

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**EL DELITO DE PORNOGRAFIA: CRITERIOS DE INDIVIDUALIZACIÓN DE
LA PENA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**PENADO SALGADO, MOISES ISAIAS
SARAVIA GARCIA, JAIME ANTONIO
VALLE VALLE, WALTER FABRICIO**

DOCENTE ASESOR:

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DE 2021

TRIBUNAL DE EVALUACIÓN

Dr. Armando Antonio Serrano

PRESIDENTE

Licda. Georlene Marisol Rivera López

SECRETARIA

Lic. Luis Antonio Villeda Figueroa

VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR**

**Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López.
VICERRECTOR ACADÉMICO**

**Ing. Juan Rosa Quintanilla Quintanilla.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval.
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín.
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO**

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
SECRETARIA**

**Lic. Hugo Dagoberto Pineda Argueta
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Licda. Diana del Carmen Merino de Sorto
DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**Lic. Enmanuel Román Funes
COORDINADOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS**

DEDICATORIA

Agradezco primeramente a Dios por permitirme culminar una etapa mas de mis estudios académicos, darme sabiduría y paciencia porque en él encontré fuerza y consuelo para avanzar y tomar decisiones importantes a lo largo de mi carrera.

A mi padre, por ser la inspiración principal y el ejemplo adecuado para decidir el porque estudiar esta carrera y ser mi consejero en momentos de decisiones importantes.

A mi madre, por aconsejarme, ser mi consuelo y apoyo incondicional. Por haber hecho de mi una persona correcta y firme y enseñarme las dificultades de la vida

A mi familia, mi abuela Mary, mi tía Claudia, y mis hermanos, quienes han estado para mi en momentos difíciles y han sido una inspiración para continuar con mis estudios

A mis compañeros de tesis, Jaime y Walter, quienes con esfuerzo y dedicación han sido los compañeros adecuados para la realización de nuestro trabajo

A mis amigos, Mairena, Raúl, Cristian, Alan y Rebeca quienes desde el primer día de clases han estado a mi lado apoyándome. Así como el resto de amigos y compañeros que han estado a mi lado a lo largo de la carrera.

A nuestro asesor, Lic. Villeda, quien con sus enseñanzas y paciencia ha sido fundamental siendo un ejemplo del tipo de profesionales que queremos llegar a ser.

Moisés Isaías Penado Salgado

DEDICATORIA

Primeramente, dar gracias a Dios, por permitirme llegar a esta etapa de mi vida, por darme la fuerza necesaria y la perseverancia para ser constante y poder alcanzar mis propósitos.

A mi familia como eje fundamental en la realización de este esfuerzo, ya que sin su apoyo no hubiese sido tan satisfactorio el poder alcanzar este logro académico, puesto que me han brindado su apoyo incondicional en cada momento especial, así mismo en las dificultades, lo cual me ha motivado a seguir adelante y ser un buen profesional.

a mi madre especialmente quien ha estado en cada momento demostrándose su amor y apoyo día con día, brindándome sus consejos para ayudarme a comprender ciertas y determinadas circunstancias de la vida en las que es necesario tomar las mejores decisiones.

A mi hermana quien aun en la distancia, me ha demostrado que este no es un obstáculo para demostrar nuestro amor por los demás, me ha hecho sentir su apoyo incondicional, ha estado conmigo brindándome sus consejos que considero muy importantes, es de las personas más determinantes en mi vida por ello le agradezco todo lo que ha hecho por mí, sin ella no hubiese sido igual lograr esta meta.

A mi hija Melanie quien ha sido esa fuerza que impulsa mis deseos de superación, para seguir adelante y ser un buen padre, esperando ser un buen ejemplo para ella en su vida, para que siga por el camino correcto.

A mis compañeros Jaime y Moisés quienes han demostrado su compromiso y profesionalismo en la realización del presente trabajo, han manifestado su calidad como profesionales constituyéndonos como un buen grupo.

A nuestro asesor, Lic. Villeda Figueroa, quien ha sido un excelente asesor, comprometido con la formación de profesionales que pronto estaremos al servicio de nuestro país, nos ha instruido en cada etapa de nuestro trabajo ayudándonos a tomar las decisiones pertinentes y solventando las dudas que han suscitado en el transcurso del mismo para poder presentar un verdadero trabajo de investigación.

Walter Fabricio Valle Valle

DEDICATORIA

Le doy gracias en primer lugar a Dios por concederme la oportunidad de finalizar mis estudios de manera satisfactoria ya que, sin la ayuda de él, no hubiera sido posible lograr esta meta, otorgándome la fuerza en los momentos más difíciles, la salud, perseverancia, la sabiduría y el conocimiento necesario para poder concluir esta etapa académica.

A mi madre, por su apoyo incondicional y todo el esfuerzo que ella ha realizado, por los consejos que de manera incansable me ha proporcionado desde que inició este proyecto, por confiar en mi en todo momento, aun en los momentos más difíciles siempre ha sido mi consuelo y mi inspiración para alcanzar este objetivo.

A mi familia, como base fundamental y de manera especial Carlos quien me ha ayudado en cada momento de mi carrera, a mis tías Izabel, Irma y mi tío julio que me han brindado su apoyo incondicional.

A mis compañeros de tesis Walter y Moisés, quienes desde el inicio manifestaron su deseo y responsabilidad por la realización del trabajo de investigación siendo un verdadero esfuerzo, pero a pesar de las dificultades como grupo se han podido solventar.

A nuestro asesor, Lic. Villeda Figueroa, quien ha sido un excelente asesor para nuestra formación como profesionales, instruyéndonos para acoger la actitud y carácter de un verdadero profesional del derecho y quien de manera responsable nos ha sabido guiar en todo el proceso de nuestro trabajo.

Jaime Antonio Saravia García

RESUMEN.....	i
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	ii
INTRODUCCIÓN.....	iii
CAPÍTULO I	1
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA Y LOS CRITERIOS DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.....	1
1.1. La pornografía en el siglo XVI y XVII.....	1
1.1.1. La pornografía y la aparición de la fotografía.....	2
1.1.2. El delito de pornografía en España.....	3
1.1.3. El delito de pornografía en argentina.....	5
1.1.4. El delito de pornografía en El Salvador.....	6
1.1.4.1 Código penal 1826.....	6
1.1.4.2 Código penal de 1859.....	7
1.1.4.3 Código Penal 1893.....	8
1.1.4.4 Código Penal 1904.....	8
1.1.4.5 Código Penal 1973.....	9
1.1.4.6 Código Penal 1998.....	10
1.2. Antecedentes históricos de los criterios de individualización de la pena.....	11
1.2.1 Época Romana.....	12
1.2.3 Época Prehispánica.....	14
1.2.4 Época Hispánica.....	15
1.2.5 El Derecho Germánico.....	16

1.2.6. La individualización de la pena en la escuela clásica del derecho penal.....	18
1.2.7. La individualización de la pena en la escuela Neoclásica del derecho penal.....	19
1.2.8. La individualización de la pena en la escuela positiva del derecho penal.....	21
CAPÍTULO II	24
DELITO DE PORNOGRAFÍA Y LOS CRITERIOS DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA: CONCEPTOS, CARACTERÍSTICAS Y SU REGULACIÓN.....	24
2.1. Etimología de la palabra pornografía.....	24
2.2. El delito de pornografía.....	25
2.2.1. Concepto de Material pornográfico.....	26
2.2.2. Elementos del delito de pornografía.....	27
2.2.2.1. Elemento Objetivo.....	27
2.2.2.2. Elemento subjetivo.....	30
2.2.3. Objeto del delito de pornografía.....	31
2.2.4. El verbo rector en el tipo penal de pornografía.....	33
2.3. Criterios de individualización de la pena.....	35
2.3.1. Definición doctrinaria.....	36
2.3.2. Fases de individualización de la pena.....	37
2.3.3. La individualización de la pena como actividad jurídicamente vinculada.....	40
CAPÍTULO III	45

ESTUDIO DE CASOS.....	45
3.1. Exposición de las resoluciones judiciales.....	45
3.2. Circunstancias o motivos en la aplicación de criterios de individualización.....	65
3.2.1. Económicas.....	65
3.2.2. Sociales.....	66
3.2.3. Culturales.....	67
3.3. Análisis Entrevistas realizadas.....	67
3.3.1. Análisis de la entrevista realizada al Dr. Gilberto Ramírez Melara- Juez de Instrucción.....	67
3.3.2. Análisis de la entrevista realizada a la Licda. María Magdalena Flores Orellana-Juez de sentencia.....	70
Conclusiones.....	76
Recomendaciones.....	80
Fuentes de información	82
Anexos.....	87

RESUMEN

El estudio realizado se deriva de la incorrecta aplicación de los criterios de individualización de la Pena en el delito de pornografía en la ley penal salvadoreña, circunstancia que alarma en principal medida. Relacionando este principio con el artículo 172 del Código Penal, pues, no se establece una conducta concreta que permita identificar con claridad el momento en el que se aplican los criterios y la diferencia en cada uno de los verbos rectores. Es por estos motivos que resulta necesario el estudio específico de los elementos que componen el delito de pornografía y su relación con los criterios de individualización, pretendiendo por medio del mismo, brindar un acercamiento a una mayor clarificación del contenido de la descripción del delito, tomando en cuenta desde cada uno de sus elementos, tomando en consideración que en razón de su antigüedad, su importancia o su origen mismo, por lo que resulta significativa esta consideración para el contenido del presente trabajo de grado.

Es importante el conocer sobre la individualización de la pena, siendo en esta etapa donde se va a restringir el derecho de libertad del imputado, debe de garantizarse en la aplicación de la sanción el principio de legalidad y seguridad jurídica, evitando que exista discrecionalidad de parte del juzgador es por ello que los criterios de individualización previstos en la legislación salvadoreña, deben atender a la conducta desplegada por el sujeto activo del delito.

El tipo penal de pornografía es un tipo penal compuesto, se vuelve necesario su estudio de una manera específica y no realizarlo de forma general, puesto que hay que entender cada acción de la descripción legal del tipo, no todos los verbos rectores son iguales y su reproche puede diferir.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

CSJ:	Corte Suprema de Justicia.
UES:	Universidad de El Salvador.

ABREVIATURAS

Cod. Pn.:	Código Penal.
Art.:	Artículo.
Cn.:	Constitución.
Inc.:	Inciso.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo referido al delito de pornografía y los criterios de individualización de la pena, el cual ha sido realizado con base a una investigación de carácter bibliográfico.

Con la realización de la investigación se pretende profundizar y conocer más sobre la temática, desarrollando de forma concreta en qué consiste el delito de pornografía, sus elementos con énfasis en sus verbos rectores, esto en atención a la conducta desplegada por el sujeto activo del delito.

Nuestra investigación se justifica a partir de la afectación al bien jurídico protegido la “indemnidad sexual” de los menores de dieciocho años y deficientes mentales; el delito de pornografía es común en nuestra sociedad, mas aun con los diferentes avances tecnológicos, siendo más proclive su cometimiento.

Como objetivo principal de nuestra investigación tenemos el análisis jurisprudencial de determinadas sentencias, mediante el cual determinaremos si existe algún grado de vulneración al principio de legalidad y seguridad jurídica, ante la no aplicación de criterios de individualización de la pena para el delito de pornografía; es mediante las sentencias emitidas por los tribunales que se determina la utilización de criterios, es donde el juez manifiesta su decisión y donde tenemos acceso al conocimiento de la situación en particular, donde se manifiesta el razonamiento del juzgador aplicando la ley penal al caso concreto; se comprobará mediante el resultado de nuestro análisis la premisa que “la no aplicación de criterios para el tipo penal en comento es una vulneración al principio de legalidad y seguridad jurídica” de la persona que ha sido condenada.

Ahora bien nuestro tema propiamente tal no es un tema muy desarrollado, por ello consideramos esta investigación de carácter exploratorio, explicativa, aplicada, hermenéutica ya que mediante la obtención de información de las diferentes fuentes se comprenderá y analizará el problema de investigación y mediante la aplicación de estas dar una solución al problema.

En el capítulo uno se desarrollará lo referente a los antecedentes históricos sobre el delito de pornografía, como se ha desarrollado a lo largo del tiempo destacando el siglo XVI y XVII, la aparición de la fotografía, su desarrollo en el ordenamiento jurídico español, argentino y posteriormente en la legislación salvadoreña; en cuanto a los criterios de individualización de la pena se tratará su desarrollo en las diferentes escuelas del derecho penal, escuela clásica, neoclásica y positiva.

En el capítulo dos se llevará a cabo un abordaje del delito de pornografía y los criterios de individualización de la pena acerca de sus conceptos, características y su regulación, teniendo mayor conocimiento sobre los elementos de nuestra temática.

posteriormente en el capítulo tres se analizará una selección de jurisprudencia, con la cual se determinarán criterios de individualización de la pena y su aplicación por los juzgadores y si estos atienden a la conducta realizada por el sujeto activo del delito, esto mediante la exposición de las resoluciones y su concreción por medio del análisis realizado sobre la base de estas.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA Y LOS CRITERIOS DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

El propósito de este capítulo es realizar un abordaje histórico del delito de pornografía y de los criterios de individualización de la pena, acerca de cómo surgió en la antigüedad y cual ha sido su evolución a través de la historia y su contexto actual.

1.1. La pornografía en el siglo XVI y XVII

La pornografía no se sabe específicamente cuando surge en el mundo ni su antigüedad. En las culturas occidental y oriental se representaban y se mostraban partes del cuerpo con escenas de contenido explícitamente sexual y erótico a través de la escultura y la pintura, se dan sus primeras apariciones en el período paleolítico hace 2,85 millones de años y se extiende hasta hace casi 10,000 años de la edad de piedra, que normalmente hacían referencia a creencias religiosas. Posteriormente, en el siglo XVI, durante el renacimiento surgieron los primeros intentos de imprimir literatura erótico-pornográfica; y su difusión comienza a generalizarse a partir del siglo XVII.¹ En este momento es que como humanos podemos empezar a evidenciar la naturaleza del comportamiento de la persona racional.

¹ Hazel Bolaños, Boldova Miguel y Carlos Fuertes, *Delitos relacionados con la pornografía de personas menores de 18 años. Especial referencia a las tecnologías de la información y la comunicación como medio comisivo*, 1ª Ed. (El Salvador: Universidad Tecnológica de El Salvador, 2014) 12

Con la llegada de la imprenta en el siglo XV, el alcance de material pornográfico se difunde un poco más, después de considerarse un privilegio acceder a la misma, puesto que la pornografía era reservada para la clase social alta, pero esta situación cambió cuando surgieron las primeras impresiones de escenas eróticas pero debido a que estaban vigiladas, la producción masiva de pornografía se vio muy limitada, además no era fácil crear dibujos detallados con las planchas de madera, de modo que la pornografía visual tuvo que esperar a los progresos del siglo XVII. “La obra pornográfica más famosa del siglo XVI son los sonetos lujuriosos de Pietro Aretino, al parecer, los grabados fueron un encargo del papa León X, pero su sucesor destruyó todos los ejemplares que tuvo a su alcance. Sin embargo, las copias de las planchas de cobre pasaron de contrabando a Francia, donde se añadieron otras posturas y se extendieron por el mundo entero”.² Siendo así que aun sin las llegada de la fotografía, el cual es el medio ahora mas conocido para la pornografía y de la cual hablaremos en el siguiente apartado, se puede notar que de una manera aun un poco rustica y nada avanzada, la pornografía ya estaba presente dentro de las civilizaciones en parte como una manera creativa de verla pero que desemboca en un mismo fin lujurioso u obsceno.

1.1.1. La pornografía y la aparición de la fotografía

La pornografía como se conoce actualmente surge cuando aparece la fotografía. Pocos años después de que Daguerre presentara en 1839 el daguerrotipo ya se hacían las primeras fotografías de desnudos y parejas

² Evelin Marlene Galdámez Guevara, Evelyn Lisbeth Henríquez, Elida Beatriz Rodríguez Soriano, *La difusión de la pornografía, por medio del internet como causante de agresiones sexuales* (tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2014), 24-25.

sosteniendo relaciones sexuales; y de forma similar la difusión de la pornografía se amplió con la aparición del cine, que luego surgiría en la producción de películas pornográficas. Consiguientemente, también se comenzó a reproducir, comercializar y recopilar imágenes de contenido sexual en las que aparecían menores. No obstante, la definición de pornografía no se incorpora a los tratados, diccionarios y enciclopedias sino hasta mediados y finales del siglo XIX.³

Sin embargo no se sabe con certeza cuando se realizó el primer desnudo ni tampoco quien lo hizo, pero en 1845 se dan a conocer las primeras fotos de desnudo que nacieron por la exhibición de fotografías que contenían escenas eróticas, pues en tiempos prehistóricos se hacían las primeras fotos de desnudos y las primeras fotos de parejas en el momento del coito y se dibujaban o se hacían estatuillas con caracteres sexuales exagerados, con senos enormes, sin embargo, en aquella época, la intención de estas representaciones no era excitar sexualmente a quienes las veían, sino pedir a los dioses fertilidad y buenas cosechas.⁴ Es en este momento que podemos ya de manera clara evidenciar de que manera será utilizada la pornografía o con que fines según las fotografías que se hacían de una manera antigua y complicada, no importaba la misma sino que su fin y deseos de las personas que aparecían en esos documentos o las que podían verlos sin necesidad de ser ellos los autores, podían demostrar el rumbo que la misma ya tenía en el mundo moderno.

1.1.2. El delito de pornografía en España

El código penal de España de 1973 regulaba en su TITULO IX, CAPITULO II, los delitos de escándalo público, específicamente en el artículo 431, el cual

³ Ibid.12

⁴ Ibid.23

establecía de forma literal: *“431. El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en las penas de arresto mayor, multa de 5.000 a 25.000 pesetas e inhabilitación especial.*

“Si el ofendido fuere menor de veintiún años se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo”⁵

Posteriormente en el año 1988 se da lo que es una reforma al código penal español, derogando la figura del escándalo público regulado a partir del artículo 431. Con la reforma desaparece lo que es el escándalo público; el TÍTULO IX, CAPÍTULO II, regula: *“De los actos de provocación sexual”* quedando redactado el artículo 431 de la siguiente manera: *“431. El que ejecutare o hiciere ejecutar a otras acciones exhibicionistas ante menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de treinta mil a trescientas mil pesetas.*

Se impondrá la pena de multa de treinta mil a trescientas mil pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada.

En esta misma reforma se integra el artículo 432 donde de forma concreta se establece el Delito de Pornografía: *“432. El que por cualquier medio difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de dieciséis años*

⁵ Código penal de España (España: ministerio de justicia,1973), artículo 431.

*o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas”.*⁶

Vemos un claro avance en la legislación española, como antecedente del delito de pornografía, quienes integraron el tipo penal a partir de 1988 estableciendo de forma clara la conducta típica de delito.

1.1.3. El delito de pornografía en argentina

La ley 26.388 sustituye completamente el artículo 128 del código penal, contemplando varios tipos penales dentro suyo, individualizados en sus tres párrafos, comprendiendo varias acciones y abarcando diversos medios comisivos.

El código penal argentino establece la figura de la pornografía infantil en su artículo 128:

“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 participen dichos menores”.

“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”.

⁶ Código penal de España (España: congreso de los diputados, 1988), artículo 432.

“Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años”.⁷

1.1.4. El delito de pornografía en El Salvador

Evolución histórica del delito de pornografía en la legislación penal salvadoreña.

Así, el primer código penal en el Título VII de este cuerpo de ley se regulan los delitos contra las buenas costumbres en el que se establecía lo siguiente:

1.1.4.1 Código penal 1826

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 distribuir las, sufrirán un arresto de quince días a dos meses o una multa equivalente al valor de cinco a 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.

⁷ Pablo Gastón González, “Inconvenientes en la tipificación e investigación en el delito de pornografía infantil (artículo 128 del código penal argentino)” revista intercambios n.8 (2019):4-5. <https://revistas.unlp.edu.ar/intercambios/article/view/8060>.

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 qué consiste el delito, pero si solo se comprendiese en la calificación de obsceno una parte del libro o papel impreso se suprimirá esta, y quedará libre y corriente el resto de la obra, si por esta razón se recogiera estatua, relieve, pintura o estampa de mucho mérito artístico a juicio de las academias de bellas artes, se les entregará para que lo depositen en departamentos reservados.

Por lo que se denota a partir del artículo 534 antes mencionado que tipo de figura se considera obscena (pornografía), es decir que se entenderá aquella que sea de contenido lujurioso y deshonesto, en este estado de la vida no había prohibición alguna acerca de la utilización de menores o incapaces en estas se reprimía lo contrario a la moral.

1.1.4.2 Código penal de 1859

En el Título Nueve “Delitos contra la Honestidad”, libro I de este código en el Artículo 355 expresa: “serán arrestado con la pena de mayor arresto y represión pública, los que de cualquier modo ofendiere, 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.

1.1.4.3 Código Penal 1893

En su 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 y las buenas costumbres con hechos de grave escándalo y trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este código.

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.

Ya que el delito de pornografía en si, no se regulaba de manera expresa y se penaba como otro tipo de delito y con una sanción únicamente enfocada en las buenas costumbres o como hechos de grave escandalo, a lo cual no se podía hablar de pornografía de manera expresa y se hacia complicado poder definirlo de manera correcta.

1.1.4.4 Código Penal 1904

El Libro Segundo Título Nueve de los “delitos relativos contra la honestidad”; Capítulo 3, Delitos de Escándalo Público el Art. 393- expresa: “Incurrirán en multa de trescientos pesos los que de cualquier modo ofendiere 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, ofendan el pudor y las buenas costumbres, los que vendieren distribuyeren o exhibieren”.

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

En El Salvador desde el código de 1826 hasta el código de 1904 no se encuentra regulado el delito de pornografía como tal, de forma expresa, pero sí constituyen un antecedente para su desarrollo y posterior tipificación como delito, ya que dentro de estos tipos penales lo que se buscaba era el no confrontar a las personas con representaciones de carácter sexual de forma involuntaria, realizando una protección a las buenas costumbres y a la honestidad.

1.1.4.5 Código Penal 1973

En el Libro II, capítulo III regulaba la 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 ésta en términos generales, sin incluir la protección específica de los menores e incapaces.

1.1.4.6 Código Penal 1998

De esta forma el código penal vigente establece en el capítulo III el delito de pornografía dando una protección jurídica a los menores de edad y deficientes mentales.

Pornografía

Art. 172.- El que, por cualquier medio directo, inclusive a través de medios electrónicos, fabricare, transfiriere, difundiere, distribuyere, alquilar, vendiere, ofreciere, produjere, ejecutare, exhibiere o mostrare, películas, revistas, pasquines o cualquier otro material pornográfico entre menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

En la misma sanción incurrirá el que no advirtiere, de forma visible, sobre el contenido de las películas, revistas, pasquines o cualquier otro material, inclusive el que se pueda transmitir a través de medios electrónicos, cuando éste fuere inadecuado para menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales. trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este código.⁸

El código penal de 1998 que actualmente se encuentra vigente, es el que ha regulado de una manera más acertada el delito con respecto a sus antecesores, esto atendiendo a la descripción del tipo penal, donde se establece el material pornográfico, no limitándose a unas cuantas representaciones gráficas de pornografía , de la misma manera regula quien

⁸ Aguirre López Oscar Rene, Hesi Castillo Frits Alonso, “pornografía Infantil” (tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2009), 100-105.
<http://opac.fmoues.edu.sv/infolib/tesis/50107364.pdf>

es el sujeto pasivo (menores de dieciocho años y deficientes mentales).

1.2. Antecedentes históricos de los criterios de individualización de la pena

La pena y su manera de individualizarla en sus orígenes tenía un carácter retributivo, su aplicación tenía por objeto reparar el mal por el delito. En las épocas más remotas de la evolución humana la pena no nació como un daño infligido intencionalmente, sino como un acto de autodefensa instintivo. La penalidad es un fenómeno de carácter social, no se concibe la existencia de la pena fuera de la sociedad.⁹

Es errónea, pues, la difundida doctrina que ve el origen de la penalidad en un acto de venganza. Hasta en los períodos más remotos, accesibles a las investigaciones históricas, en cualquier pueblo, aún en los menos civilizados, encontramos la reacción social frente al hecho ilícito cometido por uno de los integrantes de la agrupación humana. La primitiva reacción contra el transgresor de las normas de convivencia social es eminentemente colectiva y tiene un marcado carácter religioso. Los pueblos prehistóricos no distinguían la violación del mandamiento de Dios, de la ley de los hombres. El delito era considerado como un atentado contra la divinidad. Cuando diversas tribus, unidas por lazos de sangre conviven sobre un mismo territorio, la pena sufre una evolución.

En los casos en que el delito es cometido dentro de la misma tribu por uno de sus miembros y se individualiza, la expulsión pierde su carácter sagrado

⁹ Argueta Roque Susana Marlene, Sabrián Centeno Marta Iris, “La pena de setenta y cinco años de prisión en el código penal salvadoreño” (tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2003), 1

para convertirse en privación de la paz o persecución. En cambio cuando el transgresor pertenece a otra tribu, el delito da lugar a la venganza de sangre, que es ejercida en forma colectiva para la totalidad de la tribu a que pertenece el delincuente, y que termina con el aniquilamiento de una de las tribus o por el agotamiento de ambas. Las acciones contra las cuales se dirige la reacción social aparecen siempre, mediata o inmediatamente, como violaciones a los intereses comunes de la sociedad; por eso la pena, es desde su origen, la reacción de la sociedad contra las acciones antisociales.

Posteriormente, al asentarse las tribus en un territorio fijo, la reacción social contra el violador de las normas de convivencia, que en un principio fue aniquiladora y sin medida alguna, se atempera conmutándose por la pena de muerte, las penas corporales mutilantes, el destierro y las penas pecuniarias.¹⁰

1.2.1 Época Romana

Sus orígenes se encuentran entre los años 753 antes de Cristo y el año 553 de la era Cristiana, en este derecho ejercieron mucha influencia los pater familias tenían derecho de castigar incluso con la pena de muerte, estas manifestaciones se conservan en el periodo de los reyes (753 años a.c. al 31 de la presente era). La pena tenía un fundamento sagrado, la ciudad presentaba una forma de organización semi - teocrática, en el sentido que el jefe del gobierno civil y militar era al mismo tiempo quien dirigía el culto y los sacerdotes eran funcionarios del Estado, el rey como sumo sacerdote tenía jurisdicción criminal plena.¹¹

¹⁰ Ibid 1-2

¹¹ Héctor Ernesto Cornejo Vásquez, Iris Nohemí Pozo Santos y Adalberto Ramos Guevara, "Inaplicación de penas mayores de treinta años de prisión en la zona oriental de el salvador

El derecho romano de los primeros tiempos admitía la lesión corporal como medio de obtener la retribución penal por causa de delito. La permitía en caso de mutilación de miembro y de hueso roto debiendo ejecutarla los parientes de la víctima y pasando, el primer supuesto, al derecho de las Doce Tablas.¹²

Como características generales del derecho penal romano, pueden observarse, entre otras, la especial significación que otorgaba al dolo (dolus), caracterizado mediante el animus como voluntad realizadora del tipo, excluido por el desconocimiento de cualquiera de sus características, que hace por demás dudoso que el dolus romano requiriese el conocimiento de la antijuridicidad. La omisión sólo se penaba en determinados casos y la tentativa era aún un concepto desconocido, no penándose en los delicta privata y penándose como delitos independientes los actos preparatorios y ejecutivos de delitos públicos.

Si bien se equiparaba la pena de todos los concurrentes, se distinguía entre autor, cómplice e instigador. Además de los casos de cumplimiento de órdenes y deberes, se conocieron las causas de justificación, tales como la legítima defensa, el estado de necesidad y en los delitos privados, el consentimiento.

Hasta entrado el imperio y sólo en ciertos casos, se abrió la posibilidad de una pena única, puesto que, a lo largo de casi toda la evolución, la concurrencia se manejó sólo a nivel procesal.

1999-2004” (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador,2004), 25, <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4238/1/50101339.pdf>

¹² Patricia Zambrano Morales, “Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales”, Revista de estudios historico-juridicos XXVII, n.27 (2005): 198, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552005000100010

En cuanto a la cuantificación de la pena, esta no llegó a ser en Roma materia de una consideración racional y especialmente bajo el imperio fue objeto de un manejo arbitrario por parte de los magistrados, a lo que contribuía la difusión de la "gracia" imperial, que había sido instituto poco frecuente en la república.

El derecho penal romano, en general, evidenció una actitud legislativa que es denunciada con buen criterio también en lo que a nuestras leyes contemporáneas respecta: a medida que aumentaba su represividad y autoritarismo, tendía a "normalizar y generalizar lo que se estimaba excepcional y especial".¹³

1.2.2 Edad Media

Fue con la caída del Imperio Romano que se dio inicio a una nueva época ubicada entre los siglos V y XV, donde se destacan desarrollos como los siguientes:

1.2.3 Época Prehispánica

Posteriormente, las sociedades Precolombinas aplicaban las penas consistentes en el palo, tormentos a la muerte, siendo el gran sacerdote quien las imponía, ordenaba la ejecución y se cumplían, básicamente era el juez quien imponía la pena correspondiente.

Entre los Aztecas podemos mencionar las leyes que se caracterizaban por su estricta severidad, así como: la lapidación, el descuartizamiento, la horca y la muerte a palos o a garrotazos y aunque no existían las cárceles ya era

¹³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal parte general*, tomo I (Argentina: EDIAR, 1998), 340.

realidad la pérdida de la libertad. Entre algunos tipos de Penas de Muerte podemos mencionar:

La Lapidación: La ejecución por lapidación solía llevarse a cabo estando el reo enterrado hasta el cuello o atado de algún modo. La muerte era causada por lesiones en el cerebro, asfixia o una combinación de lesiones, que ocasionaba una muerte lenta.

El Descuartizamiento: Ejecución que básicamente se utilizaba en el Imperio Romano, en las arenas de espectáculo público donde el condenado era atado de pies y manos y tirado por cuatro caballos, causando la muerte de forma instantánea.

La Horca: El preso es colgado de una cuerda atada alrededor del cuello y moría debido a la fuerza que, por la gravedad, ejerce el peso del cuerpo. Mientras que los Mayas, al traidor a la patria se le castigaba con la pena de muerte.

En el siglo XX la pena de muerte se aplicó a discreción en las sociedades americanas ejerciendo el poder en forma discriminada por dictadores al servicio de las oligarquías nacionales creando oportunidades para justificar y consolidar pretensiones imperialistas, trayendo éste tipo de acciones como consecuencia confusión entre los criterios humanistas radicales desconociendo su utilidad y justificación.

1.2.4 Época Hispánica

El desarrollo del derecho penal hispánico viene desde el siglo XV hasta la época de la independencia; se puede decir que luego de la época primitiva sucedió en la historia española el período Visigótico en el que emergieron los

primeros intentos codificadores, concretados en el código de Eurico, donde se realizaron una serie de codificaciones de numerosas disposiciones penales, una de ellas fue la severidad de las penas imponibles, el reconocimiento de la legítima defensa, la desigualdad de las clases.

Luego se dio la reconquista, distinguiéndose por la invasión árabe durante ocho siglos, con la desaparición de la monarquía visigoda se generó una gran confusión Legislativa, renaciendo así las penas de la época primitiva como las ejecuciones a través del despeñamiento y lapidación, el lanzamiento desde un puente, la asfixia bajo el agua, la mutilación y otra serie de penas inhumanas, además surgen las instituciones como la pérdida de la paz, la venganza de la sangre.

Se crea una legislación confusa y contradictoria pues mientras que unas imponían como sanción una multa por un asesinato, otras le castigaban con la pena capital, esta situación tuvo una duración hasta el siglo XIII cuando el rey Alfonso X, trato de unificar las leyes mediante el fuero real en 1255, una de las consagraciones mas destacadas de las nuevas codificaciones fueron el definir el delito clasificándolo de hecho, de palabra, por escritura, etc., además definió la pena y consagró como postulado su individualización, establecieron penas como la de muerte, trabajos en minas.¹⁴

1.2.5 El Derecho Germánico

En este imperaba la venganza de la sangre, como una extensión de venganza a toda la familia del infractor, también la pérdida de la paz que consistía en que se abandonaba al infractor a las disposiciones del ofendido, asimismo operaba en este derecho el pago, por el que se satisfacía el daño y

¹⁴ *Ibíd.*, 29.

además se establecía a esta pena un exceso de carácter retributivo, el precio de la paz consiste en pagar la multa y a consecuencia se recobraba la protección del estado. En este período importaba el daño causado no la situación subjetiva del causante.

El creciente poder eclesiástico instaló a lo largo de la edad Media un Derecho Penal de La Iglesia Católica, se trataba más que todo de un derecho parcialmente subjetivista, dando cabida al elemento subjetivo del delito, a la intención del criminal, al ánimo, etc. No obstante, se encuentran claros vestigios de responsabilidad objetiva como la extensión de la pena a terceros inocentes.

Este derecho introdujo una clasificación de los delitos en tres categorías: los atentatorios contra el derecho divino, las lesiones de orden humana y los denominados delicta mixta, en esta época se destaca una concepción de la pena que no fue en nada uniforme pues mientras unos les atribuían carácter retributivo otros se inclinaban como Santo Tomas de Aquino por la venganza, la intimidación y la enmienda llamada hacer realidad la justicia conmutativa, entregando lo igual por lo igual, es así como se hablaba de tres clases de penas: Las provenientes del mismo delincuente, las de los hombres y las de Dios.

La primera de ellas se refiere a la pena que surge de la conciencia del individuo con base al arrepentimiento que se da por el delito cometido; la segunda proviene del mismo sistema penal elaborada por los hombres cuya trasgresión tiene como consecuencia la imposición de una pena, cuya gradualidad dependía de la gravedad del delito realizado; por último se encuentran las penas impuestas por Dios, las cuales consistían en castigos que se imponía a la persona por realizar actos contrarios a los cánones de la

Iglesia; en esta época se establece la llamada Tregua de Dios con el fin de contrarrestar el poder vengador del ofendido, así se crearon asilos o refugios.¹⁵

1.2.6. La individualización de la pena en la escuela clásica del derecho penal

La escuela clásica del derecho penal hizo un aporte y es que prácticamente anuló la discrecionalidad que se le confería al juez, quien en tal caso debía verificar que se cumplieran los extremos previstos por el legislador para la aplicación de una pena cuidadosamente determinada de antemano con base a una operación puramente lógica. Esta pena se determinaba con un criterio estrictamente matemático de acuerdo a las circunstancias atenuantes y agravantes fijadas en el texto de la ley. En esta forma, la escuela clásica trató de colocar una valla infranqueable contra la arbitrariedad judicial imperante en el momento histórico en que surgió en cuanto a la imposición de las penas que se graduaban en forma desigual y a capricho del juzgador. Contra estos abusos, la estricta legalidad de los delitos y de las penas resultó el más firme baluarte levantado en defensa de los derechos individuales y del principio de la igualdad de todos los hombres ante la ley.¹⁶

Para el más caracterizado representante de la Escuela Clásica, Francisco Carrara, la pena es “el mal que la autoridad pública inflige a un culpable por causa de su delito”, de donde se desprende la reacción del Estado hacia el causante del acto delictivo, por el mal que ha causado.

¹⁵ Cornejo Vásquez, *Inaplicación de penas mayores de treinta años de prisión en la zona oriental de el salvador 1999-2004*, 26-29.

¹⁶ José Manuel López Valero, “Nuevos paradigmas del juez de ejecución penal en México” (tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014), 99.

Esta era la posición de la escuela clásica, la cual se reveló contra la arbitrariedad de la aplicación de la pena, proclamando la igualdad ante la ley. Sus seguidores se mostraron partidarios de que se fijaran de una manera rígida, sin dar oportunidad al juez de acomodarla al delincuente según sus características penales, restringiendo la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales y por otra parte los legisladores se dedicaron a buscar los hechos que se consideraban delictivos, para establecer la pena aplicable a cada caso en particular, cabe decir que la pena se encontraba de manera taxativa y proporcionada para cada uno de los delitos.¹⁷

Podemos determinar de esta manera que la concepción principal de esta escuela es considerar el delito como ente jurídico y la pena como un sufrimiento necesario para aquel que ha violado la ley penal. Se caracteriza por la falta de individualización.

Si ante un mismo hecho, todos los hombres tienen la misma responsabilidad surgida de su libre albedrío, entonces ¿para que entrar a considerar al agente, para qué tomar en cuenta las individualidades?. De ahí la fórmula matemática: a responsabilidad igual, pena igual.¹⁸

1.2.7. La individualización de la pena en la escuela Neoclásica del derecho penal

¹⁷ José Orlando Hernández Bustamante, "Consideraciones sobre la individualización de la pena en las legislaciones Costarricense y Salvadoreña" (Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 1979),

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/43800606315d8120062574b0007328bf?OpenDocument>

¹⁸ José Aresio Nolasco Chavarría, "La Individualización De La Pena". (Tesis para optar al grado de Doctorado, Universidad de El Salvador, 1998)

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/92f1ae0d2b83640306256b3e00747b28?OpenDocument&Click=>

Al sistema clásico nuevo se le ha denominado neoclásico; constituye un desarrollo de la antigua escuela clásica de una manera cambiante, es decir, haciendo a un lado las presunciones en las cuales se basaba: que todo hombre al realizar un acto, había sido necesariamente libre y que esa libertad era para cada hombre, ante un mismo acto, un valor de igual o entidad.

Los resultados de la responsabilidad verdadera, concreta, apreciada individualmente en cada caso particular, constituyeron un primer ensayo de individualización de la pena basada sobre la responsabilidad. Fundamentada la responsabilidad en la idea de libertad, la justicia demandaba que la pena fuera proporcionada al grado de libertad y exigía que se excluyera en forma total la pena de donde había carencia de libertad neoclásica.

Existen dos innovaciones de la Escuela Neoclásica incorporadas al ámbito penal:

a) Partiendo de la presunción de que en todo hombre normal, sano de espíritu, la responsabilidad era la regla respecto de todo acto de él emanado la ley admitía una excepción a esa regla. Esta era un estado de enajenación mental.

b) La consagración de la idea de individualización basada en el grado de responsabilidad.¹⁹

Siguiendo como base La doctrina neoclásica podemos concluir que ha sido objeto de muchas controversias y críticas debido a que se pueden encontrar dos errores fundamentales: Una imposibilidad práctica de probar el grado de

¹⁹ Ibíd.

libertad con que ha actuado el agente al momento de delinquir y no apreciar, que aún fuera de la enajenación propiamente dicha existen estados patológicos y psicológicos permanentes que es necesario tomar en cuenta juntamente con las circunstancias accidentales del momento, a efecto de rebajar la pena.

A esto se le llama circunstancias atenuantes accidentales y atenuantes legales de la pena; por otra parte, se fundamenta en un error científico ya que la responsabilidad es ante todo una concepción sociológica. No hay que hacer de ella una noción abstracta y a priori, una concepción en nada apegada a la realidad. Es por eso que el jurado no toma en cuenta las abstracciones legales, juzga al hombre que tiene ante sí, con todos sus efectos y pasiones. Los jurados forman su convicción, no según la mayor o menor libertad en el delito, sino sobre el carácter de los motivos y sentimientos que han inspirado, dominado y caracterizado el delito. El jurado representa la opinión media del conglomerado y toda aplicación legal o judicial de la idea de responsabilidad que fuese contra esa opinión, constituiría un error científico. Sería ir contra todos los datos del método histórico.²⁰

1.2.8. La individualización de la pena en la escuela positiva del derecho penal

Nace esta escuela como reacción directa contra la tesis del libre albedrío, el cual se destaca por la capacidad o poder de un individuo para elegir una forma de accionar o tomar decisiones sin estar sujeto a algunas limitaciones siendo libre de “hacer lo que se quiera”, siendo de esta manera en la escuela

²⁰ Ibíd.

positiva lo entenderemos en sentido al modo clásico, que hacía del delito una cuestión de libertad. El delito es solamente un síntoma del instinto criminal del individuo como revelación de su naturaleza, no hay, entonces hechos punibles sino individuos a quienes, debido a su temibilidad, hay que poner fuera de la ocasión de hacer daños. En vez de una clasificación de delitos hay que hacer una clasificación de delincuentes. Tal es el razonamiento implacable de la Escuela Positiva.

De ahí que la nueva individualización propuesta por esta escuela se base en separar a los delincuentes en dos grupos: 1) los que son susceptibles de enmienda, y 2) los que no lo son, es decir, los incorregibles. A estos últimos conviene suprimirlos o eliminarlos, pero no en el sentido físico de la palabra sino poniéndolos fuera de la situación de perjudicar. Con respecto a los primeros conviene estudiar su individualidad, su carácter, con el objeto de aplicarles la medida correctiva que más se adapte a su personalidad.

En base a los postulados de la Escuela Positivista, la individualización de la pena se conceptuaría como la adaptación de la pena a la naturaleza psicológica del delincuente.²¹

Se puede ver que a lo largo del tiempo se han ido desarrollando mecanismos para evitar la subjetividad y discrecionalidad al momento de imponer las penas, no se encuentra de forma concreta el nacimiento de criterios de individualización de las penas como tal, sino diferentes acciones para evitar que el juzgador se exceda teniendo la facultad discrecional de individualizar la pena, también ha habido modificaciones en el sistema penal, siendo este más garante para la persona a quien se condenara, claro está que a la fecha ya se habla un poco más de forma concreta sobre lo que son los criterios de

²¹ Ibíd.

individualización atendiendo a la legalidad, sujeto, acción y otras condiciones relevantes al imponer la sanción.

CAPÍTULO II

DELITO DE PORNOGRAFÍA Y LOS CRITERIOS DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA: CONCEPTOS, CARACTERÍSTICAS Y SU REGULACIÓN

El propósito de este capítulo es conocer en que consiste el delito de pornografía y los criterios de individualización de la pena, estableciendo definiciones, elementos y características de cada uno de ellos, haciendo énfasis en la descripción legal del tipo penal que regula el Código Penal.

2.1. Etimología de la palabra pornografía

Pornografía viene del griego pornographos, lo que se escribe sobre las prostitutas. Según Pavón Vasconcelos, modernamente se habla de “Pornografía en relación a todo lo obsceno ya sea a través de la literatura, de los dibujos o pinturas, de las imágenes fotográficas o proyecciones cinematográficas, o bien, de objetos, etc.”. De esa índole. La Pornografía, como expresión común de lo sexual, porque tiende a vulgarizar a tal grado que constituye una verdadera ofensa o ultraje a la persona, es manifestación soez de inmaduros y degenerados.²²

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

²² Eduardo López Betancourt, *Delitos en particular* (México: Editorial Porrúa, 2005), 136.

o educativo.²³ Siendo pues que su fin únicamente mantenga un carácter sexual y que si ese carácter desaparece pues no sería pornografía, pero es aquí donde parte la discusión de cuando un material se convierte en pornográfico y cuando no.

En este mismo sentido, Polaino Orts quien, refiriéndose a lo pornográfico, afirma que sólo entra en ese calificativo lo que produzca algún daño en el desarrollo de la psiquis de las personas inmaduras.

David Copp define la pornografía en representaciones obscenas de órganos y de comportamientos sexuales. El carácter de obsceno viene dado, según Copp, porque el material pornográfico viola los cánones o pautas del decoro o de la conveniencia que rigen las descripciones o representaciones sexuales.²⁴ Y hay que recalcar el carácter obsceno ya que no es lo mismo ver un dibujo de una mujer mostrando los senos que el poder ver un dibujo médico donde se muestran los mismos en un consultorio médico, en el cual tienen acceso los menores de edad y deficientes mentales, entonces hacemos énfasis en lo que es correcto y lo que no, ya que en el consultorio es para fines médicos y representativos de enfermedades y partes del cuerpo pero es el carácter obsceno el que le da esa característica peculiar de incorrecto frente a lo que la sociedad pueda o no aceptar y es aquí donde parte el criterio del juzgador al momento de individualizar el delito y aplicar el criterio correspondiente.

2.2. El delito de pornografía

²³ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la integridad sexual* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni editores, 2001), 176.

²⁴ David Copp, *Pornography and Censorship: An Introductory Essay*, (United States of America: Prometheus Books, New York, 1983) 17.

En el delito de pornografía como tal, se busca como bien jurídico protegido la indemnidad sexual de los menores de dieciocho años y de los deficientes mentales; lo cual es abordado por Donna en lo referente a los delitos contra la integridad sexual: “En cuanto a los menores de 13 años, o personas privadas de sentido o abusando de un trastorno mental, el bien jurídico es la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona. En este punto hay interés del derecho en evitar que terceras personas, ajenas a la vida del menor, tengan injerencia en su personalidad a través de su sexualidad”.²⁵

En el código penal salvadoreño dispone en el artículo 172 de forma literal:

Art. 172.- el que por cualquier medio directo, inclusive a través de medios electrónicos, fabricare, transfiriere, difundiere, distribuyere, alquilar, vendiere, ofreciere, produjere, ejecutare, exhibiere o mostrare, películas, revistas, pasquines o cualquier otro material pornográfico entre menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

En la misma sanción incurrirá el que no advirtiere, de forma visible, sobre el contenido de las películas, revistas, pasquines o cualquier otro material, inclusive el que se pueda transmitir a través de medios electrónicos, cuando éste fuere inadecuado para menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales.²⁶

2.2.1. Concepto de Material pornográfico

Madrigal Martínez Pereda define el concepto de material pornográfico en general como la “representación gráfica de carácter obsceno que se dirige a

²⁵ Donna, *Delitos contra la integridad sexual*, 14.

²⁶ Código penal de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998).

la excitación del impulso sexual, comprendiendo todas las formas de manifestación de la comunicación”.²⁷

Sobre el concepto de material pornográfico la doctrina indica que el empleo del sustantivo “material” antepuesto a pornográfico, puede distorsionar el propio concepto de pornografía, al permitir la inclusión de toda clase de objetos preservativos de fantasía, consoladores, muñecas inflables, etc. Que van más allá de la mera representación gráfica, escrita o videografía de actos encaminados a excitar o satisfacer instintos libidinosos y que deberían quedar fuera de la incriminación.²⁸

2.2.2 Elementos del delito de pornografía.

Los elementos del tipo son aquellos factores, estados, referencias y modalidades que rodean al tipo penal, y que forman parte de la descripción legal.

2.2.2.1 Elemento Objetivo

Elementos objetivos son aquellos elementos que pueden ser percibidos, los cuales sirven de base para la descripción de la conducta establecida en el tipo penal. Para el delito de pornografía se establecen los siguientes elementos:

a) Sujeto activo: El sujeto activo es cualquier persona común que ejecute la conducta típica. Por lo tanto, el sujeto activo de este delito es quien fabricare, transfiriere, difundiere, distribuyere, alquilar, vendiere, ofreciere, produjere,

²⁷ Madrigal Martínez Pereda, *Los delitos contra la libertad sexual*, (En Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 15, 1996) 123.

²⁸ Jorge E. Buompadre, *Derecho penal parte especial* (Argentina: mave,2000), 433.

ejecutare, exhibiere o mostrare el material pornográfico. Esta multiplicidad de conductas conlleva a que tanto los sujetos que participan directamente en la escena sexual incorporada al material, como los productores y los distribuidores sean considerados sujetos activos. De igual forma, es indiferente para el tipo penal si los sujetos obran con ánimo de lucro o conforme a su tendencia sexual.

Por lo tanto, no son relevantes la motivación y sobre todo los defectos de la personalidad sexual del sujeto activo.

Existen ciertos tipos penales que requieren cierta calidad en la persona que despliega la conducta descrita en el tipo penal, como ser funcionario público; en el delito de pornografía el tipo no describe una calidad específica en el sujeto activo, es decir, la conducta puede ser realizada por cualquier persona. Podemos notar que tampoco es motivo de agravante tener cierta calidad como ser familiar de la víctima lo cual hasta cierto punto tendría más reproche.²⁹

b) Sujeto pasivo: en el delito de pornografía se establece quienes son los sujetos pasivos, los menores de dieciocho años de edad y los deficientes mentales.

Cabe destacar que dentro del código procesal penal de 1998 se incorpora por primera vez la víctima, es importante ya que a nivel doctrinario es considerado un sujeto procesal; dicha disposición establece de manera literal:

²⁹ Hazel Jazmín Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Carlos Fuertes Iglesias, *Delitos relacionados con la pornografía de personas menores de 18 años. Especial referencia a las tecnologías de la información y la comunicación como medio comisivo*, (El Salvador: Universidad Tecnológica de El Salvador, 1ª Edición, 2014)

VÍCTIMA

Art. 105.- Se considerará víctima: 1) Al directamente ofendido por el delito. 2) Al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o padre adoptivo y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido. 3) A los socios, respecto a los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada. 4) A las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses.

c) Referencia de los medios de comisión: el delito de pornografía establece dos medios para su comisión, a través de medio directo, lo cual se refiere a que el sujeto realiza de forma personal la conducta descrita por el verbo rector; a diferencia del medio electrónico, en el cual nos encontramos que la conducta no se realiza necesariamente de forma personal, sino que media lo que es la tecnológica como una computadora, un teléfono celular u otro dispositivo que contenga el material pornográfico para hacerlo llegar a la víctima.

d) Bien jurídico protegido: el bien jurídico puede entenderse como todas aquellas condiciones necesarias para la convivencia, merecedoras de protección penal, el tipo penal de pornografía protege la indemnidad sexual de los menores y deficientes mentales, esto en razón de que estas personas no cuentan con la madurez necesaria para comprender lo que es la sexualidad, por tanto no debe involucrarlos bajo contextos sexuales, lo cual afectaría su desarrollo teniendo un concepto erróneo de lo que es el sexo

2.2.2.2 Elemento subjetivo

El elemento clave para la relevancia penal de las conductas en los delitos sexuales es el tipo subjetivo. En los delitos de naturaleza sexual, el tipo subjetivo se compone de dos elementos diferenciables. Por un lado, tratándose inequívocamente de delitos de acción dolosos, se exige la presencia de dolo, entendiéndose este como “la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo”. Por otro lado, aunque en las conductas de tráfico pueda concurrir un ánimo de lucro en el autor, este no viene exigido por el tipo, siendo igualmente punibles las conductas de tráfico a título gratuito. Sin embargo y ante tal dispersión de conductas, cabe plantearse si se requiere un ánimo específico de contenido sexual.

El elemento subjetivo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se constituye, ante conductas inequívocamente sexuales, no dudosas de ataque contra estos bienes, de un elemento consistente en una tendencia involucradora de carácter sexual.³⁰

En el delito de pornografía genéricamente la conducta realizada por el sujeto activo tiene un carácter doloso, es decir se actúa con conocimiento y voluntad de realizar la conducta entre personas menores de dieciocho años o deficientes mentales, mayormente es de carácter directo.

La protección de menores es también protección de la libertad individual. Así se dirá que en los preceptos de protección de la juventud se atiende, de modo inmediato, a la protección del individuo que, por ser inmaduro, todavía no puede decidir por sí mismo, intentándose, no lograr su desarrollo de

³⁰ Hazel Jazmín Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Carlos Fuertes Iglesias, *Delitos relacionados con la pornografía de personas menores de 18 años. Especial referencia a las tecnologías de la información y la comunicación como medio comisivo*, (El Salvador: Universidad Tecnológica de El Salvador, 1ª Edición, 2014)

acuerdo a las valoraciones éticas o necesidades sociales, sino garantizar un área de protección de modo que el acuíñamiento de las ideas sobre la conducta sexual del joven quede reservado a él mismo una vez conseguida la madurez.

El delito es doloso, aunque según los autores no se requiere el dolo directo. Sin embargo, el claro contenido obsceno del objeto, es decir el material pornográfico; hace que al existir un elemento subjetivo del injusto el dolo deba ser directo. Lo que se castiga no es sólo publicar, distribuir, sino que debe haber una intención de hacerlo, sabiendo que esos objetos lo son, y con ese fin, debe tenerse conocimiento del material pornográfico, así mismo debe concurrir lo que es la voluntad de facilitarlo a los menores de edad o deficientes mentales según establece cada verbo rector para el tipo penal.³¹

Aquí se hace énfasis en lo que a menores de Edad se refiere, ya que en nuestra legislación los menores de edad se define como las personas menores de dieciocho años, a diferencia de otros países en los que se puede ser menores de edad incluso con veinte años. Así que tomando ese parámetro, cuando el legislador y los autores se refieren a menores de edad y también en nuestra investigación los definimos como menores de dieciocho años.

2.2.3 Objeto del delito de pornografía

El objeto material del delito es cualquier elemento (películas, fotografías, grabación de audio, etc.) cuyo contenido sea pornográfico. Las imágenes o voz pueden estar registradas en medios físicos (revista, libro, hoja volante,

³¹ *Ibíd.*, 182.

catálogo, cartel, afiche, etc.), medios magnéticos (cintas de video o de audio, etc.) o medios electrónicos (disco duro, disco flexible, disco compacto, DVD, unidades de memoria ZIP, USB, Flash, teléfonos celulares, cámaras digitales, mini cámaras, iPod, PSP, entre otros). No importa si el contenido pornográfico muestra a adultos, a menores de edad o deficientes mentales. Dada la incidencia de la comisión del delito a través de espacios virtuales (Internet) que, cada vez más van destinados al público infantil y juvenil.

Es complejo establecer un límite exacto que indique qué es lo pornográfico y qué no lo es, posiblemente porque las imágenes representadas y visualizadas en la pornografía, como en las prácticas sexuales diversas de los sujetos, toda comprensión lógica puede derrumbarse en cuanto a gustos y preferencias sexuales y el modo en que se las manifiesta; se considera que no existe un sólo punto de vista de orden social, cultural, político, mucho menos individual o exclusivo de un conjunto determinado de sujetos respecto del punto de vista desde donde se entiende como pornográfico a determinada representación.

Existen diferentes percepciones, puntos de vista, y modos de visualizar los distintos aspectos de la realidad que deben ser tomados en cuenta o posibles parámetros para la significación de lo que se cree pornográfico. En tal sentido, es necesario tomar en consideración los contextos de orden espaciotemporal de las imágenes asumidas como pornográficas. Las imágenes constituyen discursos donde operan una serie de procesos de producción, realización, distribución, circulación y consumo con objetivos determinados dentro de un entorno comunicativo. En la actualidad, a consecuencia de la mediación tecnológica, informativa y comunicacional somos parte de una cultura, la información es mas fácil de obtener y se pueda decir cuáles son imágenes pornográficas y cuáles no.

En términos generales, la pornografía al encontrarse fuera de los límites de lo que la sociedad asume como permitido, será marginada, asociada a lo irregular, ilícito, ilegal, prohibido, censurado, corruptible anormal, excesivo, grotesco y redundante. En tanto representación, la pornografía necesita para su existencia que en ella confluyan la prohibición, el tabú, la transgresión, lo obscuro y aquello que no se encuentra visible para todos. De lo señalado, en las representaciones y formas de visualidad en Internet para el caso las asumidas como pornografía, están presentes elementos de fondo como los referidos que van más allá del ámbito de las de orden sexual, por ello para entender a la pornografía hay que salir de ésta, ampliar la mirada al contexto y condiciones donde tiene lugar el fenómeno³²

2.2.4 El verbo rector en el tipo penal de pornografía

Los Verbos rectores los podemos clasificar de la siguiente manera.

Por acción

Fabricar, Transferir, Difundir, Distribuir, Alquilar, Vender, Ofrecer, Producir, Ejecutar, Exhibir o mostrar. Películas, revistas, pasquines o cualquier material pornográfico a menores de edad o deficientes mentales.

Cada acción debemos tomarla en su sentido común:

- Fabricar es sinónimo de producir, elaborar el objeto. Se aplica a quien toma, elabora, confecciona las imágenes que luego van a constituir el material pornográfico a través de papel impreso o video gráfico. Desde este

³² Evelin Marlene Galdámez Guevara, Evelyn Lisbeth Henríquez, Elida Beatriz Rodríguez Soriano, "La difusión de la pornografía, por medio del internet como causante de agresiones sexuales" (tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2014), 39-42.

punto de vista, la producción ha de relacionarse con la actividad fabril de plasmación y procesado a soporte gráfico.

- Transferir se refiere a pasar o llevar algo de un lugar a otro.
- Difundir es dar mayor alcance a algo, propagar o divulgar públicamente.
- Distribuir es repartir entre varios consumidores. Es entregar a los adquirentes o destinatarios, conociendo el contenido de lo que se distribuye.
- Alquilar es dar en arrendamiento algo para que sea usado por otro por cierto tiempo y a cambio del pago de determinada cantidad de dinero.
- Vender es dar algo, de manera permanente, a cambio de un precio. El elemento precio es lo que diferenciará esta conducta de otras como la difusión o ejecución.
- Por producir debe entenderse elaborar o fabricar (se refiere a fotografías, películas, etc.)³³
- Ofrecer es presentar algo para que otro lo use o consuma.
- Ejecutar es poner por obra algo.
- Exhibir es mostrar, enseñar.

Por omisión pura o propia

No advirtiendo, de forma visible, que el contenido de la revista, película, pasquín u otro material es “inadecuado” para menores de 18 años o deficientes mentales. Que el contenido sea “inadecuado” se refiere a que contenga escenas o imágenes pornográficas.³⁴

³³ Donna, *Derecho penal parte especial*, 174.

³⁴ “Guía de actuación (manual de procedimientos) Fiscal para la investigación de delitos de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes y delitos contra la libertad sexual relacionados”, 110-111 https://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes2/Guia_ActuacionFiscal_ExploSex.pdf.

Siendo así entonces En sus modalidades activas (fabricare, transfiriere, difundiere, distribuyere, alquilar, vendiere, ofreciere, produjere, ejecutare, exhibiere o mostrare), se trata de un delito de mera actividad, admitiéndose formas tentadas de comisión. Sin embargo, en la modalidad omisiva (no advertir de forma visible el contenido) constituye un delito de mera actividad.

2.3. Criterios de individualización de la pena

La individualización de la pena es realizada por el juzgador y esta actividad la realiza en la sentencia condenatoria en relación a un caso concreto y un delincuente determinado. El juez desarrolla una tarea trascendental con respecto a la individualización de la pena, puesto que la decisión del juez es la que declara cual es la pena justa y equitativa que le corresponde a cada delincuente en particular en los casos determinados sometidos a su conocimiento.

Las posibilidades de realizar una acertada individualización judicial están en relación directa con la amplitud del margen de discrecionalidad que el legislador les deje a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley penal a los casos concretos. Cuanto más amplio sea ese margen, mayores también serán las posibilidades de que el juez pueda adecuar correctamente la pena a las particularidades del caso y a la personalidad de los sujetos que deba juzgar.

En nuestro código penal existe lo que podemos establecer como una manifestación de los criterios de individualización de la pena, el artículo 63 establece de manera literal:

DETERMINACIÓN DE LA PENA

Art. 63.- La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta:

- 1) La extensión del daño y del peligro efectivo provocados;
- 2) La calidad de los motivos que la impulsaron el hecho;
- 3) La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho;
- 4) Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor;
- 5) Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales.

2.3.1. Definición doctrinaria

Según el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales de Manuel Ossorio, indica: que es la “personalidad de la pena”. Al respecto no se deben confundir los términos de individualización con el de personalidad de la pena ya que estos son diferentes. Por lo que la personalidad es una característica que se le asigna a la pena en la que solamente el autor del delito debe ser condenado y en ningún momento a terceros; y la individualización es un procedimiento de aplicación que no destruye el concepto de personalidad³⁵

Es el acto por el cual el juez pondera la infracción de la norma y la transforma en una medida de pena determinada.

Así mismo, se establece que el acto de individualización judicial de la pena ha sido calificado como un acto de “discrecionalidad jurídicamente vinculada” lo cual implica que el juez no puede individualizar la pena de modo arbitrario

³⁵ OSSORIO, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, p. 572.

sino tomando como referencia en primer lugar las declaraciones expresas de la ley y, en segundo lugar los fines de la pena.³⁶

Por lo que la Individualización judicial de la pena puede ser definida en estricto sentido y en sentido amplio: En sentido estricto es la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo, decisión en la que el primer paso lógico es la elección entre la pena privativa de libertad y la pena de multa y en sentido amplio pertenecen a su vez la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena, y otros sustitutivos penales.

El concepto factor individualizador de la pena, tiene tres significados como factor final, real, y lógico.

2.3.2 Fases de individualización de la pena

A nivel doctrinario podemos identificar que existen fases en la individualización de la pena, ya que esta actividad no es precisa del momento de su imposición, dichas fases son: fase legal, judicial y penitenciaria.

Fase legal: Es en el momento de la creación de la ley, cuando el legislador, al mismo tiempo que define las conductas reprochadas plasmándolas en tipos, deja establecidas las sanciones.

Estas, en algunos sistemas quedarán fijas, y en otros ordenamientos estarán conminadas entre un máximo y un mínimo; aunque en todos los casos se trata de normas abstractas, es decir, que no se tienen en cuenta las peculiaridades y circunstancias que serán propias de cada caso.

³⁶ Eduardo Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena* (España: Editorial B de F, 1999), 34.

Tanto la elección de las conductas que se elevan a la categoría de delitos, como la pena misma, obedecen a particulares criterios de política criminal propio de cada contexto.

El legislador, al determinar la clase de pena, no puede hacer obra de individualización penal, pero puede favorecerla o hacerla posible tomando en cuenta la culpabilidad del delincuente, la concurrencia de ciertos móviles que pueden revelar su personalidad (por ejemplo, el ánimo de lucro) y estableciendo, al menos para ciertos delitos, varias clases de pena, de modo que su imposición quede al arbitrio del juzgador que, al escoger la pena aplicable, podrá tener presentes las condiciones personales del penado realizando así una labor individualizadora. La determinación de la cuantía o de la duración de la pena puede favorecer el legislador fijando amplios espacios entre un máximo y un mínimo, con el fin de que los juzgadores tengan suficiente holgura para adaptarla a las condiciones personales del delincuente.³⁷

En este caso en nuestro país por mandato constitucional, corresponde a la Asamblea Legislativa la creación de normas, es el órgano competente para la creación de tipos penales y la respectiva sanción para quien realice la conducta descrita en el tipo. Para el delito de pornografía se ha establecido dentro del código penal un mínimo de tres años y un máximo de cinco a quien realice la conducta descrita por cada uno de los verbos rectores del tipo penal, estamos frente a un primer momento en la individualización.

³⁷ Carmelo Madrigal García y Juan Luis Rodríguez Ponz, *Derecho penal parte general judicatura* (Madrid: Editorial Carperi,2004), 299

Fase judicial: El verdadero momento de la individualización penal es éste, el de la individualización judicial, la realizada por los juzgadores, que determinarán, si la ley lo permite, la clase de pena y, en todo caso, su duración. Para el cumplimiento de esta misión deberían poseer una especial preparación profesional, no sólo jurídica, como en la actualidad, sino también psicológica y sociológica, que les permita conocer la personalidad de los delincuentes. Con el fin de favorecer la individualización penal habría de recibir toda clase de informes, debidamente controlados, relativos a la vida y antecedentes de aquéllos, y si fuera preciso, cuando así lo estimaran, podrían recurrir a la ayuda de especialistas.

La fase judicial constituye la etapa más importante dentro del proceso de individualización de la pena, esta atribución es propia del juez de sentencia, ya que es a él a quien corresponde individualizar la pena, claro está que el juez debe valorar aplicando la sana crítica, haciendo uso de los criterios de individualización de la pena para poder determinar la sanción, teniendo un amplio conocimiento sobre las condiciones bajo las que se ha cometido el injusto penal, así como la personalidad del sujeto y demás circunstancias que lo llevaron a realización de la conducta típica de delito.

Fase penitenciaria: Otro momento de la individualización penal es cuando la pena impuesta se lleva a ejecución por la Administración penitenciaria a través de los funcionarios encargados de la ejecución de las penas de privación de libertad, únicas idóneas para la actuación individualizadora. Se estudiaría y observaría al delincuente durante su reclusión, examinando los efectos del régimen empleado, determinándose, si fuere preciso, con el concurso de otros especialistas, la llegada del momento de liberación del penado por su efectiva reforma.

El trámite judicial está a cargo de un juez de vigilancia penitenciaria, quien tendrá a su cargo el control, autorizaciones y toda resolución que sea de su competencia, desde el día en que el condenado ingrese al centro penitenciario, hasta su egreso definitivo. Tanto para el caso de la ejecución de pena privativa de libertad, como para los de prisión preventiva.

Para toda resolución judicial en esta etapa, el juez deberá aplicar criterios y contemplar exigencias especiales. Ello se justifica en las distintas situaciones y circunstancias que presenta cada interno en su propia personalidad. Se hace entonces algunas individualizaciones, tales como la semi libertad y la fase de confianza, que esta a cargo del juez de vigilancia penitenciaria. En nuestra legislación, específicamente en la ley penitenciaria, en esta fase interviene el juez de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, es quien controla la ejecución de la pena, y demás tramites como los permisos especiales a los que tienen derecho los internos condenados, en el centro penitenciario; así mismo el consejo criminológico regional es quien regula y autoriza las fases en las que se encuentra el interno dentro del régimen progresivo del sistema penitenciario salvadoreño, es estas decisiones se aplican criterios por parte del consejo para determinar si el interno es apto o no para avanzar dentro de las diferentes fases, es decir se le individualiza el tratamiento aplicable.

2.3.3 La individualización de la pena como actividad jurídicamente vinculada

La individualización de la pena es la fijación de las consecuencias jurídicas de un delito. Comprende la elección de la sanción (por ejemplo, prisión, multa, etc.) Y, en su caso, la resolución de la suspensión condicional de una pena o medida de seguridad.

Desde hace tiempo se ha extraído de ello la conclusión de que la medición de la pena es una cuestión de discrecionalidad judicial que también puede llevar consigo un “componente individual” del correspondiente órgano aplicador. En la actualidad, sin embargo, existe un amplio consenso en entender que también la elección y la medición de la sanción en el caso concreto es una decisión. Esto tiene por consecuencia que el tribunal tiene que guiarse a través de las reglas generales y especiales de la Ley y la legalidad de su sentencia.³⁸

Una primera orientación vinculante para la fijación de la sanción la proporciona el marco punitivo del tipo penal realizado por el autor. Sin embargo, por regla general, esto permite todavía una amplia evaluación del contenido injusto del hecho pues el legislador, en su esfuerzo por posibilitar también un castigo adecuado en las formas de comisión del delito de mucha o escasa gravedad, ha establecido marcos punitivos sumamente amplios. En muchos casos el legislador sólo determina el marco punitivo a través de la fijación de una pena máxima.³⁹

Al legislador le compete sobre todo decidir sobre la magnitud de una pena en relación con la conducta para la que se prevé la misma. Es ésta una cuestión de relativa importancia, porque esa afirmación siempre que el juzgador mantenga la imposición de la pena dentro de los límites relativamente determinados que marca el legislador y, por tanto, respete el principio de legalidad en su concepción más tradicional permitirá en muchas ocasiones negar la posibilidad de revisión de la sentencia o al menos la de su revocación, sin entrar a analizar la desproporción que alegue el recurrente y

³⁸ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal parte general*, 5ª Ed, (Granada: 2002),938.

³⁹ *Ibíd.*, 939-940.

así lo entenderán los tribunales, lo que plantea es la desproporción de la pena tal y como la contempla su marco legal en el Código Penal.

Son también numerosas las sentencias, sin embargo, que, reconociendo aquella competencia del legislador, entienden que los tribunales también están obligados por un principio que obliga a ajustar la pena en función de los criterios de permiten enjuiciar la proporción de la pena; pero, aun asumiendo esta perspectiva y reconociendo la vinculación judicial a la idea de proporcionalidad, en muchas ocasiones en donde lo que en particular se alegue sea la vulneración del principio en la aplicación concreta de la pena dentro del marco legal fijado para ello, los tribunales siguen remitiéndose a la competencia del legislador para decidir la previsión de un marco que se puede recorrer en toda su extensión siempre, por tanto, que se actúe dentro de él, ya determinado, sin ulteriores consideraciones sobre si en él, habiéndose respetado las consideraciones de discrecionalidad reglada que efectúen las legislaciones, cabe todavía la imposición de una pena más proporcionada de la que se ha impuesto.⁴⁰

El problema de la individualización judicial de la pena se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad que se asignan a la función judicial y, a la vez, con la cuestión del respeto al principio de legalidad de las penas. Señala Álvarez García que si bien es cierto que las penas que dejan escaso margen de maniobra al juzgador han producido históricamente resultados altamente insatisfactorios, no es menos verdad que un excesivo margen de arbitrio produce consecuencias no menos indeseadas, entre las que destaca la frecuente conculcación del principio de igualdad pues el

⁴⁰ Norberto J. de la Mata Barraco, *Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa*, Revista Penal México, n. 6 (2014): 88, http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14354/gravedad_%20del_%20hecho.pdf?sequence=2 .

extraordinario recorrido de la pena puede provocar que de unos tribunales a otros se produzcan grandes diferencias en la determinación final de la pena, el favorecimiento de la tendencia a imponer penas mínimas, la confusión valorativa provocada, de existir marcos penales muy amplios por la similitud de las sanciones con las que se castigan atentados a bienes jurídicos de muy diversa magnitud, la quiebra de la seguridad jurídica pues el destinatario de la norma no sabe cuál es la pena que se le puede imponer y la de convertir al juez en legislador ya que no otro, dice, es el papel de quien puede elegir la sanción dentro de un marco penal desmesuradamente amplio.⁴¹

Con base en lo anterior se puede considerar que para el delito de pornografía en la legislación salvadoreña esto no es una situación ajena al mismo, en razón de que ya el código penal prevé una sanción mínima y una máxima, dándole espacio al jugador para determinarla dentro de ese marco; si bien es cierto y como menciona el autor, que no existen penas exactamente determinadas, todo dependerá de la casuística atendiendo a los elementos facticos y jurídicos del hecho, pero cabe a destacar que el juez no puede extralimitarse de ese marco jurídico previamente establecido, ya lo establece nuestro código penal en el CAPITULO III, ADECUACION DE LAS PENAS, ARTICULO 62:

PENA IMPONIBLE E INDIVIDUALIZACIÓN

Art. 62.- Son punibles los delitos consumados y en grado de tentativa. Las faltas sólo serán sancionadas si son consumadas.

El juez fijará la medida de la pena que debe imponerse, sin pasar de los límites mínimo y máximo establecidos por la ley para cada delito y, al dictar

⁴¹ Norberto J., *Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa*,

sentencia razonará los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta, so pena de incurrir en responsabilidad.

En los casos expresamente previstos en este Código, podrán excederse los límites de la pena fijada por la ley para cada delito. En ningún caso podrá sobrepasar el máximo de la pena de prisión que la ley determina.⁴²

Puede llegar a existir cierto grado de discrecionalidad en la individualización de la pena, pudiéndose convertir en una actividad jurídicamente vinculada; ciertamente no se puede obviar que el juez es el factor humano en la aplicación de justicia, pero el legislador salvadoreño ha tenido a bien reiterar que el juez no debe extralimitarse al marco jurídico aplicable al caso particular para la determinación de la pena.

Se debe prestar especial atención a ese margen que tiene el juzgador, aunque siendo jurídicamente vinculada la actividad realizada por este, existe una proporción de discrecionalidad pero esta no debe afectar la legalidad, ni la seguridad jurídica de la persona a quien se le impondrá la pena, cierto es que no pueden existir tipos penales concretos y exactos, ya que el legislador no puede prever todas las circunstancias en el cometimiento del delito, cada hecho tiene sus propias características y es mediante la aplicación de criterios de individualización de la pena que se puede reducir mucho más la discrecionalidad que pueda tener el juez al momento de la individualización de la pena.

⁴² Código penal de El Salvador(El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,1998).

CAPÍTULO III

ESTUDIO DE CASOS

El propósito de este capítulo es conocer como es la aplicación práctica de los criterios de individualización de la pena por parte de los juzgadores y poder analizar si la aplicación que se hace es correcta y conforme a lo dispuesto en el código penal en relación al delito de pornografía y cada uno de sus verbos rectores, de la misma manera establecer si el juzgador aplica salidas alternas al proceso.

3.1. Exposición de las resoluciones judiciales

A continuación se expondrá el análisis de las resoluciones judiciales sobre el delito de pornografía y la aplicación que hace el juzgador respecto a los criterios que fueron utilizados para la individualización y la imposición de la pena siguiendo los parámetros del Art. 172 Cód. Pn. para lo cual se han encontrado las siguientes referencias:

Tribunal Segundo de Sentencia: Santa Ana, a las quince horas con treinta minutos del día once de octubre de dos mil trece, sentencia condenatoria ref. 258-U-3-13.

Mediante la cual se resuelve la imputación al señor Rene Mauricio M. a quien se le atribuye el delito de PORNOGRAFIA según el artículo 172 del código penal, en perjuicio de la indemnidad sexual de una menor. En atención al delito sometido a estudio, sobre el cual versará el análisis.

Mediante denuncia interpuesta por el padre de la víctima en sede fiscal el 05 de diciembre de 2012 , se pone en conocimiento de las autoridades el caso. En los hechos que constan en la acusación presentada por la Fiscalía General de la República se relata que a principios del mismo año fue llevada a la casa de su madre quien convivía con el señor RENE MAURICIO M. y en dicha casa es donde suceden los hechos, en los cuales se establece que el señor Rene mostró varias revistas de mujeres y hombres desnudos haciendo picardías, así mismo mediante la declaración de la víctima se estableció que a parte de haberle mostrado pornografía a través de revistas, el imputado también hizo uso de un televisor a través del cual reproducía películas con contenido pornográfico, en las que se observaba mujeres desnudas que se besaban, desnudas bailando expresándole a la víctima el acusado “mira que rico lo que hacemos nosotros”, refiriéndose a lo que hacía él con la niña por la noche.

Por el delito de pornografía al señor Rene se le determinó una pena de cuatro años de prisión. En toda la sentencia se hace referencia al delito de pornografía, pero en la calificación jurídica realizada por la fiscalía no se establece de forma concreta a qué verbo rector ya que este solo se hace mención en la relación circunstanciada de los hechos. asimismo el tribunal que conoció del caso no hizo referencia a que verbo rector encaja la acción del sujeto, si bien es cierto que se acreditaron los hecho en los cuales se establece que la persona mostró el material pornográfico pero el juez en ningún momento establece en qué verbo rector encaja la conducta realizada por el sujeto activo, lo cual es de mucha relevancia, ya que mediante el conocimiento de la acción realizada se valora cual es la pena a imponer, lo cierto es que el delito de pornografía es un tipo penal compuesto por varios verbos rectores, lo cual implica que cada acción es diferente y el grado de

afectación al bien jurídico puede variar. En nuestro caso, según lo planteado aunque no se haya establecido por parte de la representación fiscal y por parte del juez el verbo rector mediante el cual se encaja la conducta desplegada por el sujeto activo, la acción que realizó el sujeto es la de “mostrar” material pornográfico, la cual constituye una grave afectación a la indemnidad sexual de la menor.

El código penal establece que para una correcta individualización y determinación de la pena el juez debe valorar ciertas circunstancias dentro de la valoración que realiza el juzgador, se ha tomado en cuenta el artículo 63 del código penal pero no de forma íntegra, tal es el caso que a nuestro criterio se hace referencia a la extensión del daño causado, la mayor comprensión del carácter ilícito del hecho, la persona actúa con conocimiento y voluntad de cometer el hecho ilícito.

FALLO: declárase responsable penalmente al acusado RENÉ MAURICIO M. como autor directo por los delito de VIOLACIÓN Y AGRESIÓN SEXUAL AGRAVADA (delito base AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR O INCAPAZ) en la modalidad de delito CONTINUADO, regulado en los artículos 161 y 162 N° 1) en relación al artículo 42 todos del Código Penal, y PORNOGRAFÍA regulado en el artículo 172 del Código Penal, ambos ilícitos en perjuicio de UNA MENOR DE EDAD., condénesele por el primer delito a cumplir la pena principal de DIECISÉIS AÑOS DE PRISIÓN y por el segundo ilícito relacionado se le condena a cumplir la pena principal de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN.

RESULTADO DEL ANALISIS: En la sentencia referencia 258-U-3-13 se vuelve necesaria la aplicación de criterios de individualización de la pena idóneos para el delito en cuestión, si bien es cierto el juzgador aplica el artículo 63 del código penal, pero no de forma total, puesto que no se hace referencia a los factores económicos, sociales y culturales del sujeto activo

del delito, esto es de mucha importancia en cuanto a la individualización de la pena, esto viene a determinar el perfil del que ha cometido el delito, a determinar cual ha sido su desarrollo y proceso de socialización y condición actual en la que se encuentra, lo cual puede ser un factor para establecer el hecho motivante para actuar al margen de la ley, y es un supuesto regulado en el artículo 63 número 4, de igual manera teniendo en claro cual es el perfil del delincuente conociendo sus antecedentes, dentro de la fase ejecutiva de la individualización de la pena, puede darse el tratamiento adecuado para que tenga un avance dentro del régimen progresivo del sistema penitenciario, para que sea resocializado y evitar una posible reincidencia.

Si bien es cierto dentro de la sentencia se determinó que el sujeto activo no buscaba un beneficio económico en la realización de la acción, pero son circunstancias que deben de plasmarse en la valoración del juzgador, ya que es el elemento subjetivo del tipo penal, es menester prestar atención a la pena impuesta, la cual es de cuatro años de prisión que se ha impuesto al señor Rene, se estableció que mostró el material pornográfico a la menor en varias ocasiones, a través de revistas y un televisor donde reproducía películas pornográficas, pero a nuestro criterio esta sanción impuesta por este delito viene aunado a la comisión de otro delito que es el de agresiones sexuales, el juzgador en el fallo se ha referido al concurso real de delitos, lo cual pudo ser un factor para imponer casi el máximo establecido en el código penal, lo que hace meditar cual hubiese sido la sanción solo por la comisión del delito de pornografía, es decir se han tomado en cuenta las circunstancias del hecho para la imposición de la pena.

La acción realizada por el señor Rene ha sido de manera directa, ha tenido dominio y conocimiento del hecho, ya que él ha tenido una intervención personal con la víctima al exhibir la revista pornográfica y de la misma

manera con las películas pero estas han sido reproducidas a través de un dispositivo electrónico, el cual es el televisor al que hace referencia la víctima en su declaración, siendo de esta forma más grave la acción de forma que no solo se limitó a exhibir el material sino que mientras lo hacía, le decía a la víctima cosas relacionadas al sexo, a lo que el sujeto hacía a la menor por la noche, por lo cual el sujeto activo ha sexualizado a la víctima mediante su conducta, es aun mas reprochable la conducta realizada ya que existe un concurso de delitos, hay un delito mas grave y es al que ha hecho referencia el sujeto mientras exhibía el material pornográfico a la víctima, por ello no hay lugar a dudas que ha tenido todo el conocimiento y voluntad en la acción de exhibir pornografía a la menor con intención libidinosa, y es uno de los supuestos regulados en el artículo 63 del código penal ha sido tomado en cuenta en la decisión del juez, quien acertadamente en la calificación del hecho ha determinado cual de los verbos rectores ha realizado el señor Rene, no imponiendo la sanción de una manera general.

Resulta necesario establecer en cuanto a la pena que se le impuso al sujeto activo y según la regla que regula el código penal en el artículo 72 acerca de la penalidad del delito continuado, que solamente se sancionara al culpable por un único delito y con el máximo de la pena prevista para este, en el respectivo caso sometido a análisis, se determinó de manera correcta la aplicación de la pena debido a que el artículo 161 y 162 del código penal referidos a los delitos de AGRESION SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ y VIOLACIÓN Y AGRESIÓN SEXUAL AGRAVADA, la penalidad para dicho delito es entre ocho a doce años de prisión, por lo que el máximo de la pena en este caso son los doce años de prisión pero por encontrarse bajo la agravante del artículo 162 del mismo cuerpo de leyes, el cual establece que debe aumentarse hasta en una tercera parte, por lo que la sanción que se impuso es correcta y de conformidad las reglas previstas para el respectivo

caso: en el caso del delito de pornografía a nuestro criterio es correcta la valoración y la pena determinada por el tribunal ya que además de mostrar o exhibir el material pornográfico el sujeto activo le decía cosas relativas a las cosas que hacia por la noche a la menor.

Tribunal de Sentencia: Ahuachapán, Referencia 239-AP-L-2018, del año 2018.

En la presente se encontraron como partes involucradas al señor MARH en su calidad de imputado y en calidad de víctima D.A.M.G cuyos nombres no fueron revelados, en donde el señor MARH fue acusado de los delitos de Agresión sexual en menor e incapaz y por el delito de pornografía.

Sentencia de la cual solamente hemos tomado los siguientes fragmentos:

Así también, estima el suscrito Juez, que en el caso presente se ha acreditado la existencia del delito de PORNOGRAFIA, descrito en el Art. 172 del Código Penal, ya que el acusado de modo directo exhibió o mostró películas o imágenes de mujeres desnudas a un niño de cinco años de edad, lo cual a criterio del suscrito tal exhibición de películas o imágenes son pornográficas; pues evidentemente tal exhibición o muestra de mujeres desnudas o mujeres pelonas como dice la víctima en su declaración, proporcionando a la vez una explicación de lo que son para él las mujeres pelonas diciendo: "...que las mujeres pelonas son las que se quitan la falda todo, se quitaban el calzón,..."al niño mencionado bajo las circunstancias narradas en declaración anticipada por cámara Gesell por la misma víctima - tal como se desprende de dicha declaración de dicho niño, transcrita ut supra- es totalmente carente de valor o trascendencia artística, científica o

educativa, sino más bien, es puramente lascivo; a ello debe añadirse, que debido a que el acusado es un profesor -del centro escolar donde la víctima estudiaba- quien le mostró las imágenes relacionadas supra a un niño de cinco años de edad, es evidente que dicho sujeto activo tenía conciencia de la naturaleza del material pornográfico que le estaba exhibiendo en las condiciones dichas por la víctima, por tanto dicho material dadas las circunstancias en las que fue mostrado por el relacionado imputado jamás podían tener una intención educativa, ni de ninguna otra naturaleza sino solo libidinosa, como se ha dicho líneas arriba; por consecuencia, este Juzgador concluye, que la conducta efectuada por el acusado MARH, se enmarca dentro de la figura penal mencionada por ser eminentemente lujuriosa y por otro lado, carente de todo valor literario, científico artístico o educativo, es decir, PORNOGRAFÍA, en perjuicio de la Indemnidad Sexual del niño D.A.M.G”

Es importante hacer una valoración de las circunstancias en las que sucedieron los hechos, así como también de las personales del señor MARH, a efecto de no exceder el desvalor que corresponde al hecho realizado por el imputado en proporción a su culpabilidad. - Con los hechos delictivos cometidos por el señor MARH, es decir, el haber realizado la agresión sexual en perjuicio de la víctima D.A.M.G, y haberle exhibido o mostrado películas o imágenes consideradas pornográficas a dicha víctima de cinco años de edad, le causó daño penalmente relevante, puesto que con dichas conductas se ha transgredido un valor de gran importancia para una sociedad como lo es la indemnidad sexual, respecto del delito de agresión sexual y otros ataques a la libertad sexual en relación al delito de Pornografía, haciendo caso omiso del respeto que debe existir entre todos y cada uno de los habitantes de la República, lo cual es de gran trascendencia para la convivencia en una sociedad, en consecuencia con el

hecho delictivo cometido por el señor MAH, se lesionó un bien jurídico que la ley tutela al efecto, cual es, la indemnidad sexual, protegido por la norma penal...”

FALLO: Se declara responsable penalmente al señor MARH como autor directo en la comisión de los delitos de AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ de conformidad al artículo 161 del código penal y PORNOGRAFIA de conformidad al artículo 172 del citado código, a quien se le impone la pena principal de ocho años de prisión la cual se aumenta seis mas, por lo que deberá cumplir la pena total de OCHO AÑOS CON SEIS MESES DE PRISIÓN por tratarse de concurso ideal de delitos.

RESULTADO DEL ANALISIS: En la sentencia Referencia 239-AP-L-2018 y viendo la peculiaridad del delito de pornografía mostrado en la misma junto con otro delito podemos apreciar que en buena parte las sentencias judiciales que se han consultado y en la mencionada, el delito de pornografía esta en concurso real o ideal, el cual en este caso es el de Agresión sexual en menor incapaz.

Siendo así que siguiendo lo expresado en el Art 172 del código penal el cual hace mención a los verbos rectores, el juzgador no hace referencia específicamente a que verbo rector hará mención o sobre cual de ellos se basara su criterio al momento de tomar decisión sobre el delito de pornografía y solo menciona que el imputado ha exhibido o mostrado películas o imágenes consideradas pornográficas a la victima, mas no detalla si se trata de mas verbos rectores y no se individualiza de manera clara por cual de ellos el juez toma a consideración imponer la pena de seis meses de prisión, a lo que concluimos que la imposición de pena que el juez hace en el caso en mención podría ver afectada su decisión en que el

imputado había cometido otro delito y por eso se detalla el concurso ideal por haberse cometido ambos delitos en una sola acción.

Cabe destacar un dato interesante en cuanto a la pena que se ha aplicado, que a nuestro parecer no ha sido aplicada de forma correcta, esto sobre la base de lo dispuesto por el código penal en relación al concurso ideal de delitos, que el juez ha considerado aplicable, pero al observar el fallo y en particular la pena no se ha aplicado de forma correcta el artículo 70 del código penal ya que este dispone que se impondrá la pena por el delito más grave y esta debe ser aumentada hasta en una tercera parte, el juez impuso una pena de ocho años y se aumentó hasta seis meses, claro está que la tercera parte de ocho años no son seis meses que es lo que se le ha aumentado a la pena principal, por que a nuestro criterio no se ha aplicado de manera correcta las reglas del concurso ideal.

Es muy importante en el delito de pornografía establecer de manera específica en cuál de los verbos rectores se adecua la conducta ya que es un delito que se encuentra compuesto por esos verbos y por la naturaleza jurídica del delito resulta indispensable que toda acusación por este delito sea atención a ello y no de una manera genérica, en este sentido no se estaría identificando la actuación del sujeto en el cometimiento del delito pero según lo que se ha podido observar en la presente sentencia es que simplemente establece las acciones sin establecer por cuál de ellas se imponer la sanción.

Otro aspecto de mucha importancia en el delito es lo referido al tema probatorio cada delito tiene sus propias características y en el caso de la pornografía deben ser aquellos que permitan establecer la configuración del delito con la certeza a través de los medios previstos que reúnan los

requisitos establecidos por la norma y que permitan llevar hasta las últimas instancias el delito.

A nuestro criterio es correcta la aplicación de los criterios de individualización de conformidad a lo que establece el artículo 63 C.Pn ya que el juzgador hace un análisis integral respecto de los criterios aplicables al delito de pornografía en atención a los parámetros y de las circunstancias de carácter económico, social y cultural del autor, y para ello se toman en cuenta el conocimiento del autor, ya que es de gran importancia determinar el grado de conocimiento del sujeto activo, es decir, de esta forma se sabe si comprende o no el ilícito de su conducta y en el respectivo caso se puede observar que es una persona estudiada que tiene niños a su cargo por ser profesor, pero la intención de dicho sujeto con el menor no era de carácter académico y con base a lo que establece la norma esta situación tendría un mayor reproche por tener ese grado de conciencia y por ende atendiendo a esta situación es que se hace una correcta individualización de la pena, asimismo por parte del juzgador se realiza un abordaje de la parte económica del sujeto con lo que se puede afirmar que el sujeto no realizó la conducta con el ánimo de lucrarse económicamente sino lo hace con una actitud que afecta el bien jurídico protegido con una actitud libidinosa.

Por lo que efectivamente es lo que el tipo penal castiga este tipo de situaciones donde se vea afectado ese bien jurídico de los menores y deficientes mentales ya que lo que se hace con este tipo de acciones es corromper ese estado en el que ellos se encuentran y sexualizarlos con materiales pornográficos que para su difusión y transferencia existen diferentes medios sean estos de carácter directo y medios de carácter electrónico a través de los cuales se puede transferir dicho material.

Tribunal Primero de Sentencia: San salvador, a las quince horas del día ocho de febrero de dos mil once, sentencia absolutoria, Referencia: 277-1-2010.

En la presente sentencia se encuentran como partes involucradas en su calidad de imputado al señor Pablo López y en su calidad de víctima a una niña menor de edad.

Mediante la cual se resuelve la imputación al señor Pablo López, a quien se le atribuye la comisión del delito de pornografía previsto y sancionado en el artículo 172 del código penal en perjuicio de la indemnidad sexual de una menor de 11 años de edad.

A través de la denuncia interpuesta en sede fiscal el día 5 de octubre de dos mil nueve, se tiene conocimientos de los hechos, así mismo, mediante la declaración de víctima se obtuvo información de cómo ocurrieron tales circunstancias, tal es el caso que la víctima conoció al Señor Pablo López por que este es su vecino, quien le ayudaba a hacer sus tareas en la casa de su abuela ubicada en kilómetro once, Lotificación Palacios, casa número uno en Apopa, los primeros días eran supervisados por la abuela de la víctima, realizaban las tareas en el interior de la vivienda, pero al paso del tiempo y luego que la abuela de la menor le tomó confianza al señor Pablo López dejaba que le ayudara a su nieta en el patio trasero de la vivienda, ya no eran supervisados por ella, posteriormente el señor Pablo ya no quería ayudarle con los deberes a la menor, solo quería conversar, por lo que le regaló un teléfono pero a la semana se lo pidió de regreso y le entregó otros dispositivos de la misma manera, sumando en total cinco teléfonos celulares, de los cuales la abuela compró el último, en una ocasión el señor Pablo mostró su teléfono celular a la menor en el cual se estaba reproduciendo un

video pornográfico en el cual había una mujer chulona y se estaba excitando y le dijo que le pusiera los audífonos, se los puso y vio a la mujer chulona, la dicente le dijo que por qué andaba eso y él le contestó porque le gustaba, y esa misma vez le enseñó otro video de su celular y en el video había una mujer chulona, chupándole a dos hombres su pene, a la misma vez.

En cuanto a la valoración que ha hecho el tribunal en el presente caso hemos tomado a bien incorporar los siguientes fragmentos de la sentencia:

En primer lugar debe considerarse si ese hecho que la Fiscalía General de la República, se propuso acreditar en la vista pública, en efecto fue acreditado sobre la base de la prueba que se incorporó en la misma y de ser así hacer un juicio de subsunción de esos hechos al derecho, es decir determinar sin los hechos se adecuación al tipo penal en referencia, sobre ese punto no se hizo concretamente referencia a cuál de los verbos rectores del artículo 172 del código penal, encajaba la conducta atribuida al encartado, pero de la misma relación de los hechos que de manera sucinta se ha citado el Tribunal advierte que en todo caso lo que la fiscalía podría imputar al procesado es exhibir o mostrar un material pornográfico en este caso contenido en cualquier soporte, un medio electrónico como lo establece el inciso primero del artículo 172 del Código Penal, un teléfono celular, es un soporte electrónico y el exhibir o mostrar material pornográfico o videos pornográficos a menores de dieciocho años es constitutivo de delito.

Sobre los elementos del tipo penal el tribunal quiere aclarar los siguientes conceptos: exhibir es mostrar o enseñar, y el objeto material por una vía directa, incluso por medios electrónicos; y respecto de la conducta típica el sujeto activo ha de enseñar al sujeto pasivo (menor de edad) fotos, películas u otro material pornográfico. Como indica la mención “material”, la existencia de alguna clase de soporte de esta naturaleza que fije los actos pornográficos. Es indiferente que se trate de libros, papeles, escritos,

revistas, fotografías, dibujos, grabaciones de imagen o sonido o cualquier otro, debiendo incluirse cada vez más extendidas actividades a través de la red informática, como internet.

Se ha señalado reiteradamente que no basta que tal material y las representaciones que incorpore inciten sexualmente a los terceros, al ser esta una cuestión puramente subjetiva, siendo esencial que, valorada la totalidad de las circunstancias concurrentes, se pueda concluir que el material en cuestión carece de cualquier valor o trascendencia de naturaleza artística, científica, educativa o de otro aspecto que no sea el puramente lascivo.

El sujeto activo debe tener conciencia de la naturaleza del material pornográfico, así como de que realiza la conducta respecto de las personas definidas en el sujeto pasivo.

RESULTADO DEL ANÁLISIS: El tribunal ha hecho una correcta valoración, en atención a los verbos rectores del tipo y la conducta desplegada por el sujeto activo, si bien es cierto en la relación circunstanciada de hechos se acredita la comisión del delito de pornografía, es decir la conducta es punible, el mostrar o exhibir material pornográfico a una persona menor de dieciocho años, pero esto no quiere decir que se impute el delito de forma genérica, estamos frente a un tipo penal compuesto por varios verbos rectores, por ello es menester que la representación fiscal establezca cuál o cuáles de los verbos rectores ha realizado el sujeto activo, ya que no puede englobarse en una sola acción todos los verbos rectores. Es imperativo que la representación fiscal al presentar requerimiento y acusación establezca de forma clara y precisa cual de los verbos rectores del tipo ha realizado el sujeto activo, es decir hacer una correcta adecuación de la conducta al tipo,

lo cual estaría garantizando el principio de legalidad, y tendría mejor fundamento la acusación.

Cabe destacar que existiría una vulneración al principio de legalidad al no ser precisos en el juicio de tipicidad, no adecuando de manera correcta la acción u omisión al tipo y no ser claros en la acusación en consecuencia generaría una inseguridad jurídica para el imputado ya que se le está atribuyendo la comisión del delito pero no se hace una mención de la acción o el verbo rector que se ha infringido. Lo cual puede constituirse en una posterior deficiencia en la acusación, esto a que si bien es cierto un mismo sujeto puede realizar mas de dos acciones descritas en el tipo resulta difícil el supuesto que las realice todas, por ello también el juez debe hacer una valoración conforme a derecho y plasmar dentro de la sentencia el verbo rector por el cual se esta condenando a la persona, para posteriormente aplicar los criterios de individualización de la pena correctos e idóneos atendiendo a la premisa anterior.

El juzgador de forma acertada se ha referido a los elementos del tipo, estableciendo a quien se considera como sujeto activo, la acción realizada, que para el caso en cuestión debió ser “mostrar o exhibir” en perjuicio de la menor de dieciocho años, así como el medio de comisión el cual en este caso ha sido realizado a través de una vía directa pero haciendo uso de un teléfono celular, el cual supuestamente contenía el material pornográfico descrito por la víctima, el medio de comisión cobra relevancia en conjunto con el verbo rector, ya que dependiendo de la forma de comisión del hecho punible así será el criterio a tomar por el juez para imponer la sanción debido a que el grado de afectación es diferente por el solo hecho de mostrar el material a diferencia de lo que ocurre cuando ese material es enviado ya que en este caso el sujeto pasivo del delito tiene a disposición el material

pornográfico y no hay una injerencia directa del sujeto activo del delito, ya que la afectación al bien jurídico protegido (indemnidad sexual) será diferente en cada caso según la acción realizada, y dependiendo de qué tipo de material pornográfico se trate puesto que no es lo mismo una revista o imagen a reproducir un video pornográfico siendo este más explícito y representativo. Por lo que los elementos del tipo penal influyen de manera directa para una correcta individualización de la pena. Por otra parte el juzgador ha hecho mención al elemento subjetivo del tipo el cual es de gran importancia para una correcta valoración, el sujeto activo tiene conocimiento y voluntad de realizar la acción, conociendo el contenido del material pornográfico y de igual manera realizar la conducta entre menores de dieciocho años o deficientes mentales.

A nuestro criterio en el caso en comento, se ha configurado el tipo penal de pornografía, pero este no pudo acreditarse de manera certera para desvirtuar la presunción de inocencia del señor Pablo López y tener una certeza positiva del hecho, ya que no se determinó cual es el VERBO RECTOR que realizó el sujeto, es necesario, imperativo, realizar una correcta tipificación e individualizar la acción, no puede imputarse el delito de manera genérica puesto que si se hubiese impuesto una sanción se considera que se hubiera vulnerado el principio de legalidad y seguridad jurídica del imputado. Con respecto al artículo 63 del código penal en la presente sentencia no se aplica dicha disposición debido a que en este caso se absuelve al señor Pablo López.

Tribunal Tercero de Sentencia: San Salvador, referencia 07-2013-1C, del año 2013.

En la presente se encontraron como partes involucradas al señor Carlos Javier A. En su calidad de imputado y en calidad de víctima la menor de edad cuyos nombres no fueron revelados, en donde el señor Carlos Javier A. Fue acusado de los delitos de Agresión Sexual en Menor e incapaz Agravada y el delito de pornografía.

Sentencia de la cual solamente hemos tomado los siguientes fragmentos:

Que ella sabe porque está aquí, que a ella le dijeron que le iban hacer preguntas y que se las aprendiera para que las tuviera listas. Que a ella un día su mamá le dijo que iba a ir a estudiar, ella la fue a dejar y se fue para la escuela, en la tarde la llegó a dejar a la casa su mamá y comió, su mamá estudia en la misma escuela que sus primos, y sus tías la estaban esperando y le dijeron a ella que se estuviera allí, que ya iban a regresar, iban a dejar los niños a la escuela, ahí fue cuando sucedió todo eso de que le puso la película y luego se lo hizo, le dijo su tío CARLOS que si quería ver una película, ella estaba sentada y estaba la película y la puso, era una película de pornografía, salían hombres chulones y mujeres chulonas, eso fue en la casa de ellos, donde ella vive, allí ya no vive él, la película se la puso su tío CARLOS, luego de poner la película se lo hizo, le quitó la falda, no recuerda bien, e hizo como que se lo topaba y se lo topaba el pene en su parte, luego llegaron sus tías y él se subió el short, y ella se estuvo allí, él no le decía nada, cuando puso la película no le dijo nada, que eso pasó varias veces pero casi no lo recuerda. Que él le topaba el pene en su parte, solo eso le hacía, no le decía nada. Que ella a veces veía la televisión con él, como sus primos llegaban y veían muñequitos, Batman, Mocú, el Valiente.

Que la película se la puso solo una vez, la película era de pornografía y salían mujeres y hombres chulonas. Que eso pasó en la tarde cuando sus tías se iban a dejar a sus primitos. Que después de ver la película se lo comenzaba hacer, le topaba el pene en su parte, no recuerda cuando fue la

última vez que pasó eso, se lo contó a su mamá porque le daban ganas de llorar y un día le contó a su mamá y ella le dijo que se lo hubiera dicho antes para que ya no siguiera, y su mamá vino aquí a decir todo eso, a ella la tuvieron en terapia para que ya no recordara eso y para que lo contara. Que le contó primero a su mamá, le dijo qué le había hecho, le dijo eso, que la había tocado en su parte, ella le dijo mami mi tío CARLOS me hizo eso, como su tío CARLOS se parece a LUNY TOON, ellos le dicen así, pero ella le dijo mami fíjate que mi tío CARLOS me hizo esto, su mamá comenzó a llorar y ella también y le dijo su mamá que ya no llorara porque si no iban a terminar llorando las dos, ella no le dijo a nadie más pero sus tías se dieron cuenta.

En cuanto al delito de PORNOGRAFÍA, que también se le atribuye a CARLOS JAVIER A., debe decirse que éste se encuentra contenido en el art. 172 del Código Penal, relativo siempre a los DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, pero según el Capítulo III, vinculado a OTROS ATAQUES A LA LIBERTAD SEXUAL, en este tipo penal puede ser sujeto activo también cualquier persona, la acción típica va orientada a tratar de difundir, vender o exhibir el objeto material, es decir el material pornográfico por una vía directa; el sujeto pasivo de la acción en el delito en comento, conforme a cualquiera de los verbos rectores, puede ser una persona menor de dieciocho años de edad o deficiente mental, sea del sexo femenino o masculino. Este es un tipo penal DOLOSO, lo que significa que el sujeto activo debe tener conciencia y conocimiento de la naturaleza del material pornográfico, y consecuentemente querer difundirlo, venderlo o exhibirlo a menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales.

Con respecto al delito de PORNOGRAFÍA, siempre sobre la base de la prueba desfilada, ya que como se ha dejado previamente establecido y con

propiedad, son los elementos de prueba con los únicos que se puede acreditar los elementos del tipo descrito como lo son tratar de difundir, vender o exhibir el objeto material, es decir el material pornográfico por una vía directa, y sobre ello se tiene que la prueba testimonial dada por la menor [...], hace alusión a que CARLOS puso solo una vez una película pornográfica en la que salían hombres y mujeres chulonas, pero no se abona más nada al respecto a los verbos rectores, es decir difundir, vender o exhibir, puesto que lo único que menciona la víctima es que habían hombres y mujeres chulonas, no se describe una acción de contenido sexual o erótica, no se cuenta con la incautación de película de video o cinta, pues no se menciona el formato. La pornografía consiste en dar a conocer actos sexuales, reales o simulados, fuera de la intimidad de los protagonistas, exhibiéndolos ante terceras personas de manera deliberada para generar excitación, en conclusión el término pornografía se refiere a todos aquellos materiales, imágenes o reproducciones que representan actos sexuales que se difunden, venden o exhiben, con el fin de provocar la excitación sexual del receptor.

El término pornografía, que es de aparición reciente, procede de las palabras griegas pórnē, que significa «prostituta», y gráphein, que significa «grabar, escribir, ilustrar», más el sufijo ía, que significa «estado de, propiedad de, lugar de», por lo tanto su significado es el de «descripción o ilustración de las prostitutas o de la prostitución». La lesividad de esta conducta debe implicar que con el material se busca excitar sexualmente, y esa situación no se ha acreditado en juicio, por lo que al no acreditarse con la prueba los elementos objetivos y subjetivos del tipo, a efecto de establecer el delito de PORNOGRAFÍA, no le cabe más a esta juzgadora, que absolver en el fallo al acusado del mismo.

FALLO: Redactó la presente Sentencia la Licenciada GLENDA LARISSA CARIAS ALVARENGA, Jueza Interina de este Tribunal. POR TANTO, conforme a las razones expuestas, normas legales invocadas y arts. 11, 12, 15, 19, 27, 72 ordinal 1°, 75 ordinal 2° y 172 de la Constitución de la República; 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 17, 18, 19, 32, 33, 42, 44, 45 n° 1, 46, 47, 62, 63, 161 y 172 Pn.; 1, 2, 144, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 392, 394, 395, 398 y 399 Pr. Pn.; A NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, FALLO: IV.

“...IV. ABSUÉLVESE al imputado CARLOS JAVIER A. de toda Responsabilidad PENAL Y CIVIL, con respecto al delito de PORNOGRAFÍA en perjuicio de la Menor [...]...”

RESULTADO DEL ANALISIS: En la sentencia Referencia 07-2013-1C, se puede apreciar que el imputado esta siendo procesado por dos delitos del cual para nuestra investigación es concerniente únicamente el delito de Pornografía, del cual en la sentencia con referencia antes mencionada el imputado fue Absuelto, así mismo es de gran manera interesante los posibles motivos y criterios que el juzgador pudo emplear para absolver al señor Carlos del cometimiento del delito de pornografía siendo que su fundamento es que en la prueba testimonial que se le hizo a la víctima ella detalla que el imputado puso solo una vez una película pornográfica en la que salían hombres y mujeres chulonas, para lo cual el juzgador expresa que “no se abona nada al respecto de los verbos rectores” ya que según el juzgador en lo que la víctima menciona no se describe una acción de contenido sexual o erótica y que no se recogió ninguna película o video de cinta. A lo que como parte de nuestra investigación y según las definiciones que se describen en nuestro trabajo el juzgador no toma de manera integra las definiciones de los verbos rectores ya que la acción cometida por el imputado no se hace encajar en alguno de los verbos rectores tales como

difundir, exhibir o mostrar, así mismo diciendo que debe tener como fin provocar la excitación sexual del receptor.

Tratándose en este caso de una menor de edad no se tiene la certeza del grado de comprensión de lo que en la película mostraba siendo así que el juzgador se centra mas en el cometimiento del delito de agresión sexual en menor e incapaz, dejando de lado el cometimiento del delito de pornografía y su vez absolviendo al imputado al no hacer una clara definición o comprensión de lo que en los verbos rectores se comprende como pornografía, siendo así y aunado a lo que nuestra investigación ha logrado recopilar el juzgador tendría que haber definido y encajado la acción realizada por el imputado en el verbo rector de exhibir o mostrar. Esto según las definiciones puntuales hechas en capítulos anteriores.

Se pone de manifiesto que no realizar un correcto juicio de tipicidad, no adecuando de manera correcta la conducta realizada por el sujeto activo y descrita por el verbo rector del tipo, se configura en una posterior deficiencia en la acusación, no puede desvirtuarse la presunción de inocencia, al no tener la certeza de la acción que se ha desplegado, el tipo penal de pornografía es un tipo penal compuesto por varios verbos rectores, por cuanto cada verbo es diferente, incluso el grado de reproche y afectación al bien jurídico protegido puede variar, el ente acusador que es Fiscalía debe atender a los verbos rectores, lo cual también servirá para poder aportar la prueba idónea y pertinente para establecer los hechos y así desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, esto es imperativo ya que pueda ser que se establezca que se ha hecho uso de material pornográfico para que un menor de edad o deficiente mental lo vea, pero mediante la conducta se determina con qué finalidad se ha realizado, la regla general es que la acción se realiza con ánimo libidinoso para excitar a la víctima, pero tomando como

ejemplo el verbo rector “vender” que se transfiere el dominio a otra persona por un precio, lleva consigo un interés pecuniario, económico, no necesariamente para inferir en la psiquis de la víctima y excitarlo por placer del sujeto activo, y son esas condiciones que el juez debe valorar en cada caso particular, y por ello debe determinar qué verbo rector del delito es el que se esta sometiendo a su conocimiento.

3.2 Circunstancias o motivos en la aplicación de criterios de individualización

La realidad se presenta como una secuencia única e irrepetible en la que concurren una serie de variables en constante cambio que hacen que las personas se comporten de determinada manera; el juez en este sentido no comprende una realidad estática, sino una realidad en constante cambio y unos sujetos y unas circunstancias que son únicos, por lo que el juzgador debe dar una solución a este problema a través de la correcta aplicación de los criterios de individualización de la pena, la cual debe realizarlo atendiendo a esas circunstancias o motivos, económicos, sociales y culturales del autor, para que de esta forma al imponer la sanción sea sobre la base de esas circunstancias de las cuales se hará un análisis en relación al delito de pornografía.

3.2.1 Económicas

Económicas: el juez al momento de imponer la pena no solo realiza una análisis meramente jurídico de las conductas que se adecuan al tipo penal y en consecuencia vulneran un bien jurídico protegido, ya que también realiza un análisis de los motivos de carácter económico para la imposición de la sanción, y según el delito de pornografía y las conductas descritas por el tipo, hay conductas bajo las cuales el autor del delito actúa con una finalidad de carácter pecuniario como es el caso de la persona que fabrica, alquila o

vende material pornográfico, es decir, en estos casos la conducta desplegada por el sujeto tiene un propósito en el que esta generando ganancias sin importar las consecuencias jurídicas que produce ese hecho y la afectación que está ocasionando a la indemnidad sexual de los menores de edad que tienen acceso a dicho material. También es importante destacar en relación a este motivo o circunstancia que hay conductas que describe el tipo, tales como “exhibir o mostrar” que no implican un provecho de carácter económico, ya que una persona solamente puede “transferir” el material a un menor sin que medie un pago o puede “mostrar” de manera personal o directa sin que haya un pago al sujeto que le está mostrando videos o imágenes con contenido sexual. Por ello resulta relevante para el juzgador saber si el sujeto ha realizado su conducta con la finalidad de obtener un provecho o un lucro, ya que a través de este motivo realizará una correcta individualización y determinación de la pena.

3.2.2 Sociales

Sociales: Tienen mucha importancia las circunstancias de carácter social, es en la sociedad donde el individuo se desarrolla como persona, donde se definen valores, el juez debe conocer ciertas características del individuo que determinen cómo ha sido este proceso de socialización a lo largo de su vida, como su ciudad de origen, domicilio, grado académico, a que se dedica, entre otras que se consideren necesarias, esto debe ser valorado por el juez al momento de imposición de la sanción para una correcta individualización de la pena. Por otra parte, luego de impuesta la sanción y haciendo referencia a la etapa de la individualización de la pena en la etapa de ejecución, estamos frente a un reto, el sujeto condenado hacía parte de la sociedad como persona libre, al no tener efectos en su persona de los métodos de control social informal, ha intervenido el derecho penal y se ha

impuesto una sanción por la comisión de un delito, en la etapa de ejecución se busca la resocialización del individuo, determinando el centro de cumplimiento de penas donde será interno, pero es necesario que se busque un tratamiento idóneo y adecuado a su perfil como delincuente , para poder progresar en el régimen progresivo del sistema penitenciario salvadoreño.

3.2.3 Culturales

Culturales: Lo que le importa al juzgador en atención a esta circunstancia es el grado de capacidad o de conocimiento del autor, es decir, verificar si este puede comprender o no el carácter ilícito de su actuar y la afectación que provoca por cometer la conducta prohibida por la norma, por lo que en relación al delito de pornografía el juez debe tomar en cuenta este tipo de circunstancia en razón de que, quienes se ven afectados por la realización de este tipo de conductas son los menores de edad y deficientes mentales, personas que por su condición y por su minoría de edad deben de ser protegidos para que no sean víctimas de este tipo de situaciones y por ser una clase de de personas determinadas y por su condición de vulnerabilidad que es de conocimiento general el sujeto activo del delito no puede decir que no tiene el conocimiento y la capacidad para comprender el grado de ilicitud al realizar uno de los verbos rectores descritos por el delito.

3.3 Análisis Entrevistas realizadas

3.3.1 Análisis de la entrevista realizada al Dr. Gilberto Ramírez Melara-Juez de Instrucción

Según el resultado de la entrevista se puede establecer para efectos de mayor comprensión que el delito de pornografía es un tipo penal de carácter

compuesto, ya que este se encuentra conformado por una serie de verbos rectores por lo que la realización de estas conductas a través de la difusión del material pornográfico es lo que se castiga, entonces este material se entiende que es general, lo que importa aquí es que el sujeto realice una de esas conductas y que esas conductas sean de carácter sexual que transgredan la indemnidad sexual de los menores. pero ahora distinto es el caso de las personas mayores de edad que cuentan con libertad sexual ya que estas pueden de manera simple poseer este material, pero es de aclarar que esta situación no configura la existencia del delito ya que para que estemos en presencia del delito de pornografía es necesario o indispensable que el sujeto realice una de las conductas descritas por la norma. Por lo que lo que se protege por parte del tipo no es la libertad sexual sino que lo que se está protegiendo es una situación especial como es la indemnidad sexual de los menores de edad y deficientes mentales, la comisión del delito de pornografía es de naturaleza dolosa, no puede decirse que el sujeto activo lo ha realizado de forma culposa, en atención a que tiene conocimiento y voluntad de cometer el hecho, así mismo tiene conocimiento del material pornográfico y ejecutar la conducta entre menores de dieciocho años o deficientes mentales.

En cuanto a las salidas alternas, se consultó al Dr. Melara a cerca de la aplicación de estas al delito pornografía, siendo la mas aplicada el Procedimiento Abreviado donde hay una negociación de la pena por parte de la representación fiscal y la defensa, sobre su aplicación, es necesario que se cumplan los requisitos previstos por el código procesal penal; por otra parte también cabe la posibilidad de aplicar otras salidas alternas como lo es la suspensión condicional del procedimiento ya que el mínimo de la pena son tres años para el tipo penal de pornografía, cosa que en el eventual caso se imponga el mínimo de la pena se puede aplicar esta salida, pero ello no

quiere decir que no haya límites en su aplicación, esta situación será valorada por el juzgador tomando como referente los antecedentes del condenado. Al respecto de la existencia de criterios de individualización de la pena en el procedimiento abreviado el Dr. Melara atiende más a la aplicación del procedimiento abreviado, a tener la certeza que se juzgara a quien ha cometido el delito, previa negociación de la pena entre las partes.

Es necesario aclarar en cuanto a los verbos rectores del delito de pornografía el hecho de que si una persona fabrica material pornográfico y otra persona se dedica a la difusión o venta de este material, cuál es el grado de responsabilidad en estos casos ya que la función principal de estos verbos que describe el tipo penal son para individualizar o identificar a los sujetos que cometen tales acciones, para determinar responsabilidades, si bien es cierto el delito es uno solo, la pena es una misma para el delito, todo depende de la responsabilidad del sujeto activo en la realización del tipo penal

En la aplicación de criterios de individualización de la pena considera el Dr. Melara como juzgador expone que basta la observancia del artículo 63 del código penal para la aplicación de las penas, no existe ninguna deficiencia en los criterios previstos por el artículo, de la misma manera hay que prestar atención a los motivos sociales económicos y culturales, en ese sentido manifiesta que el juez siempre valora estas circunstancias, las cuales cobran importancia a imponer la pena. Por lo que con base a la exposición de las resoluciones judiciales sometidas a estudio, se debe considerar que en algunos casos no se aplica de manera íntegra el artículo 63, ya que los juzgadores no hacen mención de las circunstancias o parámetros que establece la disposición legal, como los motivos económicos que es importante en este delito ya que si bien es cierto por lo general la acción se realiza con un carácter libidinoso para provocar excitación en los menores o

deficientes mentales, también puede llevar consigo el carácter económico, y esto no quiere decir necesariamente que vayan ambos de manera simultánea, en cuanto a los agravantes del delito, para el delito de pornografía no existen agravantes la disposición en este sentido se queda corta, pero ello no quiere decir que no exista mas reproche en algún caso en particular dependiendo de la conducta realizada y grado de afectación al bien jurídico protegido.

Se puede establecer según la información brindada que el delito de pornografía es un derecho vigente, positivo pero sin un efectivo cumplimiento, no es un delito al cual fiscalía persiga con la misma diligencia cómo sería el caso con otros delitos que bien pueden ser de naturaleza sexual.

3.3.2 Análisis de la entrevista realizada a la Licda. María Magdalena Flores Orellana-Juez de sentencia

Al respecto de la entrevista a la juez María Magdalena, del tribunal 2do de sentencia de Zacatecoluca, es de suma importancia ya que es en esta etapa que se impone la sanción, estamos frente a la fase judicial de individualización de la pena. como juzgadora se ha requerido su punto de vista respecto a la utilización de los criterios de individualización de la pena en el delito de pornografía, hace primeramente referencia a lo que son las fases de individualización de la pena, la fase legal que se configura en la libertad del legislador de crear los tipos penales y su respectiva sanción, luego la fase judicial que es donde se analiza cada caso en concreto y posterior imposición de la pena, el artículo 63 del código penal prevé ciertos criterios pero son generales a todos los delitos, son de obligatoria observancia para los jueces al imponer la sanción, pero algunos de ellos puede que no apliquen al caso en particular, menciona que hay diferentes

situaciones que deben tomarse en cuenta como lo es el grado de reproche, reincidencia, antecedentes de la persona, nivel académico, ocupación y demás, a nuestro parecer según la opinión de la licenciada el artículo 63 del código penal no alcanza a regular muchas situaciones que deben de valorarse para la imposición de la pena lo que significa que esto dependerá del caso en concreto.

Al referirnos a las circunstancias o motivos económicos, sociales y culturales y si esta son valoradas en el delito de pornografía, se remite al 63 del código penal que tiene aplicación general a todos los delitos, debe de tomarse en cuenta y tiene mucha importancia como parámetro de imposición de la pena, pero esto dependerá del caso en particular y de quien ha cometido el delito, más allá de la conducta realizada y su grado de participación, estas condiciones deben tomarse en cuenta , es lo que da un perfil del sujeto activo. de la valoración hecha por la licenciada de la existencia de una posible deficiencia o vacío legal en el artículo 63 coincidimos con su opinión, el artículo 63 si bien es cierto tiene aplicación general a todos los delitos puede aplicarse al delito de pornografía, pero no todos esos supuestos pueden ser aplicables o ser de utilidad para el caso en particular, son diferentes situaciones las que se deben de tomar en cuenta en cada caso en particular en el delito de pornografía como el hecho motivante en la comisión del mismo, el proceso de socialización de la persona, el factor económico que no es propio de algunos verbos rectores del delito, educación sexual que haya recibido, grado académico, ocupación, entorno social en el que se encuentra, su reincidencia, o antecedentes en delitos de naturaleza sexual que constituyen un conjunto de circunstancias o motivos que deben ser valorados por el juzgador aunque no estén plasmados en la disposición en comento.

En el caso del delito de pornografía cuando se impone una sanción manifestaba que esta no se impone de manera genérica debido a que se debe de atender de manera específica a los verbos rectores del tipo lo cual es de gran importancia ya que según las resoluciones judiciales que han sido sometidas a estudio el principal problema por el que se les previene a la representación fiscal es por el hecho de no atender a los verbos rectores y acusar de manera genérica, lo esencial en el delito es atender a los verbos rectores ya que en este sentido según lo vertido por la licenciada se puede confirmar que el grado de afectación al bien jurídico, y el reproche a cierto tipo de conductas dependerá de la acción realizada por el sujeto activo es decir que la responsabilidad penal en estos caso puede ser la misma en situaciones similares donde el propósito criminal tenga la misma finalidad tal es el caso donde una fábrica, otro distribuye y vende, en el respectivo caso se puede apreciar que hay un mismo objetivo por ende hay una misma responsabilidad penal pero también hay casos donde el grado de afectación al bien jurídico no es el mismo es decir, son situaciones diferentes que en consecuencia la afectación es menor y por tanto la responsabilidad penal varía, es por ello se debe atender al verbo rector del tipo para realizar una correcta individualización de la pena.

Es importante aclarar lo relativo a la aplicabilidad del delito de pornografía en nuestro medio, si este se persigue como deber ser y de acuerdo a lo manifestado se ha podido corroborar que el delito se puede ver como un derecho vigente pero no efectivo y esto deviene a que no se le da la mayor importancia o el interés que merece, más bien lo que se ha podido visualizar es que el delito casi siempre va acompañado de otro delito de naturaleza sexual bajo modalidad de concurso ideal o real de delitos, pero lo que ocurre en algunos casos es que se persigue más los otros delitos por lo que el sujeto activo del delito solamente responde por otro tipo de delitos menos por

el delito de pornografía esta situación a nuestro criterio se genera en primer lugar: por el hecho de que si se acusa por el delito de pornografía debe ser en atención a los verbos rectores, no de manera genérica, es decir, identificando la conducta del sujeto activo, el no hacer una correcta adecuación de la conducta al tipo genera deficiencia en la acusación y en segundo lugar un tema de carácter probatorio ya que se debe de contar con la prueba pertinente, útil e idónea, para lograr establecer la existencia del delito.

Un tema de mucha importancia en el delito de pornografía y los criterios de individualización de la pena es la aplicación del procedimiento abreviado que como es lógico se debe hacer atendiendo a los requisitos previstos por el código procesal penal en su artículo 417, debe haber una negociación en la pena y una confesión por parte del imputado de los hechos y demás requisitos, en la que surge una situación de relevancia y es que si en estos casos donde se aplica dicho procedimiento se aplican criterios de individualización ya que estamos en un caso donde la pena es negociada por parte de la representación fiscal y por parte de la defensa, la licenciada en este sentido manifestó que si es necesario la aplicación de criterios de individualización en el procedimiento aunque pueda pensarse que no porque la pena ya está negociada no deben aplicarse dichos criterios pero en si siempre debe hacerse un análisis de conformidad a lo regulado en el artículo 63 del código penal, pero lo que ocurre en la práctica es algo muy distinto y por tanto no se hace una valoración de esas circunstancias que prevé la disposición, aun tratándose de una salida alterna es imperativo que existan criterios de individualización, la figura establece una negociación de la pena, pero ello no significa que el juez delegue su función a las partes, el tiene que valorar, atender a los verbos rectores realizados por el sujeto, aplicar criterios de individualización ya que es él quien va a imponer la pena.

3.3.3 Análisis de la entrevista realizada a la Licda. Gladis Margarita Salgado –Juez de Sentencia

En referencia a la entrevista realizada a la Juez Gladis Margarita Salgado, del tribunal 6to de sentencia del centro judicial integrado de San Salvador se lograron solventar algunas dudas respecto a los criterios que como juez ella toma a consideración para la imposición de la pena en referencia a algunos delitos contra la indemnidad sexual de los menores de edad y de los deficientes mentales.

La juzgadora desde un principio de la entrevista expreso no estar segura si en algún momento había conocido casos en los que se condenara por el delito de pornografía, pero en ese sentido expresó que en el caso de la pornografía existe una gama de criterios de necesidad al momento de imponer una pena.

Cuando se le pregunto a la entrevistada sobre la existencia y aplicación o no de criterios de individualización de la pena, la juzgadora expresa que si existen y que son los que se expresan en nuestra legislación y hace referencia a la gama de criterios que se pueden utilizar como por ejemplo los culturales, tanto como para el delito de pornografía como para los demás delitos que existen y expresa que se valoran todos y cada uno de ellos.

Respecto a la interrogante sobre si existen deficiencias o vacíos en los criterios de individualización, la juzgadora hace referencia al máximo y mínimo de la pena estableciendo que es un criterio muy importante expresando que también se toma en cuenta si existe agravante o no ya que a titulo personal se debe considerar factores tales como la longevidad del

imputado o si quien realizo la acción es una persona profesional, si es el maestro del imputado o algún familiar cercano y es una persona que sea responsable de la protección y cuidado del menor o deficiente mental, es decir que la juzgadora considera correcto que cuando se dan todo ese tipo de situaciones se aplique la pena mas alta o una de las mayores que se le pueda imponer ya que estas personas se espera tengan el cuidado y protección de los menores y deficientes mentales, por lo tanto su acción debe ser castigada con una pena mucho mayor a la que se le puede imponer a otra persona que no tiene la responsabilidad del cuidado del menor o deficiente mental.

Conclusiones

En la actualidad el delito de pornografía se ha convertido en un derecho vigente pero no positivo porque las personas no lo acatan, pero sin un efectivo cumplimiento ya que no es un delito al que la fiscalía tenga un interés de perseguir por lo que no se le da la importancia que merece. Este delito tiene tanta difusión que si se le quisiera dar cumplimiento a la normativa muchas personas fueran procesadas.

En el delito de pornografía los verbos rectores permiten individualizar o identificar la conducta del sujeto activo del delito, pero al imponer la sanción en la mayoría de casos no se hace referencia al verbo rector que ha ejecutado el sujeto, la sanción se impone de forma genérica.

No basta con la observancia del artículo 63 del código penal, ya que no todos los supuestos sociales, culturales y económicos pueden ser aplicables en el delito de pornografía.

Las falencias derivadas de la errónea aplicación de los verbos rectores el tipo penal de pornografía, permite que procesos judiciales en los que se encuentra otro delito la resolución pronunciada por la instancia sentenciadora condene únicamente por el otro delito y absuelva por el delito de pornografía.

El delito de pornografía, en su relación con los criterios de individualización evidencia carencias que perjudican en la aplicación correcta de los mismos en el tipo penal.

No existe una correcta definición de cada verbo rector al momento de decidir sobre la pena a imponer.

Los criterios que utilizan los juzgadores cuando se refiere al delito de pornografía no se aplican en relación a los verbos rectores por individual sino que se aplican en relación al delito como se establece en el Artículo 172 del código penal.

La aplicación de criterios de individualización es totalmente necesaria para la correcta aplicación de la ley en el accionar humano.

Los criterios de individualización de la pena son esenciales al momento de que el juzgador toma decisión en relación al delito de pornografía.

La pornografía a lo largo de la historia ha venido cambiando desde la antigüedad desde sus primeras formas a través de las cuales se difunde como lo era la escultura, la pintura, la fotografía y ahora en día el delito de pornografía se difunde a través de diferentes medios como el uso de la tecnología.

En el delito de pornografía para que haya una correcta individualización judicial de la pena es necesario atender a los verbos rectores del tipo para determinar la responsabilidad penal del sujeto activo del delito y una correcta imposición de la pena.

Los verbos rectores del tipo penal de pornografía constituyen un elemento importante para la determinación de la responsabilidad penal y el grado de afectación al bien jurídico protegido.

La responsabilidad penal del sujeto activo del delito en el delito puede ser similar en los casos donde exista un mismo propósito criminal y la misma

finalidad y puede ser distinta en los casos donde no exista ese mismo propósito criminal.

El grado de afectación al bien jurídico protegido depende de la acción realizada por el sujeto ya que no es lo mismo el hecho de fabricar y exhibir material pornográfico por que éstas son situaciones diferentes y por ende el grado de afectación varía.

Los motivos de carácter económico en ciertas ocasiones no es aplicable al delito debido a que la persona que solamente realiza la acción tipificada en la acción de exhibir lo puede hacer sin la finalidad de lucrarse económicamente.

En la actualidad el delito de pornografía ha perdido su razón de ser consecuencia de la aparición de nuevos tipos penales que regulan circunstancias similares del delito de pornografía como es el caso de la ley de delitos informáticos.

Los criterios de individualización de la pena deben ser de obligatoria observancia para los juzgadores para imponer una pena congruente a la conducta realizada por el sujeto activo del delito.

En la aplicación de salidas alternas como el procedimiento abreviado debe aplicarse criterios de individualización de la pena para la imposición de la sanción.

La valoración de los juzgadores difiere en el delito de pornografía, aun tratándose de casos similares, los criterios aplicados son diferentes.

En el delito de pornografía la conducta realizada por el sujeto activo puede llevar un ánimo de lucro, aunque no concurra el ánimo libidinoso en la conducta, pero estos pueden ser simultáneos.

En el cometimiento del delito de pornografía por lo general concurren otros delitos, sancionados con mayor pena, pero esta situación no debe restarle importancia a la lesión al bien jurídico protegido causada por este.

Recomendaciones

A LA FISCALIA

En el delito de pornografía para la correcta configuración del tipo es necesario que se establezca los verbos rectores bajo los cuales se está acusando al sujeto activo del delito.

En el delito de pornografía el material probatorio debe ser el que reúna las características de pertinente, útil e idóneo para comprobar la existencia del delito.

Se debe perseguir de mejor manera el cometimiento del delito de pornografía y salva guardar el bien jurídico protegido en los menores.

Que fiscalía realice una correcta tipificación de la conducta, estableciendo en los requerimientos y acusaciones por cuál de los verbos rectores se va a procesar al imputado.

A LOS JUECES

Debe hacerse una correcta valoración de las diferencias entre cada verbo rector al momento de tomar decisión sobre la individualización y la pena a imponer en el delito de pornografía.

Que el ente acusador preste la debida importancia al delito, estableciendo los mecanismos y procedimientos adecuados para la persecución del mismo.

A quien sea condenado por el delito de pornografía, dar un tratamiento especial en virtud de la naturaleza del delito cometido, y que tenga un efectivo avance dentro del régimen progresivo del sistema penitenciario salvadoreño.

A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Que el legislador establezca criterios idóneos aplicables al delito de pornografía, ya que el artículo 63 no es aplicado de forma íntegra en el delito.

AL ÓRGANO EJECUTIVO

Que con el fin de proteger a los menores y deficientes mentales se puedan crear los mecanismos, condiciones y las políticas necesarias que permitan disminuir las estructuras que se dedican a fabricar este tipo de material pornográfico y de la misma forma disminuir el acceso a la pornografía a los menores con el objeto de garantizar su desarrollo sexual y su derecho a la seguridad jurídica debido a que es un delito que en la mayoría de casos judicializados absuelven al sujeto activo del delito.

4.3 Fuentes de información

Libros:

Bolaños Hazel, Boldova Miguel, Fuertes Carlos, Delitos relacionados con la pornografía de personas menores de 18 años. Especial referencia a las tecnologías de la información y la comunicación como medio comisivo, 1ª Edición, Universidad Tecnológica de El Salvador, 2014.

Buompadre, Jorge E., Derecho penal parte especial, mave, Argentina, 2000.
Copp, David, Pornography and Censorship: An Introductory Essay, Prometheus Books, United States of America, New York, 1983.

Cornejo Vásquez, Inaplicación de penas mayores de treinta años de prisión en la zona oriental de el salvador 1999-2004

Crespo, Eduardo Demetrio, Prevención general e individualización judicial de la pena, Editorial B de F, España, 1999.

Donna, Edgardo Alberto, Delitos contra la integridad sexual, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2001.

García Carmelo Madrigal, Rodríguez Ponz Juan Luis, Derecho penal parte general judicatura, Editorial Carperi, Madrid, 2004.

Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal parte general, 5ª Edición, Granada, 2002.

López Betancourt, Eduardo, Delitos en particular, Editorial Porrúa, México, 2005.

Madrigal Martínez Pereda, Los delitos contra la libertad sexual, En Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 15, 1996.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de derecho penal parte general, Argentina, EDIAR, 1998.

Trabajos de graduación:

Aguirre López Oscar Rene, Hesi Castillo Frits Alonso, pornografía Infantil tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2009.

Argueta Roque Susana Marlene, Sabrían Centeno Marta Iris, La pena de setenta y cinco años de prisión en el código penal salvadoreño, tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2003.

Cornejo Vásquez Héctor Ernesto, Pozo Santos Iris Nohemí, Ramos Guevara Adalberto, Inaplicación de penas mayores de treinta años de prisión en la zona oriental de el salvador 1999-2004, Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2004.

Galdámez Guevara Evelin Marlene, Henríquez Evelyn Lisbeth, Rodríguez Soriano Elida Beatriz, La difusión de la pornografía por medio del internet como causante de agresiones sexuales, tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2014.

Hernández Bustamante José Orlando, Consideraciones sobre la individualización de la pena en las legislaciones Costarricense y Salvadoreña, Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 1979.

López Valero José Manuel, Nuevos paradigmas del juez de ejecución penal en México, tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014.

Nolasco Chavarría José Aresio, La Individualización De La Pena, Tesis para optar al grado de Doctorado, Universidad de El Salvador, 1998.

Legislación:

Código penal de El Salvador, El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998.

Código penal de España, España, congreso de los diputados, 1988.

Código penal de España, España, ministerio de justicia, 1973.

Constitución de la Republica de El Salvador.

Jurisprudencia:

Tribunal de Sentencia, Ahuachapán, Ref. 239-AP-L-2018, El Salvador, 2018.

Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Ana, sentencia condenatoria, Ref. 258-U-3-13, El Salvador, 2013.

Tribunal Primero de Sentencia, San Salvador, sentencia absolutoria, Ref. 277-1-2010, El Salvador, 2011.

Tribunal Tercero de Sentencia, San Salvador, Ref. 07-2013-1C, El Salvador, 2013.

Sitios Web:

<https://revistas.unlp.edu.ar/intercambios/article/view/8060>

<http://opac.fmoues.edu.sv/infolib/tesis/50107364.pdf>

<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4238/1/50101339.pdf>

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552005000100010

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/43800606315d8120062574b0007328bf?OpenDocument>

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/92f1ae0d2b83640306256b3e00747b28?OpenDocument&Click=>

https://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes2/Guia_ActuacionFiscal_ExploSex.pdf.

http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14354/gravedad_%20del_%20hecho.pdf?sequence=2

Fuentes hemerograficas:

De la Mata Barraco Norberto J., Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal, la pena justa, Revista Penal México, n. 6, 2014.

González Pablo Gastón, Inconvenientes en la tipificación e investigación en el delito de pornografía infantil (artículo 128 del código penal argentino) revista intercambios n.8, 2019.

Morales Patricia Zambrano, Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales, Revista de estudios historico-juridicos XXVII, n.27, 2005.

Diccionarios y Enciclopedias:

OSSORIO, M., Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.

Fuentes Históricas:

Código penal de El Salvador 1826

Código penal de 1859

Código Penal 1904.

Código Penal 1973.

4.4 Anexos

Anexo 1

Entrevista realizada al Dr. Gilberto Ramírez Melara- Juez de Instrucción.

- 1) En que consiste el delito de pornografía
- 2) El delito de pornografía solo se comete de forma dolosa o admite culpa o comisión por omisión
- 3) Que salidas alternas al proceso se le pueden aplicar al delito de pornografía
- 4) En el delito de pornografía al aplicar el procedimiento abreviado no hay criterios de individualización
- 5) Como juez le toco conocer formas de autoría del delito de pornografía
- 6) Cuáles fueron los parámetros que se tomaron en cuenta para la imposición de la pena
- 7) Cómo se aplica el delito de pornografía en el procedimiento abreviado
- 8) Cómo juzgador considera si se toman en cuenta los motivos económicos, sociales y culturales para la imposición de la pena
- 9) Se persigue el delito como debe de ser ya que por regla general no se da sentencia condenatoria
- 10) Por qué en algunas sentencias se deja de lado el delito de pornografía y se le da prioridad a otros delitos
- 11) Con esa valoración. Se podría considerar que esta disposición sería más bien derecho vigente pero no positivo
- 12) Respecto a los verbos rectores. El juez puede tomar como criterio individualizar al que vendiere y al que mostrare, como penas aparte aunque estén cometiendo el mismo delito
- 13) Considera que respecto algunas circunstancias según el artículo 63 C.pn sería necesario disponer de algún otro criterio para aplicar una pena

- 14) Considera que existe una deficiencia o vacío legal en los criterios de individualización de la pena o basta solamente con valorar el artículo 63 del código penal para la determinación de la pena
- 15) Si una persona cometió un delito contra la libertad sexual hace años y fue condenado y luego comete el delito de pornografía, valora el juez o toma una decisión respecto a esa otra sentencia condenatoria.

Anexo 2

Entrevista realizada a la Licda. María Magdalena Flores Orellana-Juez de sentencia.

- 1) En qué consisten las circunstancias o motivos económicos, sociales y culturales del autor que el juzgador valora en atención al delito de pornografía
- 2) Considera usted que los criterios de individualización de la pena son aplicados al momento de imponer una pena
- 3) Como juzgador usted encuentra una deficiencia o vacío en los criterios de individualización de la pena o basta solamente valorar el artículo 63 del código penal para la determinación de la pena
- 4) Cuando se impone una sanción por el delito de pornografía se hace referencia al verbo rector realizado por el sujeto activo o se impone de manera genérica
- 5) Será la misma responsabilidad penal del sujeto activo que ejecuta la acción de fabricar como para otro sujeto que se dedique a alquilar o exhibir material pornográfico o se tendría que poner penas por separado
- 6) En su calidad de jueza ha conocido respecto a este delito un caso?
- 7) En otro tribunal?
- 8) Y delitos referentes a la indemnidad sexual de los menores, como ha resuelto en otro caso que sea similar o qué criterios ha utilizado

- 9) A su criterio. Considera que el delito de pornografía se persigue como debe de ser, ya que por lo general no se dan sentencias condenatorias
- 10) Cómo se aplica el delito de pornografía en el procedimiento abreviado
- 11) Existe aplicación de criterios de individualización de la pena en el procedimiento abreviado.
- 12) Se hace en la práctica el análisis del artículo 63

Anexo 3

Entrevista realizada a la Licda. Gladis Margarita Salgado – Juez de Sentencia

- 1) Considera usted que los criterios de individualización de la pena son aplicados al momento de imponer una pena
- 2) Considera usted que los criterios de individualización de la pena son aplicados al momento de imponer una pena
- 3) Como juzgador usted encuentra una deficiencia o vacío en los criterios de individualización de la pena o basta solamente valorar el artículo 63 del código penal para la determinación de la pena
- 4) A su criterio ¿Considera que el delito de pornografía se persigue como debe de ser, ya que por lo general no se dan sentencias condenatorias?