILIDAD

También conocida como merecimiento de la pena, es la forma de recopilar una serie de elementos o presupuestos que el legislador por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho Penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena. Tienen un carácter contingente porque solo concurren en algunos delitos concretos.

En la penalidad existen causas que la fundamentan, llamadas condiciones objetivas de punibilidad, y otras que la excluyen conocidas como excusas absolutorias. Son circunstancias que sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún tipo concreto la imposición de la pena.

Las condiciones objetivas de punibilidad conforme indica su propia denominación son objetivas, por cuanto ellas nada tienen que ver con el “sujeto” (de ahí su distinción con las excusas absolutorias), ni con la parte subjetiva del delito (en particular con la culpabilidad) por ser independientes de la voluntad del agente. Verbigracia el Art. 131 del Código Penal regula el injusto de Inducción O Ayuda Al Suicidio, determina como condición especial para el merecimiento de la sanción penal la producción de la muerte del sujeto a quien se le ha sembrado la idea criminosa.

Las excusas absolutorias, excluyen la imposición de la pena a pesar de configurarse acción típica, antijurídica y culpable. Se trata normalmente de causas

vinculadas a la persona del autor que por tanto, solo le afectan a él y no a los demás participantes en el delito, como ejemplo se cita la regulación estatuida en el artículo 206 Pn., que excluye la imposición de la pena, en el caso de pagar los alimentos debidos, al haber cometido el delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Económica. En el ilícito que se investiga no incluye circunstancia que habilite la eximente de responsabilidad penal.

También existen las llamadas condiciones **objetivas de procesabilidad**, que condicionan, no a la existencia del delito, sino su persecución procesal. Ejemplo de ellas es la “Denuncia Calumniosa”, en la cual es requisito para la iniciación del proceso que el quebrantamiento de la norma del cual se cita haya sido absuelto o sobreseído en proceso precedente.

En la Pornografía con Menores e Incapaces no se configura condición objetiva alguna, porque al cometerse la acción típica, antijurídica y culpable el delito se realiza, haciéndose merecedor de la pena para el autor por su comportamiento lesivo, que implica la utilización de estos en la Producción, Distribución, Venta... del referido material, sin más requisitos que los que el tipo determina para su realización.

2.2.6. ITER CRIMINIS

Desde que el propósito criminal surge como producto de la imaginación en el fuero intimo del sujeto activo, hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar el proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. “*A este proceso se denomina **iter criminis** o "camino del crimen", significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito*”.⁶⁶ La imagen del delincuente que actúa planificando el ilícito es ideal, porque en muchos casos media solamente el instante entre la concepción de la idea y su realización.

Por regla general, la consumación como realización completa de los elementos del tipo por parte del autor del delito es la que justifica la pena contemplada en los preceptos de la parte especial del Código Penal. Pero en ocasiones el agente no logra consumir el delito.

Son estas esferas del actuar humano precedentes en mayor o menor medida a la consumación, las que constituyen el estudio de las formas imperfectas de ejecución punibles. En los artículos 23 y 24 de la parte general del Código Penal, son los actos preparatorios de proposición y conspiración, Así como la Tentativa. El autor aborda los cinco aspectos esenciales del iter criminis o proceso de ejecución del delito: La delimitación de la fase externa e interna, la proposición y conspiración

⁶⁶ Tratado de Derecho Penal, Parte General Tomo IV, Zaffaroni. Pág. 409.

punibles, los actos ejecutivos punibles constitutivos de tentativa, la tentativa inidonea y el desistimiento.

Fernando Velásquez Velásquez, determina cinco fases de ejecución: *“la fase ideal o criminosa, la oral, los actos preparatorios, los actos de ejecución y los actos de consumación”*⁶⁷. Estas cinco fases se centra en dos: Fase interna y Externa.

1. Fase Interna:

Conjunto de actos voluntarios manifestados en el interior del individuo, no sancionados por el Derecho Penal, debido a que los pensamientos no podrán ser punibles, porque constituyen elementos psíquicos, que deberán ser exteriorizados para ser jurídicamente relevantes. Esta fase se inicia con la ideación, deliberación y la resolución en la mente del sujeto de la conducta delictiva.

- **Ideación.** Surge en el espíritu y mente del individuo la idea o propósito de delinquir.
- **Deliberación.** Es el momento de apreciación o análisis de la idea para realizar el delito y los valores de la conciencia humana.

⁶⁷ Manual de derecho penal, Fernando Velásquez Velásquez. Editorial Temis Colombia. Pág. 512

- **Resolución o determinación.** Es el convencimiento interno, o la decisión para efectuar la conducta delictiva.

La fase interna se realiza respecto al tipo de pornografía con menores, por ejemplo, cuando el individuo tiene la idea de producir pornografía con una menor de 15 años de edad, y considera como buen lugar para hacerlo La Playa del Cantón El Cuco, por ello toma la decisión de trasladarse con su equipo de cámaras de videos. El sujeto tiene la idea de efectuar conducta prohibida por la norma penal, hasta esta fase no podrá constituirse delito ni sancionarse, porque es necesario exteriorizar estos pensamientos.

2. Fase Externa.

En esta fase el individuo comienza a efectuar objetivamente la idea delictiva, comprende la simple manifestación que el delito se realizará hasta su consumación, o la tentativa en su caso; se subdivide en actos preparatorios y de ejecución.

a) Actos Preparatorios:

Es la manifestación externa del propósito delictivo por medio de actos materiales adecuados para cometer la acción ilícita, en estos no se revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir, no existe violación de la norma penal, tienen escasa peligrosidad, a excepción de los casos que el sujeto busca coordinarse con otros para efectuar el hecho delictivo, tales como:

- **Proposición.**

Se presenta cuando el sujeto ha decidido efectuar el delito, e invita a otros a que participen en la ejecución del hecho punible, y éstos deciden hacerlo. Estipulado el artículo 23 Pn. que existe proposición:

“cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo”

Por ejemplo: cuando Pedro ha decidido comercializar videos pornográficos donde participan menores, y le manifiesta a su Rafael Administrador del Centro Comercial Las Hojas, que le facilite un local del lugar para vender la mercancía ilegal ofreciéndole un porcentaje de las ganancias.

“Se trata de un supuesto de coautoría intentada, en cuanto el que invita proyecta compartir el dominio del hecho con los individuos, o de autoría y participación intentadas si él pretende reservarse el dominio del hecho, otorgando el rol de participes a los demás⁶⁸”.

- **Conspiración.**

Existe cuando dos o más personas acuerdan la ejecución del delito y resuelven firmemente realizarlo, exige la existencia del plan concreto entre ellos. Los conspiradores deberán realizar el reparto del dominio del hecho que planean efectuar.

⁶⁸ Consejo Nacional de la Judicatura, “Manual de Teoría Jurídica del Delito”, Pág. 123.

La proposición y conspiración se encuentran reguladas en el artículo 23 Pn. estatuye que sólo serán sancionados en los casos expresamente regulados en el Código Penal, por ejemplo el artículo 149- A, referente a la “Proposición y Conspiración en los delitos de Privación de Libertad y Secuestro”.

El tipo de Pornografía con menores de edad e incapaces no incluye la proposición y conspiración, por tanto no serán punibles respecto a este ilícito, por no estar expresamente regulado en la ley Penal, porque se aplican a números limitados de delitos de la Parte Especial.

- **Apología del Delito.**

El término “apología” se refiere a la acción realizada por cualquier vía, donde se enaltece o alaba algo; en el ámbito jurídico penal, es un amplificador del tipo, regulado en el artículo 349 Pn. que dice literalmente:

“El que públicamente hiciere la apología de un delito común doloso, será sancionado con prisión de seis meses a dos años”.

Esta conducta delictiva perjudica la Paz Pública, se consuma cuando se alaba un hecho ilícito efectuado, o en el caso de delitos comunes dolosos que no se han cometido, para incidir sobre el bien jurídico protegido, será necesario que el sujeto activo cree la voluntad o el ánimo a favor del injusto, y de esta manera incite a su comisión.

Respecto de la pornografía que implique la utilización de menores e incapaces se puede dar la apología del delito, en el supuesto que el sujeto productor

del material posterior a la consumación del tipo, incite a otros a fabricar este material, cuando enaltezca el cometimiento de la pornografía como medio factible para solventar problemas económicos o de cualquier índole.

b) Actos de Ejecución.

Constituyen la segunda etapa del iter criminis, consiste en la materialización en el mundo exterior del hecho punible, es el momento pleno de ejecución del ilícito, en éstos actos el sujeto inicia la conducta principal que constituye el delito, puede darse de forma **perfecta** cuando se efectúan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, constituyendo su consumación; e **imperfecta** en los casos de tentativa y desistimiento.

El sujeto activo posteriormente a la planificación que realiza para exportar el lote de revistas pornográficas de menores, tiene la idea de ejecutarla vía marítima, y considerándolo el medio idóneo para efectuarla, por ende, procede a formalizar el papeleo correspondiente, de esta forma materializa la conducta prohibida en el mundo exterior configurándose como delito.

Cuando el iter criminis se exterioriza, realizando el sujeto actos que forman parte de su proyecto delictivo y que son perceptibles por los sentidos, se entra en la fase externa del mismo, que termina en su caso con la consumación; Ejemplo. Milton tiene el propósito de filmar con su teléfono celular a su novia Olivia, quien tiene catorce años de edad, este invita a Olivia a ver revistas y películas de contenido sexual a su casa de habitación, con la idea de efectuar el video

pornográfico con la menor. La fase externa comienza cuando el agente invita a la víctima. En ese instante el plan del sujeto activo deja el mundo oculto de su conciencia y sale al exterior, realizando actos tan intrascendentes en apariencia con la simple incitación verbal, aunque él lo haga con ánimo libidinoso. Es seguro que hasta después nadie se percataría que el mismo tiene el dolo de utilizar en video Pornográfico a Olivia. La fase externa abarcara desde ese momento hasta que Milton ejecuta todos los actos que deberían de producir la lesión en el bien jurídico protegido.

2.2.7. LA TENTATIVA EN EL DELITO UTILIZACION DE MENORES E INCAPACES EN PORNOGRAFÍA.

Es el comienzo de ejecución del delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a efectuarse por causas ajenas a la voluntad del autor.

La diferencia fundamental entre delitos de simple actividad (mera actividad, o formales) y aquellos de resultado externo (o materiales) radica que en los primeros, la ley no exige mutación en el mundo exterior, pero si es necesario, en los delitos de resultado externo. En el ilícito de mera actividad basta el comportamiento humano para entenderse consumado.

Por consiguiente, en los injustos de mera actividad no existen las etapas imperfectas como la tentativa y la frustración. En la presente investigación al ser delito que puede efectuarse bajo distintas modalidades, este admite la tentativa en aquellos casos, de acuerdo a la modalidad de cometimiento, considerándose como ilícito de resultado la conducta producir, importar, exportar y financiar pornografía el sujeto activo podría haber efectuado todo los actos preparatorios, para realizar dicho comportamiento pero por agentes extraños a este no logra consumir el hecho.

Los actos de tentativa se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta la consumación. Tratando lo extenso de la prohibición a la etapa ejecutiva del delito, que alcanza, por consiguiente, desde el comienzo de ejecución

hasta que están todos los caracteres de la conducta típica. Esta ampliación de la prohibición típica opera en función de la fórmula que se halla en la parte general del código penal en su Artículo 24, y que recoge el concepto:

“Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente”.

Los actos preparatorios no penetran en el ámbito de lo prohibido, respecto de la tentativa, la regla es que estos son ilegales. En esta última falta el resultado o no se ha completado la acción típica, el desvalor de la misma es inferior al de su consumación, la escala penal es también inferior.

La idea de la tentativa surge siempre en el Derecho Penal que alcanza cierto grado de evolución. En la medida que este castiga la producción de resultados, esta se mantiene limitada, y es ampliada cuando el punto de incidencia de la imputación se desplaza de la primitiva causación del resultado a la manifestación de la voluntad criminal.

La tentativa es posible, aunque será difícil de probar en los hechos. Por ejemplo: El autor de libros pornográficos que los tiene embalados para enviarlos a sus clientes. “Ésta es la idea del fallo de la Cámara de Crimen que afirmó: El secuestro en las oficinas de los acusados de gran número de muñequitos fabricados con el

*propósito de distribuirlos para su comercialización en distintos puntos del país, con los colores de las divisas pertenecientes a diversas instituciones deportivas, en manifiesta actitud obscena, reproduciendo el acto sexual, prueba la materialidad del hecho incriminado, confesado, por su franca actitud obscena”.*⁶⁹

*Fernando Velásquez Velásquez*⁷⁰, define la tentativa como: “La ejecución incompleta del hecho tipificado en la ley o es un delito que se empieza o ejecuta pero nunca se consuma”

➤ **Clases de Tentativa:**

Acabada o delito frustrado.

El individuo realiza todos los actos necesarios para ejecutar el hecho ilícito, pero no logra el resultado típico, por causa fortuita que no previo. El delito ha sido subjetivamente consumado, en relación al hombre que lo comete, pero no lo es objetivamente, en cuanto al objeto contra el cual se dirigía, y a la persona que hubiera perjudicado.

Respecto a la Utilización de menores de edad, incapaces o deficiente mentales en pornografía, el sujeto activo difícilmente podría frustrarse su idea criminosa en relación al objeto que se dirige; es decir menor de edad o incapaz dentro de la producción de este tipo de material, deduciendo que dicha forma de comisión no es posible en el injusto en análisis.

⁶⁹ Delitos contra la Integridad Sexual (Edgardo Alberto Donna) Pag. 182.

⁷⁰ Fernando Velásquez Velásquez, “Derecho Penal Parte General”, pág. 516.

Inacabada o delito intentado.

El sujeto no obtiene el resultado típico, se interrumpe la realización de los actos ejecutivos correspondientes para alcanzar el efecto esperado, por circunstancias ajenas a su voluntad.

El agente ha realizado todos los actos necesarios para Distribuir videos de pornografía donde se utilice a menores o incapaces, por ejemplo, valiéndose del Internet para ello, e inicia la transferencia de archivos, pero por falla en la red estos no son enviados, configurándose error en el medio empleado para la distribución del video pornográfico, por esta razón no logra consumar su acción, por tanto el delito queda imperfecto.

Inidónea o Delito Imposible.

Cuando el sujeto activo planea cometer el ilícito, le resulta imposible que pueda consumarlo, sea porque los medios empleados no son los aptos, ó cuando el objeto sobre el que se pretende cometer el delito es inexistente, en este caso Producir video Pornográfico con un adulto, aunque este parezca menor de edad.

CRITERIO JURISPRUDENCIAL EN RELACION AL DELITO

IMPERFECTO O TENTADO (*Artículos 24 y 68 del Código Penal*)

“La tentativa tiene una doble fundamentación, la primera aparece sustentada por el dolo (la concreta voluntad de obtener un resultado afectante de un bien jurídico); y la segunda

en la exteriorización de ese dolo. Por regla general, la tentativa, siempre y cuando sea idónea, es punible de acuerdo a nuestro ordenamiento legal; en consecuencia, es susceptible de ser reprimida con la imposición de una sanción penal conforme a lo establecido en el artículo 68 del Código Penal. Haciendo eco de determinadas corrientes del pensamiento jurídico que postulan que la conducta consumada y la intentada son acreedoras del mismo reproche punitivo en tanto que demuestran similar peligrosidad y reprochabilidad en el sujeto activo del delito; quien no ha visto consumada su acción por circunstancias ajenas a su pretensión, sin que por ello deba verse favorecido; el Código desarrolla una regla de tal amplitud que permite que la conducta consumada y la intentada puedan ser objeto de reproche de similar trascendencia.

En ese orden de ideas, de acuerdo al grado de realización del tipo penal, se distinguen entre consumación y tentativa, siendo ésta denominada por la doctrina "Dispositivo Amplificador del Tipo", por cuanto se refiere a una de las fases de ejecución del delito, revistiendo por ello una importancia fundamental para la interpretación y aplicación práctica del Derecho Penal. Mientras que en la consumación se alcanza la perfección de la conducta descrita como punible, es decir, que el autor ha realizado su voluntad de acuerdo al plan que previó, no concurre lo mismo con la tentativa, en donde, a pesar de la puesta en marcha del plan, el hecho no se consuma por causas independientes de la voluntad del autor".⁷¹

⁷¹ (Sentencia de las 10:30 del día 27/11/02. Ref. 183-01)

➤ **El Desistimiento.**

Si voluntariamente desiste el agente de continuar en la realización del delito, se puede presentar tanto en la tentativa acabada como en la inacabada, esta deja de ser punible cuando el agente voluntariamente desiste de proseguir la ejecución del delito, o impide la verificación del resultado, solo incurre en pena cuando los actos realizados constituyan, otros delitos o faltas. Siempre que se comienza a actuar se entra en el ámbito de la punibilidad, en este la persona desiste voluntariamente antes de realizar el hecho punible y por tanto, se le perdona.

El desistimiento voluntario, se da cuando el agente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación, en el ámbito de la tentativa se distinguen dos hipótesis:

- a) Si el autor no ha efectuado todavía todo lo necesario para la producción de la consumación del delito. En este caso existe desistimiento voluntario, por ejemplo: Martin ha instalado el set de producción para filmar escenas pornográficas donde participan menores, estando preparados para realizarlo, este decide no hacerlo, desinstalando las cámaras de videos.
- b) Si se han producido, según su criterio, todas las condiciones para ejecutar el delito, el resultado sólo depende del efecto autónomo de factores causales o la actuación de terceros, por ello, el autor debe desarrollar la actividad contraria para evitar el daño, llamado desistimiento o arrepentimiento activo

o eficaz. Por Ejemplo: El sujeto después de tener preparado el archivo pornográfico que distribuirá a través de internet, al momento de hacerlo, desiste porque un tercero le manifiesta la ilegalidad de su actuar, resolviendo el primero no hacerlo.

Basta que el desistimiento sea voluntario, no es preciso que sea espontáneo, que los motivos del agente, sean exclusivamente suyos y no sugeridos por otros, no debiendo ser producto de la coacción o amenaza, por ejemplo, cuando el sujeto que vende pornografía infantil en la calle al momento de hacerlo, se percata de la presencia policial escapando por temor a ser capturado; diferente es el miedo, a la persuasión obtenida mediante ruegos o exhortaciones, que no eliminan la voluntariedad de desistir.

El desistimiento en la tentativa inacabada: debe reunir los siguientes requisitos:

1. Subjetivo: El agente en forma voluntaria debe decidir no proseguir con la ejecución del delito. El desistimiento no debe ser provocado (por temor o miedo), debe surgir de modo autónomo e incluso puede darse por impulso externo que motive al agente. Ejemplo: persuasión de parte de la víctima.

2. Objetivo: El agente no debe continuar la ejecución del delito.

El desistimiento en la tentativa acabada (arrepentimiento), requiere comportamiento activo del sujeto, que consiste en la realización de actos destinados a evitar que se produzca la consumación del delito. La no punibilidad de la tentativa desistida o arrepentida, es consecuencia de excusa absolutoria, posterior a la ejecución del delito.

Los requisitos del desistimiento en la tentativa inacabada son:

a) La renuncia a continuar con la realización del hecho dirigido a la consumación;

b) La voluntariedad del desistimiento, traducida en “no quiero, aunque puedo”; y el carácter definitivo, porque la postergación hasta la ocasión propicia no constituye desistimiento. En la tentativa acabada debe agregarse a estos requisitos que el autor impida la consumación por los medios que tiene a su alcance, antes que el hecho sea descubierto, porque después el desistimiento no puede ser voluntario.

En el ilícito que se analiza, puede darse la figura del desistimiento voluntario, por ejemplo Pedro habiendo resuelto financiar la producción de un video pornográfico, razona sobre las consecuencias de dicho acto, y de forma voluntaria sin la concurrencia de amenaza por parte de tercera persona, decide no hacerlo.

2.2.8. AUTORIA.

La teoría jurídico penal de autoría, se relaciona con el tema de “*quién se puede decir que ha realizado la acción adecuada al supuesto del hecho típico*”⁷². Definir autor no es fácil, la respuesta debe buscarse en las diversas concepciones teóricas que han tratado de contestar esta interrogante. Entre las principales se encuentran:

Teoría formal objetiva: definía al autor como aquella persona que realiza la conducta subsumible en el tipo de la parte especial; ésta teoría fue abandonada porque no satisfacía adecuadamente las formas de autoría.

Teoría causal objetiva: ellos consideraban que autor orienta la causa, y el partícipe coloca una condición para el resultado, el problema de ésta definición radica en la imposibilidad de distinguir entre condición y causa desde el plano objetivo.

Teoría subjetiva: surge a partir de los fracasos de las teorías objetivas, delimitando la definición de autor como la persona que hace el aporte al hecho queriéndolo como suyo, y cómplice el que quiere el hecho como ajeno; su aportación no ayudó a solventar los problemas que sucedieron, respecto de distinguir entre las distintas formas de autoría.

⁷² Stratenwerth, Gunter, “Derecho Penal” Parte General, pág. 228.

Teoría de la consideración total: proponía la determinación intuitiva de autor y partícipe, no lo delimitaban a la definición, porque pensaban que era problemático estipular en ciertos casos quienes eran autores y partícipes, por tanto, no solventaron los problemas por surgir diversos conceptos en cada caso.

Teoría final objetiva o del dominio del hecho: parte del concepto “dominio del hecho” para definir al autor, en la actualidad es la teoría dominante y es la adoptada por el equipo investigador. Fue formulada por la doctrina finalista de la acción, para ellos *autor es quien tiene el “dominio final del hecho”, mientras que los que toman parte sin dominarlo son partícipes.*

Quintero Olivares sostiene que: *“autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, el cual se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico, y en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho”.*⁷³

El punto crítico de esta teoría se encuentra en determinar que se debe entender por “dominio del hecho”; para realizar la adecuada comprensión de tal concepto se debe precisar las formas que se presentan:

- ✓ Como mando de la acción, consiste en la realización de la propia conducta (autoría directa o inmediata).

⁷³ Quintero Olivares, Gonzalo, “Derecho Penal”, Parte General, pág. 545.

- ✓ Someter el hecho a través del dominio de la voluntad de otro, propio de los casos de autoría mediata.
- ✓ Como dominio funcional del hecho, basado en la división utilitario del trabajo, compartiendo con otro u otros el imperio del hecho (coautoría).

Esta teoría no siempre permite solución uniforme de los problemas, que presenta la distinción entre autor y participe en la totalidad de los delitos; además se considera coherente con los preceptos del Código Penal, así los arts. 33 y 34 Pn., estipulan la autoría unipersonal, la mediata y la coautoría, en las cuales definitivamente debe existir dominio del hecho; asimismo los arts. 35 y 36 Pn., regulan la participación en sentido estricto, como formas distintas a la autoría por no contener el dominio del que se habla.

Formas de autoría.

En la comisión del hecho punible se puede actuar de diversas maneras:

- a) **Autoría directa o inmediata:** Para Berdugo Gómez de la Torre *“Autor principal o directo es el sujeto que domina la acción, realizando personalmente el comportamiento descrito en el tipo penal”*.⁷⁴ El Código Penal en su artículo 33 determina que: *“los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito”*; la común característica de los conceptos, tanto doctrinal como normativo, radica en la exigencia para el autor directo que el hecho debe ser consumado “por sí”, tratándose del dominio objetivo de la propia voluntad.

⁷⁴ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, “Lecciones de Derecho Penal”, Parte General, págs. 247 y 248.

En el delito de Pornografía con Menores e Incapaces art. 173 Pn., el autor directo es quien produce, exporta, financia, distribuya... este tipo de material; debiendo tener el dominio de la acción.

b) Autoría Mediata: No puede excluirse la autoría en el supuesto de acciones de intermediación o complementarias de otras personas, destinadas a la realización del supuesto de hecho. Welzel señala que *“El autor no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no sólo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo, tratándose de una autoría mediata”*.⁷⁵ Es entonces aquella donde el autor no realiza directa y personalmente la comisión del delito, sino sirviéndose de otra persona, que es quien la efectúa, basándose en el dominio de la voluntad, se pueden dar dos ejemplos para precisar el delito de pornografía con menores e incapaces.

Cuando es cometido por cualquier persona, puede suceder que el instrumento obre coaccionado; por ejemplo, “A” (autor mediato) amenaza a “B” (instrumento) con matar a su hija, si no exporta videos pornográficos a México con su nombre, accediendo “B” a lo solicitado, porque constato que su hija si corría peligro de muerte; no obstante el ejemplo anterior comienza con apariencia de

⁷⁵ Welzel, Hans, “Derecho penal Alemán”, Parte General, Edición XI, pág. 146.

haber posibilidad de autoría mediata pero termina en la categoría de Culpabilidad en el Elemento de No Exigibilidad de un Comportamiento conforme a Derecho, específicamente la causal de Coacción Psicológica o Vis Moral, donde la voluntad del autor está viciada.

Se ha clasificado este delito como de intervención psicológica, el cual no requiere la intervención física y directa del sujeto, según el caso en concreto, es decir las formas de comisión del mismo, porque es delito alternativo por tanto, la pornografía en menores e incapaces puede considerar la comisión valiéndose de otro para su realización, concibiéndose la autoría mediata, de tal forma por ser injusto de propia mano no admite la posibilidad de esta figura.

c) **La Coautoría:** se encuentra regulado en el art. 33 Pn., es cuando el delito se realiza conjuntamente por varios sujetos; Velásquez Velásquez depone noción completa de las características generales de la coautoría, afirmando que *“Esta forma de autoría se manifiesta cuando varias personas, previa celebración de un acuerdo común, realizan un hecho mancomunadamente, mediante una contribución objetiva a su cumplimiento; dicha figura se basa también en el dominio del hecho, que aquí es colectivo, por tanto, cada coautor domina todo el suceso en unión de otro o de otros”*.⁷⁶

⁷⁶ Velásquez Velásquez, Fernando, “Derecho Penal”, Parte General, pág. 544.

Elementos de la coautoría:

- Co-dominio del hecho: el Código Penal exige la ejecución conjunta, si el imperio del hecho es el elemento general de la autoría, el co-dominio se convierte en el elemento esencial para esta forma de autoría colectiva, en el sentido que cada autor tiene en sus manos la potestad del hecho, a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo, Por Ejemplo: cuatro sujetos deciden cometer la infracción penal de Pornografía con menores e incapaces mediante la modalidad de producir, teniendo todos influencia en la acción, por la distribución de las actividades que cada uno realizara.

- Plan común para ejecutarlo: el co-dominio del hecho es consecuencia de la decisión conjunta, por tanto, no puede existir sin la presencia del acuerdo ejecutivo. Cada uno de los coautores responderá hasta donde alcanza el acuerdo reciproco; por consiguiente no existe responsabilidad por el exceso del otro. La diferencia con la complicidad, es que la coautoría no tiene subordinación a la voluntad de uno o varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del injusto: así por ejemplo: Tres sujetos pueden llegar a un acuerdo para delimitar que actividades realizaran cada uno al momento de embarca las películas pornográficas para ser exportadas.

- Contribución objetiva del coautor: la existencia para la coautoría no solo requiere de la decisión común al hecho, sino también del aporte objetivo al mismo. Debe determinarse que existe cooperación sin la cual dicho actuar no

hubiera podido cometerse, se utiliza la formula de la supresión mental “*conditio sine qua non*”, de modo que si se suprime mentalmente el aporte y la ejecución no puede realizarse, habrá la contribución necesaria. Si falta la colaboración objetiva en el hecho, aunque participe en el plan, no habrá coautoría. Los tres sujetos que deciden realizar el injusto de Pornografía mediante la modalidad de producir este tipo de material, distribuidas sus actividades, que uno contribuirá con el papel filmar, el otro dirigirá la filmación y el ultimo lo editara, son actividades que si uno de ellos falla en su ejecución, la producción no podrá cometerse.

También serán coautores quienes al consumir el tipo, realizan las intenciones especiales mencionadas en la ley, en el caso que puede ser cometido por cualquier persona la producción , distribución, venta... de material pornográfico; además se exige la intención especial del ánimo libidinoso o pecuniario.

2.2.9. PARTICIPACIÓN.

Analizada la autoría en sus diferentes eslabones procede examinar las restantes formas de responsabilidad penal por intervención en el delito.

La definición de participación puede apreciarse doctrinariamente de dos maneras⁷⁷, en un sentido amplio: son todas las formas posibles de intervención en el hecho, ya sea en calidad de autor, instigador o cómplice. En sentido estricto: son los sujetos que prestan ayuda para la comisión de un delito y los que determinan la voluntad de otro para que lo cometa.⁷⁸ Quien

⁷⁷ Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal”, Parte General, Edición III, pág. 647.

⁷⁸ Trejo Escobar, Miguel Alberto, “Autoría y Participación en Derecho Penal”, pág. 145.

después de la terminación material del hecho, con conocimiento de la perpetración del injusto y sin acuerdo previo apoya al autor, no participa, sino que encubre.

Formas de Participación.

- **Instigación:** es la acción de determinar a otro dolosamente en forma directa a la comisión del ilícito, el art. 35 Pn., dice literalmente que:

“Son instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito”

Si se analiza el artículo transcrito se determina que la intervención en el hecho debe ser dolosa, puede darse el caso que “A”(agente provocador) obre de forma dolosa en “B”, para que financie la producción pornográfica, sin que este conozca el contenido del mismo.

- **Complicidad:** es el que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal, presta al autor o autores ayuda para la comisión del mismo. El art. 36 Pn., regula esta modalidad y hace la distinción entre *complicidad necesaria o primaria*, aquella donde el sujeto aporte, en la etapa preparatoria del delito, sin el cual no hubiera podido cometerse, y la *no necesaria o secundaria* es cuando la ayuda haya sido prescindible para la comisión del delito.

La idea de cooperación necesaria encierra los mayores problemas para distinguir entre las clases de complicidad, la doctrina ha intentado esclarecer a

través de la teoría de los bienes escasos⁷⁹, que define al “cooperador necesario” como el que contribuye al hecho con una cosa o actividad difícil de obtener, y complicidad no necesaria, la cooperación que se puede adquirir fácilmente.

También surge el problema de separar la complicidad necesaria de la secundaria en el delito de Pornografía, sin duda alguna, quien facilita la fotografía del menor de edad para completar la elaboración del retrato erótico, mediante la manipulación de esta “*Pornografía Simulada*”, adoptara la conducta de cómplice necesario; mientras que quien proporciona la fotografía para elaboración de esta, y así obtener el producto, su actuar es prescindible, debido que si no la hubiese proporcionado, lo podría haber hecho otro, será entonces cómplice no necesario.

2.2.10. CONCURSO DE DELITOS.

Constituye dispositivo amplificador del tipo penal y se configura cuando a una persona se le llama a responder de varias violaciones de la ley penal. Se clasifican así:

- *Concurso ideal propio*. Existe cuando el autor, mediante la única acción ontológica-normativa, realiza al mismo tiempo una pluralidad de tipos penales, homogéneos o heterogéneos, que no se excluyen entre sí.
- *Concurso ideal impropio*. Es también denominado medial y se presenta cuando el ilícito es medio necesario para la comisión de otro.

⁷⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique, ““ Autor y Cómplice en el Derecho Penal”, pág. 151.

➤ **Concurso Real:** Se presenta cuando existe pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o varios tipos penales, realizadas por la misma persona, y que concurren para ser juzgada en mismo proceso.

Es difícil probar la Utilización de Menores e Incapaces, porque es un delito donde concurre la sutil diferencia en relación a las otras conductas delictivas relativas a la indemnidad sexual, esto porque todos los comportamientos sexuales no previstos en los tipos penales mencionados, recaen en el delito de Pornografía Infantil.

La pornografía con menores e incapaces supone la alteración en la psiquis del sujeto que es utilizado para esta; sin embargo, el delito es de mera actividad y de peligro concreto, por eso se puede considerar el problema para determinar si procede el concurso de delitos.

Se considera que este tipo penal es de carácter residual, pero ello no exime la posibilidad del concurso, fundamentalmente porque la pornografía infantil es término amplio, que protege la indemnidad e intangibilidad sexual, a efecto que el menor o incapaz pueda desarrollarse sexualmente en plenitud, sin la intervención prematura de sujetos.

El concurso puede producirse en determinadas circunstancias, en donde el autor del hecho, además de cometer otro tipo penal, está Utilizando en pornografía

al menor o incapaz. Se considera de esta forma porque inicialmente se debe realizar la acción constitutiva del tipo distinto a la pornografía, trayendo como consecuencia esta última.

Existen acuerdos doctrinarios que consideran que no es posible el concurso de delitos con los otros tipos que protegen la indemnidad e intangibilidad sexual, porque regula únicamente las conductas sexuales no instauradas en los otros tipos de esta naturaleza y porque protege el mismo bien jurídico.

Es posible la existencia del concurso de ilícitos ideales con la pornografía de menores y los tipos regulados en el capítulo tercero del código penal, porque al realizar las conductas en las normas penales, se está promoviendo o facilitando, según el caso en concreto, la pornografía en menor o incapaz por las razones siguientes:

- La pornografía implica alteración en el aspecto psíquico del sujeto pasivo.
- Existe eminente peligro en la indemnidad sexual del menor o incapaz al realizar estas acciones, porque se puede alterar el desarrollo sexual del menor.
- El tipo de pornografía de acuerdo a la forma como se realicé no exige que se presente el resultado material, bastando la simple consumación de la acción y la puesta en peligro del bien jurídico.

Caso de especial tratamiento es la promoción a la prostitución, esto porque se está pagando al menor de edad, para que este sea grabado teniendo sexo con otra persona y posteriormente reproducir, distribuir o vender el mismo. Se utiliza en pornografía a este, induciéndolo a que se prostituya y a la vez afectando con ambos comportamientos el desarrollo sexual del menor.

➤ **DELITO CONTINUADO.**

En el código penal se encuentra regulado en el artículo 42. “*Se presenta cuando el agente realiza diversos actos parciales conectados entre sí con una relación de dependencia de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción*”⁸⁰

Comete el ilícito continuado quien mediante dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el sujeto de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución realizan varias infracciones de la disposición legal que protegen el mismo bien jurídico aun cuando fueren de distinta gravedad.

Requisitos:

La doctrina ha determinado criterios para la ejecución de esta figura jurídica:

1. “*Se debe llevar a cabo el mismo tipo penal o uno que en lo esencial contenga idénticos elementos objetivos y subjetivos, esta figura debe realizarse de manera*

⁸⁰ Fernando Velásquez Velásquez Código Penal Parte General pág. 512

homogénea, es admisible la figura cuando el agente para ejecutar su actividad, realizando el tipo penal correspondiente, modificado por la presencia del elemento típico que la agrava o lo atenúa”.

2. Es necesaria la afectación del mismo bien jurídico, este concurso solamente se puede dar ante los valores jurídicos de carácter impersonales como el patrimonio y la administración pública, esto porque doctrinariamente para efectos punitivos se considera que la lesión o puesta en peligro de intereses jurídicos personales: (la vida, libertad e integridad física) son casos de concurso ideal homogéneos siempre y cuando se realice el ilícito sobre varios sujetos titulares del mismo bien jurídico.
3. Debe existir la unidad del fin como elemento subjetivo de la figura jurídico penal significando que el agente al efectuar la acción punible violación, tiene el propósito de realizar el ilícito sobre el mismo sujeto pasivo durante varias ocasiones, debiendo demostrarse en esta situación el dolo de continuación, entendido como la Aprobación Psíquica de carácter homogénea por parte del autor frente a la misma situación del hecho. El sujeto activo enfrenta la misma situación con la unidad al final (violación) requiriéndose que este siga el plan comprensivo de los diversos actos particulares determinándolos en líneas generales sin demandar precisión hasta de los mínimos detalles.

4. La identidad específica del comportamiento delictivo es necesario para configurar el delito continuado del supuesto de hecho realizado mediante actos similares y reunión, teniendo el agente la misma calidad “*No se presenta la institución en estudio cuando el tipo penal se lleva a cabo mediante actos de carácter positivos y omisivos al mismo tiempo o si el agente asume diversos comportamientos como autor, cómplice o instigador*”⁸¹
5. Unidad del sujeto pasivo con el activo. También es indispensable para la configuración del delito continuado que el comportamiento punible sea efectuado por el mismo agente y que recaiga sobre idénticos sujetos pasivos.

De acuerdo al análisis de esta figura en concordancia con el injusto de Pornografía de Menores e Incapaces; encaja en la misma, en el caso que el agente produzca varios videos de naturaleza erótica sexual con el mismo menor o incapaz, concurriendo con tal comportamiento los requisitos antes mencionados.

➤ **DELITO MASA**

Esta figura fue creada por la doctrina española con el propósito de regular aquellos actos constitutivos de delito continuado en donde se lesiona o amenaza interés de carácter relevante, cuya titularidad pertenezca a pluralidad de sujetos pasivos se define como: “*Aquel evento en el cual el sujeto activo, mediante la realización de*

⁸¹ Fernando Velásquez Velásquez Código Penal Parte General pág. 575

*uno o varios actos que, considerados de manera independiente constituían un solo delito o contravención pone en ejecución un plan criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas que en principio no aparecen unidas entre si por vinculo jurídico alguno*⁸²

El código Penal lo instituye en el art. 43; por ejemplo: Cuando en la producción de una película pornográfica el agente utiliza a varios menores de edad dentro del mismo rodaje, el hecho deberá estimarse en conjunto como un solo ilícito, el cual será utilizado únicamente para impedir la impunidad o tratamiento injustificado de los hechos considerados individualmente.

➤ **CONCURSO APARENTE DE LEYES**

*“Se presenta en apariencia hay un fenómeno de concurrencia de tipos penales para gobernar una conducta”*⁸³

Es la situación que se presenta cuando del análisis del hecho factico se concluye que la misma acción puede aplicarse a mas de dos tipos penales, en la legislación penal no se encuentra regulada esta figura, como en la mayoría de los países, según Velásquez Velásquez es la interpretación, pauta para resolver este conflicto. Requisitos:

1. Se requiere unidad de acción. Esto es así porque en el concurso aparente existe supuesto factico de concurso de tipos penales sobre una sola acción.

⁸² Ibid, pág. 575

⁸³ Ibid, pag. 578

2. Debe presentarse pluralidad de tipos de manera aparente concurriendo para gobernar la acción.
3. El sujeto activo debe ser unitario.

La doctrina ha instituido principios de interpretación para determinar con certeza las situaciones en que exista el concurso aparente de leyes.

Principio de Especialidad

Cuando en el supuesto de hecho se reproduce elementos constitutivos de tipos penales se aplicara el que caracteriza de manera precisa al hecho o al autor añadiendo elementos adicionales.

Principio de consumación

En el supuesto de hecho concurren dos tipos penales, el primero más gravoso que el segundo, se debe aplicar el primero.

Principio de Subsidiariedad

Supone la aplicación auxiliar del tipo penal cuando no interviene otro que de manera principal subsuma dicha conducta.

2.2.11. PORNOGRAFÍA INFANTIL AGRAVADA.

Se regula en la ley penal la protección del menor de edad e incapaces, de toda acción que pueda crear prematuramente en ellos hábitos sexuales.

La disposición establecida en el artículo 173 del Código Penal regula el tipo básico de utilización de menores e incapaces en actos de naturaleza sexual.

La ley penal se vuelve severa en sus sanciones, cuando tales actos son efectuados por sujetos activos ostentando cualificación especial o ciertas condiciones. Según instituye el artículo 173-B del Código Penal.

“Serán sancionados con la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte del máximo establecido de la pena y la inhabilitación del ejercicio de su profesión durante el tiempo que dure la condena”, si cualquiera de las acciones descritas fuera realizada por:

- 1. Ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados, cónyuges, conviviente y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
- 2. Todas las personas contempladas en el Art. 39 de este Código;*
(Funcionarios públicos, Autoridad pública, Empleados públicos, municipales y Agente de autoridad.)
- 3. La persona encargada de la tutela, protección o vigilancia de la víctima; y,*

4. Toda persona que prevaliéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.

En cuanto a la agravante derivada del grado de parentesco de la víctima del ilícito que se investiga, es aberrante y reprochable la conducta efectuada por el agente que tiene alguna cualidad especial antes citada; agravándose esta por la posición de garante que tiene el padre para con su hijos, adoptantes...; considerando el hecho que al asumir esta posición tiene la obligación de salvaguardar y cuidar al menor o incapaz en su caso, no perjudicándolo en su desarrollo integral con dicho accionar. De igual forma la agravante del número tres y cuatro el agente tiene posición de garante frente al sujeto pasivo, deducido esto por lo determinado en la norma.

El abuso de autoridad puede provenir del maestro, sacerdote, enfermera, del director del colegio o guía de un grupo de servicios a que el menor pertenezca, entre otros.

Aquellos que tengan en sus manos la educación, guarda del menor o incapaz, que gocen de título de vigilancia y estén obligados a darle educación o protección, abusando de esta calidad, utilizándola indebidamente para colaborar a su perversión, quedando comprendidos dentro de éste numeral.

En cuanto a la segunda agravante, implica que el autor de acuerdo al cargo que desempeña según el Artículo 39 del código penal, por el nivel de conocimiento y cultura es conocedor de derecho quien por tal compromiso debe respetar tal circunstancia, por ostentar tal calidad.

2.2.12. DERECHO INTERNACIONAL.-

Es la colección de razones jurídicas internacionales que regulan las leyes de los estados, y otros sujetos de derecho universal, representados por sus cortes supremas.

Está integrado por acuerdos entre estados –tales como Tratados Internacionales (denominados tratados, pactos, convenios, cartas), memorándum o memoranda (según el caso), intercambio de notas diplomáticas, enmiendas, anexos y protocolos de tratados, entre otros– como también por la costumbre internacional, que se compone a su vez de la práctica de los Estados, reconociendo obligatoriamente principios generales del derecho.

El Ius internacional se nutre de los acuerdos al que llegan los Estados en el marco de los organismos multilaterales, comprometiéndose aplicarlos en su territorio.

El Artículo 144 de La Constitución expresa la ratificación de los tratados, constituyéndose leyes de la República Salvadoreña al entrar en vigencia. Se analizaran los convenios celebrados y confirmados entre El Salvador con los demás

países del mundo, respecto a la regulación del ilícito “**Utilización de Menores e incapaces en Pornografía**”, siendo los siguientes:

A) DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE:

Fue el primer acuerdo internacional, anticipando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada seis meses después. El valor jurídico de ésta ha sido discutido, debido a que no forma parte de la Carta de la OEA y tampoco ha sido considerada como tratado.

La *Declaración* está antecedida por varios considerandos, consta de un preámbulo con dos capítulos; el primero dedicado a los derechos, el segundo a las obligaciones. En total está integrada por 38 artículos.

El Preámbulo inicia con la frase “*todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” regulando principios básicos referidos a derechos humanos.

Capítulo Primero: Derechos

“Derecho..., a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona”

Artículo I: *“Todo ser humano tiene derecho..., a la libertad y a la seguridad de su persona”.*

En el tipo penal Utilización de Menores e Incapaces en Pornografía se protege la libertad sexual, bien jurídico del cual se derivan específicamente la

indemnidad e intangibilidad sexual, es decir la facultad de la persona menor de edad que le permite autodeterminarse en lo referente al sexo, no permitiendo el desarrollo prematuro de tales individuos.

B) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS:

Considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca, así como de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

La Asamblea General *proclama la presente* Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común, donde todos los pueblos deben esforzarse, a fin que los individuos como las instituciones promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos o libertades que aseguren con medidas progresivas de carácter nacional e internacional su aplicación universal, tanto los Estados Miembros como entre territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1. *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.*

Artículo 2 *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.*

Artículo 3 “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”.

De la lectura de los artículos antes citados, se infiere la protección a los bienes jurídicos regulados en el art. 173 C.Pn., por determinar la libertad como valor fundamental de todas las personas, sin importar condición inclusive la edad.

C) CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS:

Los Estados firmantes de la presente Convención, con el propósito de consolidar el régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; reconociendo que éstos no emanan del hecho de ser nacional en determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican la protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los países americanos; considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados o desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”.

Artículo 19. Derechos del Niño

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

El Salvador habiendo ratificado esta Convención, se obliga a garantizar el libre y correcto desarrollo de los menores de edad e incapaces, es por ello que se ha elevado como bien jurídico la indemnidad e intangibilidad sexual de estos.

D) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el día 20 de Noviembre de 1989, firmada por El Salvador el 26 de enero y ratificada el 27 de abril de 1990, constituyendo el más importante instrumento jurídico de carácter universal de protección a los derechos de la infancia.

El Acuerdo contiene los Derechos Fundamentales de la niñez.

Primeramente se debe saber a quienes protege esta norma internacional, esto se encuentra regulado en el Art. 1 que expresa: *“Para los efectos de la presente Convención,*

se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Expresamente la presente Convención prohíbe la Utilización de menores e incapaces en pornografía en su artículo 34 que literalmente dice:

“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;

c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

Dejando claro que por medio de la ratificación de esta convención, El Salvador, como país firmante, se encuentra comprometido y obligado internacionalmente a la Protección de los menores de edad, contra toda practica que interfiera en su correcto desarrollo integral, ya sea este entorpecimiento de carácter físico o Psíquico.

2.2.13. JURISPRUDENCIA

Las reiteradas interpretaciones que realizan de las normas jurídicas los tribunales en sus resoluciones, constituyen Fuentes del Derecho. Son definidas como el conjunto de fallos firmes y uniformes dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado.

En su acepción originaria, conforme a su derivación de las voces *prudencia iuris*, significo "*conocimiento del Derecho*". Actualmente la palabra *Jurisprudencia* puede ser entendida de varias formas, aunque siempre sea dentro de los parámetros conceptuales básicos. En la terminología jurídica actual esta se refiere de forma concreta, a la elaborada por el Tribunal Supremo, excluyendo el resto de los Juzgados.

Cuando la magistratura interpreta y aplica la norma vigente en sus sentencias lo hará adoptando determinado criterio. Bajo esa premisa también se denomina jurisprudencia a la decisión que corrientemente se adopta al caso en particular.

Examinada la jurisprudencia existente en la Honorable Corte Suprema de Justicia y de Tribunales de Sentencia ubicados en el territorio nacional sobre el delito de Utilización de Menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales en pornografía, y siendo este de los tipos penales ubicados en el *TITULO IV DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, CAPITULO III OTROS ATAQUES A LA LIBERTAD SEXUAL, Artículo 173 del Código Penal*, obteniendo en lo

concerniente a las infracciones penales referidas: “Que los delitos sexuales son forma de reprimir todos aquellos ataques graves contra la autodeterminación sexual y cuando es un menor o incapaz la víctima se entorpece el libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, causándole graves trastornos físicos y psíquicos”.

Los medios comisivos para atentarse contra este bien jurídico son de diversa índole, por ello estos deben ser interpretados de forma generalizada y acordes al contexto sociocultural, porque al tratarse de menores, en doctrina se habla de indemnidad sexual, la cual se entrelaza con el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad, constituyendo elemento relevante a tomarse en cuenta, y es por eso que el legislador penal al darle protección a estos; en esta clase de injustos, siempre se encuentra en la mayoría de estos tipos penales regulada una agravante específica.⁸⁴

En relación al fenómeno social de Pornografía dentro de la Jurisprudencia Nacional no se tuvo acceso a las Sentencias existentes; razón por la cual se utilizara jurisprudencia extranjera, encontrándose en la Legislación del Tribunal Superior de Colombia el Proceso No 28221:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 170 Bogotá, D.C., doce de septiembre de dos mil

siete. VISTOS:

⁸⁴ (Sentencia 73-CAS-2004 de las 09:30 horas del día 9/11/2004).

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado ADOLFO LEÓN GUARNIZO OLARTE, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 14 de mayo del año en curso, mediante la cual se confirmó con modificaciones la proferida el 28 de marzo del mismo año por el Juzgado Penal del Circuito de Envigado, condenando al procesado a la pena principal de 16 años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, actos sexuales con menor de 14 años y pornografía con menores.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La sentencia de segundo grado los narró de la siguiente manera:

“El 22 de diciembre de 2006, el menor C.L.G., de 13 años de edad, denunció al señor ADOLFO LEÓN GUARNIZO OLARTE por haber realizado en el mes de noviembre anterior, mediante el ofrecimiento de \$50.000 pesos, un video pornográfico en el cual le pidió que se desnudara y luego lo acarició, le besó el cuerpo y los genitales y lamió su miembro viril, lo que ocurrió un sábado a las 8:00 a.m., en la casa de una señora Olga que le hacía de comer a ADOLFO. De igual modo denunció el menor que, en la misma casa, un sábado a las 10 a.m., a finales de ese mes de noviembre de 2006, previo el ofrecimiento de una suma de \$75.500.000 de pesos (sic), ADOLFO filmó otro video de unos 40 minutos, para un festival de homosexuales, según le dijo el acusado quien, sin desvestirse en momento alguno, ni pedirle que lo tocara a él, lo besaba en la boca, le succionaba el pene y luego le mostraba los videos, en uno de los cuales estaba su amigo

J.A.P.S., de 13 años de edad, a quien le hacía las mismas cosas que a él; agrega el joven denunciante que en las dos ocasiones alcanzó a eyacular y que ADOLFO nunca le dio dinero por esos videos, pese a las promesas que le hizo. Similares acciones narra el joven J. A. P. S. en su entrevista llevada a cabo el 24 de enero de 2007 (fls. 11-12). Al observar los videos, la Fiscalía encontró evidencias de acceso carnal abusivo con los menores”.

El 25 de enero de 2007 fue capturado ADOLFO LEÓN GUARNIZA OLARTE durante la diligencia de allanamiento a su residencia, en la cual se encontró abundante material pornográfico con menores de edad, y en la misma fecha fue presentado ante el Juez Primero Penal Municipal de Envigado, con funciones de Control de Garantías, funcionario ante quien se legalizó la captura y se formuló imputación por un concurso material homogéneo y heterogéneo de accesos carnales abusivos, actos sexuales abusivos y pornografía, todos con menor de 14 años (artículos 208, 209 y 218 del Código Pena Colombiano).

En la misma diligencia, el procesado, asesorado por su defensor, aceptó los cargos imputados, motivo por el cual el 12 de marzo de 2007 se le llevó a una audiencia de formulación de acusación ante el Juez Penal del Circuito de Envigado, con funciones de Conocimiento, en el curso de la cual el funcionario le preguntó al imputado si la aceptación de los cargos había sido voluntaria, libre, asesorado por la defensa y entendiendo las consecuencias de dicho allanamiento, respondiendo afirmativamente. Ante esa manifestación, el Juez de Conocimiento aprobó la aceptación de la imputación, así como el acuerdo concertado sobre una rebaja del 40%.

Por ser relevante para la decisión que ha de tomarse, la Sala se permite transcribir el aparte pertinente de la audiencia, donde se verifica ese acto de voluntad:

***Juez:** “¿Dígame señor Guarnizo Olarte si usted entiende exactamente con claridad absoluta las razones de que se continúe con la aceptación del cargo y que no tiene beneficio alguno respecto de ello, si ello lo hace igualmente como se le había preguntado en forma voluntaria, libre, espontánea y con conocimiento de la responsabilidad que le asiste al reconocer su culpabilidad.?”*

***Acusado:** “Sí lo entiendo señor Juez.”*

***Juez:** “¿Eso es libre, voluntario.?”*

***Acusado:** “Sí señor Juez.”*

***Juez:** “¿Sabe que no tiene ningún beneficio al respecto.?”*

***Acusado:** “Sí, ya lo sé señor juez, no hay ningún problema.”*

***Juez:** “Verificado entonces por parte de este despacho por lo menos en forma mínima las fotografías se entiende que existe prueba para dictar la sentencia respectiva y sobre la*

responsabilidad del autor del mismo. Aprueba por tanto esta judicatura el allanamiento a la imputación y nuevamente la aceptación que hace el señor Adolfo León Guarnizo Olarte al respecto no obstante las advertencias de la Ley 1098 de 2006 en cuanto que no tiene beneficio alguno. Anuncio por tanto que el sentido del fallo será de carácter condenatorio por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce de años, actos sexuales con menor de catorce de años y pornografía con menores, en concurso material homogéneo y heterogéneo, de conformidad con los artículos 208, 209, 218 y 31 del Código de Procedimiento Penal, circunstancias que conllevan la agravante respectiva. Igualmente se condenará a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas...”

En consecuencia, con fecha 28 de marzo del año en curso, se dictó la sentencia de primera instancia en la que se impuso al allanado la pena principal de 20 años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, no sin antes advertirse, en el acápite destinado al acervo probatorio, que en el expediente obraban, entre otros elementos, el formato único de la noticia criminal; copia del registro civil de nacimiento del menor C.L.G., corroborando su edad menor de 14 años; entrevistas con los menores J.A. y C.L.; manuscrito del último en el cual narra los hechos acaecidos y la forma en que fue manipulado por ADOLFO LEÓN; acta de incautación, entre otros, de 328 fotografías con contenido pornográfico y 10 tacos de VHS con material obsceno; ampliación de la entrevista con el menor J.A. y copia de su tarjeta de identidad en la que se constata que para la fecha de los hechos tenía 13 años de edad.

La sentencia de primera instancia fue impugnada por el sentenciado, dando lugar al fallo de segunda instancia del 14 de mayo de 2007, en el que se confirmó la decisión de condena pero se rebajó la pena principal y accesoria impuesta a 16 años.

Contra esta decisión, la defensora de ADOLFO LEÓN GUARNIZO OLARTE presentó en tiempo demanda de casación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Un solo cargo al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 formula la defensora del procesado, alegando que la misma se profirió en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa e irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, citando como normas violadas los artículos 5 y 8 del Código de Procedimiento Penal 29 y 250 de la Carta Política.

En orden a fundamentar el cargo aduce que la única asesoría que el defensor público designado le suministró a su cliente fue la que lo llevó a admitir los cargos imputados, sin ofrecerle explicaciones sobre las consecuencias del allanamiento a la imputación.

Cita un antecedente jurisprudencial de la Sala sobre el ejercicio de la defensa técnica y aduce que en este caso el defensor público no realizó gestión alguna para controvertir las imputaciones que le fueron hechas al procesado, al punto que en el momento de la lectura del fallo, al observar que ninguna oposición hizo su defensor, tuvo que impugnar por iniciativa

propia la sentencia, momento en el cual el juez indujo al defensor para que explicara al sindicado los términos en que debía aducir su inconformidad.

Sostiene que de igual forma se violó el principio de investigación integral, porque las pruebas practicadas por el instructor no llevan a la verdad real, sino que se limita a averiguar lo desfavorable al procesado, lo cual, además, vulnera la imparcialidad que debe presidir toda actuación judicial, y por tanto, el derecho de defensa.

Refuta que en el presente caso no se haya practicado un reconocimiento médico legal, porque los menores no acudieron a la cita que para el efecto se les hizo, cuando el delito juzgado requería de este medio de prueba para establecer su materialidad. Por lo tanto, agrega, no se cumplió con el principio de legalidad y por ende con los preceptos del bloque de constitucionalidad, pues así el procesado se hubiese allanado a la imputación, no podía establecerse el acceso carnal y los actos sexuales con las solas fotografías incorporadas.

Afirma que contra esas actuaciones violatorias el defensor no hizo reparo alguno, llevando a su cliente a aceptar la responsabilidad por hechos que en realidad nunca existieron, ya que los videos contienen simulacros porque nunca se accedió carnalmente a los menores, ni hubo acto sexual con los mismos.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia y se declare la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de la acusación para que se rehaga la actuación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala ha precisado que el acusado o su defensor tienen interés jurídico para recurrir por vía de apelación e, incluso mediante la casación, la sentencia obtenida a través de la aceptación de cargos en el nuevo sistema penal acusatorio, si la alegación se refiere a la vulneración de sus garantías fundamentales, o al quantum de la pena y los aspectos operacionales de la misma, pero no así cuando se pretende discutir aspectos relacionados con el injusto y su responsabilidad. Así lo señaló, entre otras, en la sentencia de casación del 20 de octubre de 2006⁸⁵:

"La aceptación de cargos es precisamente una de las modalidades de terminación abreviada del proceso, que obedece a una política criminal cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia mediante el consenso de los actores del proceso penal, con miras a que el imputado resulte beneficiado con una sustancial rebaja en la pena que habría de imponérsele si el fallo se profiere como culminación del juicio oral, de una parte, y de otra, que el Estado ahorre esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento.

⁸⁵ Radicado No. 24.026

"En tal actuación y en el marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del procesado, que decide allanarse a los que le fueron formulados en la audiencia de imputación con el fin de obtener una rebaja significativa en el quantum de la pena -como ocurre en este caso-, no hay lugar a controvertir con posterioridad a la aceptación del allanamiento por parte del Juez, la lesividad del comportamiento, o a aducir causales de justificación o de inculpabilidad.

"En otras palabras, luego de que el Juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 293 de la ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.

"Por lo mismo, y es una primera conclusión, la demandante carece de interés para controvertir en sede de casación (y desde luego también en las instancias) aspectos relacionados con el injusto y su responsabilidad. En consecuencia, la Corte se abstendrá de considerar, por esas razones, el tercer cargo de la demanda.

"Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal supe toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación.

"De ello se sigue una segunda conclusión: el procesado tiene facultad para discutir en apelación y posteriormente alegar en casación la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena y los aspectos operacionales de la misma, aspecto éste último que le está vedado controvertir a quien preacuerda con la fiscalía los términos de su responsabilidad y el quantum de la pena, siempre y cuando el Juez, como le corresponde, los haya respetado (inciso 4 del artículo 351 ley 906 de 2004)".

Interpretación concordante con el contenido del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, en cuanto preceptúa que la aceptación de la imputación por parte del indiciado no admite retractación, cuando la misma es voluntaria, libre y espontánea:

“Artículo 293. Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y la sentencia”.

El precepto en cuestión fue revisado por la Corte Constitucional y declarado conforme a la Carta Política en la sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005, en la que precisó que el principio de irrevocabilidad -con antecedentes en la admisión de fallos anticipados en nuestro ordenamiento procesal a partir de 1.991 y con mayor preponderancia e incidencia procesal en el sistema acusatorio actualmente vigente-, es consecuente con el ejercicio de la facultad que el indiciado tiene de renunciar a algunas garantías en virtud de la aceptación de los cargos por iniciativa propia o de la celebración de acuerdos con la Fiscalía, con el cometido de terminar anticipadamente el proceso y lograr así a cambio una rebaja de la pena imponible.

En el aludido fallo advirtió la Corte Constitucional que si el imputado o procesado renuncia a las garantías de guardar silencio y/o al juicio oral, corresponde al juez de control de garantías o al de conocimiento verificar que se está frente a una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa (artículo 131); que los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía no pueden comprometer la presunción de inocencia y sólo proceden si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (artículo 327); que los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al Juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan las garantías

fundamentales (artículo 351) y que serán inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor (artículo 354).

Como en el presente caso la demandante alega que a su defendido se le vulneraron sus garantías fundamentales porque no se le informó debidamente sobre las consecuencias de la aceptación anticipada de la imputación, surge claro el interés que en ese específico aspecto le asiste para recurrir en casación los fallos de instancia.

No obstante, el trámite procesal que reseñó la Sala en los antecedentes del caso, deja en evidencia que en desarrollo de la audiencia de formulación de la imputación, que lo fue por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, actos sexuales con menor de 14 años y pornografía con menores, y especialmente en la audiencia de formulación de la acusación, el juez explicó y llamó la atención al procesado –insistentemente por demás- sobre el entendimiento que tenía de las consecuencias de aceptar los cargos que la Fiscalía le estaba haciendo, a lo cual contestó afirmativamente.

Lo anterior descarta la alegación de la demandante sobre la vulneración de las garantías fundamentales del procesado, pues de acuerdo con el trámite destacado, insiste la Sala, el procesado aceptó en forma libre y perfectamente comprendida las implicaciones de allanarse a los cargos que se le habían formulado, cuando admitió que conocía con claridad absoluta las consecuencias de la aceptación de su responsabilidad en ellos, advertido incluso que de acuerdo con la Ley 1098 de 2006 no tenía derecho a beneficio alguno adicional.

De otro lado, dadas las condiciones en que se produjo el allanamiento a la imputación formulada contra ADOLFO LEÓN GUARNIZO, surge claro la carencia de interés para discutir en esta sede aspectos relacionados con la existencia de los delitos imputados o la responsabilidad del procesado, pues, se reitera, el allanamiento a la imputación, en tanto se respeten las garantías procesales en los términos indicados, no admite posibilidad alguna de su retractación y por tanto la propuesta impugnatoria que busque dicho efecto debe ser rechazada.

Y como de ese talante son las críticas que trae la demandante sobre los elementos de juicio en que se basó el juzgador para acreditar la existencia de los delitos de acceso carnal y acto sexual abusivo con menor de catorce años, no queda a la Sala alternativa alguna que rechazar este aspecto de la demanda por carencia de interés.

Sumadas las anteriores razones, se inadmitirá la demanda presentada a nombre del procesado ADOLFO LEÓN GUARNIZO OLARTE, porque además de que no se observa que sus garantías fundamentales hayan sido desconocidas, tampoco se precisa del fallo para el desarrollo de la jurisprudencia.

Cuestión final.

Habida cuenta que contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, impera precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación⁸⁶, como sigue:

a) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por cuyo medio la Sala decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal -siempre que el recurso no hubiera sido interpuesto por el Procurador Judicial-, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

⁸⁶ *Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.*

c) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

d) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del procesado ***ADOLFO LEÓN GUARNIZO OLARTE***.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad de los demandantes elevar petición de insistencia.

3. De acuerdo con lo establecido en el numeral 8° del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006, de darse la divulgación de la presente providencia, se deberá omitir el nombre de las víctimas o cualquier dato que las identifique o que conduzca a su identificación, por ser menores de edad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

ANÁLISIS Y COCLUSION.

La conducta atribuida al imputado según la relación de los hechos en la presente resolución, de conformidad al dispositivo amplificador del tipo Concurso Real Material homogéneo o Heterogéneo, se está en presencia de los Ilícitos de *accesos carnales abusivos, actos sexuales abusivos y pornografía, todos con menor de 14 años (artículos 208, 209 y 218 del Código Penal Colombiano)*. Habiendo conocido inicialmente en la presente el Juez Primero Penal Municipal de Envigado de la República de Colombia, con atribuciones de Control de Garantías; quien fue el encargado de salvaguardar los derechos fundamentales que el señor Olarte en calidad de imputado ostentaba, de igual forma en esta instancia donde se allano a los hechos, para así obtener disminución de la pena por los injustos antes citados; efectuando tal circunstancias después de haberse explicado se prosiguió con el debido proceso conforme a las leyes que rigen dentro del territorio Colombiano.

Análisis de La Sentencia: En ella se demuestran elementos descriptivos del tipo tanto esenciales como no esenciales, conteniendo: La conducta típica, los sujetos, el bien jurídico protegido, el resultado de peligro concreto, el nexo causal; los elementos descriptivos accidentales; los medios y el objeto.

La conducta típica en la sentencia es la realizada por el señor **ADOLFO LEÓN GUARNIZO OLARTE**, quien bajo la promesa de beneficiar de forma

económica a la víctima menor C.L.G., de 13 años de edad, para que este accediera y participase en un video pornográfico, situación que se repitió en dos ocasiones mediante la misma circunstancia, engañando al sujeto activo a su víctima prometiendo remuneración económica a cambio de acceder a sus pretensiones.

Los agentes, en la sentencia se encuentran como: sujeto activo el señor *GUARNIZO OLARTE*, cumpliendo con la norma en el sentido de instituir en el artículo “el que”, es decir cualquier persona sin hacer distinciones de edad, sexo, estado familiar, y el sujeto pasivo en el presente caso el menor C.L.G., de 13 años de edad, de tal manera estos elementos esenciales del tipo concurren en la sentencia.

El bien jurídico no se ha desarrollado en forma precisa en la sentencia, el tribunal únicamente menciona el menoscabo sufrido por parte del menor víctima, dicho interés preponderante “Indemnidad Sexual”, se infiere de esta, sin realizar razonamiento de este elemento descriptivo del tipo, además en la sentencia no se hace ninguna relación o mención al “adecuado desarrollo de la personalidad del menor e incapaz”, existiendo por tanto vacío en el fallo orientado a precisar y detallar el valor superior. Asimismo se ha señalado según la relación de los hechos conocidos por el tribunal el resultado de peligro en lesionar el valor jurídico del menor; sin embargo a estas circunstancias anteriores se obtuvo sentencia condenatoria la cual fue refutada por parte de la defensa del indiciado, en virtud de haberse sometido al procedimiento abreviado regulado en la legislación colombiana.

El medio empleado en los hechos para la consumación de los actos sexuales abusivos, es el engaño, como aspecto preponderante para que el señor Olarte lograra producir el Video Pornográfico con su víctima; además, en facilitar los lugares y los medios para la realización de la conducta típica, descrita por el legislador. En ese sentido como equipo investigador se considera que de los hechos conocidos por el tribunal si concurren los elementos del tipo, de tal forma configurando los delitos anteriormente mencionados.

En relación al elemento negativo de la Categoría Tipicidad **Error de tipo**, el cual recae sobre los elementos de este, en el ilícito analizado únicamente puede darse en el objeto sobre el cual va dirigida la acción, es decir la falsa apreciación de la apariencia en la edad del menor, situación que Guarnizo Olarte conocía perfectamente, no pudiendo alegar tal circunstancia para obtener disminución de la pena.

En el presente proceso penal lo relativo a la lesión de los bienes jurídicos tutelados en los artículos *208, 209 y 218 del Código Penal Colombiano* se ha logrado establecer con la transgresión y el daño efectivo a los mismos ocasionado por el indiciado; no admitiéndose por la naturaleza jurídica de los ilícitos causas de justificación.

Pasando a la categoría final de la teoría del delito “Culpabilidad”, se determina que el juicio de reproche normativo que recae sobre los comportamientos

efectuados por Guarnizo Olarte, se demuestra a través de los diferentes elementos que la integran: **Imputabilidad**, teniendo el indiciado la capacidad psíquica para motivarse de forma diferente; comprendiendo la **ilicitud de su actuar**, no recayendo en ningún error de prohibición directo, por haberle explicado el Juez de la causa lo concerniente a los ilícitos que se le atribuyen, allanándose de forma libre, espontánea y voluntaria a los hechos, además se le era exigible comportamiento conforme a derecho, estando a su alcance cumplir con los parámetros requeridos por la norma penal; no admitiéndose causas de exculpación (Miedo Insuperable, Coacción y Estado de Necesidad Disculpante). Como equipo investigador se considera que se ha cumplido con el análisis exhaustivo de las diferentes categorías del delito, es decir el señor Olarte realizó Acción típicamente antijurídica y culpable; en lo referente a la punibilidad en los comportamientos efectuados por el indiciado el legislador colombiano no estipula condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias o condiciones objetivas de procesabilidad para sancionar con la pena privativa de libertad los injustos comentados.

2.2.14. DERECHO COMPARADO

Ciencia que tiene como objeto el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos Jurídicos de dos o más países. En el estudio del delito de Pornografía con menores e incapaces es necesario realizar comparaciones entre las regulaciones penales con los distintos países de América Latina y Europa.

La Pornografía con Menores e Incapaces es la infracción penal que se encuentra regulada en muchas legislaciones del mundo, aunque con diversas formas y nombres, siendo posible la clasificación dentro del cuadro comparativo donde se determinan los contrastes e igualdades del precepto nacional con la regulación Extranjera comparada, por considerarse la importancia del fenómeno sociocultural objeto de estudio, como forma de garantizar el correcto desarrollo de las relaciones jurídicas de sus miembros.

PAIS	TIPOLOGIA	ESTRUCTURA DEL TIPO
E L S A L V A D O R	<p style="text-align: center;">UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFIA</p> <p>Art. 173.- “El que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la vos de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas, será sancionado con prisión de seis a doce años.</p> <p style="text-align: center;">Igual sanción se impondrá a quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior, en acciones pornográficas o eróticas”.</p>	<p>ELEMENTOS OBJETIVOS</p> <p>ACCION: Producir, reproducir, distribuir, publicar, exportar, ofrecer, financiar, vender, comercie o difundir, imágenes, utilice la vos de un menor de dieciocho o incapaz, en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas.</p> <p>SUJETO ACTIVO: “El”, significa que puede ser realizado por cualquier persona.</p> <p>SUJETO PASIVO: el menor de dieciocho años de edad, incapaz o deficiente mental</p> <p>BIEN JURÍDICO: Indemnidad e Intangibilidad sexual.</p> <p>NEXO CAUSAL: Es de carácter natural, la utilización del menor o incapaz, marca la consumación del ilícito, en actos sexuales eróticos de naturaleza sexual. (Producir, exportar, importar, distribuir y financiar)</p> <p>RESULTADO: La lesión al bien jurídico</p> <p>MEDIOS: Indeterminados o resultativos</p> <p>TIEMPO: irrelevante</p> <p>LUGAR: irrelevante</p> <p>OBJETO: Irrelevante</p> <p>ELEMENTOS SUBJETIVOS</p> <p>Dolo directo</p> <p>ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO “Animus Lubrico y Lucro”.</p>

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
P E R U	<p>Artículo 183-A.- Pornografía infantil</p> <p>El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o pública, importa o exporta 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.</p> <p>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.</p> <p>Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del Artículo 173, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.</p>	<p>1.-En Perú las modalidades de realización de las conductas son las mismas que en la Legislación Salvadoreña: la utilización de menores o incapaces, fabricar, distribuir, exhibir...</p> <p>2.-La Legislación Peruana guarda los mismos parámetros en relación al concepto de pornografía, las representaciones visuales y auditivas al igual que en El Salvador, retomando los mismos aspectos.</p> <p>3.-En el país comparado el bien jurídico tutelado es la indemnidad e intangibilidad sexual, al igual que en nuestro Código Penal, regulando el mismo interés jurídico.</p> <p>4.-En ambos países el tipo fundamental esta previsto para la generalidad de las personas, porque no determina cualidad especial del sujeto activo para su realización.</p> <p>5.-El Legislador Peruano incluye tácitamente el ánimo Lubrico en el precepto de Pornografía Infantil, al igual que el legisferante salvadoreño, que determino el mismo elemento distinto del dolo.</p>	<p>1.-El tipo penal Peruano únicamente se refiere a los menores de dieciocho años de edad a diferencia del artículo salvadoreño que incluye a los incapaces.</p> <p>2.-En Perú el parámetro de la sanción a imponerse es distinto, porque se toma en cuenta la edad cronológica de los menores, caso contrario que en El Salvador el castigo está referido en términos generales, no incluyendo criterio alguno sobre la edad de estos.</p> <p>3.-El legislador Peruano incorpora la agravante dentro del artículo, a diferencia de El Salvador que la regula en otro precepto.</p> <p>4.-El articulo Peruano regula la sanción accesoria de inhabilitación, caso contrario en El Salvador que no se incluye esta penalidad.</p> <p>5.- En Perú, el artículo de Pornografía Infantil determina la posesión de este tipo de material, a discrepancia de la legislación salvadoreña que lo regula en otro tipo penal distinto.</p>

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
M E X I C O	<p>PORNOGRAFÍA DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD O DE PERSONAS QUE NO TIENEN CAPACIDAD PARA COMPRENDER EL SIGNIFICADO DEL HECHO O PERSONAS QUE NO TIENEN CAPACIDAD DE RESISTIRLO.</p> <p>Artículo 202. Comete el delito de pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, quien procure, obligue, facilite o induzca, por cualquier medio, a una o varias de estas personas a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. Al autor de este delito se le impondrá pena de siete a doce años de prisión y de</p>	<p>1.- El sujeto pasivo mexicano, que menciona son los menores de dieciocho años e incapaces al igual que en El Salvador que estipula el mismo parámetro.</p> <p>2.-La Legislación mexicana a semejanza con la salvadoreña protege los mismos bienes jurídicos, la indemnidad e intangibilidad sexual.</p> <p>3.- Dentro del precepto mexicano, los actos lascivos pueden ser reales o simulados, al igual que en El Salvador, que determina dicha circunstancia.</p> <p>4.-Ambas legislaciones mantienen las modalidades, de producir, reproducir, distribuir, vender, publicar, importar, exportar material pornográfico con menores.</p> <p>5.- México incluye en este precepto los medios audios visuales e informáticos, regulados estos también en el artículo 173 Pn. Del</p>	<p>1.-El precepto Mexicano no determina una definición sobre el concepto de pornografía, a discrepancia del Salvador que si incluye dicho axioma.</p> <p>2.- En México se menciona de manera detallada los medios, por los cuales se puede consumir el ilícito, caso contrario del Salvador que permite la incorporación de cualquier medio.</p> <p>3.- La sanción penal mexicana incluye el castigo de prisión y la pena de días multa conjuntamente, a diferencia de El Salvador, que únicamente incorpora la pena de prisión.</p> <p>4.- El artículo mexicano contempla la figura de la Inducción del menor, en la participación de materiales de pornografía, a diferencia de El Salvador que no lo incluye.</p>

	<p>ochocientos a dos mil días multa.</p> <p>A quien fije, imprima, video grabe, fotografie, filme o describa actos de exhibicionismo corporal o lascivos o sexuales, reales o simulados, en que participen una o varias personas menores de dieciocho años de edad o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, se le impondrá la pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito. La misma pena se impondrá a quien reproduzca, almacene, distribuya, venda, compre, arriende, exponga, publicite, transmita, importe o exporte el material a que se refieren los párrafos anteriores.</p>	<p>Código Penal salvadoreño.</p> <p>6.- El tipo fundamental mexicano está previsto para la generalidad de personas, porque no determina cualidad especial del sujeto activo para su realización, en concordancia con el salvadoreño.</p>	
--	---	--	--

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
C O S T A R I C A	<p style="text-align: center;">Corrupción</p> <p>Artículo 167.- Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, siempre que no constituya un delito más grave, quien promueva o mantenga la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o en verlos ejecutar.</p> <p>La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de tal índole, aunque las personas menores de edad lo consientan.</p>	<p>1.- Ambos países coinciden en lo referente a los bienes jurídicos, protegiendo la indemnidad e intangibilidad sexual en sus respectivos artículos.</p> <p>2.-El sujeto Pasivo costarricense sobre el cual recae la acción resultan ser los menores de edad e incapaces, al igual que el del Salvador, que se refiere a las mismas personas.</p> <p>3.- No importa en el tipo penal costarricense, el consentimiento del menor, para ser utilizado en pornografía, a semejanza de El Salvador.</p> <p>4.- En Costa Rica y en El salvador el precepto de Pornografía con Menores e Incapaces esta previsto para la generalidad de las personas, porque no determina cualidad especial del sujeto activo para su realización.</p>	<p>1.- El Legislador costarricense no determino definición sobre el concepto de pornografía en el tipo penal, situación que si se tomo en cuenta en el precepto salvadoreño.</p> <p>2.- En Costa Rica el ilícito de Pornografía Infantil incluye otras conductas pervertidas, tales como la Corrupción, caso contrario que en El Salvador dicho comportamiento no se incorpora.</p> <p>3.- En Costa Rica no se toman en cuenta las diferentes modalidades de comisión del tipo, a diferencia de El Salvador que incluye diversas alternativas.</p> <p>4.- En Costa Rica la penalidad es menor siendo de 3 a 8 años de prisión, en cambio en El Salvador la sanción es superior, porque es de 6 a 12 años.</p>

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
P A N A M A	<p style="text-align: center;">Maltrato de Menores.</p> <p>ARTICULO 215- C.</p> <p>El que maltrate a un menor será sancionado con prisión de 1 a 6 años.</p> <p>Las siguientes conductas tipifican el maltrato de menores:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Causar, permitir o hacer que se le cause daño físico, mental o emocional, incluyendo lesiones físicas ocasionadas por castigos corporales; 2. Cometer, inducir o ayudar a que se cometa abuso sexual contra él, u otros actos lascivos o impúdicos, aunque no impliquen acceso carnal; 3. Utilizarlo o inducir a que se le utilice, con fines de lucro, en la mendicidad, en fotografías, películas pornográficas o en propaganda o publicidad no apropiada para su edad; 4. Emplearlo en trabajos prohibidos o contrarios a la moral, o que pongan en peligro su vida o salud. 5. Imponerle trato negligente y malos tratos que puedan afectarle en su salud física o mental. 	<ol style="list-style-type: none"> 1.- En Panamá el tipo fundamental esta previsto para la generalidad de las personas, porque no determina cualidad especial del sujeto activo para su realización, igual que en El Salvador que no especifica la cualidad del agente. 2.- En el precepto panameño los bienes jurídicos tutelados son coincidentes con la regulación salvadoreña, debido que protege la indemnidad e intangibilidad sexual en ambas legislaciones. 3.- El país comparado se mantiene el verbo rector principal del ilícito "Utilizar", igual que en la legislación salvadoreña. 	<ol style="list-style-type: none"> 1.- El Legisferante del país comparado no incluye a los incapaces dentro del tipo penal, a diferencia de El Salvador que los incorpora dentro del ilícito. 2.- En Panamá no se menciona definición alguna acerca el concepto Pornografía, mientras que en El Salvador si se toma en cuenta la definición de este término. 3.- En el precepto panameño no existe apartado específico que regule el injusto de Pornografía con menores de edad e incapaces, en cambio en El Salvador se incluye de forma independiente. 4.- En los países comparados la penalidad es distinta debido a que en Panamá es de 1 año a 6 años de prisión y en El Salvador es de 6 a 12 años. 5.- En el art. 215-C del Pn. Panameño se menciona expresamente el ánimo de lucro, caso contrario en El Salvador es necesario inferir este elemento distinto del dolo. 6.- En Panamá se regula la figura del inductor como sujeto activo, mientras que en la Legislación salvadoreña no se retoma.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
C O L O M B I A	<p style="text-align: center;"><i>Pornografía con menores.</i></p> <p>Artículo 218.</p> <p>El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de seis a ocho años y multa de cien a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.</p>	<p>1.- En Colombia el ilícito de Pornografía sanciona a la generalidad de sujetos activos, no exige cualificación especial, al igual que la legislación Salvadoreña en el injusto analizado.</p> <p>2.- En los países comparados los valores jurídicos tutelados son coetáneos con la regulación nacional, debido a que protege la indemnidad e intangibilidad sexual.</p> <p>3.- El precepto Colombiano sanciona las modalidades de vender, comercializar, al igual que la legislación penal salvadoreña regulando dichos comportamientos.</p> <p>4.- En Colombia y El Salvador no se toma en cuenta el consentimiento del menor como causa de Justificación.</p>	<p>1.- El precepto colombiano no incluye a los incapaces dentro del tipo penal, situación que es determinada en el art. 173 Pn Salvadoreño.</p> <p>2.- En Colombia no se alude definición alguna acerca del concepto Pornografía, a diferencia de El Salvador que expresa definición sobre dicho término.</p> <p>3.- El legislador colombiano incluye la pena de días multa, mientras que en El Salvador únicamente se impone la pena de prisión.</p> <p>4.- En Colombia dentro del mismo tipo incluye la agravante en el caso de ser cometida la infracción penal, atendiendo al grado de parentesco; a diferencias de la legislación nacional que regula, está en otro precepto, incluyendo otras circunstancias.</p>

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
<p style="text-align: center;">A R G E N T I N A</p>	<p>ARTICULO 128.</p> <p>Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.</p> <p>Será reprimido con prisión de cuatro meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.</p> <p>Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años.</p>	<p>1.- En el precepto Argentino los bienes jurídicos protegidos son compatibles con la regulación salvadoreña, debido que resguardan la indemnidad e intangibilidad sexual.</p> <p>2.- El Legislador Argentino mantiene los verbos rectores del ilícito “produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere”, al igual que en el tipo penal salvadoreño.</p> <p>3.- En los países comparados se expresa en el ilícito de Pornografía con menores e incapaces, la definición de este termino.</p> <p>4.- En Argentina como en El Salvador el tipo fundamental esta previsto para la generalidad de las personas, porque no determina cualidad especial del sujeto activo para su realización.</p> <p>5.- En el Código Penal Argentino el consentimiento del menor no es válido al igual que en la legislación salvadoreña.</p>	<p>1.- En el art. 128 Pn. De Argentina no incluye a los incapaces dentro del tipo penal, a diferencia del precepto salvadoreño que incorpora a estos sujetos pasivos.</p> <p>2.- El precepto argentino regula en la misma disposición la facilitación de material pornográfico y el acceso a espectáculos de la misma naturaleza, en contraposición a la legislación salvadoreña que lo realiza en artículo independiente.</p> <p>3.- La sanción penal en Argentina es menor, porque oscila entre 6 meses a 4 años, a diferencia de El Salvador que es superior, siendo de 6 a 12 años.</p> <p>4.- En la legislación Argentina no incluye acápite para el comportamiento de Pornografía con menores, mientras que en El Salvador si se incorpora.</p>

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
E S P A Ñ A	<p>Artículo 189. 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:</p> <p>a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.</p> <p>b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.</p> <p>b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p> <p>c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.</p> <p>d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.</p> <p>e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.</p> <p>f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o</p>	<p>1.- El legislador español, determina como sujeto pasivo de la acción en el tipo penal a los menores de edad e incapaces, de igual forma lo describe el legisferante Salvadoreño.</p> <p>2.- En España y El Salvador el bien jurídico tutelado es la indemnidad e intangibilidad sexual.</p> <p>3.- En ambos países en comparación se regulan los mismos verbos rectores o modalidades: producir, vender, distribuir y el principal “utilizar”.</p> <p>4.- España incluye la definición sobre el concepto de pornografía con menores de edad e incapaces, al igual que el país salvadoreño.</p> <p>5.- El tipo fundamental en la legislación española está previsto para la generalidad de las personas, porque no determina cualidad especial del sujeto activo para su ejecución como lo regula el art. 173 Pn salvadoreño.</p>	<p>1.- El tipo penal Español regula una forma de sanción diferente, dependiendo a la modalidad de la acción, en El Salvador existe la misma pena para las distintas modalidades.</p> <p>2.- El precepto español determina en la misma disposición la posesión de material pornográfico donde se utiliza a menores e incapaces, en caso contrario el Salvador que la ubica en precepto diferente.</p> <p>3.- Se toma en cuenta en la legislación española el parámetro cronológico de la edad, en relación al consentimiento de los menores para participar en material pornográfico, circunstancia que resulta irrelevante en el artículo Salvadoreño.</p> <p>4.- El artículo español comparado regula cualificación especial del sujeto activo, asimismo se menciona la agravante del tipo penal, a diferencia de El Salvador que no se determina las circunstancias.</p>

	<p>incapaz.</p> <p>4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.</p> <p>5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.</p> <p>6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.</p> <p>7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.</p> <p>8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.</p>		<p>5.- El país Europeo no expresa los medios informáticos para la comisión del delito de Pornografía, mientras que la legislación nacional si incorpora tal instrumento.</p> <p>6.- En España se determina la pena de días multas, así como la agravante en caso de encontrar al responsable como miembro de una estructura criminal organizada, en disyuntiva con el artículo salvadoreño que no lo expresa.</p>
--	--	--	---

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
<p>A</p> <p>L</p> <p>E</p> <p>M</p> <p>A</p> <p>N</p> <p>I</p> <p>A</p>	<p>Divulgación de publicaciones pornográficas. Quien:</p> <p>1. ofrezca, facilite, o haga accesibles publicaciones pornográficas a un menor de 18 años,</p> <p>2. las exhiba, fije, exponga, o de otra manera las haga accesibles en un sitio accesible a personas menores de 18 años o puedan ser vistos por ellas,</p> <p>3. las ofrezca o las entregue en el comercio al de tal fuera de los locales de negocio, en kioscos o en otros sitios de venta, a los que el cliente no acostumbre a entrar o en el comercio de ventas por correo o en bibliotecas circulantes comerciales o en círculos de lectores,</p> <p>3a. las ofrezca o las ceda a otro por la vía del arrendamiento comercial o de otorgamiento de uso comercial comparable, salvo en tiendas que no son accesibles a menores de 18 años y que no pueden ser examinadas por ellos,</p> <p>4. procure introducir las por la vía de las ventas por correo</p> <p>5. ofrezca, anuncie o recomiende públicamente en un sitio accesible a personas menores de 18 años o que puedan ser examinadas por ellas, o por medio de la distribución de publicaciones por fuera del movimiento comercial con el comercio del ramo,</p> <p>6. permita que llegue a otro, sin ser requerido por él,</p> <p>7. las muestre en una exhibición pública de cine, contra remuneración, que sea exigida en su totalidad o en gran parte por esa exhibición,</p> <p>8. produzca, reciba, suministre, mantenga en depósito, o procure introducir las en el ámbito de validez de ésta ley para emplear las publicaciones pornográficas o partes obtenidas de ellas en el sentido de los numerales 1 a 7 o para facilitar a otro tal utilización., o</p>	<p>1.- El artículo Alemán es preciso en describir que el interés que se protege es la indemnidad e intangibilidad sexual de los menores, al igual que la legislación salvadoreña.</p> <p>2.- El tipo fundamental del Código Alemán está previsto para la generalidad de las personas, porque no determina cualidad especial del sujeto activo para su realización, como en El Salvador.</p> <p>3.- Ambas disposiciones legales incluyen las modalidades de vender, comerciar, publicar, importar, exportar, distribuir y ofrecer pornografía.</p> <p>4.- En Alemania y El Salvador no opera como causa de justificación el consentimiento.</p>	<p>1.- Es evidente la tendencia funcionalista del Código Alemán, al pretender no dejar margen de error en la aplicación del Derecho Penal, queriendo abarcar todas las conductas constituyentes del ilícito de pornografía con menores, a diferencia del precepto salvadoreño que no ha pasado a las corrientes post finalistas.</p> <p>2.- Una diferencia notaria entre Alemania y El Salvador es la falta de mención de los medios informáticos para la comisión del delito, que si se regula en Alemania y no en El Salvador.</p> <p>3.- En el precepto comparado se menciona la pena privativa de libertad y la de días multas, no incluyendo el artículo salvadoreño la sanción de días multas.</p> <p>4.- El Legislador Alemán no incluye dentro de la disposición a los incapaces, mientras que en el Salvador si se protege a estos sujetos pasivos.</p>

	<p>9. procure exportarlas o exportar partes obtenidas de ellas, para distribuirlos en el extranjero bajo violación de las disposiciones allí válidas, o hacerlas accesibles públicamente o para facilitar tal utilización, incurrirá en pena privativa de la libertad hasta un año o multa.</p> <p>En la misma forma será castigado quien difunda un programa pornográfica por radio.</p> <p>Quien</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. divulgue 2. exponga públicamente, fije, presente o de otra manera haga accesible o 3. produzca, reciba, suministre, mantenga en depósito, ofrezca, anuncie y recomiende publicaciones pornográficas que tengan por objeto los hechos violentos, el abuso sexual de niños o las acciones sexuales de personas con animales, los importe o exporte, para emplearlos o emplear partes obtenidas de ellos, en el sentido de los numerales 1 y 2 o para facilitar a otro una tal utilización, si la publicación pornográfica tiene como objeto abusos sexuales de niños será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses a cinco años o en otros casos con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. <p>Si las publicaciones pornográficas en los casos del inciso 3 que tiene por objeto el abuso sexual de niños y representan un suceso real o cercano a la realidad, entonces el castigo es de pena privativa de la libertad de seis mese hasta 10 años, cuando el autor actúa profesionalmente o como miembro de una banda, que esta asociada para la comisión continuada de tales hechos</p>		<p>5.- En Alemania en el mismo artículo se castiga el comportamiento de poseer material pornográfico mientras que en El Salvador se regula en artículo independiente.</p> <p>6.- El país Alemán incluye en la misma disposición legal la facilitación del material pornográfico a menores, no así el precepto salvadoreño.</p>
--	--	--	--

	<p>Quien procure conseguir para si o para un tercero la posesión de publicaciones pornográficas, que tengan por objeto el abuso sexual de niños, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa, cuando las publicaciones reproduzcan un suceso real o cercano a la realidad.</p> <p>De igual manera será castigado quien posea las publicaciones señaladas en la frase 1.</p> <p>El inciso 1 numeral 1 no debe aplicarse cuando actúe el curador. El inciso 1 numeral 3 no se aplica cuando la acción se efectúe en el tráfico comercial con prestatarios comerciales. El inciso 5 no se aplica para acciones que sirven exclusivamente para el cumplimiento de deberes oficiales legales o profesionales.</p> <p>Los casos del inciso 4 debe aplicarse el Art. 73. Objetos a los que se refiere un hecho punible según el inciso 5, serán confiscados. El Art. 74 a debe aplicarse.</p>		
--	--	--	--

2.2.15. BASE CONCEPTUAL

- ❖ **ACTO SEXUAL:** Referido al coito, entre personas.

- ❖ **AULETRIDAS:** Conocidas también como tañedoras de flauta que tenían una relativa libertad de movimientos, ya que podían trasladarse a cualquier sitio. Iban, generalmente, a fiestas de hombres solos, en las que se podía tasar discrecionalmente su trabajo de artistas y danzarinas.

- ❖ **CONSENTIMIENTO:** Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.

- ❖ **DEFICIENTE MENTAL:** Es una situación que afecta directamente el cerebro del sujeto que la padece, provocando serios daños en su desarrollo psicomotriz, presentando un déficit en sus capacidades intelectuales.

- ❖ **DELITO SEXUAL:** La acción del hombre cuya materialización o intención o en cuyo fin u objeto se encuentran elementos de carácter sexual y que atentan contra bienes jurídicos protegidos por el código penal.

- ❖ **DELITO:** es definido como una conducta típica (tipificada por la ley), antijurídica (contraria a Derecho) y culpable. Supone una conducta infraccional del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.

- ❖ **DEPRAVACION:** Viciar, adulterar, pervertir, especialmente a alguien.

- ❖ **DIVERSOS:** De distinta naturaleza, especie, número, forma, varios, muchos.

- ❖ **EDUCACIÓN SEXUAL:** Es un término usado para describir la educación sobre la sexualidad humana, la reproducción sexual, y las relaciones sexuales, al igual que otros aspectos de la sexualidad humana.

- ❖ **IMPUDICOS:** Actos descarados y desvergonzados, faltos de pudor u honestidad.

- ❖ **INCAPAZ:** Defecto a falta total de capacidad, de actitud para ejercer derechos y contraer obligaciones.

- ❖ **JURISPRUDENCIA:** Reiteradas interpretaciones que de las normas jurídicas hacen los tribunales de sentencia en sus resoluciones definitivas, y que constituyen una de las Fuentes del Derecho.

- ❖ **LENOCINIO:** Persona que actúa como encubridora de relaciones amorosas o sexuales irregulares. Se les conoce también como alcahuetes.

- ❖ **LIBIDO:** Fuerza con que se manifiesta el instinto sexual como forma de inspiración al placer, sea o no genital, y a todas las emociones sentimentales.

- ❖ **LUBRICOS:** Propenso a la lujuria. Lascivo, dominado por el deseo sexual.

- ❖ **LUJURIA:** Deseo sexual exagerado o vicioso. Exceso o demasía en algunas cosas.

- ❖ **MENOR DE EDAD:** Es legalmente toda persona que aún no ha alcanzado la edad adulta. La minoría de edad comprende toda la infancia y, a menudo, la adolescencia o parte de ella. La mayoría de edad se alcanza a los 18 años.

- ❖ **MORAL:** Pertenece o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia. Que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia. Conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico.

- ❖ **PERVERSION:** Viciar con malas doctrinas o ejemplos las costumbres, la fe, el gusto. Perturbar el orden o estado de las cosas.

- ❖ **PREMATURO:** Que no está en sazón o que se da antes de tiempo. Dicho de un niño: Que nace antes del término de la gestación.

- ❖ **"Pornografía":** es un término ambiguo y difícil de delimitar. Mucha gente podría incluir en esta categoría representaciones gráficas o pictóricas no fotográficas o incluso textos escritos, pero por lo general estos medios no son incluidos dentro de la definición de pornografía infantil porque no implican necesariamente la participación de un menor en su creación. Tradicionalmente, se consideran como pornografía infantil a aquellas representaciones fotográficas o filmicas en formatos digital o analógico de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas ya sea solos o interactuando con otros menores de edad o con adultos.

- ❖ **PROMISCUIDAD:** Mezcla Confusión. Suele referirse a la vida en común de varias personas de distintos sexos y edades.

- ❖ **PROSTITUCION HOSPITALARIA:** Costumbre existente en algunos pueblos primitivos de conceder al huésped la propia mujer, la hija (menor) o la sierva.

- ❖ **PROSTITUCION PROFANA:** Prevalece el uso arbitrario del cuerpo y el interés comercial.

- ❖ **PROSTITUCION SAGRADA:** Ejercida por mujeres llamadas *deva-dasís* (siervas y esclavas de los dioses), eran cantoras y bailarinas, disfrutaban de particular instrucción. Por lo general eran las más jóvenes de la sociedad, las que atestaban los patios de los templos y eran consideradas como transmisoras de las virtudes fecundativas.

- ❖ **PROSTITUCION VENAL:** Acto religioso que se practicaba en el templo de la diosa del amor y primitivamente el dinero ingresaba en las arcas del templo.

- ❖ **PROSTITUCION:** Comercio sexual con ánimo de lucro.

- ❖ **SATISFACCION:** Cumplimiento del deseo o del gusto.

- ❖ **SEXO:** Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas.

❖ **SEXUALIDAD:** es el conjunto de condiciones anatómicas, fisiológicas, y psicológico-afectivas del mundo animal que caracterizan cada sexo. También es el conjunto de fenómenos emocionales y de conducta relacionados con el sexo, que marcan de manera decisiva al ser humano en todas las fases de su desarrollo.

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO III.

Metodología de la Investigación.

3.1. Hipótesis

3.1.1. Operacionalización del sistema de hipótesis.

3.1.1.1. Hipótesis Generales.

1.- Objetivo general: <ul style="list-style-type: none"> Estudiar la aplicación y eficacia del ilícito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía. 					
1.-Hipótesis General : <ul style="list-style-type: none"> El desconocimiento de los elementos del tipo utilización de menores e incapaces en pornografía, dificulta su aplicación y eficacia. 					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable independiente	Indicadores	Variable dependiente	Indicadores
Pornografía de menores e incapaces: Es toda representación, por cualquier medio, de un niño o niña dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de los genitales de estos con fines primordialmente sexuales.	Pornografía: Es toda representación o descripción de cosas obscenas con el fin de excitar morbosamente la sexualidad.	El desconocimiento de los elementos esenciales del tipo penal.	1.- La norma. 2.- Elementos del tipo penal. 3. Consecuencia psicológicas en el menor e incapaz.	La aplicación y eficacia del delito utilización de menores e incapaces en pornografía.	1.-- Jueces 2.- Fiscales 3.-Falta de persecución penal. 4.- Legisladores

2.- Objetivo general:

- Analizar las consecuencias del delito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, en la ciudad de San Miguel.

Hipótesis General 2:

- Las consecuencias psicosociales de las víctimas del ilícito Pornografía con menores e incapaces en la ciudad de San Miguel; afectan el desarrollo integral de estos.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable independiente	Indicadores	Variable dependiente	Indicadores
Consecuencia Psicosocial: Afectación o alteración en el ámbito de la personalidad del individuo.	Sociedad: Es el conjunto de individuos que comparten una cultura, y que se relacionan interactuando entre sí los diferentes sectores, cooperativamente, para formar un grupo o una comunidad.	Las consecuencias psicosociales de las víctimas.	1.-Tratamientos Psicológicos. 2.-Marginación. 3.-Victima.	Afectación del desarrollo integral de los menores e incapaces en la ciudad de San Miguel.	1.- Menores 2.-Incapaces 3.- Deserción Escolar

3.1.1.2. Hipótesis específica.

1.- Objetivo Especifico:

- Determinar la transformación que ha tenido este delito desde sus orígenes hasta la actualidad

Hipótesis Especifico:

- El tipo Utilización de menores e incapaces en pornografía es autónomo; en su evolución histórica ha sido dependiente de otras figuras delictivas relativas a la libertad e indemnidad sexual.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable independiente	Indicadores	Variable dependiente	Indicadores
Tipo penal: componente del delito, conformado por elementos objetivos y subjetivos que describen la conducta prohibida descrita por el legislador.	Tipicidad: Es la adecuación del caso concreto a la descripción realizada por el legislador.	El tipo Utilización de menores e incapaces en pornografía en la actualidad es autónomo.	1.- El Tipo Penal 2.- Menores 3.- Incapaces 4.-Autonomía 5.-Legislador	En su evolución histórica ha sido dependiente de otras figuras relativas a la libertad e indemnidad sexual provocando confusión.	1.- Dependencia 2.-Evolución Histórica 3.-Obsceno 4.- Prostitución 5.- Corrupción. 6.-Ofensa Pública, Pudor. 7.- Libertad Sexual 8.- Indemnidad sexual

2.- Objetivo Especifico:

- Determinar a través del análisis jurídico y social, las consecuencias producidas por la Pornografía Infantil en las personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales utilizadas en esta.

2.- Hipótesis Especifico:

- Las Consecuencia Sociales y Jurídicas del tipo Pornografía en menores e incapaces; estigmatizan a las víctimas de este; perjudicando su correcto desarrollo integral.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable independiente	Indicadores	Variable dependiente	Indicadores
Consecuencias sociales y jurídicas: Secuelas producto del delito que conlleva fenómenos sociales y jurídicos.	Tipo de pornografía en menores e incapaces: Conducta lesiva que menoscaba la integridad física y emocional de estos.	Las Consecuencia Sociales y Jurídicas del tipo Pornografía en menores e incapaces;	1.- Sociales. 2.-Jurídicos. 3.-Pornografía. 4.-Pobreza. 5.-Migracion.	Estigmatización de las víctimas de este y en qué medida perjudica su correcto desarrollo integral.	1.- Víctimas. 2.- Menores. 3.-Estigmatización 4.- Desarrollo Integral. 5.-Prostitucion. 6.-Embarazos no deseados.

3.- Objetivo Especifico:

- Clasificar y Estructurar el delito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces en pornografía.

Hipótesis General:

- La falta de conocimiento de los elementos que estructuran el tipo penal Utilización de menores e incapaces en pornografía, genera impunidad en relación al mismo.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable independiente	Indicadores	Variable dependiente	Indicadores
<p>Pornografía de menores e incapaces: Este es un delito que se aprovecha de los jóvenes incautos o inexpertos, donde muchas veces puede ser captados para posteriormente integrarlos en redes de prostitución y pornografía.</p>	<p>Pornografía: Esta consiste en un material evidentemente sexual, material que sólo se refiere al asunto carnal, genital, con ausencia total de las facetas sentimentales afectivas o de relaciones interpersonales de la sexualidad humana; fundamentalmente se trata entonces de un material genitalista mecanicista coital.</p>	<p>La falta de conocimiento de los elementos que estructuran el tipo Penal.</p>	<p>1.- La norma. 2.- Estructura del tipo penal. 3.- Elementos del tipo penal. 4.- Consecuencia psicológica en el menor. 5.-Falta de Conocimiento de las categorías del delito.</p>	<p>Impunidad en el injusto de pornografía con menores e incapaces.</p>	<p>1.-Falta de persecución penal. 2.-Delito. 3.-Aplicación de la norma. 4.-Jueces 5.- Fiscales</p>

4.- Objetivo Especifico:

- Fijar los límites para determinar la existencia del delito de pornografía de menores con otros tipos Penales relativos a la libertad sexual.

4.-Hipótesis Especifico:

- La diferencia entre el delito Utilización de menores e incapaces en pornografía con otros tipos penales relativos a la libertad e indemnidad sexual es sutil, y difícil de precisar por su amplio significado.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable independiente	Indicadores	Variable dependiente	Indicadores
Tipos Penales: comportamientos nocivos y reprochables contenidos en la legislación penal.	Delito: Conducta penalmente relevante, contraria a derecho y reprehensible por la norma punitiva.	La diferencia entre el delito de Utilización de menores e incapaces en pornografía con otros tipos penales.	1.- Corrupción 2.- Genero. 3.- Prostitución. 4.- Especie. 5.- Tipos penales. 6.- Delitos.	Dificultad en precisar el delito por su amplio significado.	1.- Delito 2.- Otros tipos penales 3.- Menor e Incapaz.

5.- Objetivo Especifico:

- Investigar la Jurisprudencia Nacional e Internacional relaciona al delito que regula el Artículo 173 del código penal.

5.-Hipótesis Especifico:

- Por la poca aplicabilidad del delito de Pornografía con menores e incapaces, no existe jurisprudencia Nacional para el análisis adecuado del tipo.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable independiente	Indicadores	Variable dependiente	Indicadores
Jurisprudencia: reiteradas interpretaciones de las normas jurídicas que hacen los tribunales de justicia en sus resoluciones constituyendo una de las Fuentes del Derecho, según cada país.	Jurisprudencia: Conjunto de resoluciones definitivas emitidas por tribunales de sentencias del territorio nacional e internacional.	Falta de Jurisprudencia nacional para el análisis adecuado del tipo.	1.- Sentencias. 2.- Análisis. 3.- Tipo penal. 4.- Jurisprudencia 5.- Jueces.	La poca aplicabilidad del delito de pornografía con menores e incapaces.	1.-- Delito 2.- Aplicabilidad 3.- Resoluciones 4.Jurisprudencia

6.- Objetivo Especifico:

- Comparar el ilícito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces en pornografía regulado en la legislación Salvadoreña con otras; y de esta forma determinar las similitudes y diferencias.

Hipótesis Especifico:

- Las legislaciones extranjeras regulan el delito Pornografía con menores e incapaces en forma diferente al ordenamiento jurídico salvadoreño, generando interpretaciones y valoraciones difusas para determinar el alcance y contenido del ilícito.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable independiente	Indicadores	Variable dependiente	Indicadores
Derecho comparado: ciencia que tiene como objeto el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos Jurídicos de dos o más países.	Legislación comparada: Conjunto de normas jurídicas que regulan la figura delictiva de pornografía con menores e incapaces en ordenamientos Jurídicos extranjeros.	Regulación del delito pornografía con menores e incapaces en legislación extranjera.	1.- Delito 2.- Normas jurídicas 3.- Legislación extranjera 4.- Pornografía	Interpretaciones y valoraciones difusas para determinar el alcance y contenido del ilícito.	1.- Delito 2.- Pornografía 3.- Menores 4.- Incapaces 5.- Interpretación.

3.2 METODO DE LA INVESTIGACION.

3.2.1. Método Científico.

Para lograr el adecuado desarrollo del tema objeto de estudio se utilizara el método científico, considerando los problemas que se presentan al analizar el delito de pornografía de menores e incapaces, planteándolos en forma de hipótesis orientadas a una explicación general, para obtenerse la comprobación del delito que se está investigando, siguiendo una estructura que se constituye desde la formulación del problema, definición de los objetivos, marco teórico, planteamiento de hipótesis; conclusiones, recomendaciones y propuestas al trabajo realizado. Este método permite realizar una investigación objetiva, al verificar la información documental y de campo, logrando resultados apegados a la realidad. En consecuencia el método a utilizar en la investigación es analítico, sistemático, sintético y comparativo, estas técnicas forman el esquema de relación para poder inferir desde la teoría y práctica, resultados concretos a partir de la necesidad del objeto de estudio.

3.3 NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN.

El delito de Utilización de menores e incapaces o deficientes mentales en pornografía, denota problemas de carácter jurídico y social, por esa razón requiere del estudio amplio y de resolución practica donde se debe realizar la investigación descriptiva o analítica.

3.3.1. Investigación descriptiva:

Se define como aquella que comprende el registro, análisis e interpretación de naturaleza actual, composición y proceso de los fenómenos. Su enfoque radica sobre las conclusiones dominantes en la persona, grupo o cosa trabajando sobre realidades de hecho y sus características fundamentales.

3.3.2. Investigación analítica:

Permite la utilización de métodos y validez, consintiendo la separación del texto, las inferencias específicas, relativas a obras, estados o propiedades de su fuente.

El equipo investigador, con el objeto de obtener elementos que proporcione información convincente en relación al delito que se estudia a través de la investigación analítica; explicara el tema de acuerdo a información actual que proviene de documentos y fuentes directas; con el propósito de comprobar la trascendencia y peligrosidad de la reiteración de conductas sexuales como la Pornografía con menores e incapaces.

Por medio de la investigación realizada con los resultados obtenidos se comprueban los argumentos teóricos, en consecuencia la confirmación de las hipótesis que están dirigidas a expresar la situación que afecta a la población.

3.4 UNIVERSO MUESTRA.

Universo: conjunto de individuos o elementos sometidos a estudio estadístico.

Población: es la totalidad del fenómeno a estudiar en donde las unidades de la población poseen características comunes, donde se estudia y da origen a los datos de investigación y sus valores son conocidos como parámetros.

Unidades de análisis: *“es la técnica utilizada para descubrir fenómenos de comunicación complejos de manera que exista posibilidad de evaluación, luego de haber construido instrumentos de evaluación especiales cuyo objeto es la descripción objetiva sistemática y cuantitativa de contenido manifiesto de la investigación”*.⁸⁷

Muestra: Es el conjunto de operaciones que se realizan para estudiar la distribución de determinados caracteres, en la totalidad de una población, universo o colectivo, partiendo de la observación muestral considerada. En la investigación el tipo de muestra a utilizar es la selectiva, esta es esencial en los diseños de investigación en donde se pretende hacer estimaciones de variables en la población, las que se utilizaran como pruebas estadísticas para análisis de datos cuando se presupone que la porción es probabilística, donde todos los elementos de la población tienen probabilidad de ser elegidos.

⁸⁷ Raúl Rojas Soriano, 2002, Guía para realizar investigaciones sociales, Editorial Plaza Ivaldez, 34ª Edición, México.

Formula: medio práctico propuesto para resolver el asunto controvertido o ejecutar una cosa difícil, resultado de tipo general expresado por medio de símbolos matemáticos.

Datos: hechos y principio indiscutibles que sirven de punto de partida en la investigación experimental.

Con el propósito de obtener información que permita comprobar las hipótesis formuladas y considerar las soluciones propuestas a las problemáticas del tema en estudio se han identificado varias unidades de análisis.

UNIDAD DE ANÁLISIS	POBLACIÓN	MUESTRA	INSTRUMENTO
Especialistas en Psiquiatría y Psicología.	4	3	Entrevista no estructurada
Jueces	6	5	Entrevista no estructurada
Conocedores del tema	2	2	Entrevista no estructurada
Fiscales	5	4	Entrevista estructurada
Defensores Públicos	5	4	Entrevista estructurada
Estudiantes 2 y 3 año y Egresados de C.C.J.J de la UES-FMO	100	100	Encuesta
Total	122	118	

FORMULA DE APLICACIÓN: considerando que la investigación requiere de datos cuantitativos serán de usos necesarios para la obtención de la muestra la siguiente fórmula:

$$\text{Porcentaje} = \frac{\text{NC}}{\text{NT}} \times 100$$

NT

NC = número de casos.

NT = número total de casos.

Formula complementaria: para la elaboración de cuadros estadísticos y graficas correspondientes se utilizara la formula:

$$\text{Fa} = \text{Fr} \times \text{NT}$$

NT

Fa= frecuencia absoluta.

Fr= frecuencia relativa.

3.5 TECNICA DE LA INVESTIGACION.

Las técnicas a utilizar en la investigación se conforman por dos modalidades: documental y de campo, para que tenga el carácter científico es necesario que el

equipo investigador se auxilie de la diversidad de bibliografía relacionada al tema en estudio, así como las opiniones proporcionadas por todas aquellas personas con conocimiento específico sobre el delito de Pornografía con menores e incapaces.

3.5.1 TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL.

En la investigación denominada “*Delito de Utilización de Menores, Incapaces o Deficientes Mentales en Pornografía*”, se ha realizado recopilación de diversos documentos, dividiéndose en:

- **Fuentes Primarias:** son documentos principales que sirven de guía para fundamentar la investigación, considerando las siguientes: la Constitución de la República, Código de Familia, Convenios y Tratado Internacionales, Código Penal, Manuales de Derecho Penal.
- **Fuentes Secundarias:** son compilaciones y listados de referencia publicados en el área de conocimientos en particular, de estas se han tomado en consideración las siguientes: jurisprudencia nacional, Legislaciones Extranjeras, libros de metodología e Internet.

3.5.2 TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

Para la presente investigación, el grupo ha decidido hacer uso de las entrevistas no estructuradas y estructuradas, al igual que la encuesta.

Entrevista no Estructurada: es la forma de obtener información que se diferencia de la conversación ocasional, porque esta es provocada con una finalidad de información precisa a través del intercambio de opiniones. Presentándose difícilmente la cuantificación. Esta será dirigida a Jueces y conocedores del tema.

Entrevista Estructurada: se dirige a los sujetos que intervienen en el proceso investigativo del delito, como Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República, Defensores Públicos y Privados.

Encuesta: es toda operación tendiente deliberadamente a obtener información, respecto de una o más variables a medir establecidas en el cuestionario; es la forma de recopilar información sobre una parte de la población denominada muestra y la información recogida podrá emplearse para el análisis cuantitativo con el fin de identificar y conocer la magnitud de los problemas que se tienen en forma parcial e imprecisa, esta se dirigirá a estudiantes de segundo y tercer año, y egresados de licenciatura en ciencias jurídicas de la Facultad Multidisciplinaria Oriental de la Universidad de El Salvador, para efecto de indagar el grado de conocimiento que poseen sobre el tema en investigación.

3.2 METODO DE LA INVESTIGACION.

3.2.1. Método Científico.

Para lograr el adecuado desarrollo del tema objeto de estudio se utilizara el método científico, considerando los problemas que se presentan al analizar el delito de pornografía de menores e incapaces, planteándolos en forma de hipótesis orientadas a una explicación general, para obtenerse la comprobación del delito que se está investigando, siguiendo una estructura que se constituye desde la formulación del problema, definición de los objetivos, marco teórico, planteamiento de hipótesis; conclusiones, recomendaciones y propuestas al trabajo realizado. Este método permite realizar una investigación objetiva, al verificar la información documental y de campo, logrando resultados apegados a la realidad. En consecuencia el método a utilizar en la investigación es analítico, sistemático, sintético y comparativo, estas técnicas forman el esquema de relación para poder inferir desde la teoría y práctica, resultados concretos a partir de la necesidad del objeto de estudio.

3.3 NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN.

El delito de Utilización de menores e incapaces o deficientes mentales en pornografía, denota problemas de carácter jurídico y social, por esa razón requiere del estudio amplio y de resolución practica donde se debe realizar la investigación descriptiva o analítica.

3.3.1. Investigación descriptiva:

Se define como aquella que comprende el registro, análisis e interpretación de naturaleza actual, composición y proceso de los fenómenos. Su enfoque radica sobre las conclusiones dominantes en la persona, grupo o cosa trabajando sobre realidades de hecho y sus características fundamentales.

3.3.2. Investigación analítica:

Permite la utilización de métodos y validez, consintiendo la separación del texto, las inferencias específicas, relativas a obras, estados o propiedades de su fuente.

El equipo investigador, con el objeto de obtener elementos que proporcione información convincente en relación al delito que se estudia a través de la investigación analítica; explicara el tema de acuerdo a información actual que proviene de documentos y fuentes directas; con el propósito de comprobar la trascendencia y peligrosidad de la reiteración de conductas sexuales como la Pornografía con menores e incapaces.

Por medio de la investigación realizada con los resultados obtenidos se comprueban los argumentos teóricos, en consecuencia la confirmación de las hipótesis que están dirigidas a expresar la situación que afecta a la población.

3.4 UNIVERSO MUESTRA.

Universo: conjunto de individuos o elementos sometidos a estudio estadístico.

Población: es la totalidad del fenómeno a estudiar en donde las unidades de la población poseen características comunes, donde se estudia y da origen a los datos de investigación y sus valores son conocidos como parámetros.

Unidades de análisis: *“es la técnica utilizada para descubrir fenómenos de comunicación complejos de manera que exista posibilidad de evaluación, luego de haber construido instrumentos de evaluación especiales cuyo objeto es la descripción objetiva sistemática y cuantitativa de contenido manifiesto de la investigación”*.⁸⁸

Muestra: Es el conjunto de operaciones que se realizan para estudiar la distribución de determinados caracteres, en la totalidad de una población, universo o colectivo, partiendo de la observación muestral considerada. En la investigación el tipo de muestra a utilizar es la selectiva, esta es esencial en los diseños de investigación en donde se pretende hacer estimaciones de variables en la población, las que se utilizaran como pruebas estadísticas para análisis de datos cuando se presupone que la porción es probabilística, donde todos los elementos de la población tienen probabilidad de ser elegidos.

⁸⁸ Raúl Rojas Soriano, 2002, Guía para realizar investigaciones sociales, Editorial Plaza Ivaldez, 34ª Edición, México.

Formula: medio práctico propuesto para resolver el asunto controvertido o ejecutar una cosa difícil, resultado de tipo general expresado por medio de símbolos matemáticos.

Datos: hechos y principio indiscutibles que sirven de punto de partida en la investigación experimental.

Con el propósito de obtener información que permita comprobar las hipótesis formuladas y considerar las soluciones propuestas a las problemáticas del tema en estudio se han identificado varias unidades de análisis.

UNIDAD DE ANÁLISIS	POBLACIÓN	MUESTRA	INSTRUMENTO
Especialistas en Psiquiatría y Psicología.	3	2	Entrevista no estructurada
Juzgadores	6	5	Entrevista no estructurada
Conocedores del tema	2	0	Entrevista no estructurada
Fiscales	5	5	Entrevista estructurada
Defensores Públicos y Privados.	5	5	Entrevista estructurada
Estudiantes 2 y 3 año y Egresados de C.C.J.J de la UES-FMO	100	100	Encuesta
Total	121	117	

FORMULA DE APLICACIÓN: considerando que la investigación requiere de datos cuantitativos serán de usos necesarios para la obtención de la muestra la siguiente fórmula:

$$\text{Porcentaje} = \frac{\text{NC}}{\text{NT}} \times 100$$

NT

NC = número de casos.

NT = número total de casos.

Formula complementaria: para la elaboración de cuadros estadísticos y graficas correspondientes se utilizara la formula:

$$\text{Fa} = \text{Fr} \times \text{NT}$$

NT

Fa= frecuencia absoluta.

Fr= frecuencia relativa.

3.5 TECNICA DE LA INVESTIGACION.

Las técnicas a utilizar en la investigación se conforman por dos modalidades: documental y de campo, para que tenga el carácter científico es necesario que el equipo investigador se auxilie de la diversidad de bibliografía relacionada al tema en estudio, así como las opiniones proporcionadas por todas aquellas personas con conocimiento específico sobre el delito de Pornografía con menores e incapaces.

3.5.1 INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL.

En la investigación denominada “*Delito de Utilización de Menores, Incapaces o Deficientes Mentales en Pornografía*”, se ha realizado recopilación de diversos documentos, dividiéndose en:

- **Fuentes Primarias:** son documentos principales que sirven de guía para fundamentar la investigación, considerando las siguientes: la Constitución de la República, Código de Familia, Convenios y Tratado Internacionales, Código Penal, Manuales de Derecho Penal.
- **Fuentes Secundarias:** son compilaciones y listados de referencia publicados en el área de conocimientos en particular, de estas se han tomado en consideración las siguientes: jurisprudencia nacional, Legislaciones Extranjeras, libros de metodología e Internet.

3.5.3 INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

Para la presente investigación, el grupo ha decidido hacer uso de las entrevistas no estructuradas y estructuradas, al igual que la encuesta.

Entrevista no Estructurada: es la forma de obtener información que se diferencia de la conversación ocasional, porque esta es provocada con una finalidad de información precisa a través del intercambio de opiniones. Presentándose difícilmente la cuantificación. Esta será dirigida a Jueces y conocedores del tema.

Entrevista Estructurada: se dirige a los sujetos que intervienen en el proceso investigativo del delito, como Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República, Defensores Públicos y Privados.

Encuesta: es toda operación tendiente deliberadamente a obtener información, respecto de una o más variables a medir establecidas en el cuestionario; es la forma de recopilar información sobre una parte de la población denominada muestra y la información recogida podrá emplearse para el análisis cuantitativo con el fin de identificar y conocer la magnitud de los problemas que se tienen en forma parcial e imprecisa, esta se dirigirá a estudiantes de segundo y tercer año, y egresados de licenciatura en ciencias jurídicas de la Facultad Multidisciplinaria Oriental de la Universidad de El Salvador, para efecto de indagar el grado de conocimiento que poseen sobre el tema en investigación.

PARTE II

RESULTADOS DE

LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO IV
ANÁLISIS
CRÍTICOS DE LOS
RESULTADOS

Parte II.

Resultados de la Investigación.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RESULTADOS

4.1.- MEDICIÓN EN LA DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS.

4.1.1.- Resultados de Entrevista No Estructurada.

Entrevista No 1.

Dirigida a: Lic. Carlos Roberto Cruz Umanzor, Magistrado de la Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección de Oriente.

Lugar y fecha: Despacho del Magistrado, el 24 de noviembre de 2009 Hora:
11:00 am

Preguntas:

1.- ¿Cómo define la pornografía de menores e incapaces?

R/ Se define como la utilización de menores o de deficientes mentales en imágenes o materiales audiovisuales, incluso por medios escritos donde se relacionada al sexo, mediante actos eróticos sexuales.

2.- ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de Pornografía con menores e incapaces?

R/ Es la indemnidad sexual, en el sentido de ser el normal desarrollo sexual del menor, también podemos incluir bienes tales como la propia imagen, la moral, la intangibilidad sexual en el caso de los incapaces.

3.- ¿Conoce las modalidades de ejecución del ilícito de Pornografía con menores e incapaces?

R/ De la lectura del artículo 173 C.Pn. se determina que es un tipo alternativo, concluyendo que son todas las establecidas en el.

4.- ¿El Injusto de Pornografía de menores e incapaces es de acción o de omisión?

R/ Es delito de acción, pero hay omisión típica en el caso de la agravante no de la clausula general, es cualificante, dejando de lado que los padres, tutores, convivientes, tengan posición de garante sobre los menores.

5.- ¿Qué entiende por actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual?

R/ Son los tocamientos, la utilización del cuerpo, la desnudez, actos lúbricos, posiciones de cuerpo insinuante, todas aquellas actividades que insinúan e incitan al sexo.

6.- ¿A partir de qué edad se puede consentir que un menor sea participe en producciones pornográficas?

R/ No hay edad, por no estar regulada en la Ley.

7.- ¿Por qué existe poca jurisprudencia sobre el delito de Pornografía de menores e incapaces?

R/ Es porque el Ministerio Publico Fiscal falla y es un delito que poco se ha combatido en nuestro país, por tales razones hay pocas sentencias al respecto.

8.- *¿Estima conveniente reformar el artículo 173 C.Pn.?*

R/ Si, para ponerlo que sea hasta los quince años; y de quince a dieciocho dejarlo como la Legislación de España, que tenga validez el consentimiento, en comparación con el estupro y la Violación en menor o incapaz.

9.- *¿Considera que los aportes de la psicología y psiquiatría son determinantes para administrar justicia en el delito de Pornografía de menores e incapaces?*

R/ Si se esta hablando de esos bienes jurídicos y del desarrollo psíquico solo estas ciencias pueden verificar el daño que han obtenido.

Entrevista No Estructurada No 2.

Dirigida a: Lic. Jorge Antonio Gonzalez Merino, Juez Primero de Paz, San Miguel.

Lugar y fecha: Despacho del Juez, el 23 de noviembre de 2009 Hora: 10:00 am

Preguntas:

1.- ¿Cómo define la pornografía de menores e incapaces?

R/ Es aquel ilícito penal en el que se utilizan a menores e incapaces en actividades de contenido sexual.

2.- ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de Pornografía con menores e incapaces?

R/ La indemnidad sexual de los menores, así como la intangibilidad de los deficientes mentales.

3.- ¿Conoce las modalidades de ejecución del ilícito de Pornografía con menores e incapaces?

R/ Sí, son las contempladas en el artículo 173 C.Pn.

4.- ¿El Injusto de Pornografía de menores e incapaces es de acción o de omisión?

R/ Se puede dar de ambas formas, dependiendo de la modalidad.

5.- ¿Qué entiende por actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual?

R/ Son aquellas conductas de contenido sexual, tales como: La insinuación, los tocamientos, las exhibiciones obscenas, entre otras.

6.- ¿A partir de qué edad se puede consentir que un menor sea participe en producciones pornográficas?

R/ No se puede permitir o consentir que un menor participe en pornografía.

7.- ¿Por qué existe poca jurisprudencia sobre el delito de Pornografía de menores e incapaces?

R/ Porque este tipo de delitos por regla general son poco denunciados, seguramente por la forma en que se cometen.

8.- ¿Estima conveniente reformar el artículo 173 C.Pn.?

R/ No.

9.- ¿Considera que los aportes de la psicología y psiquiatría son determinantes para administrar justicia en el delito de Pornografía de menores e incapaces?

R/ Sí, porque a través de peritajes se puede determinar la afectación de las víctimas.

Entrevista No Estructurada No 3.

Dirigida a Especialistas en Psiquiatría y Psicología en el estudio de la niñez y adolescencia.

Dirigida a: Lic. Olga María Cardoza, Psicóloga del Instituto de Medicina Legal del Departamento de San Miguel.

Lugar y fecha: Consultorio de las Instalaciones del Instituto de Medicina Legal, el 19 de noviembre de 2009 Hora: 10:00 am

Preguntas:

1.- ¿Según su conocimiento a partir de que edad el menor comprende los actos sexuales?

R/ Considero que a los once años.

2.- ¿Según su opinión se daña el normal desarrollo de la personalidad del menor al promover y facilitar la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal?

R/ Si, ya que esto, ósea el desarrollo se obtiene a los dieciocho años.

3.- ¿A que edad considera que el menor puede decidir libremente sobre su sexualidad?

R/ Los menores no están en su derecho a decidir cuándo puede tener sexo libremente.

4.- ¿Qué entiende por deficiente mental?

R/ Son aquellas personas que tienen deficiencia evidente en varias áreas, como del conocimiento, memoria, pensamiento, etc., y estas deficiencias están relacionadas con problemas orgánicos.

5.- *¿Cuál es el grado de entendimiento de los deficientes mentales en la sexualidad?*

R/ Este va a depender del tipo de deficiencia que estos adolezcan, pero siempre va a ser limitado.

6.- *¿Pueden mantener una vida sexualmente activa los deficientes mentales?*

R/ Si aunque va a depender de la deficiencia que estos presenten.

7.- *¿Cómo define la Pornografía en la que se utiliza a menores e incapaces?*

R/ Es perjudicial para la conducta y personalidad de estos.

8.- *¿Considera que los aportes de la psicología y psiquiatría son determinantes para administrar justicia en el delito de Pornografía de menores e incapaces?*

R/ No son determinantes, pero sí de mucha ayuda para la administración de justicia en este delito.

Entrevista No 4.

Dirigida a: Lic. Aida Morales Ayala, Psicóloga del Instituto de Medicina Legal del Departamento de San Miguel.

Lugar y fecha: Consultorio de las Instalaciones del Instituto de Medicina Legal, el 19 de noviembre de 2009 Hora: 11:00 am

Preguntas:

1.- ¿Según su conocimiento a partir de qué edad el menor comprende los actos sexuales?

R/ Alrededor de los 12 años empieza los menores a comprender un poco mas sobre una relación sexual o para el caso abuso sexual, sin embargo aun no tienen una cognición completa de sus consecuencias o dimensiones.

2.- ¿Según su opinión se daña el normal desarrollo de la personalidad del menor al promover y facilitar la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal?

R/ En primer lugar se debe de aclarar que la personalidad en un menor se está desarrollando y llega a establecerse hasta los 18 años de edad y por supuesto que el abuso sexual específicamente en la categoría de exhibición pornográfica o con fines diversos puede llegar a generar o agudizar en un menor síntomas no solo emocionales sino de tipo conductuales como: aislamientos, conflictos sociales y a posterior conflictos de pareja entre los más comunes.

3.- ¿A qué edad considera que el menor puede decidir libremente sobre su sexualidad?

R/ Ningún menor puede decidir libremente sobre su sexualidad o más directamente mantener relaciones sexuales ya que aunque sean relaciones “consentidas” se considera un abuso.

4.- *¿Qué entiende por deficiente mental?*

R/ Las personas que tienen limitaciones marcadas en las áreas de conocimientos menores, comunicación, y análisis, dicha deficiencia suele vincularse a indicaciones orgánicas.

5.- *¿Cuál es el grado de entendimiento de los deficientes mentales en la sexualidad?*

R/ Su entendimiento como ya se dijo en el numeral anterior es limitado y puede variar dependiendo en grado de deficiencia y el contexto social en el que se ha desarrollado, así como el factor de la edad, esto específicamente en el precio o análisis de las repercusiones de la relación o abuso social sufrido.

6.- *¿Pueden mantener una vida sexualmente activa los deficientes mentales?*

R/ Dependiendo de la edad y sobre todo eso un adolescente físicamente está preparado para mantener una vida sexual activa ya que siente, desea y reacciona a estímulos pero mental y psicológicamente no.

7.- *¿Cómo define la Pornografía en la que se utiliza a menores e incapaces?*

R/ La pornografía infantil o en personas incapaces es un delito, modalidad de abuso sexual y que puede afectar emocional y condicionalmente a las personas que lo sufren.

8.- *¿Considera que los aportes de la psicología y psiquiatría son determinantes para administrar justicia en el delito de Pornografía de menores e incapaces?*

R/ Considero que la aportación de la psicología y psiquiatría, puesto con otros aportes técnicos y científicos de todo un equipo multidisciplinario sus credenciales

en la administración de justicia, pero por si solo no determinan una decisión o sentencia en un juicio.

4.1.2 Resultados de entrevista Semi –Estructurada.

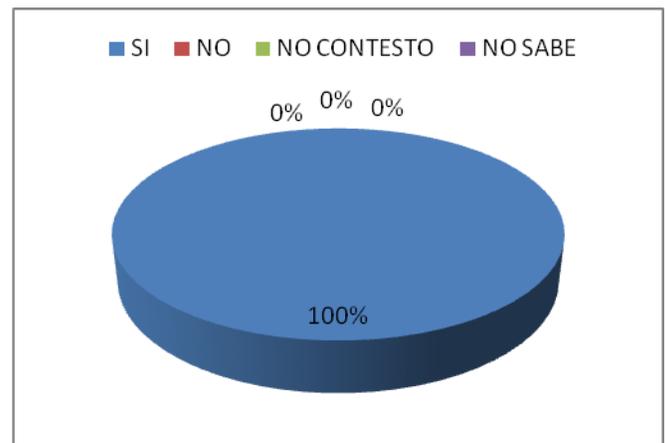
Entrevista dirigida a: Fiscales, Defensores Públicos y Particulares.

Pregunta Uno

¿Tiene conocimiento sobre el delito de Pornografía con menores o incapaces? Si__

No__ Explique

F \ A	Fa.	Fr.
SI	10	100%
NO	0	0%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



Análisis e Interpretación

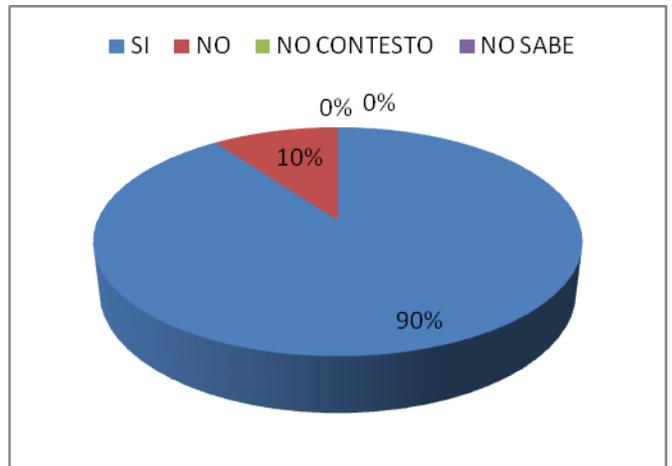
De las diez personas entrevistadas, todas respondieron positivamente a la pregunta sobre el conocimiento del delito de Pornografía con menores e incapaces. Pero cuando se pide explicar el tipo; dos de las Fiscales describieron en qué consiste el ilícito; los Defensores Públicos hicieron transcribir el artículo que regula el injusto;

los Abogados Particulares tienen conocimiento del tipo al responder correctamente la interrogante.

Pregunta Dos

¿Sabe cuál es el bien jurídico protegido en el delito? Si___ No___ ¿Enúncielo?

F \ A		Fa.	Fr.
		SI	9
NO	1	10%	
NO CONTESTO	0	0%	
NO SABE	0	0%	
TOTAL	10	100%	



Análisis e Interpretación

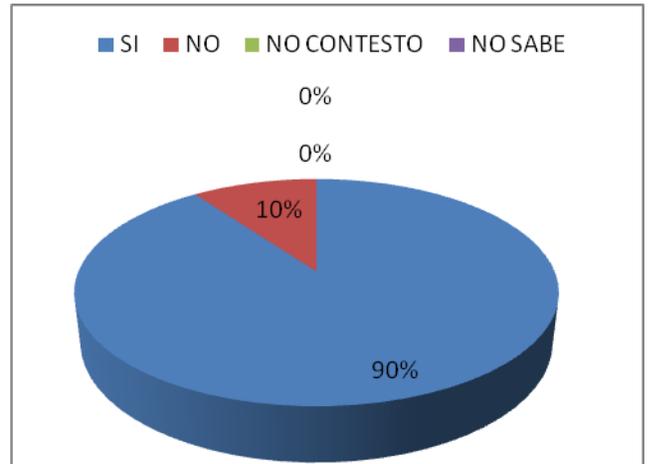
De las diez personas encuestadas, nueve mostraron conocer el bien jurídico que tutela el delito en análisis, sin embargo un defensor público manifestó desconocerlo. Los Fiscales determinaron que en el caso de los menores de 15 años es la indemnidad sexual y los mayores de 15 y menores de 18 es la libertad sexual; expresando los defensores públicos que es la Libertad Sexual, y los Defensores Privados expresaron que es la indemnidad sexual para el caso de los menores y la intangibilidad para el caso de los incapaces.

Pregunta Tres

¿Conoce los elementos esenciales del tipo de Pornografía de menores e incapaces?

Si__ No__ Explique

F \ A	Fa.	Fr.
SI	9	90%
NO	1	10%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



Análisis e Interpretación

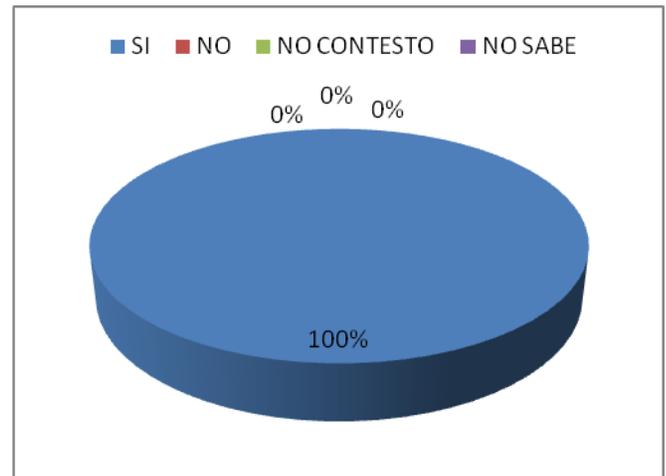
Los entrevistados expresaron diversas opiniones. Los Fiscales consideran únicamente los elementos objetivos descriptivos del tipo. Uno de los Defensores públicos manifiesta no tener conocimiento, dejando sin explicación su respuesta, y otro expresa que es el dolo directo, pero no especifica los demás elementos. Los Abogados Privados identifican a cabalidad todos los componentes del tipo, tanto objetivos como subjetivos.

Pregunta Cuatro

¿Es necesario que los Agentes Auxiliares del Fiscal General adquieran mayor conocimiento sobre el delito de Pornografía de menores e incapaces? Si__ No__

¿Por qué?

A \ F		F	
		Fa.	Fr.
SI	10	100%	
NO	0	0%	
NO CONTESTO	0	0%	
NO SABE	0	0%	
TOTAL	10	100%	



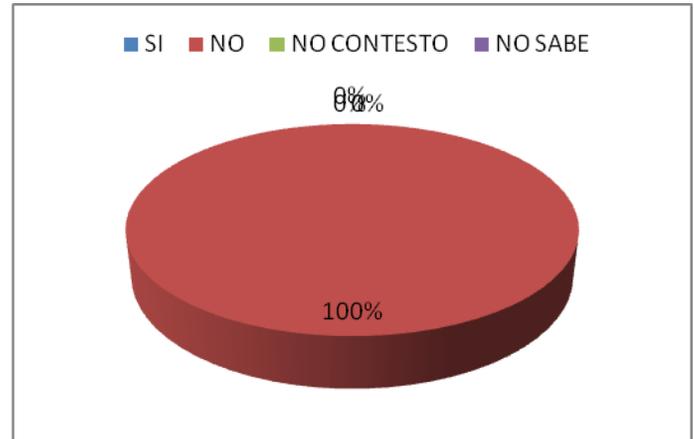
Análisis e Interpretación

Todos los entrevistados contestaron positivamente, los Fiscales expresaron que es necesario para no crear impunidad, Los Defensores Públicos opinan que de esa forma los fiscales tienen que realizar buena labor, punto aceptado por la investigación del tema; igual consideración fundan los abogados particulares. De las respuestas planteadas por los entrevistados siendo razonables las diferentes posturas, debido a que este delito es poco conocido, por ende el equipo investigador se adhiere a dichas opiniones.

Pregunta Cinco

¿La pena impuesta en el delito es proporcional? si__ no__ ¿Por qué?

F \ A	Fa.	Fr.
SI	0	0%
NO	10	100%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



Análisis e Interpretación

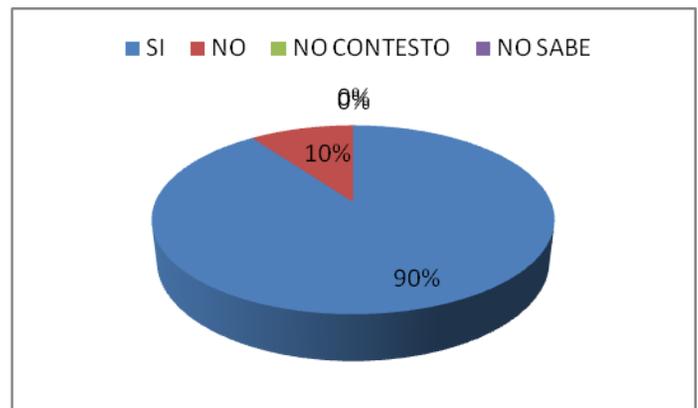
El conocimiento que los interrogados poseen con respecto a la pena a imponer por el cometimiento de este ilícito, refleja que todos están en desacuerdo con esta, los Fiscales manifestaron que por el hecho incluir este delito otros comportamientos reprochables en él, la pena debe ser superior, de igual forma se expresaron los abogados Privados, los defensores Públicos enuncian que no es proporcional, por ser la sanción penal extremada. El equipo investigador no está de acuerdo con lo expresado por los entrevistados, porque a nuestro parecer la pena es proporcional, en el caso que el menor o incapaz víctima de este delito por ningún medio haya consentido participar en actos pornográficos, no obstante es conveniente reformar el precepto legal para tomar en cuenta el asentimiento de los

mismos como eximente de responsabilidad penal, tomando como parámetro elementos que se instituyen en el injusto de estupro.

Pregunta Seis

¿Sabe en qué consisten las actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual? Si__ No__ Explique

F \ A	Fa.	Fr.
SI	9	90%
NO	1	10%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



Análisis e Interpretación

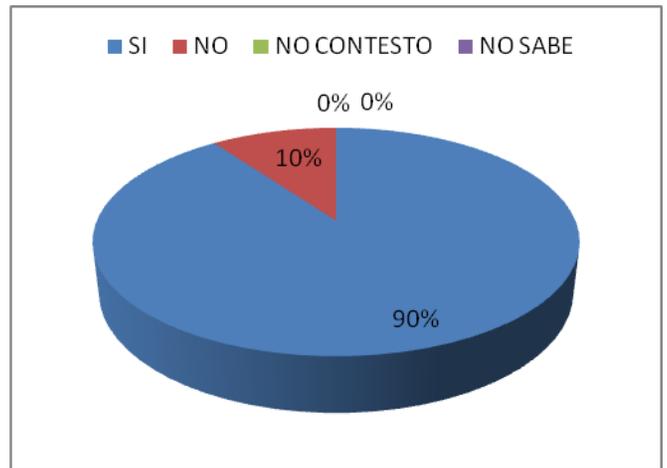
De los diez interrogados, nueve conocen en qué consisten estas actividades sexuales, manifestando los fiscales que únicamente no son las relaciones sexuales, sino todos aquellos actos que induzcan al sexo; expresaron los defensores públicos que son todas aquellas conductas donde no existe el acceso carnal, pero son de naturaleza sexual, sólo un defensor público manifestó desconocerlas.

Pregunta Siete

¿Conoce la diferencia del delito de Pornografía de menores e incapaces frente a otros delitos sexuales (Prostitución y Violación en menor o incapaz? Si__ No__

Mencione

F \ A	Fa.	Fr.
SI	9	90%
NO	1	10%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



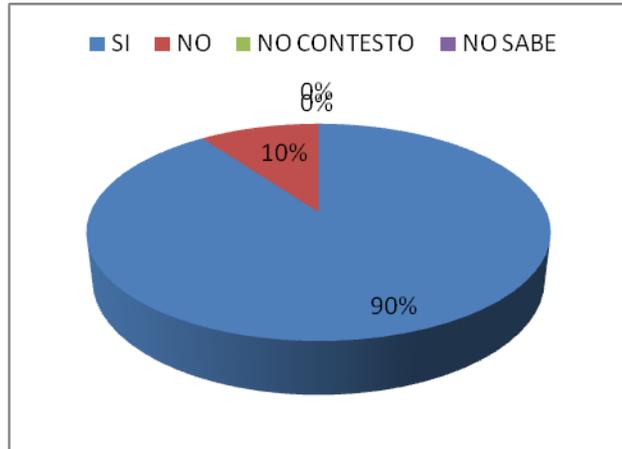
Análisis e Interpretación

Los Fiscales con los Defensores Públicos y Privados respondieron positivamente la interrogante conocer la diferencia, a excepción de un defensor público que respondió negativamente, expresando todos como fundamento de su respuesta el acceso carnal que existe en otros delitos, y no en el de pornografía, porque en los otros ilícitos es requisitos indispensable el acceso carnal para que se configuren, mientras que en el de pornografía basta el cometiendo de cualquiera de las modalidades instituidas en el tipo penal.

Pregunta Ocho

¿Tiene conocimiento sobre el término de incapaz al que se refiere el delito? Si__
No__ Enuncie

F \ A	Fa.	Fr.
SI	9	90%
NO	1	10%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



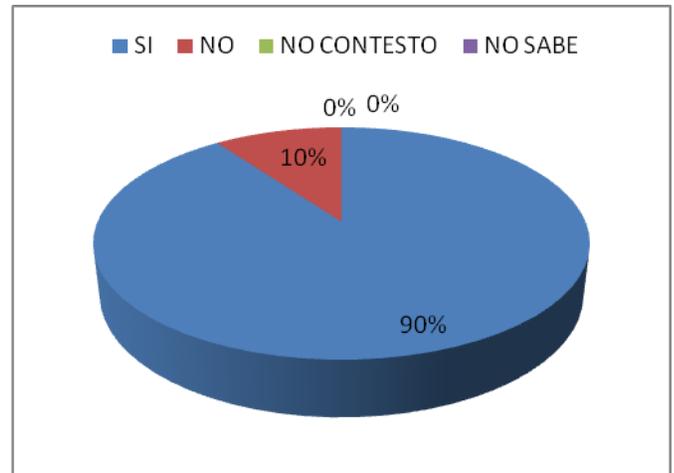
Análisis e Interpretación

Nueve de los entrevistados contestaron que están familiarizados con este término, primeramente uno de los Fiscales respondió que puede referirse a incapacidad en razón de la edad legal o incapacidad mental; los Defensores Públicos y Privados se basaron en la incapacidad referida a trastornos mentales, siendo el mismo criterio del equipo investigador. Uno de los Procuradores públicos expreso no conocer el referido término.

Pregunta Nueve

¿El delito de Pornografía con menores o incapaces puede realizarse por comisión por omisión? Si__ No__ Explique

F \ A	Fa.	Fr.
SI	9	90%
NO	1	10%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



Análisis e Interpretación

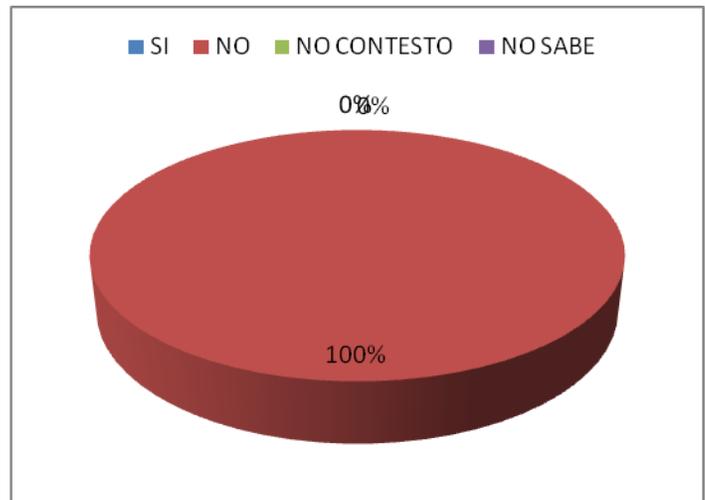
La consideración con respecto a esta interrogante es que se puede realizar, pero en el apartado de la explicación los fiscales dejaron el espacio en blanco, los defensores públicos expusieron que era lo regulado en el art. 172 C.Pn. en su inciso 2, y uno de los defensores públicos manifestó que no; mientras que los defensores particulares contestaron que si se puede dar, y es en relación con la agravante, en el caso de los padres.

El equipo investigador coincide con los defensores particulares en el aspecto de la agravante, que instituye el artículo 173-B CPn.

Pregunta Diez

¿Cree usted que concurre alguna causa de justificación en el delito? Si__ No_ ¿Por qué?

A \ F	F	
	Fa.	Fr.
SI	0	0%
NO	10	100%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



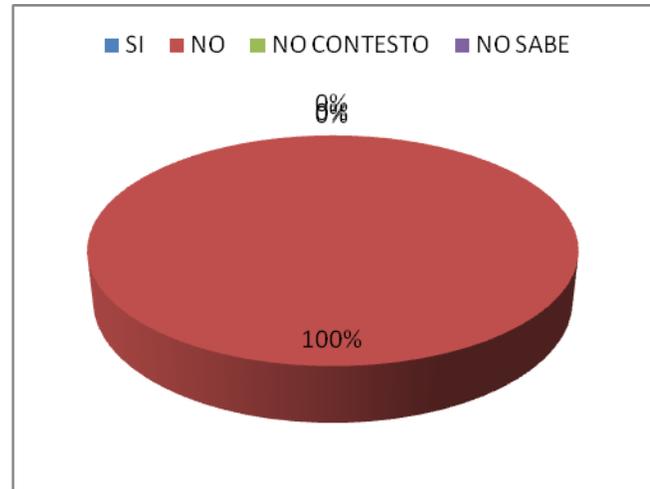
Análisis e Interpretación

La totalidad de encuestados manifestó que en ningún caso puede concurrir causa de justificación en este ilícito, y efectivamente es la respuesta correcta para el equipo investigador porque bajo ninguna circunstancia se puede adoptar una modalidad de las estatuidas en el artículo 173 como una causa de justificación.

Pregunta once

¿A su criterio, el consentimiento del menor debe ser valido? Si__ No_ ¿Por qué?

A \ F	Fa.	Fr.
SI	0	0%
NO	10	100%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



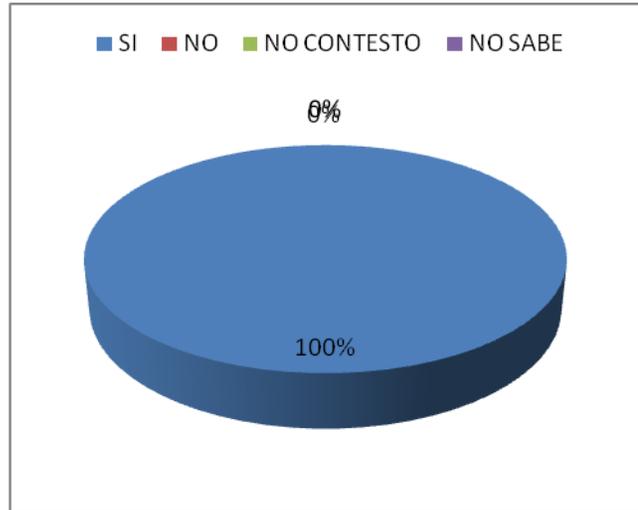
Análisis e Interpretación

Los Fiscales, defensores públicos y privados valoran que no es posible que medie el consentimiento en estas conductas, los primeros manifiestan que en el caso de los menores de quince años carecen de consentimiento y el de los menores de dieciocho está viciado por diversas razones, los defensores públicos manifestaron el motivo de la incapacidad; y los abogados particulares expusieron que los menores no han alcanzado su libertad sexual; pero para el equipo investigador el consentimiento debe ser tomado como eximente de responsabilidad penal atendiendo a la autodeterminación del sujeto pasivo.

Pregunta Doce

¿Para usted, existe diferencia entre la pornografía con menores e incapaces y la inducción a la prostitución? Si__ No_ ¿Por qué?

F \ A		F	
		Fa.	Fr.
SI		10	100%
NO		0	0%
NO CONTESTO		0	0%
NO SABE		0	0%
TOTAL		10	100%



Análisis e Interpretación

Todos los encuestados respondieron afirmativamente la interrogante, dejando claramente establecido que existe diferencia entre ambas figuras delictivas, utilizando el acceso carnal como fundamento de sus respuestas, por no requerirse en el ilícito de pornografía.

Pregunta trece

¿Cree que la poca jurisprudencia existente en el país se debe al desconocimiento del delito? Si__ No_ ¿Por qué?

F		A	
		Fa.	Fr.
SI	3	30%	
NO	7	70%	
NO CONTESTO	0	0%	
NO SABE	0	0%	
TOTAL	10	100%	



Análisis e Interpretación

Los Fiscales valoran que no necesariamente sea por desconocimiento, por existir otros medios de información, en cambio los defensores públicos expresaron que por no tener conocimiento del ilícito no se promueve el accionar de la justicia y se deja en impunidad estos casos, los abogados particulares manifestaron que el poco conocimiento de parte de la fiscalía permite que no se fundamenten adecuadamente los requerimiento dejando en impunidad dichas conductas.

Pregunta Catorce

¿Considera que el delito debe ser competencia de Tribunal Colegiado? Si__ No_
¿Por qué?

F \ A	Fa.	Fr.
SI	10	100%
NO	0	0%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	10	100%



Análisis e Interpretación

Todos los entrevistados manifestaron afirmativamente, porque cuando es unipersonal se denotan cuestiones personales y los otros dos jueces sirven como anclas para darle el carácter imparcial y objetivo al proceso.

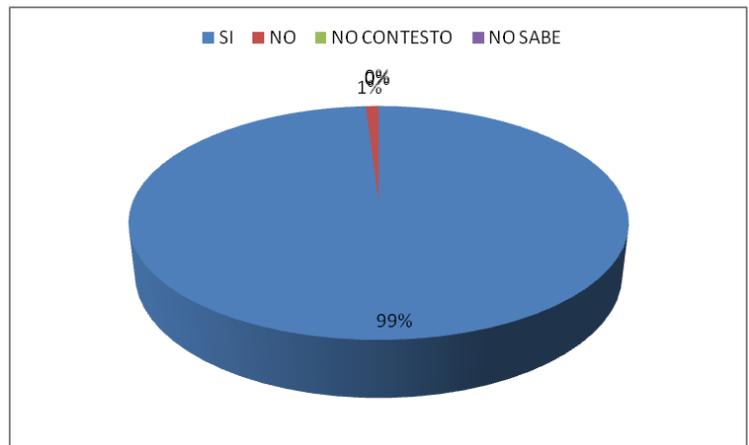
4.1.3 Resultados de Encuesta

Encuesta dirigida a: Estudiantes de Segundo, Tercer año y Egresados de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental.

Pregunta uno

1) ¿Tiene conocimiento de la existencia del delito de Pornografía con menores e incapaces?

F \ A	Fa.	Fr.
SI	99	99%
NO	1	1%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



Análisis e Interpretación

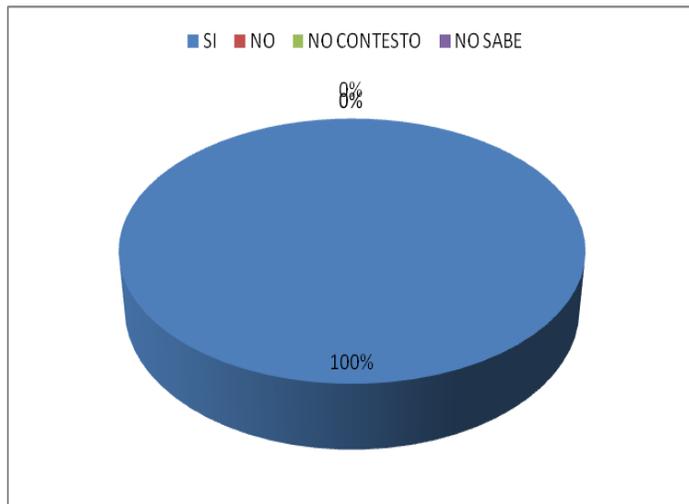
Con relación a esta interrogante el noventa y nueve punto cero por ciento (99.00 %) de los encuestados expresaron conocer la existencia del delito de Pornografía con Menores e Incapaces; por el contrario el Uno punto cero por ciento (01.00 %) restante manifestó no conocer sobre la existencia del ilícito, infiriéndose

que existe conocimiento generalizado de los estudiantes de Ciencias Jurídicas sobre el injusto regulado en el artículo 173 C.Pn.

Pregunta dos

2) ¿Sabe en qué consiste el delito de pornografía con menores e incapaces?

F \ A		Fa.	Fr.
		SI	100
NO	0	0%	
NO CONTESTO	0	0%	
NO SABE	0	0%	
TOTAL	100	100%	



Análisis e Interpretación

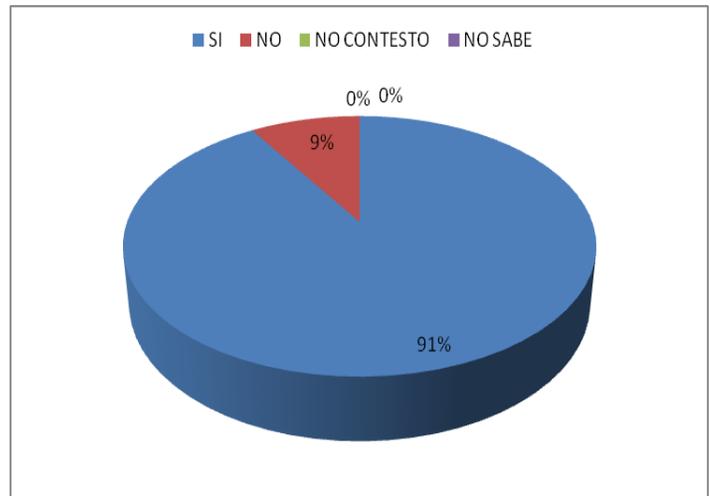
En esta interrogante el cien por ciento (100.00 %) de los encuestados saben en qué consiste el delito de Pornografía con menores e incapaces. De los resultados obtenidos se deduce que se tiene discernimiento sobre el tipo penal establecido en el artículo 173 C.Pn. por parte de los estudiantes de ciencias jurídicas de los niveles de segundo, tercer año y egresados, denotándose la buena formación académica de los estudiantes aspecto que conlleva a fundar que los profesionales del

mañana tendrán conocimiento generalizado sobre los elementos que estructuran el tipo.

Pregunta tres

3) ¿Conoce que son actividades eróticas e inequívocas de naturaleza sexual?

F \ A		F	
		Fa.	Fr.
SI		91	91%
NO		9	9%
NO CONTESTO		0	0%
NO SABE		0	0%
TOTAL		100	100%



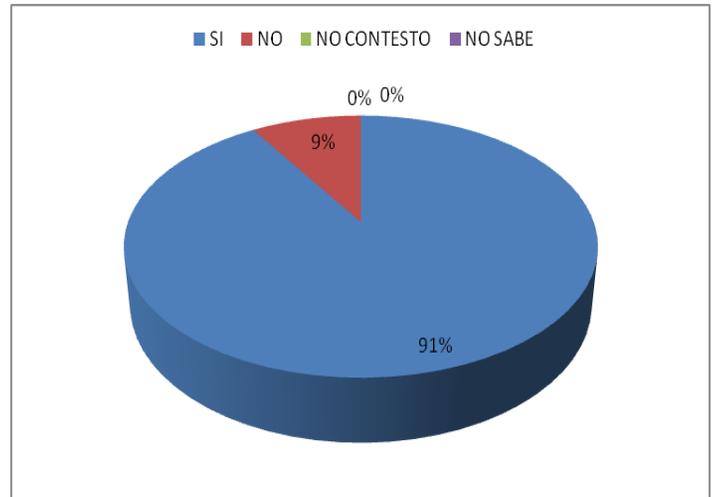
Análisis e Interpretación

El noventa y uno punto cero por ciento (91.00 %) de los encuestados expresaron saber en qué consisten los actos eróticos inequívocos de naturaleza sexual; mientras el nueve punto cero por ciento (09.00 %) restante manifestó no conocer sobre estos, determinándose que existe conocimiento integral de los estudiantes de Ciencias Jurídicas sobre el tipo en estudio señalado en el artículo 173 C.Pn.

Pregunta cuatro

4) ¿Conoce el significado del bien jurídico libertad sexual?

A \ F	Fa.	Fr.
SI	91	91%
NO	9	9%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



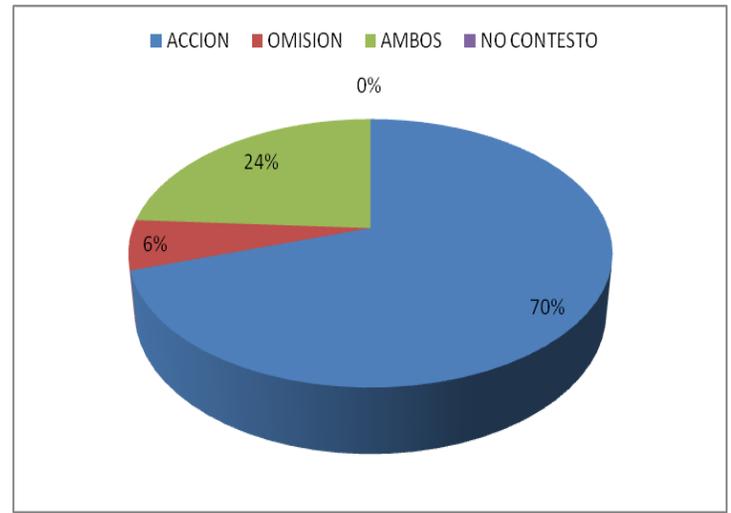
Análisis e Interpretación

Con relación a esta incógnita el noventa y uno por ciento (91.00 %) de la población estudiantil de ciencias jurídicas expresaron conocer el significado del bien jurídico “libertad sexual”, por el contrario el nueve punto cero por ciento (09.00 %) manifestaron desconocerlo, existiendo comprensión generalizada de los estudiantes sobre el interés relevante Libertad sexual. Esto en razón de ser el bien jurídico establecido en el Código Penal en forma expresa.

Pregunta cinco

- 5) ¿Tiene conocimiento si el delito de pornografía de menores e incapaces es un ilícito de acción u omisión impropia?

A \ F	Fa.	Fr.
ACCION	70	70%
OMISION	6	6%
AMBOS	24	24%
NO CONTESTO	0	0%
TOTAL	100	100%



Análisis e Interpretación

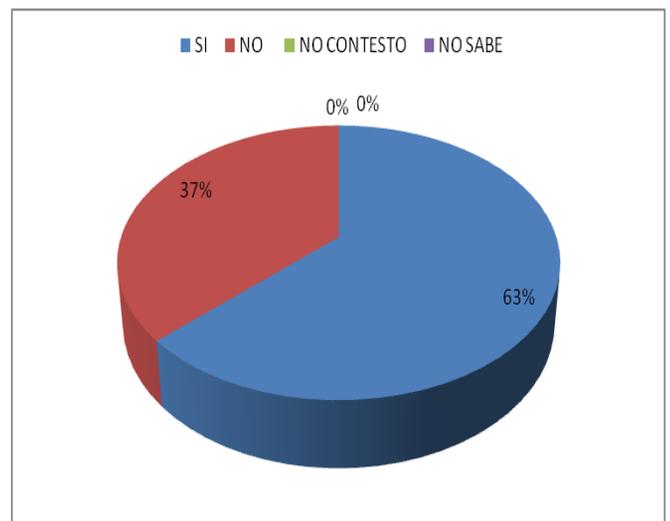
Esta interrogante permitió conocer la opinión de los estudiantes acerca del delito de Pornografía con Menores e Incapaces previsto y sancionado en el artículo 173 C.Pn. si este es de características comisiva u omisiva e incluso si en ambas formas se realiza el tipo, expresando el setenta punto cero por ciento (70.00 %) de los encuestados que el injusto en indagación es de acción, aspecto que no coincide en el sentido de constituirse como infracción penal que admite ambas figuras; el seis punto cero por ciento restante (06.00%) considera que el delito se comete en forma omisiva; y por último, el veinticuatro punto cero por ciento (24.00%) reflexiona que el ilícito se comete en ambas formas, Aspecto que

concuerta con la estructura y clasificación del tipo, existiendo desconocimiento sobre la naturaleza jurídica del delito.

Pregunta seis

6) ¿Considera que la pena regulada para el delito de Pornografía con menores e incapaces es proporcional?

F \ A	Fa.	Fr.
SI	63	63%
NO	37	37%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



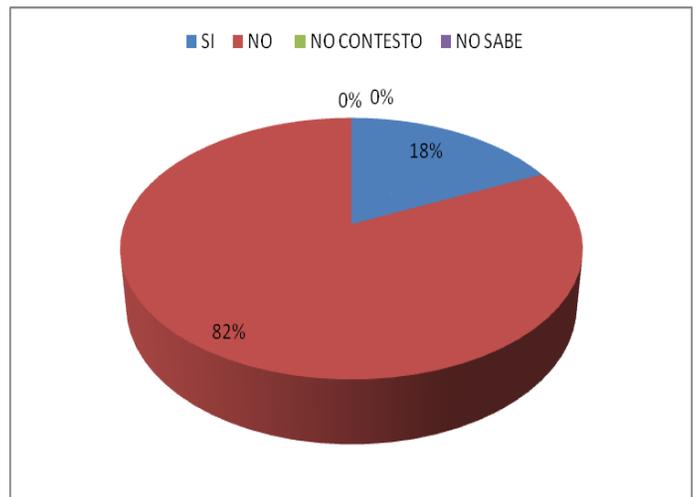
Análisis e Interpretación

Al preguntar si la pena impuesta por el delito de pornografía con menores e incapaces es proporcional con la conducta realizada el sesenta y tres punto cero por ciento (63%) de los cuestionados consideran que la sanción penal determinada por el injusto es correspondiente a la conducta realizada por el sujeto activo, mientras que el treinta y siete por ciento (37 %) considera que el castigo es desproporcional.

Pregunta siete

7) ¿Considera que las instituciones (ISNA, ISDEMU, PPDH) encargadas de proteger a menores y deficientes mentales, lo hacen de forma eficaz?

F \ A	Fa.	Fr.
SI	18	18%
NO	82	82%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



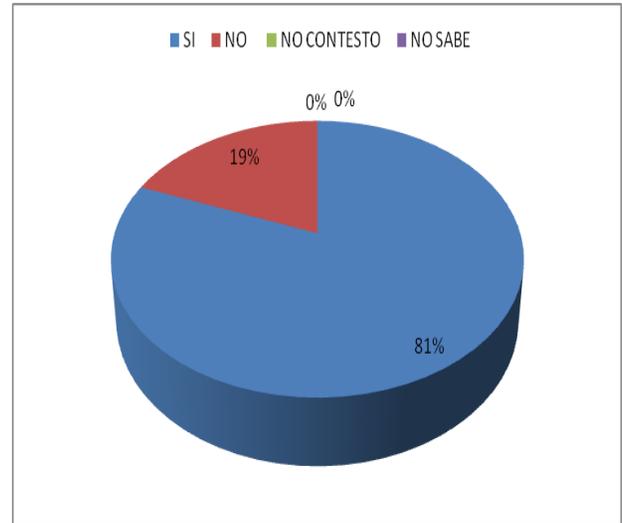
Análisis e Interpretación

El ochenta y dos por ciento (82.00 %) de los estudiantes encuestados Consideran que las instituciones (ISNA, ISDEMU, PPDH) encargadas de proteger a menores y deficientes mentales, no lo hacen de forma eficaz; por el contrario el porcentaje restante (18.00 %) cree que realizan su labor de protección en forma idónea, en ese sentido no es uniforme el criterio adoptado por parte de los encuestados; se infiere que existe conciencia en la población estudiantil sobre lo incorrecto en la protección para menores e incapaces.

Pregunta ocho

8) ¿Sabe que es la indemnidad sexual?

F \ A		F	
		Fa.	Fr.
SI	81	81%	
NO	19	19%	
NO CONTESTO	0	0%	
NO SABE	0	0%	
TOTAL	100	100%	



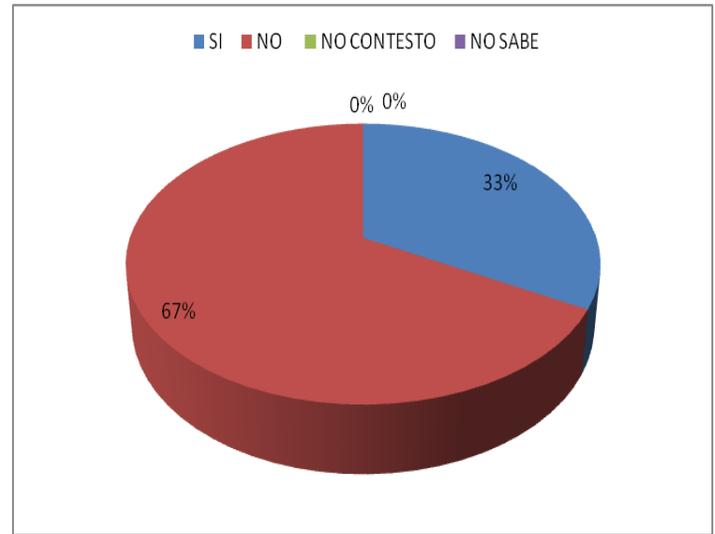
Análisis e Interpretación

Esta interrogante permitió conocer si el estudiante de ciencias jurídicas sabe o tiene conocimiento del bien jurídico indemnidad sexual. contestando el ochenta y uno por ciento (81.00 %) entender que es la indemnidad sexual; por el contrario el diecinueve por ciento (19.00 %) de los encuestados contesto no saber el significado del mismo, de los resultados se infiere que los estudiantes conocen el valor tutelado aunque no se encuentre en forma expresa en el Código Penal.

Pregunta nueve

9) ¿Conoce la diferencia entre el termino incapaz y deficiente mental?

F \ A		F	
		Fa.	Fr.
SI	33	33%	
NO	67	67%	
NO CONTESTO	0	0%	
NO SABE	0	0%	
TOTAL	100	100%	



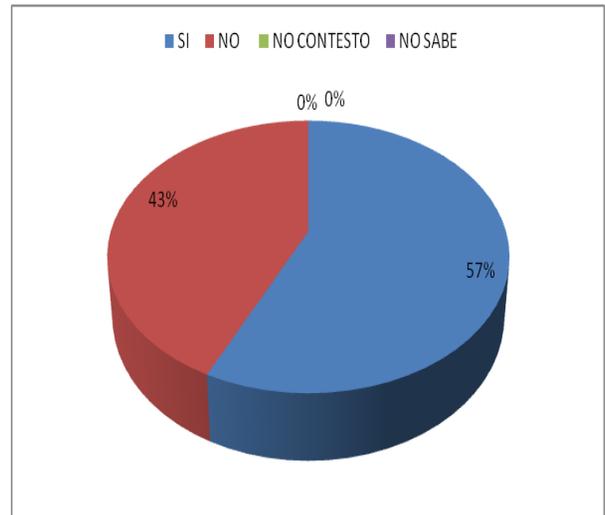
Análisis e Interpretación

Al contestar la mayoría negativamente esta interrogante es deducible que desconocen la diferencia entre el termino incapaz y deficiente mental; se colige que los estudiantes de ciencias jurídicas no tienen conocimiento de las formas de incapacidades que existen; y el porcentaje restante; tiene discernimiento entre los referidos conceptos.

Pregunta diez

10) ¿Tiene conocimiento del bien jurídico “*adecuado desarrollo de la personalidad del menor*”?

A \ F	Fa.	Fr.
SI	57	57%
NO	43	43%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



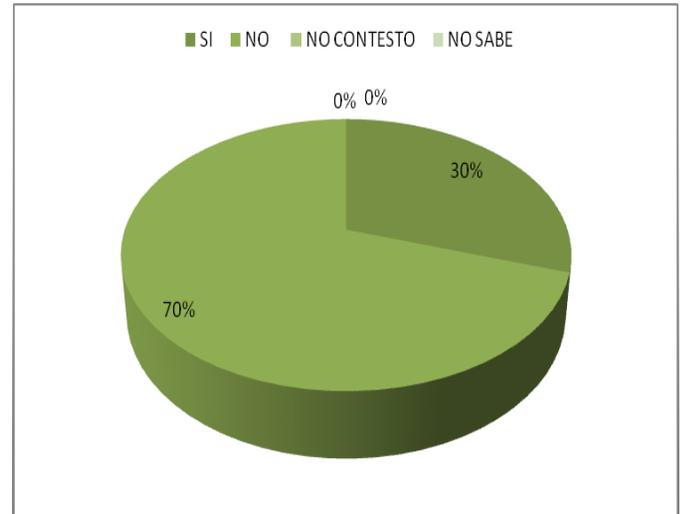
Análisis e Interpretación

El promedio de cincuenta y siete punto cero por ciento (57.00 %) de los encuestados contestó: tener conocimiento del bien jurídico “*adecuado desarrollo de la personalidad del menor*” frente a cuarenta y tres por ciento (43.00 %) de los estudiantes de ciencias jurídicas manifestó que no tienen discernimiento de dicho bien jurídico; deduciéndose que es mayor el porcentaje de personas que conocen el interés tutelado, existe desconocimiento intermedio acerca de este.

Pregunta once

11) ¿Conoce algún proceso penal incoado por la comisión de este delito?

A \ F	Fa.	Fr.
	SI	30
NO	70	70%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



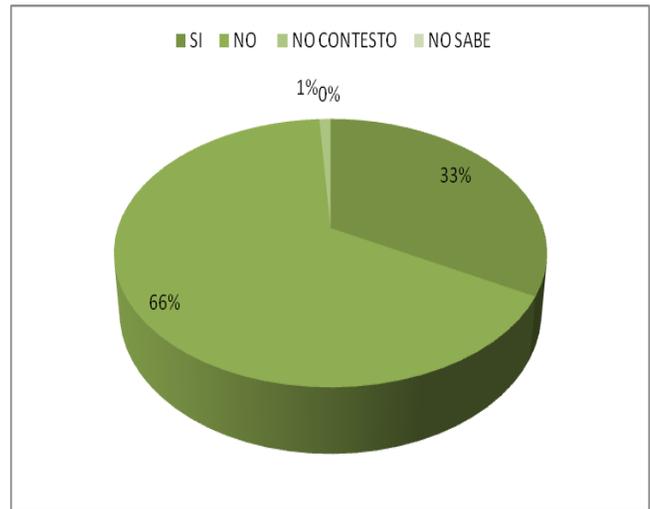
Análisis e Interpretación

Esta interrogante permite conocer si el estudiante tiene conocimiento de algún proceso penal incoado por la comisión del injusto de Pornografía con Menores e Incapaces, denotándose que el setenta por ciento (70.00 %) de los encuestados tiene conocimiento y el treinta por ciento (30.00 %) desconoce tal situación. De lo anterior se concluye que no se tiene noción sobre algún proceso penal iniciado, por la falta de persecución penal del mismo o desconocimiento de la población sobre la punición del mismo.

Pregunta doce

12) ¿Considera que el delito de Pornografía de menores e incapaces se regula de forma eficaz?

F \ A	Fa.	Fr.
SI	33	33%
NO	66	66%
NO CONTESTO	1	1%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



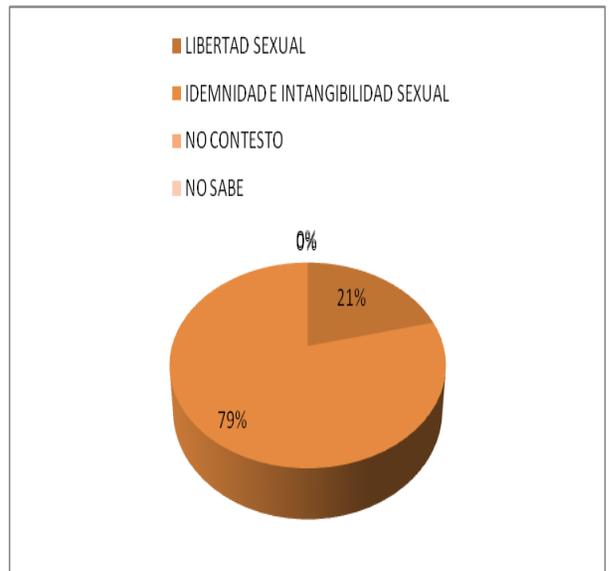
Análisis e Interpretación

La eficacia jurídica de la norma penal comprende los aspectos preventivos y punitivos; al consultar a los estudiantes sobre la eficacia del delito pornografía con menores e incapaces regulado en el artículo 173 C.Pn. el treinta y tres por ciento (33.00 %) de los estudiantes de ciencias jurídicas cree que es eficaz el tipo penal, por el contrario el sesenta y seis por ciento (66.00 %) coincide al expresar que el delito no es eficaz en razón del desconociendo de la naturaleza jurídica y elementos que estructuran el tipo penal; y el uno punto cero por ciento no expreso respuesta a la interrogante.

Pregunta trece

1) ¿Cuál considera que es el bien jurídico protegido en el delito de Pornografía de menores e incapaces?

F \ A	Fa.	Fr.
LIBERTAD	21	21%
INDEMNIDAD E INTANGIBILIDAD SEXUAL	79	79%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



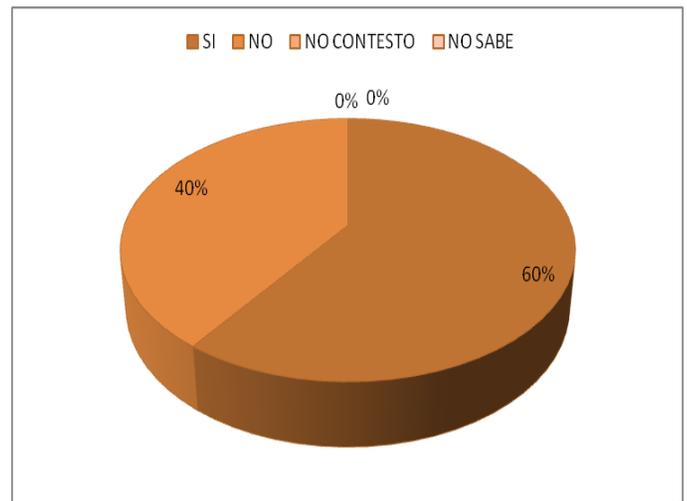
Análisis e Interpretación

De la incógnita acerca del bien jurídico protegido en el delito de Pornografía con menores e incapaces regulado en el artículo 173 C.Pn. el veintiuno por ciento (21.00%) de los estudiantes de ciencias jurídicas contesta que es la libertad sexual, el setenta y nueve por ciento (79.00 %) de los encuestados coincide que el bien jurídico tutelado en el ilícito es la indemnidad e intangibilidad sexual, proporcionando correctamente cual es el valor tutelado en el precepto legal.

Pregunta catorce

1) ¿Tiene conocimiento de las agravantes del delito de Pornografía de menores e incapaces?

F A	Fa.	Fr.
SI	60	60%
NO	40	40%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



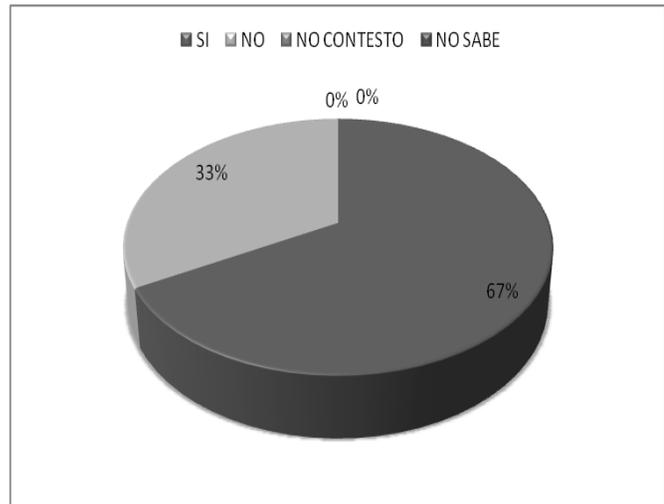
Análisis e Interpretación

La mayoría de la población encuestada de la presente interrogante contesta tener conocimiento de las agravantes del delito de Pornografía con menores e incapaces; es decir, el sesenta por ciento (60.00 %) de la población estudiantil cuestionada, por el contrario la minoría el cuarenta por ciento (40.00 %) contesta no poseer discernimiento de estas, deduciéndose que se tiene noción de las reformas realizadas en el artículo.

Pregunta quince

- 1) ¿Cree que la falta de denuncias sobre el delito de Pornografía con menores o incapaces se debe a su desconocimiento?

A \ F	Fa.	Fr.
SI	67	67%
NO	33	33%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



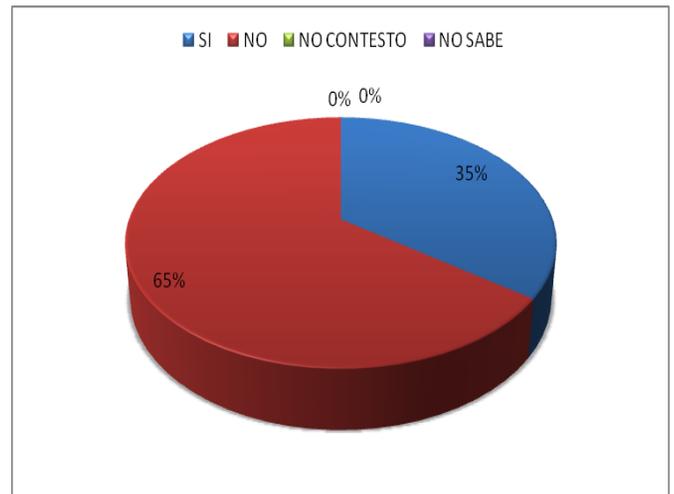
Análisis e Interpretación

El sesenta y siete por ciento manifiesta que en la actualidad existe poca persecución penal por el ente encargado del ejercicio de la acción penal (FGR), por el desconocimiento que dicho fenómeno Socio-cultural, situación por la que los ciudadanos, no acuden a excitar el aparato jurisdiccional con la finalidad de erradicar la impunidad; mientras que el treinta y tres por ciento opina que no se debe a la falta de denuncias o impericia del ilícito.

Pregunta dieciséis

1) ¿Considera válido el consentimiento de los menores e incapaces como eximente de responsabilidad penal?

F \ A	Fa.	Fr.
SI	35	35%
NO	65	65%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



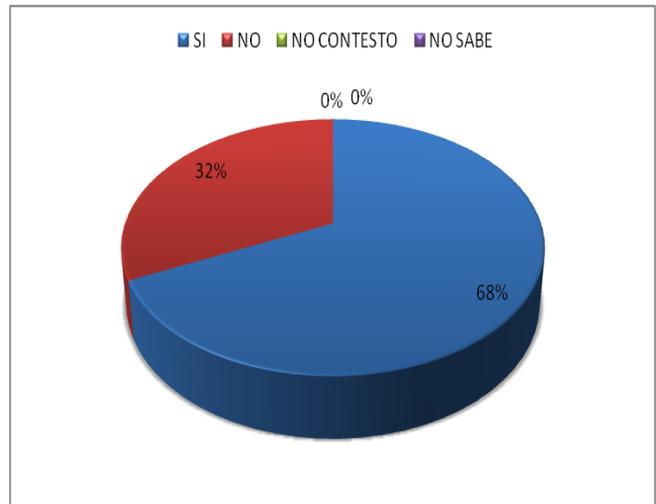
Análisis e Interpretación

En la presente interrogante el sesenta y cinco por ciento (65.00 %) de los estudiantes de ciencias jurídicas coincide que el consentimiento del menor e incapaz como eximente de responsabilidad penal no debe ser válido, en ese sentido es aceptado que el supuesto de hecho del precepto legal regulado en el artículo 173 C.Pn.; por el contrario treinta y cinco (35.00 %) cree que el asentimiento del menor e incapaz debe ser tomado en cuenta como excluyente de responsabilidad, generando impunidad en aquellos casos donde el menor consienta y se tenga que demostrar el vicio en el mismo.

Pregunta diecisiete

1) ¿Considera necesaria una reforma al artículo 173 C.Pn.?

F \ A	Fa.	Fr.
SI	68	68%
NO	32	32%
NO CONTESTO	0	0%
NO SABE	0	0%
TOTAL	100	100%



Análisis e Interpretación.

De la interrogante planteada el treinta y dos por ciento (32.00 %) de los encuestados no considera necesaria reforma al Art. 173 del Código Penal, por el contrario el sesenta y ocho por ciento (68.00 %) de los estudiantes de ciencias jurídicas, coincide que el delito de Pornografía con menores e incapaces debe ser reformado. De las opiniones vertidas se determina que la mayoría está de acuerdo en realizar reformas al precepto legal.

4.2. MEDICION EN EL ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS.

4.2.1. Solución del Problema de Investigación.

Para darle respuesta a las interrogantes planteadas en los enunciados del problema se analizara su contenido y el grado de comprobación obtenido.

4.2.1.1. ENUNCIADOS GENERALES.

- **¿Se estará protegiendo desde la perspectiva Jurídico-Social, en El Salvador a las personas menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales, de ser utilizados en la pornografía?**

Esto se identifico y desarrollo en la base teórica del Capítulo II, en sus diferentes apartados, determinándose que efectivamente se cuenta con la legislación nacional e internacional, que trata de garantizar los derechos de los menores e incapaces; como mecanismo para asegurar de forma efectiva, contándose con instituciones gubernamentales y no estatales, tales como: el ISNA, ISDEMU, P.N.C., FGR, PGR, PPDH, INTERVIDA y SAVE THE CHILDREN, realizando estas dos últimas campañas en contra del fenómeno socio cultural, dando apoyo necesario, no obstante a ello es importante que las instituciones privadas y públicas trabajen de forma conjunta para erradicar los índices de impunidad en relación al ilícito indagado.

- **¿Se han identificado los factores generadores del ilícito Utilización de menores de dieciocho años, incapaz o deficientes mentales en la pornografía?**

En el apartado 2.2.4. Factores Que Contribuyen a que Niños, Niñas y Adolescentes sean Vulnerables a la Pornografía, 2.2.5. Relación Entre Pornografía y Prostitución. 2.2.6. Medidas Específicas Contra La Prostitución y La Pornografía Infantil. Se han desarrollado los diferentes factores que influyen en la problemática objeto de estudio; determinándose en primer momento que incide en los elementos sociales “Pobreza, Migración, desempleo, bajo nivel de educación entre otros; así mismo para la consumación del ilícito que se investiga en ocasiones trae consigo otros delitos tales como la Inducción a la Prostitución, Corrupción de Menores e Incapaces e inclusive Violaciones sexuales.

4.2.1.2 ENUNCIADOS ESPECIFICOS

- **¿Se tutelara con eficacia la indemnidad e intangibilidad sexual dentro del tipo penal la Utilización de menores de dieciocho años, incapaz o deficientes mentales en la pornografía?**

La delimitación del bien jurídico tutelado en el tipo penal de Pornografía con Menores e Incapaces, es de vital relevancia en razón de estar en juego otros intereses jurídicos, tales como: La moral sexual, imagen del menor, su correcto

desarrollo físico y psíquico, además de salvaguardar la indemnidad e intangibilidad de los menores incapaces derivados de la libertad sexual, siendo en términos jurisprudenciales la autodeterminación de los mismos dependiente de la edad cronológica.

▪ **¿Comprenderá el Art. 173 del Código Penal todas las posibles modalidades con las cuales se puede realizar el ilícito de pornografía en menores de dieciocho años, incapaz o deficientes mentales?**

El ilícito que se indaga en términos amplios contempla las distintas modalidades, a través de las cuales se puede consumar la infracción penal de Pornografía con Menores e Incapaces; en virtud de regular en el precepto legal definición del fenómeno socio-cultural, y al ser este delito resultativo se infiere que puede cometerse a través de las diferentes formas que instituye (Producir, Reproducir, Distribuir, Ofrecer, Financiar, Vender, Comerciar, Publicar, Difundir, Exportar e Importar). Determinándose dichas acciones lesivas a través de los elementos descriptivos esenciales desarrollados en la estructura del tipo, tema inmerso en la base teórica, específicamente en el apartado de la tipicidad.

▪ **¿Identificar los elementos que estructuran el tipo penal de pornografía?**

Estos se identificaron y desarrollaron en la base teórica del Capítulo II, en el tema denominado “Estructura del Tipo” y en sus diferentes apartados,

determinándose que los elementos descriptivos esenciales que configuran este tipo penal son la conducta típica, el bien jurídico, los sujetos (activo y pasivo), el resultado, que en este caso será la puesta en peligro o lesión; por ser delito de mera actividad y resultado por consiguiente, en algunas modalidades de acción no existe nexo causal mientras que en otros si se logra establecer este componente. Los elementos no esenciales integrados por el objeto que es el mismo sujeto pasivo, porque sobre el recae la acción depravada; el medio que conlleva a la realización del tipo son los actos sexuales de naturaleza erótica. El tiempo y el lugar, son elementos que no son exigidos por el legislador para la consumación del tipo, pudiéndose cometer el injusto en cualquier tiempo y lugar.

Los elementos normativos, son aquellos que requieren cierta definición de carácter jurídico/cultural para su interpretación.

▪ **¿Cómo identificar el delito de pornografía de menores e incapaces y deficientes mentales frente a la comisión de otros delitos relativos a la libertad sexual?**

La delimitación de la Pornografía con menores e incapaces con otros tipos penales, se circunscribió solamente en relación a los delitos contra la indemnidad sexual, por ser el bien jurídico protegido. Se efectuó análisis comparativo descrito en el apartado 2.2.5 con relación a la Prostitución debido a que este comportamiento nocivo tiene estrecha relación con la infracción penal que se indaga.

▪ **¿Por qué es indiferente en el delito pornografía de menores e incapaces y deficientes mentales la concurrencia del consentimiento por parte de la víctima?**

La no valoración del consentimiento del menor o incapaz como causa eximente de responsabilidad penal en el delito de Pornografía, fue determinada en la base teórica, específicamente en el tema Estructura del Tipo, en la categoría de “Antijuridicidad”, con la causa de Justificación **“Consentimiento”**, dando explicación detallada de porque no se considera válido el asentimiento de las víctimas.

▪ **¿Resultará necesario reformar el Art. 173 del Código Penal, para garantizar una mejor protección de la Indemnidad e Intangibilidad Sexual de los Menores de dieciocho años, incapaces y deficientes mentales?**

La reforma del tipo penal regulado en el Art. 173 del Código penal, se infiere del análisis interpretativo efectuado mediante la comparación de la legislación nacional con la extranjera que determinan la Utilización de Menores e incapaces en pornografía; valorando específicamente algunas de estas el consentimiento del menor e inclusive apreciándose este de acuerdo al parámetro cronológico que diferencia la Violación en Menor o Incapaz y el estupro.

4.2.2. DEMOSTRACIÓN Y VERIFICACIÓN DE HIPÓTESIS.

Se hará análisis relativo a la comprobación de las hipótesis planteadas en la Investigación.

4.2.2.1. HIPÓTESIS GENERALES:

- **El desconocimiento de los elementos del tipo utilización de menores e incapaces en pornografía, dificulta su aplicación y eficacia.**

Esta hipótesis está comprobada con la Investigación de campo realizada, con la entrevista estructurada dirigida a Defensores Públicos y privados, Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República, porque al indagarles si conocen los elementos que estructuran el tipo, a pesar que refieren conocerlos del argumento presentado se infiere que no tienen conocimiento real y si realizan el juicio de tipicidad este resultara errado.

- **Las consecuencias psicosociales de las víctimas del ilícito Pornografía con menores e incapaces; afectan el desarrollo integral de estos, en la ciudad de San Miguel.**

La presente hipótesis se resuelve con los diferentes instrumentos de Investigación utilizados en la Exploración de campo. Con la entrevista no estructurada dirigida a conocedores del tema, Juzgadores y Psicólogos; infiriéndose

que con este comportamiento depravado se lesiona no solo la indemnidad e intangibilidad sexual o Desarrollo Integral del mismo, en razón de existir repercusiones en las víctimas de carácter psico-social.

4.2.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

- **El tipo Utilización de menores e incapaces en pornografía es autónomo; en su evolución histórica ha sido dependiente de otras figuras delictivas relativas a la libertad e indemnidad sexual.**

La entrevista estructurada fue el instrumento que comprobó esta hipótesis conteniendo dos preguntas, una sobre las diferencias del ilícito que se investiga con las figuras penales: Inducción a la prostitución, corrupción de menores e incapaces; y la segunda sobre los límites del delito frente a otras figuras delictivas relativas a la indemnidad sexual, proyectando resultados preocupantes porque existe confusión de las partes técnicas del proceso penal, considerando que no existe conocimiento por parte de algunas; y el desconocimiento de los límites del tipo en estudio no se logra establecer con claridad por parte de los entrevistados en el sentido de mencionar elementos típicos erróneos.

- **Las Consecuencia Sociales y Jurídicas del tipo Pornografía en menores e incapaces; estigmatizan a las víctimas de este; perjudicando su correcto desarrollo integral.**

La presente hipótesis se comprobó con los resultados obtenidos de todos los instrumentos de investigación utilizados, aportando elementos que apoyan la teoría planteada en el sentido de considerar que la pobreza, la deserción escolar, y el desempleo son factores de carácter jurídico social que contribuyen de forma negativa para que los menores e incapaces sean víctimas del fenómeno Pornografía; y como consecuencia se deriva la estigmatización de los sujetos pasivos conllevando a la doble victimización de estos.

- **La falta de conocimiento de los elementos que estructuran el tipo penal Utilización de menores e incapaces en pornografía, genera impunidad en relación al mismo.**

Demostrándose tal situación mediante el escudriño realizado a través de las entrevistas estructuradas realizadas con Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República, Defensores Públicos y privados, e inclusive la poca profundización por parte de los Juzgadores en relación a la figura penal que se investiga.

- **La diferencia entre el delito Utilización de menores e incapaces en pornografía con otros tipos penales relativos a la libertad e indemnidad sexual es sutil, y difícil de precisar por su amplio significado.**

Esta hipótesis se comprobó con la investigación teórica realizada por el equipo investigador y se desarrolla en el capítulo II “Base Teórica”. Además aportó a la demostración de este supuesto la investigación de campo realizada por medio

de la Entrevista Estructurada porque algunos Abogados contestaron correctamente, mientras que otro grupo, contesto que no existe diferencias con otros tipos penales, confundiendo términos e inclusive no respondiendo la interrogante.

- **Por la poca aplicabilidad del delito de Pornografía con menores e incapaces, no existe jurisprudencia Nacional para el análisis adecuado del tipo.**

La hipótesis se logró comprobar con la entrevista no estructurada realizada a especialistas en el tema y Juzgadores porque se demostró que el ilícito carece de persecución penal, por el desconocimiento por parte de la población por creer que tal conducta no es reprochable, generando escasa cultura de denuncia en la sociedad salvadoreña sobre estos delitos y en consecuencia se dificulta la creación de jurisprudencia mediante las resoluciones emitidas por los tribunales o las pocas que existen difícilmente pueden ser proporcionadas por la carga laboral y la mora judicial existente.

- **Las legislaciones extranjeras regulan el delito Pornografía con menores e incapaces en forma diferente al ordenamiento jurídico salvadoreño, generando interpretaciones y valoraciones difusas para determinar el alcance y contenido del ilícito.**

Se comprueba con el tema especial “Derecho Comparado”, desarrollado en el Capítulo II “Base Teórica”, deduciendo como grupo investigador del análisis comparativo efectuado en diez legislaciones extranjeras del delito “Utilización de Menores e Incapaces o Deficientes Mentales en Pornografía”, logrando estipular una variación de regulaciones en diferentes aspectos objetivos y subjetivos, tales como la naturaleza jurídica del delito, los sujetos pasivos o las modalidades de la acción e inclusive la validez del asentimiento.

4.2.3. LOGRO OBJETIVOS.

Como equipo investigador planteamos ciertos objetivos, siendo las directrices que marcaron la indagación, considerando que las metas trazadas fueron cumplidas en su totalidad.

4.2.3.1. OBJETIVOS GENERALES

- **Estudiar la aplicación y eficacia del ilícito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía.**

El presente objetivo se logro mediante la Investigación teórica realizada y desarrollada en el capítulo dos, conformado por los elementos objetivos y subjetivos del tipo, con el estudio de la clasificación del tipo se determino la naturaleza jurídica del delito; así también con la investigación de campo efectuada se determino la

aplicación y eficacia del mismo, en razón de ser estos últimos la forma para verificar si existe aplicabilidad del injusto, determinándose que debido al poco conocimiento de esta figura penal en la actualidad existe poca persecución penal y por ende impunidad.

- **Analizar las consecuencias del delito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, en la ciudad de San Miguel.**

Se determino a través de la investigación documental y empírica que la pobreza, deserción escolar, violencia intrafamiliar, migración e inclusive otras figuras penales como la prostitución, son factores que influyen en la proliferación del fenómeno socio-cultural “**Pornografía**”, no dejándose de valorar los avances tecnológicos, que de cierta forma inciden en nuevas modalidades de comisión de comportamiento lesivos en el conglomerado social.

4.2.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- **Determinar la transformación que ha tenido este delito desde sus orígenes hasta la actualidad.**

Este se cumplió de forma satisfactoria con la investigación teórica doctrinaria realizada por el equipo, en las diferentes culturas históricas, regulaciones penales salvadoreña y extranjera. Que se encuentra desarrollado en la primera parte del capítulo dos denominado Elementos Históricos.

- **Determinar a través del análisis jurídico y social, las consecuencias producidas por la Pornografía Infantil en las personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales utilizadas en esta.**

Las consecuencias sociales y jurídicas originadas por el fenómeno pornografía con menores e incapaces, como objetivo planteado fue logrado con la investigación de campo realizada a especialistas consultados, aportando elementos de especial relevancia para determinar las conductas constitutivas del tipo, con el análisis de las opiniones vertidas por los profesionales entrevistados se obtiene como causa principal la estigmatización y la doble victimización de los sujetos pasivos del ilícito por parte de la sociedad.

- **Clasificar y Estructurar el delito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces en pornografía.**

El desarrollo y estudio de la estructura, además de la clasificación del tipo penal de Pornografía con Menores e Incapaces efectuado en la investigación, contribuye a facilitar la comprensión respecto de los elementos subjetivos y objetivos que se requieren para su configuración, determinándose las diferencias entre las conductas requeridas para las diversas clases de comportamientos de contenido sexual afines con este; asimismo los temas especiales incorporados facilitan la regulación de las modalidades de la conducta.

- **Fijar los límites para determinar la existencia del delito de pornografía de menores con otros tipos Penales relativos a la libertad sexual.**

El objetivo se alcanzo con la investigación científica efectuada en el marco teórico realizando análisis a los diversos tipos penales que se relacionan con el bien jurídico indemnidad sexual de menores e incapaces, particularmente con la figura penal de la Inducción a la Prostitución; apoyándose con la investigación de campo específicamente con las entrevistas no estructuradas.

- **Investigar la Jurisprudencia Nacional e Internacional relaciona al delito que regula el Artículo 173 del código penal.**

El logro del presente objetivo se obtuvo realizando análisis a la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Colombia por la poca persecución penal del ilícito de Pornografía con Menores e Incapaces situación que limita a los Juzgadores para generar jurisprudencia nacional acerca de este comportamiento, no obstante se valoro criterio generalizado con respecto a los ilícitos de contenido sexual; desarrollándose en el capítulo dos.

- **Comparar el ilícito Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces en pornografía que regula el Código Penal Salvadoreño con Códigos Penales de otros países; y de esta forma determinar las similitudes y diferencias del mismo.**

Mediante el estudio de las disposiciones penales que diversos países regulan del delito de Pornografía con Menores e Incapaces, se logra determinar las diferencias y similitudes existentes entre países Centroamericanos, Sur Americanos y Europeos con la Normativa Penal Salvadoreña, obteniendo con ello estudio comparativo que determina la eficacia jurídica que los diversos Estados tiene en materia de Pornografía.

- **Crear propuesta de reforma del delito de Utilización menores e incapaces en pornografía, que atienda a las necesidades político criminales de la sociedad.**

Efectivamente se logro la creación de Propuesta de reforma (Cap. V) al Artículo 173 que instituye el ilícito de Pornografía con Menores e Incapaces, valorando el análisis efectuado con legislaciones extranjeras y nacional e inclusive la de carácter internacional.

CAPITULO V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

Capítulo V.

CONCLUSIONES RECOMENDACIONES Y PROPUESTA.

5.1.- CONCLUSIONES.

5.1.1 CONCLUSIONES GENERALES.

5.1.1.1.- DOCTRINARIAS

- El Injusto Penal “Utilización de Personas menores e incapaces o Deficientes Mentales”, es ilícito que de acuerdo a su naturaleza jurídica es complejo por incluir en esta diversidad de modalidades para la consumación de este, de esta forma disciplina comportamientos que necesitan análisis de exclusión para determinar que conductas serán constitutivas como actos obscenos de naturaleza sexual, no lesionando únicamente según la doctrina la Indemnidad e Intangibilidad sexual, si no que incluye otros elementos como el adecuado desarrollo psíquico de estos e inclusive la moral sexual. Se clasifica el tipo penal como delito de resultado (Producir, Distribuir, Importar, Exportar, Financiar) y de mera actividad (Difundir, Publicar, Vender, Comerciar, Ofrecer, Reproducir), dependiendo a la modalidad de acción; los primeros se pueden separar en tiempo y espacio existiendo nexo de causalidad; en los segundos basta la realización de la conducta típica para considerar consumada la infracción penal, fundamentándose la puesta en peligro para la indemnidad del

menor, pero este peligro es de carácter concreto, porque existe real e inminente riesgo para la afectación del bien jurídico protegido.

- La Pornografía de menores e incapaces implica iniciar prematuramente al menor en el ámbito sexual, lo usual es que el ser humano adquiera conocimientos sobre aspectos de la misma según las etapas cronológica, en este caso se esta ante supuestos donde se menoscaba su normal desarrollo. Los actos obscenos suelen entenderse como el fomentar al menor e incapaz comportamientos o actitudes sexuales, que se alejan de las pautas sociales, de la moral sexual colectiva. La lesión que se produce es de carácter psíquico o interna, y solamente con el devenir del tiempo los efectos materiales se exteriorizan.

- El progreso de la informática es de las características primordiales y destacadas de este milenio, donde su utilización comprende el abanico de posibilidades, siendo indispensables delimitarlas a fin de combatir los excesos presentados, iniciando con el desmedro de nuestros niños, niñas y adolescentes que son amenazados y conculcados otras veces por los delincuentes del ciberespacio. Ante tal situación, es natural la aparición de renovadas disposiciones penales en salvaguarda de los bienes jurídicos que urgen de protección. La sociedad debidamente organizada, a través de sus instituciones preclaras y los obligados a legislar, tienen la facultad

para establecer propuestas que permitan su control o consecuente sanción. Por lo demás, en la protección de la indemnidad sexual de los menores de edad tiene un papel sumamente importante la familia. Lamentablemente se puede constatar al respecto que éstos desconocen el tipo de información al que acceden sus hijos menores de edad, realidad aprovechada sin escrúpulos por los endémicos delincuentes sexuales de la Web.

5.1.1.2.- JURIDICAS.

- La Utilización de menores e incapaces en Pornografía, es tipo penal previsto y sancionado en el artículo 173 del Código Penal, delito que ha sido regulado en la legislación salvadoreña desde el primer Código Penal de 1826 y ha sido objeto de cambios en su estructura, incluyendo su denominación, siendo en algunas épocas comportamientos que atentan a las buenas costumbres o moral; delito complementario y dependiente de otras figuras criminales, hasta llegar a configurarse actualmente como ilícito autónomo. Por el contrario, existe confusión al momento de aplicarlo a las conductas delictivas, porque prevalece el desconocimiento por los encargados de promover la acción penal, considerando que la Pornografía con niños, niñas o adolescentes para su consumación lleva consigo la realización de otros tipos penales, tales como la inducción a la prostitución, generando impunidad en algunos casos, permitiendo que se

vulnere la integridad física y psíquica del menor e incapaz, por la falta de conocimientos generales acerca de Derecho Penal.

- Se concluye que el menor de dieciocho años de edad y el deficiente mental son los sujetos protegidos ante la conducta típica instituida en el Art. 173 del Código Penal. Es importante señalar el grado de comprensión que tienen los menores y los incapaces frente a las conductas de carácter sexual que hace alusión el tipo. El menor de edad podrá ser influenciado y perturbado a partir de los seis años, porque en esta etapa de la vida que empieza el individuo a tener entendimiento sobre aspectos de naturaleza sexual y comienza a preguntar el porqué de las cosas, requiriendo explicaciones sobre ellas. Especial énfasis se hace en relación al deficiente mental, porque estos no tienen capacidad de juicio del mundo exterior de forma adecuada, poseyendo intelecto limitado en proporción a las personas normales. En el aspecto sexual, su actuar se rige por impulsos fisiológicos (instintos), debido a que su edad mental es menor a su edad cronológica y su cuerpo le exige ciertas necesidades de carácter sexual. Por tanto, es vulnerable a ser objeto de perversión.

5.1.1.3.- SOCIALES.

- Es conducta de naturaleza sexual reprochable por la sociedad, pero que actualmente sigue siendo un tema tabú, es decir el abordaje de estos

dentro de la sociedad tiende a ser silenciado. El delito de Pornografía con menores e incapaces, desde la perspectiva social atenta contra la moral sexual colectiva que tiene como objeto de protección a la comunidad y no la del individuo; no obstante a ello el conglomerado tiene postura tolerante y hasta cierto punto asiente dichos comportamientos.

- Existe poca investigación sobre el delito. Prueba de ello es la escasa jurisprudencia que se encuentra en los diversos tribunales del país, pero esto no significa que no hayan casos de Pornografía de menores, no concurriendo la adecuada investigación por parte de las instituciones encargadas como la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil, debido al desconocimiento de los elementos que estructuran el tipo por los Agentes Fiscales, encargados de promover la acción penal; aunado a ello la falta de “Noticia del Crimen”, por la ausencia de información de la población del ilícito que se investiga o la vergüenza que este genera a las víctimas.

5.1.1.4.- CULTURALES.

- Casos de Pornografía donde son utilizados menores e incapaces surgen constantemente, pero en la mayoría de ellos, estos no llegan a los tribunales porque no existe cultura de denuncia ciudadana. La sociedad se ha acomodado a no resolver los problemas mediante la vía judicial, por el

mismo retraso sociocultural preexistente en muchas partes del país, las víctimas consideran que los actos vejatorios de los cuales son objeto, son normales, no importándoles la incidencia negativa de estas conductas en el adecuado desarrollo interpersonal del menor, provocando graves perturbaciones.

- La sociedad está sujeta a cambios de carácter cultural, el gobierno pretende introducir nuevas formas de enseñanza donde incluye clases de educación sexual, los medios de comunicación no tienen control propio y adecuado en la difusión de programas de contenido sexual, perjudicando al menor o incapaz que los percibe, debido a que las víctimas asimilan todo lo que se les presenta.

Es normal que en la realidad algunos menores, dado a las circunstancias antes mencionadas, tengan comprensión sobre la sexualidad al igual que los adultos, esto debe ser tomado en cuenta por el dispensador de Justicia a la hora de imponer el castigo, porque la perversión y utilización de estos en pornografía conlleva alteraciones de la conciencia, pero en el caso que se plantea, esa variación existe y no se está iniciando al menor prematuramente en actos eróticos de naturaleza sexual, manteniendo o reafirmando los conocimientos que tiene.

5.1.2. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS.

- El sujeto pasivo protegido por el legislador en la Utilización de menores e incapaces es el menor y el deficiente mental. Entendiéndose al primero entre los cero a dieciocho años de edad.

Las conductas sexuales realizadas por el incapaz son de difícil determinación para considerarlas como producto de la perversión del autor del hecho punible; porque ellos actúan por impulsos fisiológicos de carácter sexual que debido al desarrollo cronológico de su cuerpo se convierte en necesidad.

- Las Actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas constituye aspecto primordial que necesariamente debe estar presente en la ejecución de la conducta típica, consistiendo en todos aquellos actos sexuales que pueden o no implicar el acceso carnal por vía anal o vaginal e inclusive oral, concepto valorativo sociocultural encontrado a disposición del juzgador sobre su aplicabilidad o adecuación a determinado comportamiento, por la diversidad de actuaciones que pueden ser consideradas de naturaleza sexual, siempre y cuando la parte subjetiva del sujeto que la realice, tenga como finalidad la satisfacción de deseos sexuales, (elemento distinto del Dolo “Animo Lubrico”).

- El tipo indagado se encuentra instituido en el Capítulo relativo a la libertad sexual, en el caso de los menores e incapaces se protege: **La indemnidad e intangibilidad sexual** es el bien jurídico tutelado en el delito de Pornografía donde se usan de forma directa o indirecta a estos; por ser amplia la salvaguarda de los sujetos pasivos del tipo dada su característica de vulnerabilidad, no tienen la capacidad mental suficiente para poder comprender la seriedad y las consecuencias que implica la relación sexual, por ello el legislador no les ha concedido la capacidad para decidir sobre la realización de este tipo de relaciones, considerando el consentimiento en este caso está viciado. De esta forma, se protege al menor y al deficiente mental que no se les reconoce capacidad para ejercer la libertad sexual en razón de imposibilidad para consentir, protegiéndose exclusivamente a estos en forma amplia; sin embargo es valorable la capacidad de autodeterminación sexual de los menores de dieciocho y mayores de quince, para la admisión del asentimiento de los mismos como causa de justificación. Efectuando valoración con el auxilio de la Disciplina Psicología.

- La idea de indemnidad e Intangibilidad sexual en el Derecho Penal Sexual e informático, debe relacionarse con la previsión de proteger y garantizar el desarrollo normal en la esfera sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para entender que aparentemente

la simple comunicación por medio del Chat, puede convertirse en pesadilla donde la víctima no sólo será el menor involucrado, sino también su familia y porque no decirlo la sociedad en su conjunto. Esto debido a que los avances tecnológicos conllevan a nivel mundial, que los niños, niñas y adolescentes representen uno de los grupos numerosos de usuarios de la nuevas ciencias aplicadas, especialmente en Internet, email, las salas de Chat, los servicios de mensajería instantánea, las cámaras web, y los teléfonos celulares, son los instrumentos que los delincuentes sexuales informáticos, incluyendo también los virus de programación, modalidad a través de la cual puede resultar perjudicado persona que nada tiene que ver con el delito cuestionado; se valen para perpetrar sus ilícitas conductas de dichos medios, representando miles de millones de dólares al año en ganancias deshonestas y a los asociados en organizaciones de crimen organizado, el tráfico de menores, turismo sexual entre otros.

5.2. RECOMENDACIONES

Al Estado Salvadoreño.

a) Órgano Legislativo.

El Estado debe implementar política criminal idónea para mantener la moderación en cuanto a la prevención general del delito de Pornografía con menores e incapaces, otorgándole la importancia que merece en el sistema judicial. Solicitándose reforma al artículo 173 Pn., porque se observan vacíos jurídicos, en lo referente al consentimiento como causa de justificación, atendiendo a parámetros cronológicos de la edad de los jóvenes que tengan capacidad de autodeterminación sexual (mayores de quince y menores de dieciocho).

b) Órgano Judicial.

Los Tribunales tienen como función juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia Penal, por tanto la comprensión que tenga los dispensadores de los delitos, incide primordialmente en la forma de emitir fallos, siendo necesario el conocimiento amplio del ilícito de Pornografía con menores e incapaces, en sus diferentes modalidades de comisión, para analizar los casos y dictar sentencias justas, recomendación que se extiende a los Colaboradores Judiciales, debido que ellos son los encargados muchas veces de fundamentar las mismas.

c) Órgano Ejecutivo.

La colaboración en el proceso de investigación de los delitos, está a cargo por mandato Constitucional de la Policía Nacional Civil, mediante el direccionamiento funcional fiscal, función que debe desempeñar con estricto cumplimiento de las Leyes, esto solo se logrará si los agentes policiales son capacitados tanto en criminalística como Dogmática Jurídica Penal, y de esta forma coordinar de mejor manera su labor con el Ministerio Público Fiscal.

d) Ministerio Público.

Los Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República tienen la obligación de velar por los intereses del Estado y la sociedad, por mandato Constitucional Art. 193 Ord. 3, por ello están facultados para promover la acción penal y dirigir la investigación de los hechos punibles, debiendo poseer conocimientos innovadores sobre la estructura de los mismos, y de esta forma motivar adecuadamente sus requerimientos. Siendo necesario que reciban capacitaciones sobre la Teoría General del Delito, referente a las infracciones sexuales para que puedan identificar, diferenciar el injusto la Pornografía con Menores e Incapaces y otras conductas relativas a la libertad e indemnidad sexual que atentan contra el normal desarrollo de estos, para evitar adecuaciones erróneas de conductas típicas que por el grado de desconocimiento de los elementos objetivos y subjetivos del tipo no se logran demostrar o comprobar estas conductas sexuales, por la mala interpretación de la norma.

Los Procuradores Generales de la República, deben disponer de mayor interés y motivación para ampliar sus conocimientos en dogmática penal, respecto a la teoría jurídica del delito, aplicándolos específicamente al ilícito de Pornografía con Menores e Incapaces, el cual carece de un correcto entendimiento acerca de su estructura, generándose impunidad, debido a la mala adecuación y aplicación del mismo, por no ser capaces de motivar jurídicamente sus solicitudes judiciales.

e) [Consejo Nacional de la Judicatura.](#)

Que a través de su Escuela de Capacitación Judicial proporcionen el apoyo necesario para ampliar los conocimientos de Jueces, colaboradores judiciales, miembros del Ministerio Público y Defensores Particulares sobre la Utilización de Menores e Incapaces en Pornografía, porque el desconocimiento sobre dicho tema afecta el correcto desarrollo de la práctica judicial.

f) [Universidad de El Salvador.](#)

La información documental del delito de Pornografía con menores e incapaces, que pueden proporcionar las Bibliotecas es importante, pero en la Facultad Multidisciplinaria Oriental, es nula, debido a que la poca bibliografía carece de contenido vanguardista, que estén acorde a las necesidades actuales, siendo indispensable innovarlos para que sean de utilidad práctica-teórica a estudiantes, egresados y docentes para instruirse.

g) Educadores Universitarios.

Para que implementen en sus clases mejor estudio de la estructura de los delitos, especialmente en lo referente a las nuevas corrientes de pensamiento respecto al injusto de pornografía con Menores e Incapaces (Derecho Penal del Siglo XXI), utilizando el modelo constructivista para la enseñanza en las aulas.

h) Comunidad Estudiantil.

Los estudiantes de licenciatura en Ciencias Jurídicas, deben adquirir mejor conocimiento acerca del delito de Pornografía con Menores e Incapaces, especialmente en su estructura, de tal manera que el estudio realizado del mismo es complejo por las modalidades que se incluyen en este, generando dificultad para su comprensión.

i) Sociedad.

Como imperativo de todos los ciudadanos de informar los hechos punibles a las Instituciones correspondientes contribuyendo a la erradicación de la impunidad y la cifra negra de los delitos.

5.3 PROPUESTA.

Del análisis y exploración de los elementos constitutivos del delito “Utilización de Personas Menores de dieciocho años e Incapaces o Deficientes Mentales en Pornografía”, como equipo indagador reflexiona que debe reformarse el artículo 173 del Código Penal, por que el constante avance tecnológico ha provocado el surgimiento de nuevas necesidades de protección a los bienes

jurídicos, además de valorar la justicia como fin principal dentro del Estado de Derecho:

Dirigiéndose la reforma en el siguiente sentido:

DECRETO No. _____.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

- I. Que por Decreto Legislativo No. 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo 335, del 10 de junio del mismo año, se aprobó el Código Penal vigente, disciplinando UTILIZACION DE MENORES CON FINES PORNOGRAFICOS Y EXHIBICIONISTAS en el libro Segundo Parte Especial de los Delitos y sus Penas Título Cuarto, Delitos Contra la Libertad Sexual, Capítulo Tercero Otros Ataques a la Libertad Sexual. Específicamente en el *Art. 173.*; disposición reformada según Decreto Legislativo N° 210 del 25 de Noviembre del 2003, publicado en el Diario Oficial N° 4, tomo 362, del 08 de Enero del 2004. Modificándose a partir de su epígrafe quedando de la siguiente manera: UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFÍA; con el propósito de tipificar y sancionar las conductas delictivas que menoscaban el desarrollo integral de estos.
- II. Que es necesario modificar dichas disposiciones legales, para establecer un epígrafe adecuado y estructurarlo de mejor forma;

porque en el actual se refiera a la utilización de Menores de dieciocho años de edad e Incapaces o Deficientes Mentales; siguiendo los parámetros de La Convención Americana de los Derechos del Niño, refiriéndose a los menores como todo aquel que no ha alcanzado la mayoría de edad (18 años); además dentro de las incapacidades se ubican a los deficientes mentales, siendo la primera el género y la última especie.

- III. Que debido a la realidad socio-cultural, es de vital importancia, incluir dentro del tipo Pornografía con Menores e incapaces la norma Permisiva del consentimiento, valorándose esté de acuerdo a los parámetros cronológicos de la edad conjuntamente con elementos instituidos en los injustos de Violación en Menor o Incapaz y Estupro. Estimándose esta causa de justificación por considerarse que debido a la enseñanza impartida a los jóvenes, en relación a la sexualidad (educación sexual) se concientiza a los mismos; ostentado los adolescentes capacidad de autodeterminación, siempre y cuando la voluntad no esté viciada.

POR TANTO:

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los diputados...

DECRETA, la siguiente:

REFORMA AL CODIGO PENAL.

UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFIA

Art. 173.- El que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la voz de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas, será sancionado con prisión de seis a doce años.

Igual sanción se impondrá a quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior, en acciones pornográficas o eróticas.

Art. 1.- Modifíquese el epígrafe e inciso primero del Artículo 173, de la siguiente manera:

Pornografía con Menores e Incapaces.

*“El que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la voz de una persona **menor de quince años de edad**, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales,*

eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales, simuladas, o el que mediante engaño se aprovechare de persona mayor de quince años y menor de dieciocho años de edad, para realizar la conducta antes descrita; será sancionado con prisión de seis a doce años.

Igual sanción se impondrá a quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior, en acciones pornográficas o eróticas.”

Art. 2.- El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, el día quince del mes de Diciembre del año dos mil 2009.

BIBLIOGRAFIA

Legislación Nacional.

- ✚ **Constitución de la Republica El Salvador.** 1824, 1841, 1864,1871.1872, 1880.1883.1886, 1939, 1945, 1950,1962 y 1983.
- ✚ Códigos Penales de El Salvador 1826, 1893, 1904, 1904; 1973 y 1998.
- ✚ Código de Familia El Salvador Vigente.

Legislación Extranjera.

- ✚ Código Penal de Perú, Panamá, Uruguay, Argentina, México, Costa Rica, Bolivia, Venezuela, España y Alemania.

Legislación Internacional.

- ✚ La Convención sobre los Derechos del Niño (28 de enero de 1991).
- ✚ El Protocolo Facultativo a la Convención relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía (11 de noviembre del 2003)
- ✚ El Convenio sobre la Prohibición de las peores formas de Trabajo Infantil y la acción inmediata para su eliminación (28 de enero del 2005).
- ✚ La Convención Interamericana contra el Tráfico Internacional de menores (12 de junio del 2000).
- ✚ El Estatuto de Roma (5 de agosto del 2002), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional (4 de agosto del 2004).

- ✚ El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños (4 de agosto del 2004).
- ✚ La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (19 de noviembre de 1982).
- ✚ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (3 de octubre de 1996)
- ✚ El Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (23 de enero del 2007).

Textos Doctrinarios.

- ✚ Bacigalupo Enrique (1991). “Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Ediciones Akal, S. A. Madrid. España.
- ✚ CLAUS ROXIN, “Manual de Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito”. TOMO I. 2º Edición. Consejo Editorial. 2001
- ✚ Cibercrimen, Delitos Cometidos a Través del Internet; de Javier Gustavo Fernández Peruelo.
- ✚ Conde Francisco Muñoz (2002). “Derecho Penal Parte Especial”. Decimocuarta edición. Editorial Tirant Lo Blanch.
- ✚ Delitos Contra la Integridad Sexual de Carlos Enrique Edwards; Exhibicionismo, Pornografía y otras Conductas Sexuales provocadoras; de José Luis Diez Ripolle.
- ✚ DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL, de EDGARDO ALBERTO DONNA.

- ✚ FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ, “Derecho Penal Parte General”. Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogota, Colombia. 1994
- ✚ Mir Puig Santiago (1990). “Derecho Penal Parte General”. PPU Barcelona. España.
- ✚ HISTORIA DE EL SALVADOR, Tomo I y II. Ministerio de Educación. Imprenta Nacional. 2001.
- ✚ JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES, “Los delitos contra la seguridad de los menores e incapaces”. Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 1999.
- ✚ LA BIBLIA LATINOAMERICANA, Editorial Verbo Divino, Madrid, España, 1989.
- ✚ La Protección Penal del Menor Frente a la Explotación Sexual, de Josep María Tamarit.
- ✚ POLITICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL, de CLAUDIUS ROXIN.
- ✚ MIGUEL ALBERTO TREJO “Introducción a la Teoría General del Delito”. Servicios Editorial EEE. San Salvador. 1999.

Revistas, Ensayos y Diccionarios Jurídicos.

- ✚ Consejo Nacional de la Judicatura (2006). “Código Penal de El Salvador Comentado”. Tomo 1 y 2. Imprenta Nacional El Salvador, C.A.
- ✚ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial OCEANO UNO.
- ✚ OSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 26ª edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina. 1999.

✚ Internet. (Buscadores y Sitios Web.)

- www.google.com.sv
- www.yahoo.com.sv
- www.csj.gob.sv
- www.cnj.gob.sv
- www.criminet.ugr.es/recpc
- www.wikipedia.com

ANEXOS.

1.- Noticias Recopiladas Caso Nelson García.

El Periódico Nuevo Enfoque

www.libros.com.sv

1.a)



NELSON GARCÍA OTRO RETO PARA LA JUSTICIA

EN UN PAÍS INVADIDO DE CÁNCER:

IMPUNIDAD Y CORRUPCIÓN

Por Kenneth William R. Bain kennethwbain@hotmail.com



Después de varios meses tratando de dar con el paradero del abogado y ex candidato a Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Nelson García, acusado de explotar sexualmente a menores de edad fue capturado en una casa privada en los

alrededores de la playa el Monzón, departamento de Sonsonate.

A dicho abogado le fueron incautados varios videos caseros y varios Cd's conteniendo escenas pornográficas que muestran al acusado realizando actos obscenos con dichas menores. Por las declaraciones que ha emitido García, dice que "se han montado imágenes" en las cuales no aparece, según él. García se refiere al decomiso de cien videos pero que sólo se remitieron setenta y ocho. Preguntas para reflexionar: ¿Y los restantes veintidós videos dónde están? ¿Qué otras personas aparecen en dichos videos?

Las acusaciones hechas por las menores ante los tribunales competentes en contra de García son muchas. La cuestión es que éstas sean tomadas en serio, ya que en este "país de las maravillas" sucede lo insólito. Las leyes están escritas, revisadas, aprobadas y publicadas para que no se cumplan. Dicho de manera tajante: las leyes están hechas para que el pueblo sufriente se someta a ellas pero no los delincuentes de cuello blanco, saco y corbata.

OTROS CASOS EMBLEMÁTICOS

Casos emblemáticos existen por todas partes, si no hagamos memoria. El robo de 11, 428 sacos de abono donado por Japón, robo en la FESFUT; el actual Ministro de Economía evadiendo impuestos por un conflicto de intereses además de la falta de ética en el problema de importación de partes de baterías y su fabricación, ya que el referido ministro es presidente de las empresas Baterías de El Salvador; títulos falsos en jueces y abogados de universidades que hasta la fecha no han sido procesadas por este delito, pues al parecer hay vínculos entre éstas y ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el escándalo financiero en el Ingenio El Carmen, por un préstamo

que realizó el BFA, institución financiera administrada por el Gobierno, resultado: 300 millones de colones sólo en créditos para la compra y venta de dicho ingenio y ese dinero es irrecuperable.

Como podrán apreciar nuestros amigos y amigas lectoras, los actos de corrupción son escandalosos y alarmantes. Entonces, ¿cómo podemos pedir que se haga justicia a las instituciones si éstas no funcionan para las inmensas mayorías pobres? Si escudriñamos más a fondo, todos los altos funcionarios que han sido acusados de actos de corrupción y las pruebas son contundentes, éstos se “enferman” repentinamente porque le tienen fobia a la cárcel, no quieren perder su autoridad y su posición social especialmente entre su círculo de amigos.

EL SISTEMA JUDICIAL NUEVAMENTE A PRUEBA

Ahora, nuevamente, se pone a prueba el sistema judicial, de por sí frágil y quebradizo, en este caso de abuso de menores, y no es la primera vez que sucede. Hay muchos padres que abusan sexualmente de sus hijos e hijas y llegan hasta el asesinato.



Lógicamente, tenemos puesta nuestra mirada en este bochornoso caso en el que un abogado propuesto para ocupar un importante cargo como lo es la magistratura de la CSJ, esté involucrado en el abuso de menores. Esperamos que se lleve a cabo un juicio justo para ambas partes, tanto para víctimas como victimario o victimarios, ya que podría haber más personas mezcladas en este asunto.

Claro está que a la hora de montar los jurados para hacerle frente a este caso, se espera que sean concientes de la enorme responsabilidad de hacer justicia con las declaraciones de ambas partes en el juicio; se espera que tanto abogados defensores como fiscales específicos asignados a éste, puedan esta vez hacer bien las cosas porque un caso como el de Katya Miranda, en la que intervino directamente el Fiscal General, quedó burlado por la ineficacia y la falta de voluntad por esclarecer los hechos. Lo que sí provocó, fue la amenaza a muerte de su madre quien tuvo que abandonar el territorio nacional para su seguridad.

EL DESAFÍO DE LA PNC: PROTEGER A LA COMUNIDAD

En este país suceden tres cosas notorias que son espeluznantes: en primer lugar, los índices de violencia son alarmantes, así como también las olas de asesinatos a sangre fría, simplemente porque “le cayó mal el fulano” desenfunda su arma y mata. Para concluir, en tercer lugar, el clima de inseguridad que viven las clases trabajadoras y digo trabajadoras porque están de sol a sol, mientras que otros se la pasan bien sentados, levantando la mano una vez a la semana para hundir más al país por decisiones personalistas y partidaristas. Más aún, se aumentan salarios de manera irresponsable y carente de toda ética mientras nuestra gente se muere de hambre.

A la Policía Nacional Civil le vendría bien un auto-examen para ver si el logotipo que reza en las patrullas concuerda con su accionar protegiendo a la comunidad y tomando en serio su papel para el cual han sido preparados en la Academia: defender y servir a la comunidad ante todo.

Por otro lado, la captura de Nelson García que ha realizado la PNC no ha sido por sus investigaciones exhaustivas para dar con el paradero del abogado García, porque si así hubiera sido, ya hubiera capturado a muchos delincuentes que se escudan tras el velo de la impunidad. La denuncia de otras personas fue lo que desembocó en la captura del imputado.

1.b) Tribunal rechaza anular proceso a Nelson García

Pendiente. La audiencia preliminar del abogado siguió ayer, sin mayores escándalos. La Fiscalía confía en que el caso pasará a la etapa de juicio.

Publicada 16 de septiembre 2004, El Diario de Hoy.

Jaime García

El Diario de Hoy

nacional@elsalvador.com



Llegó esposado de sus manos al Juzgado 3o. de Instrucción y, tras una hora de trámites judiciales, salió como un hombre libre.

“Ya estoy en mi casa, los juzgados siempre han sido mi casa”, dijo el abogado Salvador

Nelson García Córdova mientras era conducido por miembros de la Sección de Traslado de Reos a la sala del tribunal.

La jueza Alba Estela Zelaya, acompañada de su secretaria Magdalena Flores, presidió una audiencia con García, a quien se acusa de corrupción de menores y pornografía.

La funcionaria informó a García y a su abogado, Carlos Humberto Escobar, sobre las condiciones que debe cumplir para no encarcelarlo nuevamente.

García se encontraba recluso en el Pabellón de Reos del Hospital Rosales por órdenes del Juzgado 3o. de Instrucción, el cual pospuso su reclusión en el penal de Quezaltepeque para que recibiera tratamiento médico.

El Juzgado ordenó la libertad del abogado en cumplimiento a la resolución emitida el viernes por la Cámara Tercera de lo Penal, basada en el principio de que la detención debe ser la excepción y no la regla.

La Cámara se negó a revocar la libertad condicional otorgada por el mismo tribunal superior en febrero.

El encausado pagó una fianza de diez mil dólares y debe presentarse al tribunal cada ocho días, no salir del país sin previa autorización judicial, no cambiar de domicilio, no tener contacto con testigos y víctimas.

A su casa. El profesional abandonó los juzgados en un auto.. Foto EDH/Oscar Payés

El abogado de García, Carlos Escobar, explicó que el dinero de la fianza fue entregado al Ministerio de Hacienda el lunes. Un sobrino se responsabilizó de llevarlo a las diligencias judiciales.

La Cámara no teme que el encausado se fugue, ya que ha probado su arraigo domiciliar y familiar.

Pendiente

La libertad de García será discutida nuevamente durante una audiencia preliminar, fijada para el 14 de julio, en la cual se decidirá si va a juicio por corrupción de menor e incapaz, otras agresiones sexuales agravadas y utilización de menores con fines pornográficos y exhibicionistas.

El abogado Escobar explicó que no existía arresto domiciliario para su cliente y que él podía desplazarse en el territorio nacional.

“No existe recurso alguno para la parte querellante (acusadora particular) y de la Fiscalía para lograr de que mi cliente quede detenido. Él queda libre en este momento”, aseguró.

Informó que han pedido se investigue que policías distribuyeron imágenes de los videos decomisados a García en su residencia, a principios de junio del año anterior.

En esa ocasión le encontraron pornografía en miles de fotos y videos, en algunos de los cuales aparece él.

Buscan anular el proceso

- El abogado Carlos Escobar informó que debido a que han hallado presuntas ilegalidades en el proceso en contra de Nelson García, buscarán su anulación.

-“En este caso se va a demostrar que las conductas que se le atribuyen a García no se adecuan a la legislación penal”, sostuvo el abogado.

- Detalló como ejemplo que no se ha cometido el delito de agresiones sexuales porque no ha habido violencia física ni psicológica contra las personas que supuestamente aparecen en los videos.

- Escobar afirmó que en la Sala de lo Constitucionalidad de la Corte se planteará la nulidad.

“Nunca he huido de nada y nadie”

El abogado Nelson García, al recobrar su libertad, sostuvo que saldrá bien librado de los delitos que se le atribuyen porque afirmó ser inocente.

1.c) Nelson García: “no soy ni santo ni delincuente”

Exageración. Según el reo, años de prestigio profesional no se pueden perder por “una situación que ha sido sobredimensionada”

Publicada 26 de febrero 2004, El Diario de Hoy

El procesado habló con El Diario de Hoy desde su lugar de reclusión en el pabellón de reos del Hospital Rosales en San Salvador.

Experiencia. El procesado comentó que sabe mucho más de Derecho Penal que antes.

Foto EDH/Arturo Silva

García es procesado por los cargos de corrupción de menores e incapaces, otras agresiones sexuales agravadas, utilización de menores con fines pornográficos y exhibicionistas.

El abogado estuvo prófugo por ocho meses, aproximadamente, hasta que fue arrestado el pasado 16 de enero en un rancho de la Playa El Monzón, Ahuachapán.

“La belleza femenina me encanta, afortunadamente, pero pregúntele a toda mujer que ha tratado conmigo si mi trato ha sido de insinuaciones. Admiro esa belleza, pero también la respeto”, aseguró el abogado de 61 años.

“Estoy confiado en mi conciencia con base a cartas y reconocimientos con respecto a mi actuación, personal y profesional”, agregó.

Reiteró que su proceso “está viciado” y que la Sala de lo Constitucional de la Corte no tuvo el valor para invalidarlo. Dicha Sala rechazó dos hábeas corpus o exhibiciones personales que buscaban impugnar la orden de captura en su contra por los mismos reclamos de ilegalidad.

Se conoció que los jueces ejecutores (abogados o estudiantes de Derecho asignados para hacer un análisis previo de los recursos) confirmaron que existían infracciones a la Carta Magna.

En cuanto a que las dos ofendidas en el caso son menores de edad, García siguió con su tesis sobre la mayoría de edad mental y la cronológica y aseguró que los padres son responsables de los actos de sus hijos adolescentes.

“Cometí el error de darles confianza”

- Nelson García afirma que su único error es haber dado confianza a un par de jovencitas que habrían abusado de eso.

- Relata que les dio la confianza de entrar a su casa, sin ningún interés.

- Manifiesta que los videos hallados no son de su autoría. Sólo reconoce la escena en que abraza a una mujer que es mayor de edad.

La ausencia de las víctimas frustra dos inspecciones

Las casas están en las colonias Escalón y Centroamérica. Dos viviendas propiedad del abogado Nelson García no pudieron ser inspeccionadas por un tribunal debido a la no comparecencia de seis presuntas víctimas de abuso sexual.

La diligencia había sido programada para ayer en la mañana, por el Juzgado 3o. de Instrucción de San Salvador.

René Ayala, abogado patrocinado por el Centro de Estudios de la Mujer (Cemujer), informó que con la diligencia se pretendía que las testigos las identificaran como los lugares en donde eran abusadas, supuestamente, por García.

El acusador indicó que para tomar datos exactos sobre los inmuebles y las pertenencias que hay en éstos, participarían peritos, pero éstos tampoco llegaron al tribunal.

Por su parte, Carlos Escobar, defensor de García, indicó que el objetivo de la diligencia judicial no sería cumplido, porque era infructuoso.

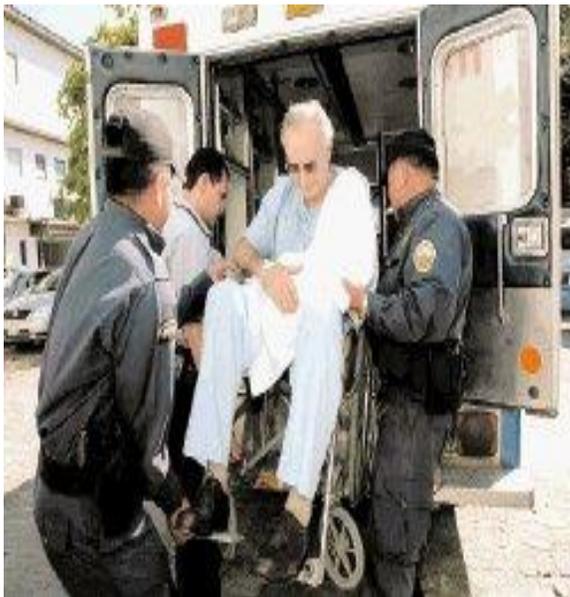
Agregó que ha transcurrido mucho tiempo desde que las autoridades allanaron las casas de su cliente y éstas no tenían custodia policial.

“Las inspecciones no afectan los intereses de la defensa, porque las presuntas víctimas sólo han manifestado que a esas propiedades llegaban a visitar al doctor García”, dijo Escobar.

Detalló que entre las seis supuestas víctimas de abuso sexual se encuentra una adulta.

Ante la ausencia de las presuntas víctimas, el tribunal ordenó hacer la diligencia el 18 de marzo en los lugares determinados.

1.d)



Jueza lo manda al rosales por tiempo indefinido

Nelson García evita la prisión

Milton Grimaldi/José Zometa

<mailto:judicial@laprensa.com.sv>

Durante su estadía en el nosocomio, el imputado será sometido a constantes evaluaciones por médicos del Instituto de Medicina Legal (IML), quienes informarán al tribunal sobre la recuperación del abogado para determinar si es enviado al penal de Quezaltepeque.

El abogado Nelson García logró evadir su ingreso a un centro penitenciario y sus próximos días permanecerá detenido en una sala preventiva del hospital Rosales de San Salvador.

Luego de una audiencia especial de revisión de medidas, los abogados de García lograron convencer a la jueza Tercera de Instrucción, Alba Estela Zelaya, que no lo enviara al penal de Quezaltepeque como se había ordenado desde que fue capturado por la Policía.

La decisión de enviarlo al hospital Rosales obedece a que enfrenta un alto porcentaje de desnutrición, tras permanecer escondido por ocho meses en un rancho privado en la playa Monzón, en Acajutla.

Médicos particulares que le practicaron un chequeo recomendaron su internamiento por un período de dos meses; sin embargo, los forenses de Medicina Legal establecieron que no era necesaria su hospitalización porque puede recibir asistencia ambulatoria. Aún así, la jueza la envió por tiempo indefinido al Rosales.

“Estamos bien”, dijo Francisco Ruiz, uno de los defensores de García, luego de conocer la decisión. El polémico abogado, después de su captura hace una semana, fue internado en el hospital Pro Familia.

La Fiscalía General de la República (FGR) se mostró insatisfecha por la decisión de la jueza, por lo que la fiscal María Elena Muñoz dijo que analizarán la posibilidad de apelar el fallo.

Nelson García satisfecho. La decisión de la jueza Zelaya es “apegada a derecho y a la justicia”, dijo Nelson García en la puerta principal del tribunal.

A partir de esta fecha su principal objetivo será recuperarse “los más pronto posible” para dejar el hospital, expresó.

Pero no todo ha resultado a favor de García, ya que la Cámara Segunda de lo Penal declaró inadmisibile la apelación presentada por la defensa ante la resolución del juzgado Decimotercero de Paz. Los magistrados sostiene que no se fundamentó la petición de la defensa.

Criticán que víctimas pasan a segundo plano

A la agrupación feminista CEMUJER le preocupa que el caso de Nelson García ha tomado otras dimensiones, todas, encaminadas a presentarlo como “víctima”.

Ima Guirola lamentó que el daño provocado a las menores esté quedando en un segundo plano y que sólo se le dé importancia a la salud del imputado y a “la necesidad” de que él siga hospitalizado.

CEMUJER y varias agrupaciones feministas se pronunciaron en el sentido que se aplique una verdadera justicia en favor de las víctimas.

Para Guirola la mejor prueba en contra del abogado son las declaraciones de las menores que lo han denunciado y lo han involucrado en los ilícitos de que es acusado por la Fiscalía.

La dirigente dijo que están analizado el trabajo jurídico que están aplicado los jueces en el caso.

Centro judicial paralizado

Contrario a la primera oportunidad cuando el abogado Nelson García fue llevado como imputado a los tribunales (lo escoltaron ocho mujeres policías), ayer lo acompañaron sólo hombres para garantizar que no se fugue de la justicia.

Fue llevado al tribunal en una ambulancia del hospital Pro Familia y, además de sus vigilantes, lo acompañaba uno de sus hermanos que no lo ha dejado solo en ningún momento desde que lo capturaron.

Nuevamente un grupo de periodistas se lanzó para captar las mejores imágenes y sus impresiones sobre la audiencia especial.

Pero la orden era ingresar de inmediato al juzgado para asistir a la audiencia que habían solicitado sus abogados para impedir que fuera enviado al un penal.

Al abogado también también lo esperaba un grupo de mujeres agrupadas en organizaciones feministas y que se han mostrado como acusadoras en su contra.

Durante su llegada y el desarrollo de la audiencia, muchos empleados del centro judicial abandonaron sus labores para observar lo que ocurría en torno al caso.

1.e) Nelson García queda en libertad

Próxima cita. El procesado deberá comparecer nuevamente en el Centro Judicial Isidro Menéndez el 14 de julio, cuando se decidirá si se le juzga por corrupción de menores

Publicada 5 de mayo 2004, El Diario de Hoy.

Jaime García

El Diario de Hoy

nacional@elsalvador.com

Llegó esposado de sus manos al Juzgado 3o. de Instrucción y, tras una hora de trámites judiciales, salió como un hombre libre.

“Ya estoy en mi casa, los juzgados siempre han sido mi casa”, dijo el abogado Salvador

Nelson García Córdova mientras era conducido por miembros de la Sección de Traslado de Reos a la sala del tribunal.

La jueza Alba Estela Zelaya, acompañada de su secretaria Magdalena Flores, presidió una audiencia con García, a quien se acusa de corrupción de menores y pornografía.

La funcionaria informó a García y a su abogado, Carlos Humberto Escobar, sobre las condiciones que debe cumplir para no encarcelarlo nuevamente.

García se encontraba recluso en el Pabellón de Reos del Hospital Rosales por órdenes del Juzgado 3o. de Instrucción, el cual pospuso su reclusión en el penal de Quezaltepeque para que recibiera tratamiento médico.

El Juzgado ordenó la libertad del abogado en cumplimiento a la resolución emitida el viernes por la Cámara Tercera de lo Penal, basada en el principio de que la detención debe ser la excepción y no la regla.

La Cámara se negó a revocar la libertad condicional otorgada por el mismo tribunal superior en febrero.

El encausado pagó una fianza de diez mil dólares y debe presentarse al tribunal cada ocho días, no salir del país sin previa autorización judicial, no cambiar de domicilio, no tener contacto con testigos y víctimas.



A su casa. El profesional abandonó los juzgados en un auto.. Foto EDH/Oscar Payés

El abogado de García, Carlos Escobar, explicó que el dinero de la fianza fue entregado al Ministerio de Hacienda el lunes. Un sobrino se responsabilizó de llevarlo a las diligencias judiciales.

La Cámara no teme que el encausado se fugue, ya que ha probado su arraigo domiciliar y familiar.

Pendiente

La libertad de García será discutida nuevamente durante una audiencia preliminar, fijada para el 14 de julio, en la cual se decidirá si va a juicio por corrupción de menor e incapaz, otras agresiones sexuales agravadas y

utilización de menores con fines pornográficos y exhibicionistas.

El abogado Escobar explicó que no existía arresto domiciliario para su cliente y que él podía desplazarse en el territorio nacional.

“No existe recurso alguno para la parte querellante (acusadora particular) y de la Fiscalía para lograr de que mi cliente quede detenido. Él queda libre en este momento”, aseguró.

Informó que han pedido se investigue que policías distribuyeron imágenes de los videos decomisados a García en su residencia, a principios de junio del año anterior.

En esa ocasión le encontraron pornografía en miles de fotos y videos, en algunos de los cuales aparece él.

Buscan anular el proceso

- El abogado Carlos Escobar informó que debido a que han hallado presuntas ilegalidades en el proceso en contra de Nelson García, buscarán su anulación.

-“En este caso se va a demostrar que las conductas que se le atribuyen a García no se adecuan a la legislación penal”, sostuvo el abogado.

- Detalló como ejemplo que no se ha cometido el delito de agresiones sexuales porque no ha habido violencia física ni psicológica contra las personas que supuestamente aparecen en los videos.

- Escobar afirmó que en la Sala de lo Constitucionalidad de la Corte se planteará la nulidad.

“Nunca he huido de nada y nadie”

El abogado Nelson García, al recobrar su libertad, sostuvo que saldrá bien librado de los delitos que se le atribuyen porque afirmó ser inocente.

3. Procedimiento especial Habeas Corpus.

4. 73-2003

5. **Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:** San Salvador, a las doce horas del día dieciséis de enero de dos mil cuatro.

6. El presente proceso de hábeas corpus, ha sido solicitado por el licenciado Rey Joaquín Nóchez Peña a favor del doctor Salvador Nelson García Córdova.

7. *Analizado el proceso y considerando:*

8. I.- El licenciado Nóchez Peña basa su pretensión de hábeas corpus en los siguientes aspectos: (1) Restricción ilegal de la libertad del favorecido por parte de la Policía Nacional Civil y de la Fiscalía General de la República, por haberse girado a nivel nacional e internacional una orden de detención administrativa sin el término de las setenta y dos horas; invocando como preceptos vulnerados los artículos 39 y 40 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

9. (2) Vulneración al derecho a la dignidad por parte de la Policía Nacional Civil, por haber puesto previamente, a disposición de los medios de comunicación masiva (como es la Televisión, Radio y Prensa escrita) la supuesta denuncia telefónica, las diligencias de investigación, las evidencias y la escena del delito.

10. (3) Inexistencia de la dirección funcional de la Fiscalía, porque la Policía Nacional Civil realizó la investigación sin contar con dicha dirección, haciendo públicos los objetos, indicios y evidencias sin antes ponerlos a disposición del tribunal competente o de la Fiscalía General de la República; al respecto fundamenta jurídicamente su pretensión en lo dispuesto en los artículos 182 inciso 2° y 244 numeral 4° del Código Procesal Penal.

11. (4) Vulneración al debido proceso por la Policía Nacional Civil, ya que los elementos incautados fueron puestos a disposición de los medios de comunicación y de otras entidades gubernamentales y privadas sin autorización judicial y de manera arbitraria;
12. (5) Vulneración al derecho de defensa y presunción de inocencia, dado que los elementos probatorios fueron publicados por los medios de comunicación, provocando e induciendo en la opinión pública una presunción ilegal de culpabilidad, sin haber sido el favorecido oído y vencido en juicio, con lo cual –a su criterio- se vulneró los artículos 12 y 15 de la Constitución de la República.
13. II.- Tal y como lo ordena la Ley de Procedimientos Constitucionales, se procedió a nombrar un Juez Ejecutor a efecto de que diligenciara el presente hábeas corpus, quien en su informe básicamente expresó, que la detención administrativa se decretó por existir en las diligencias iniciales de investigación los indicios mínimos que demuestran la existencia del delito y la posible participación delincuencia.
14. Respecto a la solicitud para que se desestime el acta de allanamiento y la orden de detención administrativa, así como la petición realizada para que se ordene a los medios de comunicación que cesen en la difusión de la información relacionada con el delito que se le imputa al ahora favorecido, el Juez Ejecutor estimó necesario abstenerse de emitir un dictamen, dado que –a su criterio- todo ello debía ser planteado ante el juez que conozca el proceso, a efecto que sea él quien se pronuncie sobre los mismos.
15. Finalizó su informe expresando, que no existe restricción al derecho de libertad física del doctor Salvador Nelson García Córdova, por lo que de conformidad a lo dispuesto en el art. 54 de la Ley de Procedimientos Constitucionales debe continuar la causa según su estado.
16. III.- Luego de haberse relacionado los puntos propuestos por el peticionario y lo informado por el Juez Ejecutor, es procedente pasar al estudio del fondo de la pretensión:
17. 1) Como primer aspecto integrante de la pretensión, el licenciado Nóchez Peña reclama contra la existencia de la orden de detención administrativa girada en contra del ahora

favorecido, por no determinar ésta el término de finalización establecido por la Constitución, es decir, setenta y dos horas. Respecto de los hechos planteados el peticionario no ha señalado la norma constitucional que estima vulnerada; no obstante advertirse la omisión en que se ha incurrido, este Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 80 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, realizará el análisis del acto reclamado en consonancia con lo preceptuado en el Art. 13 inc. 2° Cn., por ser dicha disposición la que hace referencia a la detención administrativa en los términos siguientes: "*La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que hubiere practicado.*"

18. La norma relacionada expresamente dispone, que el término de setenta y dos horas está vinculado al tiempo que la autoridad administrativa, se encuentra autorizada para mantener detenida a una persona; dicho plazo, que opera a partir de la captura del imputado, tiene por objeto garantizar, que el mismo, ha de ser puesto a disposición de la autoridad jurisdiccional, en el máximo de las siguientes setenta y dos horas, a efecto de que sea ella, dentro de un proceso constitucionalmente configurado, la que defina la condición jurídica del inculpado.
19. El supuesto jurídico de la referida norma parte del hecho que el imputado se encuentre capturado y que su privación de libertad en sede administrativa no exceda de las setenta y dos horas fijadas por el constituyente, ya que, una vez cumplidas y puesto a disposición de la autoridad jurisdiccional, será ésta quien decida si lo mantiene privado de su libertad o no; por tanto, es evidente que el supuesto fáctico planteado, referido a la determinación del tiempo que deben mantenerse vigentes las órdenes de captura, no encaja en lo establecido por la norma, pues como antes se expresó, las setenta y dos horas a las que alude el constituyente se refieren al término de la detención administrativa y no a la vigencia de las órdenes de tal detención. No existiendo para esta Sala habilitación alguna para atribuirle un

sentido diferente dado que el tenor literal de la disposición constitucional, es claro y terminante.

20. Sin embargo, pese a que no existe norma constitucional ni legal que fije el término de vigencia de las órdenes de detención administrativa, esta Sala considera que dichas órdenes caducan en el momento que el juez de paz –una vez recibido el requerimiento fiscal- realiza la audiencia inicial; ya que en dicha diligencia la autoridad jurisdiccional efectúa la valoración de los elementos de prueba presentados por la representación fiscal en su requerimiento y determina –a partir de ellos- si procede o no girar las respectivas órdenes de captura en contra del imputado ausente; por lo que, al existir un pronunciamiento judicial acerca de la condición jurídica del encausado –en la que se determina, además, la necesidad de privarlo preventivamente de libertad mediante la detención provisional- quedan sin efecto las valoraciones que llevaron a la Fiscalía General de la República a ordenar la detención administrativa.
21. Por lo anterior esta Sala estima que las órdenes de detención giradas por la Fiscalía General de la República, sin sujetarse al término dentro del cual tendrían vigencia las mismas no vulneran derechos del favorecido, ni contravienen disposición constitucional alguna, siendo por ello improcedente para este Tribunal, respecto a este punto, acceder a la pretensión planteada.
22. 2) En el segundo punto de la pretensión, el peticionario reclama contra la vulneración al derecho a la dignidad del ahora favorecido por parte de la Policía Nacional Civil, en virtud de haberse puesto, anticipadamente, a disposición de los medios de comunicación masiva – televisión, radio y prensa escrita- la supuesta denuncia telefónica, las diligencias de investigación, las evidencias y la escena del delito.
23. Al respecto, esta Sala relacionará lo dispuesto en el Art., 11 Inc. 2° Cn. y los criterios jurisprudenciales sostenidos en torno al proceso de habeas corpus:

24. El artículo 11 Inc. 2° Cn., literalmente dispone: "(...) *También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.*"
25. De la norma constitucional referida se desprende, que una de las modalidades del proceso de habeas corpus es el denominado "*hábeas corpus correctivo*", el cual constituye una garantía que tiene por objeto tutelar la dignidad de la persona que se encuentra en detención. Así, como mecanismo de tutela jurisdiccional pretende –preventiva o reparadoramente- impedir tratos vejatorios o traslados indebidos a personas detenidas legalmente, por lo que requiere, como presupuesto indispensable, que la persona a cuyo favor se solicita se encuentre privada de su libertad, dado que su finalidad primordial es operar como una garantía de la dignidad de la persona detenida.
26. En el caso sub iúdice consta agregada a fs. 94 del respectivo expediente, orden de detención administrativa girada por el Fiscal de la Unidad de Delitos Contra el Menor y la Mujer en su Relación Familiar, a las diez horas con treinta minutos del día veintinueve de mayo de dos mil tres, en contra del doctor Salvador Nelson García Córdova.
27. Dadas las consideraciones señaladas, esta Sala se abstendrá de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos propuestos, por escapar dichos aspectos a la competencia de este Tribunal en materia de hábeas corpus. Como ya se mencionó, el artículo 11 Inc. 2° Cn. establece como presupuesto indispensable para la operatividad del hábeas corpus correctivo, que la persona se encuentre privada de su libertad al momento en que ocurran los supuestos tratos vejatorios o traslados indebidos que afecten su derecho a la dignidad, por lo que al no haber estado el ahora favorecido privado de su libertad en la época en que sucedieron los hechos de los que se reclama, no podría esta Sala emitir un pronunciamiento de fondo respecto a este punto de la pretensión.
28. 3) Un tercer aspecto se refiere al planteamiento hecho por el licenciado Nóchez Peña, sobre la supuesta inexistencia de la dirección funcional de la Fiscalía, porque la Policía Nacional

Civil realizó su investigación sin contar con dicha dirección e hizo públicos los objetos, indicios y evidencias sin antes ponerlos a disposición del tribunal competente o de la Fiscalía General de la República.

29. En lo pertinente, esta Sala expresará algunas consideraciones sobre: a) la dirección funcional de la Fiscalía General de la República ; y b) la función de la Policía Nacional Civil en la investigación del delito.
30. a) El Art. 193 ordinal 3° Cn. determina: "*Corresponde al Fiscal General de la República: (...) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley.*"
31. Del precepto citado se desprende, que no obstante la locución utilizada por el constituyente, "colaboración", la Policía Nacional Civil se encuentra supeditada en la investigación del delito a la dirección funcional ejercida por la Fiscalía General, ya que "colaborar" puede entenderse como ayuda, cooperación, auxilio; y "dirigir" como ordenar, conducir, ser responsable de un resultado concreto y objetivo, cual sería, contar con los elementos suficientes para poder fundamentar el respectivo requerimiento fiscal.
32. Precisamente, la dirección funcional de la Fiscalía tiene su razón de ser en la obligación que la misma posee de promover la acción penal; es por ello, que el fiscal no es un mero "coordinador de la investigación del delito" o un "sujeto legitimante de las actuaciones policiales", sino el ente encargado de realizar todo el plan o estrategia a seguir en la investigación, pues del resultado de la misma dependerá la fundamentación del requerimiento fiscal, así como las medidas a adoptar dentro del proceso penal. Consecuentemente, la Fiscalía General de la República en el ejercicio de su dirección funcional, debe velar por el cumplimiento de los procedimientos legales por parte de la Policía Nacional Civil, lo que hará, atendiendo razones de orden técnico y jurídico delimitadas previamente en su tarea investigadora.

33. Así lo establece el Art. 3 numeral 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que en desarrollo del Art. 193 ordinal 3° Cn., dispone a la letra: "*Además de las atribuciones conferidas por la Constitución, el Fiscal General de la República tendrá las siguientes: (...) Dirigir funcionalmente desde la etapa policial la investigación de los hechos criminales y la recabación de las pruebas que han de someterse a la jurisdicción penal, a fin de velar por el estricto cumplimiento de los procedimientos legales (...)*"
34. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el Art. 159 inciso tercero Cn. : "*La Policía Nacional Civil tendrá a su cargo las funciones de policía urbana y policía rural que garanticen el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, y todo ello con apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos.*"
35. Referente a ello, esta Sala en reiterada jurisprudencia ha sustentado un criterio respecto a las funciones de la Policía Nacional Civil; así, en la sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad número 33-2000 Ac. 37-2000 de fecha 31/08/01, estableció: "En cuanto a la seguridad pública esta Sala ha señalado en su jurisprudencia que comprende tres aspectos básicos, a saber: *la función preventiva del delito, la función represiva e investigativa del delito y la función de asistencia a la comunidad.*"
36. De lo expuesto, y siguiendo la línea de desarrollo de esta sentencia, se tiene, que la dirección en la investigación del delito encomendada al Fiscal no posee un alcance de exigibilidad en las otras dos áreas de la seguridad pública –la prevención del delito y la asistencia a la comunidad-. La primera, tiene por objeto realizar labores de prevención, de modo que no se materialicen hechos delictivos, quedando dicha actividad dentro del mandato constitucional de garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad pública; mientras que la segunda está referida a una actividad de función social –sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad número 33-2000 ac. 37-2000-.
37. Sin embargo, en la función represiva e investigativa del delito, la Policía Nacional Civil, si posee dependencia funcional respecto de la Fiscalía General de la República, por lo que, la

primera debe informar, al ente fiscal del inicio de cualquier investigación dirigida a establecer un hecho ilícito, así como consultar cualquier decisión encaminada a ejercer privación de derechos fundamentales y orientar la investigación de acuerdo a los requerimientos del fiscal del caso, sin que esto implique que por medio de esa consulta se trate de llenar la investigación con una serie de formalidades o de actos burocráticos, sino más bien garantizar el fortalecimiento de la misma.

38. En ese mismo orden, la Fiscalía General de la República tiene la potestad de fijar las directrices a seguir en la investigación del delito, en razón que toda investigación previa al proceso está orientada a suministrar los elementos probatorios que permitan fundamentar ante los tribunales el ejercicio de la acción penal, ya sea haciendo una imputación o solicitando la desestimación del caso.
39. Ahora bien, la Policía Nacional Civil puede actuar de manera autónoma cuando tenga conocimiento que en esos momentos se está perpetrando un delito; no obstante, dicha actuación ha de estar supeditada a razones de urgencia y de necesidad, pues dichos criterios justifican la actuación inmediata de los miembros del cuerpo policial sin contar, en ese primer momento, con la dirección funcional de la Fiscalía General de la República, ya que la urgencia de la intervención policial tiene diversos fines, entre otros, impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los instrumentos y efectos del delito; de manera que, la facultad de realizar esa "primera intervención" ha de ser únicamente a efecto de tomar medidas de aseguramiento de personas y/o cosas cuando las actuaciones no admitan demora.
40. Ciertamente, la actuación autónoma de la Policía Nacional Civil, requiere de un conocimiento o percepción de la posible comisión de un hecho delictivo, quedando excluido el "conocimiento infundado" de la comisión de un delito. Así lo ha entendido este Tribunal, cuando en la sentencia pronunciada en el proceso de hábeas corpus número 92-2001 estableció: "(...) *Es precisamente el conocimiento de la comisión del delito, el elemento diferenciador*

con las labores de investigación, por lo que no se requiere de una dependencia funcional con la Fiscalía General de la República, dada la extrema urgencia con la cual deben actuar los miembros de la Policía Nacional Civil, actuación que, sin embargo, debe estar apegada en todo momento a lo establecido en la Constitución y leyes, a fin de garantizar el absoluto respeto de los derechos fundamentales de la persona."

41. Por tanto, es de señalar que una vez superada la "urgencia" y la "necesidad" de la actuación, la Policía debe en atención al mandato constitucional que requiere de la dirección funcional de la Fiscalía, hacer del conocimiento de ésta todas las diligencias practicadas, con el fin de que sea la autoridad fiscal quien dirija, controle y valore a partir de ahí la investigación; puesto que, la actuación autónoma de la Policía Nacional Civil únicamente se justifica, como ya se expresó, por la necesidad de evitar la contaminación o la pérdida de prueba, así como la posible huída del delincuente.
42. Partiendo de los criterios jurisprudenciales antes sustentados, es de interés relacionar el pasaje del expediente administrativo que guarda relación directa con el caso en estudio:
43. Consta a fs. 20 de la primera pieza del mismo, el oficio sin número, procedente de la Delegación de la Policía Nacional Civil, San Salvador Centro, por medio del cual se solicitó al Juez Décimo Tercero de Paz de San Salvador que autorice la orden de registro con prevención de allanamiento en inmuebles propiedad del ahora favorecido, fundamentándose la misma en lo siguiente: " Como a eso de las dieciséis horas con cuarenta minutos de este día se recibió una llamada telefónica anónima de una mujer (...) denunció que en la vivienda situada en la dirección (...) se estaban realizando prácticas de pornografía infantil, cometiéndose también corrupción de menores de edad, inducción a la prostitución y pornografía infantil. Asimismo manifestó que el sujeto utiliza a las menores para tomar fotografías (...) *Todo lo anterior de conformidad al Art.173 del Código Procesal Penal vigente, por existir indicios objetivos y coherentes suficientes para concluir que en dicho lugar existen objetos relacionados en la comisión de los delitos (...)* Solicito se nos proporcione un periodo prudencial de

veinticuatro horas, a partir de la hora que sea autorizada, ya que se tiene previsto encontrar y secuestrar (...)"

44. De lo anterior, esta Sala advierte que en el oficio por medio del cual la Policía Nacional Civil solicitó al Juez Décimo Tercero de Paz de San Salvador la orden de registro con prevención de allanamiento, se dejó constancia que con la actuación inmediata de los agentes policiales, se procuraba encontrar y secuestrar objetos relacionados con la comisión de los delitos de los que se había recibido denuncia; por una parte, para impedir que el supuesto hecho delictivo produjera mayores consecuencias y por otra, para asegurar los elementos de prueba.
45. Con ello queda de manifiesto que la actuación de los elementos de la Policía Nacional Civil en la investigación de los delitos atribuidos al doctor García Córdova, se encuadró, en ese primer momento, bajo los criterios de la urgencia, a efecto de impedir la consumación del hecho ilícito y evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.
46. Y es que, constituía un deber ineludible de los agentes policiales, al recibir la noticia de la perpetración de un hecho delictivo, el realizar todas las actuaciones urgentes y necesarias para comprobar los delitos, descubrir a sus autores y asegurar las pruebas del ilícito; es decir, que para el caso en estudio la actuación policial se halló legitimada por la facultad que poseen de realizar "la primera intervención", adoptando medidas de aseguramiento de personas y cosas cuando las actuaciones no admitan retraso.
47. Es importante mencionar, que los elementos de la Policía Nacional Civil, una vez superado ese primer momento de urgencia, pusieron a disposición de la Fiscalía General de la República, todas las diligencias realizadas con el objeto de actuar en lo sucesivo bajo la dirección funcional de los fiscales, ya que consta a fs. 4 de la primera pieza del expediente administrativo el oficio número dos mil seiscientos cuarenta, de fecha veintiocho de mayo de dos mil tres, por medio del cual el Jefe de la Unidad de Investigaciones de la Delegación San Salvador Centro de la Policía Nacional Civil, informó al Fiscal General de la República

la realización de dos registros con prevención de allanamiento en casas propiedad del doctor Salvador Nelson García Córdova, informando a su vez, que el producto de dichas diligencias consistía en el incautamiento de "(...) gran cantidad y distintas clases de objetos que de acuerdo a su naturaleza pudieron haber sido utilizados para la pornografía de forma directa o indirecta, realizando el decomiso y poniéndolo a la orden de los tribunales correspondientes, haciendo de su conocimiento que los procedimientos fueron finalizados a eso de las siete y treinta horas de este mismo día(...)"

48. De todo lo expuesto esta Sala determina, que en el caso particular la actuación de los agentes de la Policía Nacional Civil no exigía, en ese primer momento, la dirección funcional de la Fiscalía General de la República, ya que su proceder se amparó en la habilitación constitucional que permite –a la Policía Nacional Civil- actuar de manera autónoma cuando la situación de "urgencia" así lo requiera; por lo que esa intervención policial al haber sido realizada de conformidad a lo que la Constitución de la República y la ley establecen, es de concluir que no provocó violación constitucional a lo dispuesto en el Art. 193 numeral 3° Cn. y con ello al derecho de libertad del favorecido, razón por la que resulta improcedente para este Tribunal acceder a la pretensión planteada.
49. 4) Un cuarto punto sometido a decisión por el pretensor, está referido a la vulneración al debido proceso por parte de la Policía Nacional Civil, en virtud que los elementos incautados fueron puestos a disposición de los medios de comunicación y de otras entidades gubernamentales y privadas sin autorización judicial y de manera arbitraria.
50. Exegéticamente la locución "debido proceso" alude a un proceso constitucionalmente configurado, establecido en el Art. 12 Cn. , así como la defensa de los derechos o derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos o categorías jurídicas protegibles en la jurisdicción constitucional, establecidos en el Art. 2 de la misma.
51. La expresión "debido proceso" se utiliza con mucha frecuencia en el ámbito jurisdiccional, sin que ninguna norma delimite expresamente su alcance y significado jurídico, pero la

jurisprudencia de esta Sala ha establecido que: "éste se refiere exclusivamente a la observancia de la estructura básica, que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento"

52. Consecuentemente, la invocación del "debido proceso" como garantía presuntamente vulnerada debe acompañarse de una fundamentación fáctica y jurídica en la que se especifique cuál de todos los derechos integradores del concepto genérico "debido proceso" se considera violado, determinando a su vez, la incidencia que la afectación a la garantía invocada haya tenido en el derecho a la libertad de la persona a cuyo favor se solicita el hábeas corpus, pues de lo contrario esta Sala se vería impedida de conocer el fondo de la pretensión.
53. En el caso en estudio, el peticionario no especificó que categoría integradora del concepto genérico "debido proceso" considera violada, lo que impide que esta Sala conozca del fondo de la pretensión, pues de hacerlo se estaría excediendo en sus competencias.
54. 5) Finalmente y en relación a la supuesta vulneración al derecho de defensa y presunción de inocencia del doctor Salvador Nelson García, por haber publicado los medios de comunicación, elementos probatorios con los que se contaba, lo que –a criterio del peticionario- provocó e indujo en la opinión pública una presunción ilegal de culpabilidad anticipada, sin haber sido el favorecido oído y vencido en juicio.
55. Esta Sala estima importante mencionar:
56. La presunción de inocencia es la garantía constitucional que ampara al inculpado desde el momento de la imputación y que lo acompaña durante el transcurso de todo el proceso; justamente, la presunción de inocencia opera en el sentido de no poder considerar culpable a la persona imputada hasta en tanto no exista una comprobación conforme a la ley y en juicio público en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa, Art. 12 inc. 1° Cn.

57. Así, la presunción de inocencia nace por el ejercicio del ius puniendi del Estado, ya que es éste, por medio de su función jurisdiccional quien determinará si en un caso concreto se ha producido delito y quién es el responsable del hecho. A través del respectivo proceso se debe realizar esa demostración.
58. Por ello, en las relaciones entre particulares, en las que no se ejerce el ius puniendi del Estado, no tiene aplicación la garantía de la presunción de inocencia, ya que ninguna declaración realizada por particulares sin intervención estatal, tiene el poder de desvirtuar la inocencia del inculpado, conservando la persona, su status de inocente mientras su culpabilidad no sea demostrada, en un juicio en el que, como se expresó, se respeten sus derechos y garantías constitucionales.
59. Por lo expresado, esta Sala se abstendrá de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada, en razón que como ya se expresó, la presunción de inocencia no puede ser vulnerada por los particulares, por lo que al no existir infracción a derechos constitucionales que incidan en la libertad del favorecido, se carece del presupuesto indispensable para la procedencia del habeas corpus.
60. En razón de los argumentos expuestos esta Sala considera improcedente acceder a la pretensión planteada, debiendo continuar el favorecido en la situación jurídica en que se encuentra.
61. Por todo lo antes expresado, esta Sala **RESUELVE**: a) continúen vigentes las órdenes de captura giradas en contra del doctor *Salvador Nelson García Córdova* ; b) certifíquese esta resolución y remítase junto con la certificación del expediente administrativo a la Fiscalía General de la República; y c) notifíquese y archívese el presente hábeas corpus.- ---A. G. CALDERON---V. de AVILÉS---J. E. TENORIO---J. ENRIQUE ACOSTA---F. R. GUERRERO---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---S. RIVAS DE AVENDAÑO---RUBRICADAS.

3. Campaña Contra Pornografía Infantil.

Dale voz.



**LA PORNOGRAFIA
INFANTIL
NO ES UN JUEGO,. ¡ES
UN DELITO!
DENUNCIALO AL 911**

*Porque los millones de niños de
todo el mundo que sufren la
explotación sexual no pueden hablar.*



4. Entrevista No Estructurada dirigida a Magistrados, Jueces y Conocedores del Tema.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS
PROCESO DE GRADUACION DE CIENCIAS JURIDICAS,
AÑO 2009.

Entrevista no estructurada dirigida a Especialistas en Psiquiatría y Psicología en el estudio de la niñez y adolescencia.

Fecha: _____

TEMA “Pornografía con Menores e Incapaces”

OBJETIVO: Obtener información sobre las consecuencias psíquicas producidas en menores y deficientes mentales víctimas del delito de Utilización de menores e incapaces o deficientes mentales en pornografía.

INDICACIONES: Conteste según sus conocimientos las siguientes interrogantes.

➤ **Psicólogo** _____

PREGUNTAS:

1. ¿Según su conocimiento a partir de qué edad el menor comprende los actos sexuales?
2. ¿Según su opinión se daña el normal desarrollo de la personalidad del menor al promover y facilitar la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal?
3. ¿A qué edad considera que el menor puede decidir libremente sobre su sexualidad?
4. ¿Qué entiende por deficiente mental?
5. ¿Cuál es el grado de entendimiento de los deficientes mentales en la sexualidad?

6. ¿Pueden mantener una vida sexualmente activa los deficientes mentales?
7. ¿Como define la Pornografía en la que se utiliza a menores e incapaces?
8. ¿Considera que los aportes de la psicología y psiquiatría son determinantes para administrar justicia en el delito de Pornografía de menores e incapaces?



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS

PROCESO DE GRADUACION DE CIENCIAS JURIDICAS, AÑO 2009
 2009.

Entrevista no estructurada dirigida a Magistrados, Jueces y Especialistas del tema objeto en estudio. Fecha: _____

TEMA “Pornografía con Menores e Incapaces”

OBJETIVO: Obtener opiniones acerca del delito de utilización de menores e incapaces en Pornografía.

INDICACIONES: Conteste según sus conocimientos las siguientes interrogantes.

Juez _____ **Magistrado** _____ **Especialista** _____

PREGUNTAS:

1. ¿Cómo define la pornografía de menores e incapaces?
2. ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de Pornografía con menores e incapaces?
3. ¿Conoce las modalidades de ejecución del ilícito de Pornografía con menores e incapaces?
4. ¿El Injusto de Pornografía de menores e incapaces es de acción o de omisión?
5. ¿Qué entiende por actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual?

6. ¿A partir de qué edad se puede consentir que un menor sea participe en producciones pornográficas?
7. ¿Por qué existe poca jurisprudencia sobre el delito de Pornografía de menores e incapaces?
8. ¿Estima conveniente reformar el artículo 173 C.Pn.?
9. ¿Considera que los aportes de la psicología y psiquiatría son determinantes para administrar justicia en el delito de Pornografía de menores e incapaces?

5. [Entrevista](#) Semi Estructurada dirigida a Fiscales, Defensores Públicos, Privados y Colaboradores Judiciales.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS
PROCESO DE GRADUACION DE CIENCIAS JURIDICAS,
AÑO 2009.

Entrevista **semí-estructurada** dirigida a Agentes Auxiliares del Fiscal General y Defensores Públicos y Privados.

Fecha _____

TEMA “Pornografía con Menores e Incapaces”

Objetivo: determinar el conocimiento sobre el delito de Pornografía de menores e incapaces que tienen las personas que se desempeñan como Auxiliares del Fiscal General, defensores públicos y Privados.

Indicación: Conteste según su conocimiento las interrogantes marcando con una “X” la respuesta que considere conveniente y explique.

Cargo de la Persona entrevistada:

Agente Auxiliar _____ **Defensor Público** _____ **Defensor Público** _____

Preguntas:

1. ¿Tiene conocimiento sobre el delito de Pornografía con menores e incapaces?

Si _____ No _____

¿Explique? _____

2. ¿Sabe cuál es el bien jurídico protegido en el delito?

Si _____ No _____

¿Enuncielo?: _____

3. ¿Conoce los elementos esenciales del tipo de Pornografía de menores e incapaces?

Si _____ No _____

¿Explique?: _____

4. ¿Es necesario que los Agentes Auxiliares del Fiscal General adquieran mayor conocimientos sobre el delito de Pornografía de menores e incapaces?

Si _____ No _____

¿Porque?: _____

5. ¿La pena impuesta en el delito es proporcional?

Si _____ No _____

¿Porque?: _____

6. ¿Sabe en qué consisten las actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual?

Si _____ No _____

¿Explique?: _____

7. ¿Conoce la diferencia del delito de Pornografía de menores e incapaces frente a otros delitos sexuales (Prostitución y Violación en menor o incapaz)?

Si _____ No _____

¿Mencione?: _____

8. ¿Tiene conocimiento sobre el término de incapaz al que se refiere el delito?

Si _____ No _____

¿Enuncie?: _____

9. ¿El delito de Pornografía con menores o incapaces puede realizarse por comisión por omisión?

Si _____ No _____

¿Explique?: _____

10. ¿Cree usted que concurre alguna causa de justificación en el delito?

Si _____ No _____

¿Porque?: _____

11. ¿A su criterio, el consentimiento del menor debe ser valido?

Si _____ No _____

¿Porque?: _____

12. ¿Para usted, existe diferencia entre la Pornografía con menores e incapaces y la inducción a la prostitución?

Si _____ No _____

¿Porque?: _____

13. ¿Cree que la poca jurisprudencia existente en el país se debe al desconocimiento del delito?

Si _____ No _____

¿Porque?: _____

14. ¿Considera que el delito debe ser competencia de Tribunal Colegiado?

Si _____ No _____

¿Porque?: _____

6. [Encuesta](#) Dirigida a Estudiantes de Cuarto, Quinto Año y Egresados de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS

PROCESO DE GRADUACION DE CIENCIAS JURIDICAS, AÑO
2009.

Fecha _____

Encuesta dirigida a estudiantes de segundo, tercer año y Egresados de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental.

TEMA “**Pornografía con Menores e Incapaces**”

Objetivo: determinar el grado de conocimiento de los estudiantes sobre el delito de Utilización de menores e incapaces en Pornografía.

Indicación: Conteste según su conocimiento las interrogantes marcando con una “X” la respuesta que usted considere correcta.

Nivel académico:

2° año _____ 3° año _____ Egresado _____

1. ¿Tiene conocimiento de la existencia del delito de Pornografía con menores e incapaces?
Si _____ No _____
2. ¿Sabe en qué consiste el delito de Pornografía de menores e incapaces?
Si _____ No _____
3. ¿Conoce que son actividades eróticas e inequívocas de naturaleza sexual?
Si _____ No _____
4. ¿Conoce el significado del bien jurídico libertad sexual?
Si _____ No _____
5. ¿Tiene conocimiento si el delito de pornografía de menores e incapaces es un delito de acción o de omisión impropia?
Acción _____ Omisión impropia _____ Ambos _____
6. ¿Considera que la pena regulada para el delito de Pornografía con menores e incapaces es proporcional?
Si _____ No _____
7. ¿Considera que las Instituciones (ISNA, ISDEMU, PPDH) encargadas de proteger a menores y deficiente mental, lo hacen de forma eficaz?
Si _____ No _____
8. ¿Sabe que es la indemnidad sexual?
Si _____ No _____
9. ¿Conoce la diferencia entre el término incapaz y deficiente mental?
Si _____ No _____

10. ¿Tiene conocimiento del bien jurídico “*adecuado desarrollo de la personalidad del menor*”?

Si _____ No _____

11. ¿Conoce algún proceso penal incoado por la comisión de este delito?

Si _____ No _____

12. ¿Considera que el delito de Pornografía de menores e incapaces se regula de forma eficaz?

Si _____ No _____

13. ¿Cuál considera que es el bien jurídico protegido en el delito de Pornografía de menores e incapaces?

Libertad Sexual _____ Indemnidad e Intangibilidad Sexual _____

14. ¿Tiene conocimiento de las agravantes del delito de Pornografía de menores e incapaces?

Si _____ No _____

15. ¿Cree que la falta de denuncias sobre el delito de Pornografía con menores o incapaces se debe a su desconocimiento?

Si _____ No _____

16. ¿Considera válido el consentimiento de los menores e incapaces como eximente de responsabilidad penal?

Si _____ No _____

17. ¿Considera necesaria una reforma al artículo 173 C.Pn.?

Si _____ No _____

7. Noticia de Pornografía en Soporte Electrónico.

**Arrestan a dos por pornografía infantil
INTERPOL de España descubrió
que El Salvador era donde se
Originaba un sitio de internet
en el que se promovían y divulgaban
videos y fotografías pornográficas
en las que utilizaban menores que
desconocen si son salvadoreños.**



Nadie podía acceder a ese sitio si no daba su aporte ya sea en video o fotografías que tuvieran pornografía con participación de niños.”

Claudia Trigueros, coordinadora UMM de FGR

La Policía Internacional ya tiene el informe del récord de las computadoras desde donde los detenidos subían el material pornográfico infantil.”

Ángel Barquero Silva, jefe INTERPOL El Salvador

La Policía Internacional (INTERPOL) detuvo a dos hombres residentes en la colonia Altavista de Ilopango acusados de divulgar a través de internet fotografías y videos pornográficos de niños.

Las autoridades policiales tienen pendiente aún la captura de un sacerdote católico extranjero radicado en el país, que prefieren no identificar para no interrumpir las investigaciones. Este también es indagado por el mismo caso de pornografía infantil, informaron las autoridades.

El religioso no pudo ser detenido en el país, según el jefe de la INTERPOL en **El Salvador**, comisionado Ángel Barquero Silva, porque se encuentra de viaje en su país de origen.

Según las indagaciones de la INTERPOL, Franklin Geovanni Salamanca Peña, un estudiante universitario salvadoreño de 21 años, es el creador de un sitio colgado en internet en el cual se promovía la exhibición obscena de menores de edad.

En la web, Franklin se convertía en “Jimmy Neutron”, así se hacía llamar. Era su nombre de cibernauta. Su “nickname”. Buscaba amigos del mundo que quisieran compartir experiencias sexuales con niños, no importaba la edad, pero que fueran menores, desde recién nacidos hasta los 15 años.

Atracción de paidófilos

Así fueron apareciendo muchos interesados alrededor del mundo. Aparecían de América, Europa, Asia, querían estar dentro de esa red de amigos paidófilos, unos 100 aproximadamente, según fuentes de la INTERPOL.

Para poder acceder al sitio cada uno de los participantes tenía que dejar alguna fotografía o video en el que apareciera una niña o un niño realizando actos sexuales, así lo había decidido el personaje de caricatura infantil propietario del espacio en la red de internet.

Según las autoridades fiscales salvadoreñas, Franklin era quien hacía las veces de administrador. Él decidía quiénes podían ingresar a su sitio, evaluaba las fotos que le enviaban, si le gustaban las subía, y avalaba el ingreso del nuevo cibernauta.

Era el único requisito para observar fotografías y videos elaborados en diferentes partes del mundo, donde los niños y el sexo eran los únicos protagonistas.

En ese sitio, según Claudia Trigueros, coordinadora de la Unidad del Menor y la Mujer de la FGR, durante los últimos tres años fueron colgadas miles de fotografías y videos inmorales, incluso en algunos de ellos utilizaban bebés. Ese espacio en la web fue descubierto a principios de 2006 durante “patrullajes cibernéticos” que efectúan las autoridades de España.

Rastreo de usuarios

A partir del hallazgo del grupo de amigos que ingresaban diariamente al sitio desde sus computadoras en diferentes partes del mundo, las autoridades españolas comenzaron a rastrear los IP (dirección de las computadoras) para descubrir las identidades de sus miembros, incluido el creador del espacio en la web.

Con las herramientas tecnológicas necesarias, la Policía española descubrió el origen de ese sitio de internet: **El Salvador**.

De este país también había otros usuarios, seis en total. Tres de ellos permanecieron por poco tiempo, ingresaron al aportar las imágenes solicitadas, y al poco tiempo cerraron sus cuentas electrónicas con las que llegaron hasta ese espacio. Otras dos más continuaron visitando el sitio. Eran dos usuarios frecuentes, dicen las autoridades, uno de ellos el sacerdote extranjero que vive en el país. Las autoridades prefieren aún no identificarlo, porque las indagaciones aún no han finalizado; además, quieren evitar su fuga. Lo tienen localizado, aseguran, en su país de origen, ubicado en Centroamérica. El otro usuario frecuente de ese espacio era Irvin Osmaro Estrada, de 20 años, otro estudiante universitario.

Todos los días, según las autoridades, Irvin utilizaba gran parte de su tiempo para pasar sentado frente a la computadora de su casa, ubicada en el pasaje W de la residencial Altavista de Ilopango. Las autoridades creen que aportaba fotos y videos pornográficos al sitio creado por su compatriota y amigo. La Policía española lo tiene registrado en el récord informático recopilado en los últimos tres años.

El delito que les imputan a ambos sospechosos es el de utilización de personas menores de 18 años en pornografía, el cual el Código Penal salvadoreño determina un castigo de seis a 12 años de prisión.

Dos casos indagados por las autoridades

En la historia reciente de El Salvador se registran dos casos en los que las autoridades han indagado a dos presuntos promotores de actividades vinculadas a la pornografía de menores. Uno fue absuelto por errores técnicos de la FGR y la PNC, y el otro se suicidó.

CASO DE ABOGADO NELSON GARCÍA. El 28 de mayo de 2003, la Policía decomisó material pornográfico de menores de edad en la casa del abogado Nelson García, en ese momento candidato a magistrado de la CSJ. Dos años después fue absuelto de corrupción de menores, uso de menores con fines exhibicionistas y pornográficos y agresiones sexuales por mal procedimiento policial en el allanamiento y desidia de la FGR para hallar más indicios del delito.

CASO DE MILITAR RETIRADO. En febrero de 2003, inició una investigación policial contra el militar retirado Walter David Barahona Martínez por su presunta participación en un caso de pornografía de menores. La denuncia fue interpuesta por una menor que llegó a la oficina del ex militar para una sesión de modelaje. Después de cuatro meses, el indagado se suicidó con una pistola al enterarse de que las autoridades harían una revisión de videos de su negocio. El contenido de estos no fue revelado.