

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



EL ERROR EN EL DELITO DE POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA

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

PRESENTADO POR:

ARAGÓN RAMOS, MAYNOR GIOVANNI
BAUTISTA FLORES, YANCY MARLENE
LÓPEZ SALINAS, STEPHANIE CAROLINA

DOCENTE ASESOR:

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DE 2021.

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE:

LIC. JOSÉ DAVID CAMPOS VENTURA

SECRETARIO:

LIC. DAVID OMAR MOLINA ZEPEDA

VOCAL:

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López,
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Msc. 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

Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Msc. Diana Del Carmen Merino de Sorto
DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

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

DEDICATORIAS

A Dios ya que sin él nada de esto sería posible, él mismo se encargó de darme fuerza para salir adelante y llegar a este momento; ha sido un largo y duro camino y le estoy muy agradecido.

A mi madre Gloria Guadalupe Ramos Aguilar, quien con su apoyo me motivó en cada etapa del estudio de esta carrera.

A mi amigo Abraham Ernesto Rivera Quijano y, a **mis amigas y compañeras** Stephanie Carolina López Salinas, Yancy Marlene Bautista Flores, por estar en muchas ocasiones apoyándome y animándome a seguir adelante en el camino de mi preparación.

MAYNOR GIOVANNI ARAGÓN RAMOS

Agradezco a Dios por guiarme en mi camino y darme las fuerzas para cumplir mis metas y permitirme culminar mi carrera.

Expreso mi gratitud a mis padres Rosa Marlene Flores de Bautista y Álvaro Efraín Bautista Flores, por su amor incondicional, por los valores y principios que me han inculcado, por estar conmigo en todo momento, por sus consejos, su apoyo y sacrificio que me han permitido cumplir con mis sueños y ser una mejor persona, y a mi hermano, por todo su apoyo incondicional que siempre me ha dado y ser muy importante en mi vida.

A mis amigos y compañeros, Stephanie Carolina López Salinas y Maynor Giovanni Aragón Ramos, por creer en mí y animarme a seguir adelante, por brindarme su amistad, su compañía, por su gran esfuerzo, dedicación y apoyo para culminar la presente investigación, y por compartir conmigo muchos momentos de alegría y diversión.

YANCY MARLENE BAUTISTA FLORES

En primer lugar, darle gracias a Dios por su fidelidad y su amor a lo largo de mi vida, por darme la fortaleza que he necesitado en cada momento, y darme la oportunidad de culminar mi carrera universitaria a pesar de todas las dificultades que han surgido a lo largo del camino.

Darles las gracias a mi familia, a mis padres Jaime Nelson López Arévalo, y Sandra Elizabeth Salinas de López, y a mi hermana Karla Beatriz López Salinas, por su apoyo incondicional en todo momento, por animarme a seguir luchando por mis sueños y no rendirme nunca, y por no dejarme sola en ningún momento, en especial a mis padres sobre todo por su amor y por buscar siempre la manera de hacer un esfuerzo adicional para que yo pudiera seguir estudiando; y a mi abuela Marta Miriam Guerrero Domínguez quien ya no está presente pero fue una persona indispensable en este camino, que me animo y me ayudó a valorar esta etapa de mi vida y me brindo su amor desinteresado siempre.

A mis compañeros y amigos de este proceso de grado, Yancy Marlene Bautista Flores y Maynor Giovanni Aragón Ramos, quienes me han brindado su amistad sincera a lo largo de estos años y que con su apoyo y trabajo en equipo hemos podido culminar el presente trabajo de investigación.

STEPHANIE CAROLINA LÓPEZ SALINAS

ÍNDICE

RESUMEN.....	i
SIGLAS Y ABREVIATURAS	ii
INTRODUCCIÓN.....	iv
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PORNOGRAFÍA Y DEL ERROR	1
1.1 Antecedentes históricos de la pornografía	1
1.1.1 Prehistoria	2
1.1.2 Edad Antigua	2
1.1.3 Edad Media.....	5
1.1.4 Edad Moderna	6
1.1.5. Edad Contemporánea.....	6
1.2 Antecedentes Históricos del Error	9
1.2.1 Derecho Romano.....	9
1.2.2 Derecho Germánico.....	11
1.2.3 Derecho Canónico	11
1.2.4. Derecho Penal Moderno	12

1.3 El error en el Derecho Penal Salvadoreño	13
1.3.1. El Código Penal Actual (1998)	14
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO DEL ERROR EN EL DELITO DE POSESIÓN DE PORNOGRAFIA	15
2.1 La posesión de pornografía	15
2.2 El delito de posesión de pornografía en el Derecho Penal Salvadoreño .	16
2.2.1 Víctimas del delito de posesión de pornografía:	17
2.2.2 El bien jurídico protegido	20
2.2.3 Naturaleza Jurídica	21
2.2.4 La Conducta típica	22
2.2.4.1 Elemento Objetivo.....	22
2.2.4.2 Elemento Subjetivo	23
2.2.5 Penalidad de la posesión de pornografía	23
2.3 El error en el derecho penal.....	24
2.4 Clases del error	25
2.4.1 Error de Hecho	26
2.4.2 Error de Derecho	27
2.4.3 Error de Tipo.....	27

2.4.4 Error de Prohibición	28
2.5 El error en el delito de posesión de pornografía.....	30
3.1 Desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación dentro de la Sociedad.....	34
3.2 Impacto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en El Salvador.	37
3.3 Las Tecnologías de la Información y la Comunicación como medios facilitadores para el cometimiento del delito de Posesión de Pornografía.	38
3.3.1 Las Tecnologías de la Información y la Comunicación como medio de difusión de material pornográfico	39
3.3.2 La posesión de pornografía como un ciberdelito	42
3.4 Tipos de ciberdelitos en relación a la posesión de pornografía de menores de edad, incapaces o deficientes mentales	44
3.4.1 Sexting.....	45
3.4.2 Grooming.....	46
3.4.3 Sextortion o sextorsion	47
3.4.4 Abuso y explotación sexual.....	47
3.5 Las Tecnologías de la Información y la Comunicación como medios inmediatos para la explotación sexual de menores de edad, incapaces o deficientes mentales	48

3.6 El uso inadecuado de las Tecnologías de la Información y la Comunicación como factores que vulneran los derechos menores de edad, incapaces o deficientes mentales.....	51
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CAPÍTULO IV: LEGISLACIÓN NACIONAL, LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LEGISLACIÓN COMPARADA..... 54

4.1 Legislación Nacional 54

4.1.1 Constitución de la República de El Salvador54

4.1.2 Código Penal Salvadoreño56

4.1.3 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia58

4.1.4 Ley de Salud Mental de El Salvador59

4.1.5 Ley Especial Contra Los Delitos Informáticos y Conexos60

4.1.6 Jurisprudencia de El Salvador60

4.2 Legislación Internacional 63

4.2.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....63

4.2.1.1 El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 63

4.2.2 La Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José.....64

4.2.3 La Convención sobre los Derechos del niño64

4.3 Legislación comparada sobre el delito de posesión de pornografía	66
4.3.1 Código Penal de Chile	66
4.3.2 Código Penal de España	67
4.3.3 Código penal de Costa Rica	68
4.3.4 Código Penal Federal (México)	69
4.4 Desarrollo de Entrevistas	71
4.4.1 Entrevistas a Jueces de Tribunales de Sentencia y Magistrado de la Cámara Tercera de lo Penal de San Salvador.	71
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES.....	91

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se analiza el Error en el delito de posesión de pornografía, regulado en el artículo 28 C.Pn., y en el artículo 173-A C.Pn., en primer lugar es importante estudiar la evolución histórica y la importancia del error como una figura que puede surgir dentro de la comisión del delito de posesión de pornografía, dentro del cual las víctimas son las personas menores de edad y las personas incapaces o deficientes mentales, que son utilizadas en material pornográfico o erótico. A partir de este análisis se desglosan diferentes puntos que son importantes incorporar a dicha investigación, como la vulneración del bien jurídico protegido de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales, la vulneración de los derechos de éstos de acuerdo al desarrollo de su sexualidad; las tecnologías de la información y la comunicación como medios que permiten la facilidad del cometimiento del delito, en las cuales se puede obtener este tipo de material pornográfico y almacenarse en cualquier dispositivo móvil e incluso la derivación de otros delitos más graves.

De acuerdo al enfoque jurídico en el que se estudia el delito de posesión de pornografía y la incidencia del error dentro de este, es importante mencionar las diferentes normativas secundarias que nos permiten llevar a cabo el desarrollo de la investigación y la correcta aplicación de acuerdo a las circunstancias dadas en el cometimiento del delito, así mismo la ley especial, y los tratados internacionales que velan por el cumplimiento de las normas y velan por los derechos de las víctimas; de igual manera ha sido de gran ayuda para dicha investigación las entrevistas realizadas a Jueces de Tribunales de Sentencia y Magistrado de Cámara de lo penal, que se llevaron a cabo con el fin de esclarecer las dudas existentes y de conocer un punto de vista desde la práctica y aplicación de las leyes.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
LECDI	Ley Especial Contra los Delitos Informáticos y Conexos
DUDH	Declaración Universal de Los Derechos Humanos
CDN	Declaración de Ginebra o Convención sobre los Derechos del Niño
CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos
TIC'S	Tecnologías de la Información y la Comunicación
A.C.	Antes de Cristo
D.C.	Después de Cristo
RAE	Real Academia Española

ABREVIATURAS

Cn.	Constitución
C. Pn.	Código Penal
Art.	Artículo

Inc. Inciso

Lit. Literal

No. Número

Ord. Ordinal

C. Pr. Pn. Código Procesal Penal

INTRODUCCIÓN

La presente investigación que se titula EL ERROR EN EL DELITO DE POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA, tiene por objeto dar a conocer el fenómeno delictivo de la posesión de pornografía, tipificado en el Artículo 173-A del Código Penal, teniendo como propósito identificar la existencia del error dentro de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales del ilícito de posesión de pornografía, y analizar de qué forma las tecnologías de la información y la comunicación influyen en el cometimiento de este delito.

En cuanto a las razones que justifican la realización de la presente investigación, tenemos la incidencia del error, tipificado en el Artículo 28 del Código Penal como error vencible y error invencible, derivados del Error de Tipo y Error de Prohibición; el primero, se entiende como la representación errónea de los elementos que integran el tipo objetivo del delito y el segundo, aquel que presume que el autor desconoce sobre la ilicitud de su conducta, o que está prohibida su realización, lo anterior, con la intención de comprender e interpretar los elementos que originan el error en el delito de posesión de pornografía, que debido a su inadecuada regulación y aplicación, sanciona únicamente la acción de poseer material pornográfico, vulnerando la indemnidad sexual de personas menores de dieciocho años, y la libertad sexual de personas incapaces o deficientes mentales, y que, con la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación, se ha facilitado de gran manera el acceso inmediato a plataformas en las que se puede obtener este tipo de material ilícito.

Por lo que, la formulación del problema de investigación radica en cómo las tecnologías de la información y la comunicación son medios facilitadores para la obtención y utilización de imágenes de niños, niñas, adolescentes, e

incapaces o deficientes mentales en actividades pornográficas o eróticas; teniendo como principal objetivo, conocer la relevancia que tiene la existencia del error en el delito de posesión de pornografía.

Para la elaboración de la presente investigación y el logro de los objetivos de la misma, se pretende utilizar como metodología “la investigación de campo”, mediante el instrumento de la entrevista, la cual se pretende realizar a Jueces de Tribunales de Sentencia y Magistrado de Cámara de lo Penal, con el fin de obtener conocimiento complementario a dicha investigación, y así también la investigación de “tipo documental”, como una estrategia de obtención de diversas fuentes de información bibliográfica, tales como libros, tesis, sitios web, revistas, tanto nacionales como internacionales, así como también, se utilizará legislación y jurisprudencia salvadoreña. De ahí que las limitantes o dificultades que pueden surgir en el desarrollo de la presente investigación, es referente a la escasa información sobre el tema, por lo que, será necesario realizar una investigación por separado sobre la posesión de pornografía y sobre el error para obtener un resultado satisfactorio respecto al tema que es el error en el delito de posesión de pornografía.

Asimismo, nuestra investigación se encuentra estructurada por cuatro capítulos, el Capítulo I, en el cual se exhiben todos aquellos antecedentes históricos y doctrinarios que determinan el origen y evolución del fenómeno de la pornografía y del error, permitiendo así, la noción que en la actualidad se tiene de cada uno de ellos, en cuanto a la pornografía, respecto de su configuración para determinarse como una figura delictiva, y en cuanto al error, respecto de sus inicios desde su aplicación en el derecho romano, hasta la actualidad, y su configuración en la legislación penal salvadoreña; en el Capítulo II, lo que se pretende es que el lector comprenda todos los elementos que se llevan a cabo dentro del delito como tal, por consiguiente la incidencia

que la figura del error tiene sobre este ilícito, y cómo el cometimiento del mismo puede traer consecuencias a lo largo de su desarrollo como la explotación sexual o trabajo forzado para las víctimas; en el Capítulo III, se desarrollará lo relativo a las tecnologías de la información y la comunicación, ya que son fundamentales dentro de esta investigación, pues los medios de comunicación que hoy en día se conocen como redes sociales, sitios web, y todas las plataformas que en la actualidad han surgido, llevan a la facilitación del delito de posesión de pornografía mediante la obtención fácil y rápida de material pornográfico, y a la vez a su difusión inmediata, causando un impacto negativo dentro de la sociedad; y finalmente, el Capítulo IV, pretende realizar un análisis de la legislación nacional e internacional, en relación al delito de posesión de pornografía, mencionando como norma principal en El Salvador, la Constitución de la República, y como normas secundarias el Código Penal, la Ley de Protección Integral para la Niñez y la Adolescencia y la Ley Especial Contra Delitos Informáticos y Conexos, como medios de regulación de conductas y control del cometimiento de este ilícito, así como también las leyes internacionales, que permiten el fortalecimiento en la mayoría de Estados en adoptar leyes y normas sobre derechos humanos, garantizando su debida aplicación; asimismo, la legislación comparada que no permite analizar la regulación del delito de posesión de pornografía en otros países, y por último se realizan entrevistas a jueces de Tribunales de Sentencia y a un Magistrado de Cámara de lo Penal, de la Primera sección del centro de san salvador con el objetivo de ampliar el conocimiento respecto de esta investigación.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PORNOGRAFÍA Y DEL ERROR

El presente capítulo tiene como propósito establecer los antecedentes históricos de la pornografía, desde su origen y su evolución en las diferentes edades de la historia, hasta determinarse como una figura delictiva, asimismo en cuanto a la figura del error, se presentan sus antecedentes históricos, sus inicios desde su aplicación en el Derecho Romano hasta la actualidad y su configuración dentro de los diferentes códigos penales en el Salvador, y de la teoría del delito, permitiendo así, la noción que en la actualidad se tiene de cada uno de ellos.

1.1 Antecedentes históricos de la pornografía

A través de la historia de la humanidad se han realizado diversas manifestaciones en relieve, pintura, escultura, literatura, espectáculos, dibujo, caricatura, fotografía, audio y película sobre el cuerpo y sus partes al desnudo en posiciones que sugieren la actividad sexual explícita; este tipo de manifestaciones pueden ser de carácter erótico, religioso, artístico, científico y pornográfico. La interpretación de dichas representaciones es diversa y va desde el sentido estético hasta el obsceno; pues todo depende de la percepción de quien o quienes diferencien el límite entre arte y pornografía.

Etimológicamente, el término “pornografía” hace referencia a la descripción de la vida y costumbres de las prostitutas; la palabra pornografía está compuesta por los vocablos, graphos derivada del latín “graphicus” y del griego

“graphikós”, que significa: “escritura” o “dibujo”; y porno, del griego pórne que significa “ramera”¹.

1.1.1 Prehistoria

En las culturas occidentales y orientales primitivas de la historia humana, se representaban las zonas erógenas del cuerpo humano a través de recreaciones pictóricas, las cuales eran vinculadas con creencias religiosas o espirituales, que establecían el culto totémico hacia las estructuras anatómicas de la procreación: el culto hacia el útero y el culto fálico, considerados como “depositante de vida”, sin que se considerara pornografía, porque no existía esa figura.

1.1.2 Edad Antigua

En la Antigüedad los griegos, romanos y egipcios, tenían preferencias eróticas y tabús sexuales, la desnudez era considerada natural y se adoraban figuras que mostraban explícitamente el cuerpo humano.

Las sociedades clásicas en la Antigua Grecia y en el Antiguo Imperio Romano consideraban como base de la expresión artística la sexualidad humana, pues existía una fuerte fijación por la representación de seres mitológicos y representaciones del cuerpo humano, además que, el cuerpo femenino representaba la belleza y la fertilidad, y el cuerpo masculino representaba la fuerza y masculinidad.

Dentro de la mitología griega figuraban prácticas como la poligamia, la homosexualidad, la pederastia, el abuso sexual, las relaciones amo-esclavo,

¹ Edith Yesenia Peña Sánchez, “La Pornografía y la Globalización del sexo”, *Revista El Cotidiano*, n.174 (2012): 47, <https://www.redalyc.org/pdf/325/32523137006.pdf>

el sexo grupal, el transgénero, la intersexualidad y bestialidad; el arte clásico era frecuentemente falocentrico, es decir que se centraba en los genitales como forma de artes plásticas como la pintura, la escultura, la cerámica y el mosaico, con una intención probablemente pornográfica², realizaban orgías para adiestrar a los más pequeños a esas prácticas perversas, pero cualquier beso en público era muy mal visto por la aristocracia griega y romana.

En los últimos años de la Antigüedad clásica, la sodomía perdió su condición de abominación y comenzaron a practicarla tanto hombres como mujeres, como método anticonceptivo³.

Un dato que es importante señalar durante la época romana, es la ciudad de Pompeya, no obstante, no existe una fecha exacta de su origen, los restos más antiguos encontrados de la ciudad, datan en el siglo IX a. C. pero según las investigaciones se dice que la ciudad, ya debía existir en el siglo VI a. C. La ciudad romana llamada Pompeya era conocida como la “ciudad del pecado” o la “ardiente capital del sexo”, lugar en donde predominaba la intensa actividad sexual y se vivía un erotismo sin tapujo. El arte erótico o erotismo se encontraba por todos lados y en diversas formas: pinturas, murales, graffiti, objetos; que aparecían por toda la ciudad en edificios públicos, en las casas, en las puertas, en las habitaciones, en la calzada y por supuesto en los lupanares; lupanar significa “guarida de lobas”; los romanos usaban este

² Daniel Pizarro Saavedra, Anthony Muñoz Castro, “La Pornografía”, *Revista Fundación Centro Colombiano de Estudios Profesionales*: 4, <https://es.calameo.com/read/004309377c21f3e8ddcc2>

³ “El sexo en la Antigüedad: mitos, tabús y perversiones”, *El Confidencial*, acceso el 02 de septiembre de 2020, https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2013-08-02/el-sexo-en-la-antigüedad-mitos-tabus-y-perversiones_14037/

término para referirse a los burdeles, debido a que a las prostitutas se les llamaba vulgarmente así en honor a las “lupas” (lobas), pues según las creencias de los romanos a las prostitutas se les consideraban “hembras promiscuas”.

Todo aquel que buscaba un poco de placer se podía guiar con los dibujos de penes colocados en lugares estratégicos que señalaban la ubicación de los lupanares, los cuales tenían licencia municipal y eran pequeñas habitaciones destinadas a consumir el acto sexual, ahí se encontraban camas talladas en piedra cubiertas por colchones y una cortina como único elemento de privacidad, las paredes estaban decoradas con escenas eróticas o imágenes pornográficas en las que se observaban parejas teniendo sexo en posiciones sexuales explícitas, en donde se podía apreciar todo tipo de ilustraciones de relaciones sexuales diversas como heterosexuales, homosexuales, lésbicas, orgías, sexo en grupo, e incluso zoofílicas⁴, es decir, que el arte se unificaba con la pornografía y se ilustraba la vida sexual. Asimismo, se encontraban las “termas suburbanas”, los cuales eran balnearios públicos muy frecuentes en la civilización romana, en estos sitios, también podían encontrarse ilustraciones como: orgías, tríos y sodomía.

Pero este arte erótico, también sirvió para expresar la moral sexual del momento, pues, en lo que refería al sexo, los romanos distinguieron lo legal y lo ilícito, ya que la sexualidad estaba vinculada a reglas estrictas que imponían comportamientos determinados por el estado social de cada persona, es decir, que las relaciones sexuales implicaban relaciones de poder entre dominantes (ciudadanos romanos, a veces ricos amantes de la casa) y dominados (esclavos, prostitutas), por lo que, el ciudadano romano dominante, tenía que

⁴ *Tengerenge*, “Pompeya la capital del sexo. Italia”, (Blog), acceso 9 de septiembre de 2020, <http://tengerenge.com/pompeya-la-capital-del-sexo-italia/>

desempeñar un papel percibido como viril. Además, el placer no era mutuo o compartido, sino que solamente lo recibía el ciudadano romano dominante, y era lícito que estas personas utilizaran a esclavos y prostitutas como juguetes sexuales en vivo⁵.

1.1.3 Edad Media

En la edad media donde dominaba fuertemente el cristianismo, la pornografía era vista como una forma de lujuria, y se consideraba un pecado mortal junto a la masturbación, la fornicación, la sodomía, el adulterio y la prostitución, las cuales eran ofensas criminales o innaturales y que el cristianismo castigaba con la tortura y la muerte en la inquisición.

A finales de la edad media, se produjeron obras literarias, en las cuales se introducía la ficción erótica, y se mostraba a la pornografía de una forma semejante a la actual; y en el siglo XVI durante los primeros años del renacimiento italiano, surge la imprenta como forma de reproducción de literatura y grabados, en los cuales se ilustraban escenas pornográficas de la mitología greco-romana mostrando desnudos y sexo explícito, mismos que fueron decomisados y destruidos según órdenes del Papa Clemente VIII. En las artes plásticas influenciadas por el humanismo renacentista, reaparecen el desnudo y la admiración del cuerpo humano, aunque el arte pornográfico comienza a distinguirse del arte simplemente erótico⁶.

⁵ “La pornografía, un arte generalizado en Pompeya”, Nuevo Periódico, acceso 09 de septiembre de 2020, <https://nuevoperiodico.com/la-pornografia-un-arte-generalizado-en-pompeya/>

⁶ Daniel Pizarro Saavedra, Anthony Muñoz Castro, “La Pornografía”, Revista Fundación Centro Colombiano de Estudios Profesionales, 5, <https://es.calameo.com/read/004309377c21f3e8ddcc2>.

1.1.4 Edad Moderna

Durante el siglo XVI la literatura erótica se ve frenada por distintas visiones morales sobre la obscenidad, lo que provoca que los autores publiquen sus obras bajo nombres falsos y con ciertas limitaciones en su distribución. En el siglo XVIII se populariza el arte erótico con la aparición del arte rococó, y durante los últimos años del arte barroco, cuyo erotismo era principalmente sutil y moderado, recurriendo al desnudo y a escenas que marcaban sentimientos como el amor, la pasión, la felicidad y la ira.

1.1.5. Edad Contemporánea

El significado del término pornografía fue variando a través del tiempo, pues no existía formalmente, hasta que el novelista francés Nicholas Edmé Restif de la Brétonne, lo utiliza en la impresión de “Le pornographe ou la prostitution réformée”, el cual contenía una propuesta de reformas sobre la práctica de la prostitución. No obstante, la definición de pornografía no se incorpora a los tratados, diccionarios y enciclopedias sino hasta mediados y finales del siglo XIX, a partir de entonces la producción y difusión de pornografía fue castigada como un delito contra la moralidad pública o contra las buenas costumbres referidas al honor y pudor sexuales.

La popularización de la pornografía se desbordó a finales del siglo XIX con los avances tecnológicos como las cámaras fotográficas, que permitieron inmortalizar la imagen y circular de manera masiva fotografías de desnudos y sexo explícito, mismas que aparecieron en 1840. De forma similar la difusión de la pornografía se amplió con la aparición del cine, que conllevó la producción de películas pornográficas; consecuentemente, también se comenzó a reproducir, comercializar y recopilar imágenes de contenido sexual en las que aparecían menores de edad.

Las primeras revistas eróticas, surgieron en Francia a finales del siglo XIX y se vendían por suscripción, lejos de los ojos de las autoridades, y contenían solamente desnudos de mujeres que, a diferencia de la producción cinematográfica erótica, contenían representaciones más explícitas como el sexo oral, anal o incluso las penetraciones a hombres⁷; años después comienza su producción masiva gracias a la fotolitografía, junto con una amplia variedad de instrumentos como tarjetas postales, calendarios, juegos, y continúa desarrollándose hasta nuestros días, a través de la impresión gráfica de escritos, cortos eróticos, medios de comunicación y espectáculos, en una variedad de mercancías tales como revistas, libros, videos, dvd, hotline, webcam, celulares, internet, table dance y sexo en vivo.

En la actualidad, la pornografía ha perdido su antiguo sentido de “tratado sobre la prostitución”, y su expansión es global, concibiéndose generalmente como una representación de “cosas obscenas” o el hecho de plasmar o manifestar un acto sexual explícito a través de medios gráficos, el cual involucra una relación de consumo y un acto, la mayoría de las veces de tipo comercial; en tal sentido, la pornografía engloba un único objetivo, que es conducir por sí misma a generar una reacción de excitación sexual y una posible respuesta sexual o placentera autosuficiente, y que puede llegar a ser un accesorio para las relaciones sexuales; por lo que géneros, subgéneros y expresiones porno implican una serie de complejas relaciones que comportan libertad de expresión, prohibición, violencia, discriminación, expresión de preferencias, libertad sexual, imposición de estereotipos, comercio sexual, entretenimiento, campo laboral, mitos e incluso asociándose con ciertos delitos.

⁷*Una historia desconocida de la pornografía y lo que revela de nuestras preferencias*, El Confidencial. com, acceso 02 de septiembre de 2020, https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2014-05-10/una-historia-desconocida-de-la-pornografia-y-lo-que-revela-de-nuestras-preferencias-sexuales_127279/

Cronológicamente, el interés por la pornografía encuentra su auge en los años sesenta, en los Países Bajos, donde eclosiona como fenómeno de manera simultánea a la llamada “revolución sexual” en los Estados Unidos. Esta situación permitió el incremento de la producción y difusión de pornografía de personas menores de edad. Así, para el año de 1977 se hallaban en circulación en Estados Unidos alrededor de 250 revistas de pornografía infantil. Fue esta eclosión de pornografía infantil la que impulsó su persecución legal a finales de los años setenta y principios de los años ochenta, causando finalmente que la producción y distribución de este tipo de pornografía disminuyera y quedara relegada en ámbitos marginales, con fotografías de baja calidad, difíciles de obtener y con un precio muy elevado⁸. Aunque en la actualidad todavía existe una controversia sobre lo que es el arte y la pornografía, hay un consenso de lo que no es pornografía y que se relaciona con las expresiones culturales de arte erótico y uso ritual o ceremonial colectivo, como el culto a la fertilidad y el culto fálico en sociedades antiguas y contemporáneas.

Mientras que en El Salvador, en el año 1890 el Código Penal establecía, en su capítulo de *Delitos de escándalo público*, exactamente en el art. 396, que se castigaría con penas de arresto mayor y reprensión pública a los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, e incurrían en multa de quince a cincuenta pesos los que expusieren o proclamaren, por medio de la imprenta y con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública (art. 397). De forma similar, en el libro tercero: *De las faltas y sus penas*, el art. 518 establecía las penas de arresto menor, multa de cinco a veinticinco pesos y reprensión privada para

⁸ Hazel Jasmin Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Carlos Fuertes Iglesias, “Delitos Relacionados con la pornografía de personas menores de dieciocho años”, *Revista Colección Investigaciones*, n.34 (2014): 13.

los que, con la exhibición de estampas o grabados o con otra clase de actos, ofendieren la moral y las buenas costumbres sin cometer delito. De hecho, la sanción de la pornografía como un delito contra el pudor se mantuvo hasta el Código Penal de 1973, en el cual el artículo 212 castigaba por el delito de pornografía a “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 lo editaren, vendieren o distribuyeren o exhibieren, serán sancionados con diez a cien días multa”⁹.

1.2 Antecedentes Históricos del Error

No se puede determinar con precisión en qué momento empezó a tener relevancia el error para eximir de la pena al autor de un hecho considerado delito; pero fue después de haberse superado la época de la pura responsabilidad objetiva, donde solo interesaba el resultado producido sin tomar en cuenta la intención del sujeto, situación que en Alemania imperó en la época germánica y aun durante la Edad Media.

1.2.1 Derecho Romano

Según los antecedentes históricos de error, la primera división se encuentra a partir del Derecho Romano, en donde se señala el error de hecho y el error de derecho; de tal manera que se concibe al error de hecho, como aquel que se refería a las condiciones materiales que se exigen para la aplicación de una regla de derecho; y al error de derecho como aquel que versaba sobre el derecho objetivo, por lo cual la expresión que fundamentó al Derecho Romano para negar la excusabilidad del error de derecho fue *"iurisquidem ignorantiam*

⁹ Ibíd.

ei queno recefactivo o í grantiam nos nocere" la cual significa: "la ignorancia de la ley o del derecho perjudica, la ignorancia del hecho no perjudica"¹⁰.

Sin embargo, el principio general del derecho romano era que el error en sí mismo no producía ningún efecto, lo que solo se reconocía en virtud de excepciones y siempre que no hubiera concurrido la culpa, además, estas dos clases de error no recibían igual tratamiento, pues si bien ninguno se aceptaba cuando eran producto de una gran negligencia, en el error de hecho dicha negligencia se debía probar, en cambio el error de derecho solamente se presumía, ya que provenía de la circunstancia de las reglas de derecho. Aunque el Derecho Romano no establecía principios generales, de las diversas disposiciones particulares, Friedrich Karl Von Savigny, quien fue un jurista alemán, extracta las siguientes reglas en cuanto a los delitos se refiere: distingue en primer lugar los delitos en los que basta un acto exterior para constituirlos, de lo cual son punibles de igual forma tanto el dolo, como la culpa; y en segundo lugar, delitos que además del acto exterior es necesario la concurrencia de la voluntad culpable, es decir, que se tenga la conciencia de la violación del derecho; por lo tanto si hay ausencia de tal voluntad no existe el delito.

Pero cuando el error descansa sobre la existencia misma de la ley penal, la ignorancia de la ley no excluía el dolo, ni la responsabilidad, ya que había obligación de conocer la ley; sin embargo, se admitían ciertas excepciones: 1) los menores 2) las mujeres 3) los labradores (rusticitas o torpe); y 4) los soldados, pero que no funcionaban en forma amplia y total, sino que reconocían limitaciones en razón de la naturaleza de la ley que se ignoraba,

¹⁰ José Fredesvindo Flores, "El Error en la Legislación Penal Salvadoreña" (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1994).
<http://www.csj.gov.sv/BVirtual.nsf/0/43c7771efef6946806257643007154ee?OpenDocument>.

es decir que dichas excepciones sólo era admitidas para las leyes penales de naturaleza local, es decir, el "juriscivilis" que recogía las particularidades de las costumbres de cada pueblo, y no así para las "jurisgentium" que era el derecho natural común a todos los hombres, que se revela naturalmente a la conciencia del hombre.

1.2.2 Derecho Germánico

El derecho germánico desconocía totalmente el problema del error de derecho; ya que en los Estados Germánicos aun durante la Edad Media predominaba el principio de la responsabilidad, descartando por completo la posibilidad de fundar la responsabilidad en el culpabilidad, pero con la recepción del derecho romano por vía legislativa en el orden penal, se llega a la creación del primer Código Penal y Procesal del imperio, en el cual se sustituye la responsabilidad objetiva por la basada en la culpabilidad. El presupuesto de la punición es el dolo malo y excepcionalmente la culpa; sin embargo, las causas de justificación y de inculpabilidad estaban ligadas a la casuística, pero de una manera suficientemente elástica, como para permitir su desarrollo en la práctica posterior¹¹.

1.2.3 Derecho Canónico

El Derecho Canónico reaparecen las diversas clases de error e ignorancia y brindó un valioso aporte, ya que alrededor del siglo XVI, se dieron una serie de excepciones al principio civilista, el cual estaba fundamentado en que "la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad penal", y se consagra una norma según la cual, cuando el error es invencible excluye la responsabilidad y la pena; incluso, cuando se trata de error de derecho, consagrándose esta

¹¹ Lucio Eduardo Herrera. El error en materia penal. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991), 13.

norma en el Código de Derecho Canónico en el cual se lee: "legis inculpable" que significa que no se imputa la ignorancia; sin embargo en otros casos se disminuye la pena¹².

1.2.4. Derecho Penal Moderno

Los postulados del Derecho Romano sobre el error fueron decisivos en el Derecho penal moderno, tanto así, que todavía se mantienen en nuestros días en grandes sectores del pensamiento penal, por lo que solamente se puede excusar el error de hecho y no el error de derecho, es decir que se comienza a ver como una obligación ciudadana que se tenga la obligación de conocer el derecho, o sea las facultades y los derechos públicos individuales, que todos deben conocer y a las que correspondan con respecto al Estado, aludiendo a que no puede admitirse la ignorancia de la ley, para evadir la responsabilidad. A pesar de los conceptos y teorías que se han expuesto, es la teoría de la culpabilidad la que resuelve satisfactoriamente la problemática del error en materia penal, debido a que la culpabilidad concibe el dolo natural como elemento subjetivo del tipo, y el error sobre los hechos estructurales de la figura delictiva excluye el dolo y con ello el tipo; y el error sobre la prohibición (antijuridicidad) excluye la culpabilidad, no el dolo, ni el tipo.

Con la evolución histórica del error en materia penal, podemos decir entonces que el error de hecho y error de derecho anteceden a lo que hoy en día conocemos como error de tipo y error de prohibición, ya que debido a que su aplicación era meramente civil, fue hasta mediados del siglo XX, cuando el error de tipo y error de prohibición comienzan a tener vigencia en las distintas legislaciones penales, en países como Alemania, España y El Salvador,

¹²José Fredesvindo Flores, "El Error en la Legislación Penal Salvadoreña" (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1994).
<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/43c7771efef6946806257643007154ee?OpenDocument>.

concibiendo al error de prohibición como aquel que versa sobre las circunstancias que dan al hecho la condición de ilícito, y al error de tipo como aquel que recae sobre las circunstancias de hecho que pertenecen a la figura delictiva.

1.3 El error en el Derecho Penal Salvadoreño

El Salvador ha tenido en la historia 6 códigos penales. El primero de 1826, el segundo de 1859, el tercero de 1881, el cuarto de 1904, el quinto de 1973, y el código actual de 1998. El Código de 1826, es copia del Código Penal español de 1822; el de 1859, es una adaptación mucho más progresiva y humanitaria del de 1848 y los códigos de 1881 y 1904, se ciñen a la sistemática del Código español de 1870.

En cuanto a los códigos penales anteriores al código de 1973, se puede decir que éstos, únicamente regulaban el error de una manera incipiente y sólo en la identidad de la persona y el golpe, como podríamos confirmar al leer el Art. 1 del Código de 1826; Art. 1 inciso 3° del Código de 1859; Art 1 inciso 2° del Código de 1880; y el Art. 1 inciso 3° del Código de 1904; artículos que contenían el siguiente texto: Art. 1, inciso 3°, de los códigos de 1826, 1859 y 1904, decían "*El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se le proponía ofender*". El Art. 1, inciso 2° del Código de 1880 decía: "*El que cometiere voluntariamente un delito incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuera distinto del que se había propuesto ejecutar, o aunque recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender*".

De lo anterior, se deduce que estos artículos regulaban lo que se conoce como error in persona o error sobre la persona y la aberratio ictus o error en el golpe

que se conocía como error accidental, regulado en el Art. 30 del Código Penal 1973, constituyéndose como un error de tipo accidental o no esencial, tal artículo regulaba error en persona o en objeto, y literalmente decía: *“el que cometiere un hecho punible incurrirá en responsabilidad, aunque el daño recaiga en persona distintita de aquella a quien se proponía ofender o fuere distinto del que se proponía causar”*.

En nuestro país, siempre se aplicaron las normas del Derecho civil, en cuanto a la figura del error, como normas comunes aplicables a toda situación o casos que no estuvieran regulados en otros cuerpos de leyes; por lo que, los casos de ignorancia de la ley eran tratados según una disposición que se conoce desde el Derecho romano y que está presente en el art. 8 del Código Civil Salvadoreño que dice: *“No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona...”*; pero con el Código Penal de 1973, se reguló expresamente en el art. 3 C.Pn., que nadie está exento de responsabilidad penal, por el simple hecho de alegar que ignora la norma penal.

1.3.1. El Código Penal Actual (1998)

En el nuevo código penal salvadoreño de 1998, se introdujo un cambio fundamental, como lo es, la incorporación de la figura del error en materia penal, materializándose mediante el Art. 28 del C. Pn., en el que se regula el error vencible y el error invencible, por lo cual, no se encuentran regulados expresamente tal como se conocen, pero debido a que tienen naturaleza dogmática, el error de tipo y el error de prohibición dan al juzgador una facultad para aplicar la sana crítica en los casos concretos que ante su conocimiento puedan someterse. Lo anterior, se explica partiendo de la dificultad que existe para probar cualquier tipo de error, ya que ambos tienen elementos comunes.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO DEL ERROR EN EL DELITO DE POSESIÓN DE PORNOGRAFIA

El presente capítulo tiene como propósito establecer el fundamento doctrinario la posesión de pornografía y el error, estableciendo lo que es la posesión de pornografía y como el delito de posesión de pornografía se regula en el derecho penal salvadoreño, constituyéndose como un delito contra la indemnidad sexual de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, e indicando su naturaleza jurídica, conducta típica y la penalidad de este delito; así como el error en el derecho penal salvadoreño, las clases de error .

2.1 La posesión de pornografía

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término "poseer"¹³, tiene dos significados, el primero hace referencia a "tener una cosa", lo cual, no indica que haya una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico, sino que solamente hace alusión al hecho de tener una cosa; y el segundo significado, dice que poseer es "ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella".

Para el autor Juan Pablo Cox Leixelard "poseer un objeto o cosa" consiste en ejercer cierto control sobre ella, es decir, acceder y disponer de la misma, en tal sentido, mientras el sujeto conserve la cosa, se entenderá que la posee. Por lo que, aunque no se define estrictamente, lo que es la posesión de

¹³ "RAE ASALE: poseer" Diccionario de la Lengua Española, edición del tricentenario, acceso el 23 de septiembre de 2020, <https://dle.rae.es/poseer?m=form>

pornografía, la podemos entender como tener todo aquel material pornográfico o erótico en el que se exhibe la imagen de personas desnudas o en actos sexuales explícitos; el hecho de "poseer" presume que existe un consumo de material pornográfico, para satisfacer una necesidad o deseo.

2.2 El delito de posesión de pornografía en el Derecho Penal Salvadoreño

El Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 1030, de fecha 26 de abril de 1997, ya regulaba los delitos vinculados con la pornografía de personas menores de edad, en el Título IV de los “Delitos contra la libertad sexual”, dentro del cual se encontraba el Capítulo III denominado “otros ataques a la libertad sexual”; que en un principio tipificaba el delito de “Utilización de menores con fines pornográficos y exhibicionistas” como “el que utilizare a un menor de dieciocho años, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a sesenta días multa”. Sin embargo, con los avances tecnológicos, y con la mayor facilidad de acceso a estos recursos, particularmente del Internet, la legislación salvadoreña se vio en la necesidad en el año 2003 de reformar y reforzar los tipos penales de los delitos vinculados con la pornografía de menores por medio del Decreto Legislativo No. 210 de fecha 25 de noviembre de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 4, Tomo 362, de fecha 08 de enero de 2004, regulando el delito de posesión de pornografía en el Art. 173-A del código penal salvadoreño, que dice “El que posea material pornográfico en el que se utilice la imagen de personas menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales, en actividades pornográficas o eróticas, será sancionado con pena de dos a cuatro años”; es decir que, se sanciona el delito de posesión de pornografía, refiriéndose únicamente a la “acción de poseer” todo tipo representaciones de material pornográfico o erótico. La conducta típica entonces consiste en “poseer”, lo

que implica, tener en su poder material pornográfico, siempre y cuando en el mismo se utilicen imágenes de menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales que aparezcan en actividades pornográficas o eróticas, haciendo alusión exclusivamente a la “imagen”. Este es un delito de mera actividad, debido a que se sanciona la simple posesión, generalmente para el autoconsumo.

2.2.1 Víctimas del delito de posesión de pornografía:

En Derecho penal se entenderá como víctima a la persona física que sufre un daño provocado por otro sujeto o que sufre violencia injusta en sí o en sus derechos. De acuerdo al Art. 105 N°1 Pr. Pn., se considera víctima al directamente ofendido por el delito, es decir que el numeral mencionado cuando se refiere “al directamente ofendido por el delito” se debe considerar a la víctima sobre la base del daño causado por el delito; particularmente, en el delito de posesión de pornografía, son consideradas víctimas los menores de dieciocho años y los incapaces o deficientes mentales. Debemos entender que el menor de dieciocho años, es todo individuo que tenga la minoría de edad, la cual abarca toda la infancia y parte de la adolescencia, y tal determinación dependerá estrictamente de lo que estipule la legislación establecida en cada país. En El Salvador mientras no se cumplan los dieciocho años de edad se considera menor de edad.

En términos jurídicos, los menores de edad son aquellos individuos que todavía no alcanzan la mayoría de edad, como ya dijimos, y por tanto están sometidos al régimen que se conoce como autoridad parental de conformidad a los Arts. 206 y 207 del Código de Familia, esto quiere decir que viven bajo autoridad de sus progenitores (de sus padres), a quienes la ley les otorga e impone facultades y deberes sobre sus hijos, es decir, que tienen la

responsabilidad de protegerlos, educarlos y prepararlos para la vida, y además para que los representen y administren en sus bienes; en caso de que falte alguno de los padre, el otro tomará la responsabilidad del menor, pero en caso de que ambos padre faltaran por muerte o enfermedad grave, el juez confiará de forma temporal el cuidado a los abuelos, pero de no ser posible el Juez recurre a una entidad especializada, de conformidad al Art. 219 del Código de Familia.

Según el Art. 26 del Código Civil, infante es todo aquel que no ha cumplido los siete años, impúber al niño que no ha cumplido catorce años, y a las niña que no ha cumplido doce años, menor adulto el que ha dejado de ser impúber, y menor de edad el que no ha llegado a cumplir dieciochos años; por su parte, el Art. 3 LEPINA, se considera niña o niño, a toda persona desde el instante de la concepción, hasta los doce años cumplidos, y adolescente a la persona comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad. Por lo que, prácticamente, la minoría de edad, se establece para indicar la falta de madurez que todavía presenta una persona para llevar a cabo determinadas acciones o actividades en su vida, que resultan propias de la edad adulta, y asimismo para eximirse de la responsabilidad de aquellos actos que no se le pueden imputar por su falta de capacidad.

Por su parte, el término “incapaz”, es definido por el Diccionario de la lengua española como aquel “Que no tiene capacidad o aptitud para algo, que no es capaz por su naturaleza o por decisión de su voluntad, y que carece de aptitud legal para algo determinado”. Por su parte el Código Civil, en el Art. 1318, establece que son absolutamente incapaces los dementes, para los cuales, sus actos no producen obligaciones naturales y no admiten caución; por lo que, se determina a la incapacidad como un término extenso, que incorpora dentro de sí, a la deficiencia mental, la cual es un tipo de discapacidad, que al

remitirnos al Art. 10 literal b) de la Ley de Salud mental, dice que la discapacidad psicosocial o mental son alteraciones o deficiencias, en las funciones mentales, específicamente en el pensar, sentir y relacionarse; por lo que, se entiende entonces que la deficiencia mental es una situación que afecta directamente el cerebro del sujeto que la padece, provocando serios daños en su desarrollo psicomotriz, presentando un déficit en sus capacidades intelectuales, que le impiden adaptarse al medio social en que vive y llevar una vida con autonomía personal¹⁴.

Para el caso de aquellos delitos relacionados con la posesión de pornografía de personas menores de edad, incapaces o deficientes mentales, se entiende por material pornográfico a cualquier tipo de soporte material o informático que contenga la representación de imágenes reales de un niño, niña, adolescente, incapaz o deficiente mental, realizando una conducta sexual explícita, entendiéndose que este material pornográfico puede estar representado a través de libros, papeles, revistas y fotografías, entre otros, ya sean de forma impresa o digitales, así como videos que pueden estar pregrabadas tanto en CD como en DVD u otros, así como transmitidas en vivo. Sin embargo, en el caso de las imágenes o videos transmitidos en vivo, estas deben quedar registradas en algún tipo de soporte, pues de lo contrario estas conductas solamente serían constitutivas de delitos relativos a la explotación sexual de menores de edad, excluyendo de la consideración de material pornográfico las líneas calientes telefónicas, los chats pornográficos o equivalentes, en la medida en que tienen lugar en tiempo real y no se registran en soporte alguno,

¹⁴ *Elvia Lourdez Alvarenga Gómez, Jaime Orlando Salamanca Pineda, Roberto José Zelaya, "El delito de corrupción de menores" (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2006), 125. <http://opac.fmoues.edu.sv/infolib/tesis/50103264.pdf>*

imágenes de un niño, niña o adolescente; es decir, debe existir una representación real.

2.2.2 El bien jurídico protegido

La legislación penal salvadoreña en su capítulo referente a los delitos sexuales, establece que el bien jurídico protegido es “la libertad sexual”, entendida ésta como “aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, en el sentido de disposición sexual sobre el propio cuerpo”; a éste bien jurídico protegido, se le atribuye una sanción penal concreta, ya que, aunque los ataques a la libertad sexual, siempre van a suponer un ataque a la libertad en general, la libertad sexual tiene su propia autonomía, es decir, que se protegerá el derecho de toda persona a expresar y ejercer su sexualidad del modo que crea conveniente, lo que se traduce en el “derecho de toda persona a no ser condicionados en el ejercicio de su propia sexualidad¹⁵”; no obstante, la consideración de la libertad sexual como un bien jurídico protegido, ha sido debatida cuando se trata de los delitos de índole sexual que perjudican a personas menores de edad, puesto que la libertad sexual como una manifestación de la facultad voluntaria en la esfera sexual, no es posible como tal en las personas menores de edad, ya que estas no poseen la capacidad de consentir o rechazar las intromisiones en el ámbito personal de la libertad sexual.

La interpretación de la libertad sexual desde una concepción negativa o estática, conlleva una restricción que obliga a todos los individuos de abstenerse a mantener contactos sexuales con quienes no prestan su consentimiento, o que no están capacitados para expresarlo; para el caso del

¹⁵ Hazel Jasmín Bolaños Vásquez, “Regulación jurídico-penal de los delitos sexuales en El Salvador. Análisis desde una perspectiva de género”, *Revista Realidad y Reflexión*, n. 41 (2015): 91, <http://icti.ufg.edu.sv/doc/RyRN41-B.Vasquez.pdf>.

delito de posesión de pornografía, todas aquellas personas menores de edad y personas incapaces o deficientes mentales, carecen de esta libertad, por las características propias de su desarrollo físico y psíquico, el cual no les permite comprender el significado de los actos sexuales, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar libremente su comportamiento sexual, incluso cuando estos externan su voluntad hacia el comportamiento sexual¹⁶.

2.2.3 Naturaleza Jurídica

El Art. 17 C.Pr.Pn., distingue los tipos de acción penal, así: 1) Acción pública. 2) Acción pública, previa instancia particular y 3) Acción privada¹⁷.

El Art. 193 N° 4 de la Constitución, establece que corresponde a la Fiscalía General de la República, promover la acción penal de oficio o a petición de parte. Así pues, le corresponde al Ministerio Fiscal ejercer la acción penal pública para poder perseguir de oficio los delitos de acción pública¹⁸, y es el Art. 29 Inc. 2º del Código Procesal Penal, el que establece el deber y la obligación que tiene la mencionada institución. En el caso de la naturaleza del delito de posesión de pornografía, la acción penal es pública, ya que es la Fiscalía General de la República, la que se encarga de promover la actividad jurisdiccional y fundamentar su pretensión con la prueba de cargo, para determinar la culpabilidad del sujeto activo en un juicio público.

¹⁶ Ibíd

¹⁷ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 17.

¹⁸ Constitución de la República (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1983), artículo. 193.

2.2.4 La Conducta típica

La conducta típica regulada en el artículo 173-A C.Pn, consiste en poseer material pornográfico o erótico, en el que se utilice la imagen de personas menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales; por lo tanto, la conducta típica se determina por la acción de poseer o tener en su poder dicho material o ejercer una facultad sobre este. En este sentido, si bien el tipo penal no exige la utilización del Internet para su comisión, se debe tener en cuenta que este tiene una gran influencia al momento de determinar el acceso a material pornográfico con el fin de poseerlo. Sin embargo, la simple descarga de este tipo de material no significa que haya posesión, pues el acceso a la pornografía no es equivalente a poseerla¹⁹.

2.2.4.1 Elemento Objetivo

El elemento objetivo abarca el lado externo de la conducta realizada por una persona y que se expresa a partir de un verbo, en el caso del delito de posesión de pornografía se integra en la acción de poseer, y está compuesto por: a) elemento normativo que implica aquellos contenidos en una descripción típica que solo se pueden captar mediante un acto o juicio de valoración, o dan elementos para formar ese juicio, y pueden referirse a la significación cultural o a la significación jurídica de alguna circunstancia, son propias del tipo pero no de la acción propiamente dicha, porque el autor del hecho no las realiza, ya que son independientes de la conducta delictiva; b) un sujeto activo, que sería

¹⁹ Hazel Jasmín Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Carlos Fuertes Iglesias, "Delitos Relacionados con la pornografía de personas menores de dieciocho años", *Revista Colección Investigaciones*, n.34 (2014): 120.

el autor del ilícito; c) un sujeto pasivo que serían las víctimas del delito; d) el bien jurídico lesionado; y e) el nexo causal entre acción y resultado²⁰.

2.2.4.2 Elemento Subjetivo

El elemento subjetivo es aquel que queda determinado por la conducta del autor, para el caso de la posesión de pornografía, se trata de un delito doloso, por lo que, el sujeto activo ha de conocer la ilicitud de la conducta que realiza, y la voluntad de llevarla a cabo, es decir que la posesión como un “acto” es cuando el poseedor es consciente de su posesión²¹.

2.2.5 Penalidad de la posesión de pornografía

El código penal salvadoreño, castiga a todo sujeto que para su propio uso posea material pornográfico que contenga la imagen de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, en ese sentido el artículo 173-A C.Pn establece que la imposición de la pena de prisión es de dos a cuatro años. Con la punición de la posesión de pornografía de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, se busca evitar que se siga cometiendo el delito, es decir, que las personas involucradas que aparecen en este tipo de imágenes no sean explotadas por una industria pornográfica; ya que pueden constituir conductas de apología de la pornografía.

En el delito de posesión de pornografía, no siempre se aplicará la pena señalada por la ley, por el simple hecho de poseer material pornográfico, ya que, no en todos los casos se podrá demostrar que existe la posesión de

²⁰ “*Estructura del Tipo Penal*: Una reseña de los elementos que componen el delito”, Derechoecuador.com, acceso 26 de septiembre de 2020, <https://www.derechoecuador.com/estructura-del-tipo-penal-una-resena-de-los-elementos-que-componen-el-delito>

²¹ Ibidem

pornografía, pues, surgen valoraciones del juzgador que llevan a determinar la existencia del error, lo que causa la anulabilidad de ciertos actos, quedando estos a criterio del mismo mediante las pruebas vertidas en el proceso, habiendo ciertas dificultades para comprobar que existe una colaboración directa entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, en razón de que no existen imágenes reales o mejor dicho no existe un daño real a la víctima, específicamente cuando a simple vista, no es posible determinar, por medio de una fotografía o de una imagen, si la víctima posee incapacidad o deficiencia mental, o si se trata de un menor de edad²².

2.3 El error en el derecho penal

Es importante señalar que dentro del derecho penal, se pueden identificar algunas situaciones que dan lugar al error; lo cual, es un tema sumamente complicado al no existir una posición única en su tratamiento, se entiende que error es el falso juicio de la buena fe; cabe aquí distinguir entre el error e ignorancia, pues, en el primero se da un conocimiento acerca de un punto en particular, pero éste no va acorde con la realidad o con la verdad de las cosas; mientras que la ignorancia, se trata de una falta de conocimiento total; esto puede deberse a la falta de instrucción, capacitación, descuido o simplemente una negligencia²³.

Es común que exista una confusión entre lo que es el error y la ignorancia, debido a que ambos términos son sumamente parecidos y es fácil

²² Hazel Jasmín Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Carlos Fuertes Iglesias, "Delitos Relacionados con la pornografía de personas menores de dieciocho años", *Revista Colección Investigaciones*, n.34 (2014): 130

²³ Luis Miguel Bramont-Arias Torres, "El error en el derecho penal", *Revista Derecho & Sociedad*, n.12 (1997): 125,
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16677/17009>

equivocarse al momento de aplicarlos y distinguirlos, pero ambos son totalmente distintos, ya que el error consiste en la falsa representación de la realidad, es aquel del consentimiento originado por un falso juicio de la buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo, es decir, implica una equivocación, un conocimiento equivocado, o un juicio inexacto; por su parte, la ignorancia significa la ausencia completa de nociones sobre un punto cualquiera, y que en el derecho se le denomina como el desconocimiento de la ley por parte de un individuo, sin embargo este punto en particular no es procedente para tratar de justificar el incumplimiento de la ley.

2.4 Clases del error

En el derecho penal, existen algunas clases del error, entre las cuales podemos mencionar dos términos que se utilizaban tradicionalmente y se conocían como error de hecho y error de derecho, los cuales hoy en día se conocen como error de tipo y error de prohibición; pero expresan contenidos distintos a las denominaciones anteriores; pues a los términos de error de hecho o de derecho se les distinguía entre lo fáctico y lo jurídico, con independencia de su ubicación en una contemplación global del hecho; mientras que el error de tipo se refiere a los elementos que forman parte del tipo penal, que pueden ser fácticos, subjetivos y valorativos, todo esto se encuentra a nivel de la tipicidad; en cambio, el error de prohibición tiene que ver con la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad²⁴.

Para el caso de nuestra investigación, se toma en cuenta lo referente al Error de Tipo y Error de Prohibición, para entender la clasificación que hace el

²⁴ *Ibíd*em

legislador en el Art. 28 de nuestro código penal, en virtud que éste, solamente hace referencia al error invencible y error vencible, pero siendo que éstos se derivan de los anteriores, es necesario distinguirlos y conocer en qué momento pueden surgir.

2.4.1 Error de Hecho

El error de hecho o “*error facti*” es aquel que recae sobre los elementos que constituyen un delito, es decir, que estamos en presencia de un error de hecho, toda vez que, conociendo íntegramente el precepto legal que tipifica una determinada conducta como delito, la representación que de ella se hace o forma el sujeto resulta equivocada por ignorancia o error sobre las circunstancias de hecho que rodean dicha manifestación de la actividad humana. Con respecto al error de hecho, el Profesor Eduardo Novoa lo define como aquel que recae sobre una determinada situación de hecho que forma parte de la conducta incriminada.

En tal sentido, el error de hecho, es aquel que impide al sujeto activo lograr la representación real del acontecimiento, y que ha de referirse a la representación de las características objetivas esenciales sin atender a su significado jurídico, quiere decir, que recae sobre la materialidad del hecho ejecutado, y se produce cuando el sujeto hubiese tenido un conocimiento parcial o deformado de los hechos o cuando, debidamente informado de ellos, comete un error en la interpretación de su significado²⁵.

²⁵ Miguel Schweitzer Walters, El error de derecho en materia penal. (Santiago de Chile: 1964), 45.

2.4.2 Error de Derecho

El error de derecho o “*error iuris*” es el que recae sobre los elementos jurídicos del delito y está relacionado con el conocimiento correcto o incorrecto de la ley. Es aquel que cuando conociendo bien las condiciones o circunstancias de hecho que integran la conducta, ignora el precepto jurídico que lo califica como delito, o hay error en su interpretación correcta o verdadera; en este caso lo que se desconoce es la existencia de la norma legal o su verdadero sentido y alcance²⁶.

El error de derecho va enfocado a la legalidad o ilegalidad del acto, o sobre su legitimidad o no, el individuo tiene conciencia del hecho que realiza, no se equivoca sobre los hechos, sino que se refiere al derecho que lo rige.

2.4.3 Error de Tipo

El error de tipo surge cuando el sujeto actúa desconociendo alguno de los elementos que constituyen el tipo objetivo, ya sea la acción, el bien jurídico, aspectos descriptivos y normativos, y de causalidad²⁷, es decir, sobre la concurrencia de circunstancias o elementos que permiten conocer la existencia de un peligro concreto de la realización del tipo, prácticamente, que es el desconocimiento o representación equivocada de alguno o de todos los hechos constitutivos del tipo realizado, o de sus significación antijurídica. El error de tipo puede ser vencible e invencible; es vencible (evitable), cuando atendiendo las circunstancias personales y del hecho, podrían haber sido evitadas, y se castiga como delito culposo o imprudente; y es invencible

²⁶ ibidem

²⁷ José Ramón Serrano Piedecabras Fernández y Juan María Terradillos Basoco, “Manual de Teoría Jurídica del Delito”, Revista publicación electrónica, (2003): 81, <http://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/ecj/publicaciones/ManualTeoriaJuridicaDelito.pdf>

(inevitable), cuando atendidas las circunstancias del hecho y personales del autor no podría haberse evitado de ninguna manera.

Abona a lo anterior, que la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, al interpretar la primera parte del artículo 28 C.Pn., expresa que un error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal (o error de tipo) existe cuando el autor no conoce uno de los elementos del tipo penal que debe ser abarcado por el dolo y que atendiendo a si el error es invencible o vencible excluye la responsabilidad penal o la sanciona en su caso como culposa, respectivamente. Lo anterior, conduce a la consideración de que la vencibilidad del error de tipo, equivale a su evitabilidad, y para que esta clase de error sea evitable, ha de examinarse la capacidad de que el sujeto que conoce los elementos del tipo penal, haya observado el debido cuidado, que depende, de sus circunstancias sociológicas y culturales. Consecuentemente, ha de entenderse, que el error de tipo vencible es aquel en el cual se pudo impedir la comisión del delito, empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las condiciones en que actuó, ello en razón, de que se elimina el dolo dejando subsistente la responsabilidad culposa, lo que implica, que de encontrarse regulada la misma conducta en su forma imprudente, será sancionada con dicha penalidad²⁸.

2.4.4 Error de Prohibición

El error de prohibición, es el que recae sobre el carácter antijurídico del hecho típico, es decir, sobre la antijuricidad; este supone el “no desconocimiento” de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino del hecho de estar prohibida su realización; no sólo se da cuando el sujeto cree que actúa

²⁸ Sala de lo Penal, Recurso de Casación contra la sentencia definitiva absolutoria, Referencia: 100-C-2012 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea si el hecho es lícito o no. En general podemos decir que en el error sobre la prohibición o sobre la significación antijurídica, el sujeto cree que actúa conforme a derecho, cuando en realidad no es así. Este error se produce en la representación que se hace el autor de la acción, sobre la ilicitud de la conducta realizada.

El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación (error de prohibición indirecto)²⁹. El error de prohibición, también puede ser vencible e invencible; es vencible cuando actuando con mayor diligencia se pudo salir del error, un error vencible referido a la antijuricidad o a la responsabilidad por el hecho, tiene efecto atenuante de la culpabilidad y con ello de la pena, sin embargo, la antijuricidad subsiste, y se hubiera llegado a evitar aplicando normas elementales de diligencia y cuidado; y es invencible, cuando es imposible escapar de éste, es decir, cuando no hubiera conseguido evitarlo ni una persona cuidadosa y diligente.

Parece lógico que se excluya la responsabilidad penal cuando una persona diligente y cuidadosa no habría evitado el error y parece lógico, también que por negligencia o por falta de cuidado y se le castigue, es decir, que parte de considerar la exclusión del tipo doloso; dispone que la infracción será castigada como culposa, lo que parece correcto, pero para eso tiene que haber un tipo imprudente que castigue la lesión imprudente del bien jurídico de que se trate, y por esta razón el precepto establece la salvedad del caso.

Para aclarar todo lo anterior, se entiende entonces que, el error de tipo recae sobre la tipicidad, si fuera vencible se considera como delito culposo, y si fuera

²⁹ José Fredesvindo Flores, "El Error en la Legislación Penal Salvadoreña" (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1994).

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/43c7771efef6946806257643007154ee?OpenDocument>.

invencible, se excluye la responsabilidad o la agravación; en cambio, el error de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la acción típica, si fuera vencible o evitable se mantiene la punibilidad atenuada como delito doloso; y si fuera invencible o inevitable el sujeto no pudo evitarlo, se le excluye la responsabilidad criminal.

2.5 El error en el delito de posesión de pornografía

El delito de Posesión de Pornografía, sanciona la posesión de forma autónoma, es decir, cuando el sujeto infractor tiene en su esfera de control personal cualquier material pornográfico o erótico, específicamente de menores de edad, incapaces o deficientes mentales. De acuerdo al tipo penal que se analiza, es importante mencionar dos elementos para considerarse como posesión de material pornográfico, el primero, es que en la posesión de material pornográfico, se hayan utilizado imágenes de menores de edad, incapaces o deficientes mentales dentro de un escenario sexual; y el segundo, cuando la persona que almacena este material lo tenga para uso personal, pero excluyendo cualquier otra actividad que suponga su producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, por lo que el sujeto activo debe saber que está poseyendo el material pornográfico y debe querer hacerlo.

El presente delito, es de aquellos denominados “delitos de posesión”, los cuales criminalizan la mera posesión de cosas u objetos³⁰; la mera posesión

³⁰ Kai Ambos, “La posesión como delito y la función del elemento subjetivo. Reflexiones desde una perspectiva comparada”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, n.35 (2015): 69, http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/La_posesion_como_delito_y_la_funcion_del_elemento_subjetivo.pdf

implica que el sujeto será responsable, en calidad de autor directo, cuando tenga en su poder cualquier material con contenidos pornográficos o eróticos, ya sea de forma digital, impresa, o en cualquier otro formato, siempre que en la misma aparezcan imágenes reales o simuladas de niños, niñas o adolescentes, incapaces o deficientes mentales, y cuando haya sido adquirida voluntariamente por el sujeto, por lo que, no se tendrá como conducta típica aquella situación en la que el sujeto ha tenido acceso a las imágenes por error, ya que se trata de un delito cuya naturaleza es dolosa; en este caso, lo que constituye el dolo es el conocimiento de la ilicitud, más la voluntad de realizar la acción, es decir, tomar la decisión de ejecutarla con el objeto de satisfacer sus deseos sexuales.

En el derecho penal, la posesión hace referencia, objetivamente, a una relación de dominio o control complementada, y subjetivamente, con una voluntad de poseer. El poseedor puede ejercer un control real (efectivo) o potencial (posible) sobre el respectivo objeto. En consecuencia, podemos hablar de una posesión “real” o “constructiva”, la última de las cuales hace referencia a la particular imputación en el caso de la posesión, esto es, “del objeto a la persona, antes que de persona a persona”³¹.

Si bien es cierto el delito de posesión de pornografía se realiza con la simple posesión de material pornográfico, ya sea por medio de revistas, imágenes, videos o CD's, con la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación, el cometimiento de este delito se ha facilitado aún más, a tal punto de afirmarse que hoy en día la mayoría de las conductas relacionadas con la obtención de material pornográfico se llevan a cabo a través de internet, y que siendo así es mucho más accesible para cualquier persona ingresar a plataformas con contenido explícito y pornográfico de menores de edad

³¹ Ibíd

incapaces o deficientes mentales; por lo tanto, cuando se refiere a la figura del error en tal delito, éste toma relevancia al momento en que el mismo se realiza, y a la interpretación que el juzgador le da, en muchas ocasiones porque no se puede comprobar si en el material que se ha encontrado, las imágenes son de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, o si es para el simple consumo o para su comercialización y difusión, en este sentido es cuando el error permite que el sujeto activo pueda excusarse de no saber que posee el material pornográfico o que simplemente no existe una colaboración directa entre el autor del hecho y la víctima.

En la sentencia de la Cámara Tercero de lo Penal de la Primera Sección del Centro, de veinte de diciembre de dos mil doce, se encuentra la imposibilidad de determinar la edad de las personas que aparecen en una fotografía pornográfica, que se le encuentran al imputado tales como “fotografías de personas del sexo femenino con poca ropa, sin ropa y en posiciones de contenido sexual”, por lo cual para determinar la edad de las personas que se muestran en dicho material se dice que “no es posible determinar la edades de las personas que aparecen en las fotografías”, puesto que se requiere de un examen físico y odontológico, y por lo tanto no se puede establecerse la minoría de edad de las personas que aparecen en las fotografías, y que siendo así no se valora como delito de posesión de pornografía³².

En este sentido haciendo un breve análisis, se puede decir que a pesar de que no se puede determinar las edades de las personas que aparecen en el material pornográfico y tampoco se puede determinar si una persona es incapaz o deficiente mental, es mucho más fácil escapar del castigo que este

³² Hazel Jasmin Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Carlos Fuertes Iglesias. “Delitos Relacionados con la pornografía de personas menores de dieciocho años”, *Revista Colección Investigaciones N°34*, (2014): 131.

delito conlleva, sin embargo en varias sentencias de tribunales españoles se ha determinado que cualquier adulto medio puede identificar si en las imágenes de posesión de pornografía se tratase de un niño o niña con el simple hecho de ver, procediendo a aplicar el principio de que los hechos notorios no necesitan prueba.

CAPÍTULO III: INFLUENCIA DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL DELITO DE POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA

El presente capítulo tiene como propósito establecer la influencia que tienen las tecnologías de la información y la comunicación en el delito de posesión de pornografía, permitiendo al lector conocer la importancia de las Nuevas Tecnologías en El Salvador y el impacto que han tenido a lo largo de los últimos años, analizando a la vez, los medios a través de los cuales se difunde la posesión de pornografía y su configuración como un ciber-delito, así mismo la facilidad que brindan al sujeto activo para aprovecharse y confundir fácilmente a la víctima y así obtener el material pornográfico valiéndose de estas herramientas y haciendo un uso inadecuado y abusivo de las tecnologías de la información y la comunicación, vulnerando sus derechos sexuales.

3.1 Desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación dentro de la Sociedad

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación han permitido que la realización de ciertas actividades del ser humano se vuelvan más fáciles, como la comunicación a larga distancia entre seres queridos, o ya sea para conocer nuevas personas, y hasta permitiendo el acceso al campo laboral desde el hogar, entre otras; por lo que, la evolución tecnológica ha sido permanente y continua; con la creación de las nuevas tecnologías también han evolucionado las necesidades sociales e individuales del ser humano creadas para la propia satisfacción y hasta cierto punto, volviéndose indispensable, es decir que la

evolución tecnológica y la evolución social van de la mano en el camino del desarrollo de la humanidad³³.

Sin embargo, como una consecuencia negativa de las TIC's, han surgido los delitos en internet, los cuales son "los mismos delitos comunes" con la diferencia de que se cometen por medio de la red, la cual se usa como una herramienta tecnológica para cometer actos delictivos que dañan la integridad, la confidencialidad, o la información de terceros dentro de la red, un ejemplo claro del cometimiento de estos delitos es la posesión de pornografía, que ha aumentado su afluencia a través de redes informáticas, utilizando los servicios de internet, incluidos los sitios web, que con frecuencia son utilizados con fines lucrativos; por lo que toda esta clase de espacios virtuales ha ocasionado que se busque tener un mayor control de los delitos que se cometen por medio del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, permitiendo la creación de nuevas normativas o leyes especiales que sancionen la modalidad de cometimiento de estos ilícitos.

La imparable implantación de los sistemas informáticos ha realizado cambios en nuestras vidas, por lo que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación hoy en día tienen un papel importante en el desarrollo de las sociedades, ya que las personas pueden trabajar en sus ordenadores, comunicarse por correo electrónico, hacer llamadas y videollamadas por internet, comunicarse a larga distancia por medio de las redes sociales, realizar transacciones bancarias por medio de aplicaciones que pueden ser instaladas en dispositivos móviles, se puede comprar y vender toda clase de bienes y servicios en internet, y poder acceder a contenidos de entretenimiento

³³ "Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) un instrumento para la investigación", Scielo.org.co, acceso 06 de octubre de 2020, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-81462014000200001

como películas, series, música, entre otros, utilizando las plataformas digitales³⁴.

Las posibilidades que abren los sistemas informáticos son, como se puede comprobar, enormes; sin embargo, también tienen un reverso negativo, dado que su utilización y expansión abre la puerta a que puedan ser utilizados para cometer toda clase de abusos contra algunos de nuestros intereses más vitales. Así, por ejemplo, dado que la comunicación desarrolla importantes aspectos de nuestra vida privada en un entorno digital y guardamos muchos de nuestros secretos en dicho formato, algunos han tratado de conocer aspectos de nuestra intimidad³⁵.

En el mismo sentido, el hecho de que estas tecnologías han permitido difundir y comunicar, de una forma hasta hace poco inimaginable, toda clase de obras y contenidos de propiedad intelectual, ha llevado a que no falten quienes han querido enriquecerse ilícitamente a costa del trabajo y de las inversiones que otros habían efectuado para realizarlas. Las posibilidades de abusos mediante sistemas informáticos son múltiples y variadas, dejando atrás la utópica idea de que el entorno digital podía autorregularse, sin que fuese necesario que los Estados intervinieran y controlarán las actividades de los ciudadanos en la red.

En el entorno digital, tanto como en el físico, también pueden darse conflictos sociales que han de ser resueltos mediante la intervención del Estado, de hecho, algunos de esos conflictos pueden llegar a ser tan graves que incluso pueden hacer necesaria la utilización del Derecho penal. No debe sorprender,

³⁴ “*La importancia de la Informática*”, Tecnología más informática, acceso 06 de octubre 2020, <https://www.tecnologia-informatica.com/importancia-informatica/>

³⁵ Alfonso Galán Muñoz, *Los ciberdelitos en el ordenamiento español* (España: Editorial UOC, 2019), 14.

pues, que se empezase a hablar de la aparición de lo que algunos han denominado como “criminalidad informática”, o “cibercriminalidad”, mientras que otros hablan de “delitos informáticos” o “ciberdelitos”. Todos estos conceptos, con sus matices y diferencias, tratan de agrupar aquellos comportamientos desviados, realizado a través de sistemas informáticos que presentan tal nocividad social que o bien han de ser objeto de atención por parte del Derecho penal, aunque todavía no hayan recibido un adecuado tratamiento, o bien ya se constituyen delitos reconocidos por el ordenamiento jurídico, presentando una serie de características comunes que los agrupan y distinguen del resto de figuras delictivas.

Por lo tanto, el concepto de criminalidad informática o cibercriminalidad, trata de agrupar, desde una perspectiva puramente criminológica, aquellas conductas desviadas que se realizan mediante el uso de ordenadores o en entornos digitales y no físicos, es decir, el ciberespacio y que se considera que deberían ser objeto de atención por parte del ordenamiento jurídico penal, aunque todavía no lo sean³⁶.

3.2 Impacto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en El Salvador.

El impacto que han tenido las TIC's en El Salvador, por una parte ha permitido el desarrollo de habilidades, que posibilitan el intercambio de información y herramientas digitales, creando nuevas oportunidades y nuevos avances en la educación, en la salud, y el trabajo, como la comunicación a través de la red, o de equipos de telefonía, y equipos modernos que permiten el uso de herramientas tales como grabaciones de audio, imagen o videos; sin embargo,

³⁶ibídem

en el campo del derecho, la regulación de estas nuevas tecnologías ha sido lenta en comparación con el surgimiento de las mismas, y así como han tenido un impacto positivo dentro de la sociedad, también han tenido un impacto negativo que ha llevado al cometimiento de delitos cibernéticos ocultos de las autoridades, lo que ha hecho difícil aplicar la justicia³⁷.

El uso de la Tecnologías de la Información y la Comunicación no es una cuestión aún muy difundida en nuestro País, pues no todos los salvadoreños cuentan con acceso a las TIC's, es decir, el Estado salvadoreño no ha sido capaz de democratizar la tecnología y el desarrollo de manera que estos lleguen a la mayoría de la población. En el ámbito judicial, el uso de las TIC's es un tanto más elevado, pues todos los órganos de administración de justicia disponen de equipos informáticos, aunque evidentemente estos no son actualizados en forma permanente, disponiendo de redes informáticas un tanto obsoletas, que dificultan en buena parte el debido flujo de la información en las redes mundiales, así como la utilización viable de motores de búsqueda modernos y efectivos.

3.3 Las Tecnologías de la Información y la Comunicación como medios facilitadores para el cometimiento del delito de Posesión de Pornografía.

A pesar de que las nuevas tecnologías han facilitado el desarrollo de diversas actividades en pro del bienestar social, estas han sido utilizadas para la ejecución de delitos, y el internet ha sido un medio efectivo para la

³⁷ *Jasmín Amanda Alvarado Zepeda, Ana Deysi Borja López, José Darío Rojas García, "Las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), y su eficacia dentro de los medios de prueba del proceso penal salvadoreño" (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2014), 19.*

consumación de delitos virtuales, tal como, la posesión de pornografía de menores de edad, incapaces o deficientes mentales.

El internet es un sistema de intercomunicación global que permite acceder desde cualquier sitio a la información sin límites ni obstáculos lingüísticos, revolucionando el mercado de la pornografía, facilitando la descarga de archivos a bajos costos económicos, la facilidad de comunicarse con un gran número de internautas, el intercambio de material pornográfico y las posibilidades de permanecer en el anonimato, que hacen del internet el medio idóneo para cometer este delito³⁸. Asimismo, el internet como un medio comisivo de delitos relacionados con la pornografía, ha desarrollado la implementación de páginas web, en las que se pueden encontrar videos e imágenes pornográficas, chats, hotline, y videollamadas.

3.3.1 Las Tecnologías de la Información y la Comunicación como medio de difusión de material pornográfico

Se entiende por material pornográfico a todas aquellas imágenes en la que se utilicen menores de edad, incapaces o deficientes mentales en actividades pornográficas o eróticas, es decir, aquel material obsceno y libidinoso en el que se use a estas personas en actos sexuales. Son representaciones por cualquier medio que fuere, de un niño o niña involucrados en actividades sexuales explícitas reales o simuladas, o cualquier representación de partes sexuales de los infantes y adolescentes, incapaces o deficientes mentales, con propósitos primordialmente sexuales”; no importando el consentimiento de los menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales o el de sus representantes legales, para que estos sean explotados sexualmente en la

³⁸ Hazel Jasmín Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Carlos Fuertes Iglesias, “Delitos Relacionados con la pornografía de personas menores de dieciocho años”, *Revista Colección Investigaciones*, n.34 (2014): 52.

realización de uno o varios actos de naturaleza sexual que le causen perjuicio en su desarrollo psicológico y físico³⁹.

Desde hace muchos años el hombre ha creado obras lascivas con el objetivo de despertar los deseos sexuales. No obstante, hubo un tiempo en que la pornografía era difícil de producir y solo estaba al alcance de los más ricos, pero todo cambió con la llegada de las grandes imprentas, ya que la fotografía y el cine, permitieron su alcance para todos. Con la invención de la videogradora, los videos podían almacenarse, copiarse y distribuirse fácilmente, favoreciendo su difusión, hasta el punto de verse en la intimidad del hogar, ya que, con la popularidad del internet y la televisión por cable, se facilitó aún más la obtención de material pornográfico, y esto contribuyó a su mayor aceptación. El poder que tienen las herramientas de la comunicación, recae sobre todo en los productores de este tipo de contenidos, quienes, para vender y obtener mayor rentabilidad para sus empresas, ofrecen a los consumidores dentro de sus ventanas de exhibición, material pornográfico bajo la etiqueta de “información” o “entretenimiento”.

Entre los primeros medios de difusión de la pornografía y que permitían su posesión se encontraban las revistas, los cassettes o CD rom y la televisión, los cuales ofrecían material pornográfico o erótico, en lugares como librerías, u otros donde se alquilaban o se compraban, permitiendo el crecimiento de la industria pornográfica, sin embargo con la llegada del internet, fueron quedando atrás todos estos CD's, cassettes, revistas y el alto costo de suscripción a los canales por cable, que presentan este tipo de contenidos, ya

³⁹ *Oscar René Aguirre López, Fritz Alonso Heski Castillo, “Pornografía Infantil”* (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2009), 122. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/16443/1/50107364.pdf>.

que el internet ofrece una mayor facilidad de acceso a estos y con una mayor diversidad y a bajos costos o incluso gratuitos.

Los espacios virtuales donde se desarrolla actualmente la difusión y posesión de pornografía de menores de edad, incapaces o deficientes mentales dentro del internet están siempre en constante avance, por lo que, por motivos de seguridad la entrada a estos sitios web, es condicionada y restringida, limitando la posibilidad de acceso a algunos usuarios específicamente la localización de contenidos ilegales. Con la aparición del internet se ha incrementado tanto el fenómeno de la creación, como la posesión y posterior distribución de material pornográfico, en el que se utiliza la imagen de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, facilitando el cometimiento de este delito desde cualquier plataforma, ya sea por medio de redes sociales o páginas web.

El uso del Internet se ha relacionado tanto con la posesión de pornografía, que se ha vuelto un medio comisivo para la realización de este delito, pues, desde la década de los noventa ya existían páginas web que permitían a los usuarios acceder a este material a través de pagos por medio de tarjetas de crédito, y en la medida que se intensificó la persecución de personas que compraban y vendían pornografía de personas menores de edad a través de páginas web, se crearon los llamados “chats” en tiempo real, permitiendo el intercambio de material pornográfico, la compra directa en una página web, la descarga de archivos y envío a través de correo electrónico, lo que permitía que la privacidad de estos usuarios no se detectara y que por lo tanto no se condenaran este tipo de conductas.

Las investigaciones que se empezaron a realizar por agentes encubiertos en estas salas de chat, obligaron a los consumidores a asociarse sin ánimo de

lucro, compartiendo entre ellos el material pornográfico mediante técnicas de intercambio de fórmulas como “sendtoreceive” (enviar para recibir), y así poner en común dicho material con otros usuarios sin necesidad de que hubiera un contacto directo. Esta nueva tendencia del uso de las TIC’s para cometer delitos, ha dado lugar al surgimiento de lo que la doctrina ha denominado como delitos informáticos, entendidos estos como los cometidos a través del ciberespacio desde cualquier lugar y contra cualquier usuario de computadoras en el mundo⁴⁰.

3.3.2 La posesión de pornografía como un ciberdelito

El ciberdelito o delito informático es la actividad delictiva realizada mediante equipos informáticos o a través de Internet, que puede hacer uso de diferentes métodos para robar información personal o realizar actividades fraudulentas, es decir, que el ciberdelito tiene como objetivo realizar estas actividades delictivas por medio de TIC’s, llevadas a cabo mediante equipos informáticos o a través de Internet, haciendo uso de diferentes herramientas, como el phishing (fraude por medio de mensajes en las telecomunicaciones), los virus, spyware (o programa malicioso espía), ransomware (secuestro de datos o programa que restringe el acceso a determinadas páginas) o la ingeniería social (práctica de obtener información personal con engaño), normalmente con el fin de cometer hechos ilícitos.

La evolución de las tecnologías de la información y específicamente de la informática, ha dado la pauta a diversas manifestaciones de delincuencia, y el uso fraudulento de plataformas en la web aumenta el cometimiento de delitos que repercuten en la violación a la privacidad de las personas. El avance de

⁴⁰ Hazel Jasmín Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Carlos Fuertes Iglesias, “Delitos Relacionados con la pornografía de personas menores de dieciocho años”, *Revista Colección Investigaciones*, n.34 (2014): 54

las TIC's ha resultado ser una vía directa para cometer delitos cibernéticos, pero en muchos países no existe una regulación como tal, para estos delitos, por lo que su persecución legal se vuelve un poco más compleja, lo que ha permitido que el delito de posesión de pornografía pueda cometerse fácilmente, llevando a los menores de edad, incapaces o deficientes mentales a ser víctimas de personas que se aprovechan de su condición y que dañan su honor e imagen, y vulneran su libertad sexual.

En El Salvador, como se sabe, el código penal en su Art. 173-A tipifica la posesión de pornografía como delito, sin embargo, este no abarca el campo de la informática, y es por ello, que por medio del Decreto Legislativo 260, de fecha 26 de febrero de 2016, se crea la Ley Especial de Delitos Informáticos y Conexos que regula en su Art. 30, la adquisición o posesión de material pornográfico de niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad, a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, adicionando en dicho artículo, que aquel que adquiera material pornográfico para sí, o para un tercero, a través de cualquier medio de tecnología utilizando la imagen de un niño, niña adolescente o persona con discapacidad o su imagen para producción, será sancionado de dos a cinco años, incluyendo los dispositivos de almacenamiento de datos informáticos que contengan este tipo de material. Por lo que, la posesión de material pornográfico de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, se ha convertido en un delito que hoy en día se comete comúnmente a través de internet, ya que ofrece facilidades tales como la obtención de este material de manera gratuita y de forma ilimitada.

Por otra parte, podemos identificar más fácilmente la figura del error de diferentes maneras, al cometer un delito cibernético, pues en la mayoría de casos no existe una colaboración directa entre el autor del ilícito y las víctimas,

debido a que cuando el delito de posesión de pornografía se realiza mediante un dispositivo móvil, no necesariamente la persona debe haber accedido por medio de internet a plataformas en donde pudiera obtener el material pornográfico o erótico de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, sino que simplemente pudo haberlo adquirido por medio de otra persona, sin tener el conocimiento de que se trataba de un delito, o que se trataba de personas con estas condiciones; estas situaciones tienden a surgir frecuentemente, y su persecución es aún más difícil, por lo que al momento en que se lleva a cabo el proceso por este ilícito, en muchas ocasiones no se logra determinar la culpabilidad del autor del hecho, ni tampoco identificar por medio de una imagen de contenido pornográfico o erótico si la víctima que aparece en ella, en realidad son menores de edad, incapaces o deficientes mentales, y que hayan sufrido algún tipo de abuso o explotación sexual, o que su imagen haya sido alterada, todos estos factores permiten que el error se convierta en un aspecto a favor del autor del delito.

3.4 Tipos de ciberdelitos en relación a la posesión de pornografía de menores de edad, incapaces o deficientes mentales

Una de las consecuencias de la pornografía por internet tienen que ver con lo que los expertos han denominado como Triple A-Engine: accesibilidad, asequibilidad y anonimato, aunque recientemente se ha postulado una cuarta "A": la de la aceptabilidad, de este modo, la pornografía adquiere características potenciales únicas para el desarrollo de una adicción, ya que la búsqueda de imágenes cada vez más explícitas, el fácil y cómodo acceso,

el nulo o bajo costo al menos al principio con el que casi cualquier persona puede acceder; el anonimato y una implícita aceptación social⁴¹.

Entre los delitos relativos a la pornografía, existen conductas que se realizan con el objetivo de cometer otros delitos relacionados, tales como la prostitución al utilizar menores de edad, incapaces o deficientes mentales con fines exhibicionistas o pornográficos, la obtención de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad, incapaces o deficientes mentales, y el facilitamiento de conductas como la producción, venta y distribución de este tipo de contenido.

Existen diferentes métodos que se pueden utilizar para la comisión del delito de posesión de pornografía, los cuales el sujeto activo usa para poder obtener comunicación con los niños, niñas, adolescentes, personas incapaces o deficientes mentales, mediante engaños, para que estos realicen actividades sexuales explícitas o en su caso, sean explotados sexualmente.

3.4.1 Sexting

Es la difusión de mensajes de texto, fotografías o vídeos con contenido sexual, por medio del cual se envían fotografías o vídeos producidos por uno mismo con connotación sexual, a través del teléfono móvil u otro dispositivo con cámara, y la persona que los recibe los difunde a más personas, las imágenes de contenido sexual son, por ejemplo: un niño, niña, adolescente o adulto en ropa interior, mostrando partes íntimas.

El sexting se distingue de otras prácticas por ciertas características: la Voluntariedad, es decir que los mensajes, imágenes y videos son creados

⁴¹ Carolina Lupo, "La pornografía en internet", *Revista Cultural y de Cuestiones Actuales*, n.707 (2015): 108, <https://nuestrotiempo.unav.edu/files/2019/10/nt688-ensayo.pdf>.

conscientemente por sus protagonistas y enviados inicialmente por ellos mismos a otras personas; el Carácter sexual, ya que los contenidos tienen una clara connotación sexual como desnudez o semi-desnudez, así como la muestra o la descripción de actividades sexuales; y el uso de dispositivos tecnológicos, como teléfonos celulares, tablet, o computadoras. Para el caso que este tipo de contenidos sea involuntario, podría ocurrir que el dispositivo que contiene material pornográfico propio, se haya extraviado o haya sido robado y una tercera persona reenvíe a otros las fotografías, videos o chats almacenados; así como también, puede ocurrir que una persona sea grabada por otra sin su consentimiento⁴².

3.4.2 Grooming

Es la seducción de niñas, niños y adolescentes en línea con fines sexuales. El grooming son las diversas “artimañas” o estrategias que un adulto utiliza para llamar la atención e inducir a un niño, niña o adolescente, a que converse o intercambie mensajes, fotos, vídeos con contenido sexual en frente de una cámara web, para luego retransmitir lo grabado.

Los agresores convencen a sus víctimas de tener encuentros personales, los cuales pueden tener consecuencias muy graves, entre ellas, sufrir abuso sexual. El agresor para ganar la confianza de la víctima usa fotos e identidad de persona menor de dieciocho años, y usualmente las publica en redes sociales o sitios web. Además, envía mensajes de texto, participa en salas de

⁴² Howard Augusto Cotto Castaneda, Amado Philip de Andrés, "Protejamos a niños, niñas y adolescentes de la violencia, abuso y explotación sexual en internet", *Revista en línea Proyecto "Protección de niños, niñas y adolescentes contra la violencia, abuso y explotación sexual en línea"*, apoyado por el Reino Unido, (2016): 7. <https://www.unodc.org/documents/ropan/protejamos.pdf>.

chat, foros, juegos en línea y en todos los sitios web que suelen usar los niños, niñas y adolescentes para estudiar, entretenerse o conocer más personas⁴³.

3.4.3 Sextortion o sextorsión

Es la persona que obtiene fotos o vídeos con contenido sexual o erótico, chantajea o amenaza a la víctima con publicarlos si no le envía más fotos o accede a hacer lo que le exige. La sextorsión es un problema grave y difícil de manejar por las y los adolescentes, quienes en su desesperación y miedo pueden acceder a sus peticiones, las cuales muchas veces incluyen verse en persona para luego abusar sexualmente de ellos y ellas.

La víctima es coaccionada a ejecutar acciones que den gratificación sexual al malhechor (tener relaciones sexuales con el chantajista, producir pornografía u otras acciones que ponen en peligro a la víctima). Cometer sextorsión implica diversos ilícitos como amenazas, explotación sexual, explotación sexual de menores, corrupción de menores, daños al honor, producción y tenencia de pornografía infantil, etc.⁴⁴.

3.4.4 Abuso y explotación sexual

La LEPINA (Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia) establece en el artículo 55 que el abuso sexual es toda conducta, regulada en el Código Penal, que atente contra la libertad e integridad sexual de una niña, niño o adolescente para sacar ventaja o provecho de cualquier clase o índole; y la explotación sexual, es cualquier forma de abuso sexual mediante retribución

⁴³ *Ibíd*em

⁴⁴ *Ibíd*em 6-7

en dinero o en especie, con intermediación o sin ella, existiendo o no alguna forma de proxenetismo.

No obstante, las personas con incapacidad o deficiencia mental no se encuentran mencionadas en la clasificación anterior, podemos deducir que de igual manera podrían verse afectadas, en virtud de que no tienen la suficiente capacidad cognitiva para decidir sobre su libertad sexual, y por tal razón también pueden ser engañadas por este tipo de personas, forzándolas a mantener comunicación con ellos, haciendo que estos envíen mensajes videos o fotos realizando actividades sexuales, y de igual manera podrían verse afectadas en el sentido que pueden ejercer sobre estas personas una explotación sexual⁴⁵.

3.5 Las Tecnologías de la Información y la Comunicación como medios inmediatos para la explotación sexual de menores de edad, incapaces o deficientes mentales

Uno de los objetivos principales de la presente investigación es poder determinar si dentro del delito de posesión de pornografía existe la posibilidad de que se presuma la explotación sexual a menores de edad, incapaces o deficientes mentales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, ya que para la realización de este delito, estas forman parte fundamental en su cometimiento, si bien es cierto, el delito de posesión de pornografía solamente castiga la mera posesión de material pornográfico o erótico, la realidad es que detrás de eso se derivan una serie de delitos que siguen teniendo como víctimas a estas personas, y en ocasiones no es solamente con el fin de poseer dicho material, para la propia satisfacción o para el autoconsumo, sino que se comete con la finalidad de explotar

⁴⁵ *Ibíd.* 9

sexualmente a las víctimas quienes en este caso son vulnerables de ser engañados por su falta de desarrollo psíquico, y su incapacidad para tomar decisiones sobre su sexualidad, y este delito es más frecuente por el uso inadecuado de los medios tecnológicos, ya sea con la promesa de obtener dinero a cambio de exhibir sus cuerpos por medio de imágenes o videos, o para realizar actividades sexuales explícitas⁴⁶.

La posesión de pornografía es uno de los delitos más frecuentes que se realizan por internet, y como ya se mencionó anteriormente el sector más expuesto son los niños, niñas, adolescentes, incapaces o deficientes mentales, configurando en muchas ocasiones por medio de la posesión de este material redes de explotación sexual comercial, reclutando a las víctimas para usarlos en material pornográfico, y aunque estos delincuentes no discriminan por sexo, hay un mayor número de niñas abusadas por un pederasta o un pedófilo.

El autor del hecho puede actuar de forma individual o pertenecer a una red de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, que crea un ambiente de confianza y hace amistad con estos, o en su caso, con una persona incapaz o deficiente mental, para luego obtener información relevante de ellos, todo esto con la finalidad de conocer sus intereses y gustos, hasta lograr que se quiten la ropa, que se toquen, que se masturben o realicen otro tipo de connotaciones sexuales frente a la cámara o por medio de una imagen; y finalmente extorsionar a la víctima para poder obtener el material pornográfico, e incluso en muchas ocasiones también concretar un abuso sexual.

⁴⁶ Instituto Dominicano de Telecomunicaciones, "Riesgos en línea, acoso sexual por internet", *Revista Campaña de uso seguro, responsable y productivo de internet*, n.2 (2014): 4, <https://www.unicef.org/255220619-Guia-Internet-Sano-02.pdf>.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud define a la discapacidad como un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive. Indudablemente la vida sexual de las personas incapaces o deficientes mentales tiene ciertas restricciones ya sea en sí misma o bien por las condiciones en que pueden vivirla, pues suponen un retraso mental y un déficit que normalmente afecta de una u otra forma el funcionamiento cognitivo, emocional y su comportamiento social⁴⁷.

Las razones de su vulnerabilidad ante el delito de posesión de pornografía, al igual que los niños niñas y adolescentes, es que tienen menor poder de autonomía y dependen de otras personas para poder decidir sobre su sexualidad, ya que son propensos a sufrir abusos de familiares, de amigos, de vecinos, de educadores y aún más cuando ellos mismos manipulan las redes sociales o página web, y son engañados más fácilmente ya que no pueden conocer las verdaderas intenciones de los adultos, ni las conductas abusivas, no pueden diferenciar un contacto apropiado de uno inapropiado, y puede serles extremadamente difícil, más cuando el agresor intenta confundirlos porque tienen menos capacidad de defensa. Por todas estas razones mencionadas, los abusadores suelen usar estrategias con las que engañan, seducen y amenazan a las víctimas.

⁴⁷ Ibíd

Normalmente las personas incapaces o deficientes mentales no han recibido formación e ignoran casi todo sobre la sexualidad, por lo que durante un tiempo es más probable que no sepan lo que está pasando, cuando se inicia un abuso con el fin de ser utilizados para contenido pornográfico o erótico, en tal sentido puede que no lleguen a etiquetar esas conductas como un abuso sexual como tal, o tarden en hacerlo, que no lo denuncien e incluso lleguen a naturalizarlo como una conducta positiva hacia ellos⁴⁸. Por lo que, debido a todas estas acciones que suceden por medio del internet, los niños, niñas, adolescentes, incapaces o deficientes mentales son más vulnerados en sus derechos, siendo difícil controlar que se cometan contra ellos estos delitos y evitar que se conviertan en víctimas, la posesión de pornografía es un delito en el que se ven afectados gravemente no solo físicamente sino también emocional y mentalmente.

3.6 El uso inadecuado de las Tecnologías de la Información y la Comunicación como factores que vulneran los derechos menores de edad, incapaces o deficientes mentales.

Las tecnologías de la información y la comunicación son factores que a diario vulneran los derechos de los niños, niñas, adolescentes, incapaces o deficientes mentales, y que impiden el adecuado desarrollo de su sexualidad y la correcta aplicación de sus derechos, permitiendo que sean víctimas de contenido de material pornográfico y que se sometan bajo amenazas o engaños a mostrar su intimidad y realizar actividades sexuales. El sujeto activo haciendo un uso abusivo de las tecnologías de la información y la comunicación puede obtener material pornográfico valiéndose de redes

⁴⁸ “*Sobre Sexualidad y Discapacidad*”, Voces en el Fénix, acceso 15 de octubre de 2020, <https://www.vocesenelfenix.com/content/sexualidad-y-discapacidad>.

sociales o el acceso a sitios web restringidos, así cometer el delito de posesión de pornografía, y a su vez impedir que los niños, niñas, adolescentes o incapaces o deficientes mentales, puedan desarrollarse conforme a su sexualidad; al igual que las víctimas, cuando no son supervisados sus actividades en el internet por parte de sus padres o de sus tutores, pueden hacer un uso inadecuado de estas tecnologías y caer en la trampa de personas inescrupulosas, que los utilizan con un fin sexual e incluso comercial⁴⁹.

Algunos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que son vulnerados, son los que se encuentran recogidos en la Convención de los Derechos del Niño y respetados en su conjunto garantizan un mayor goce en el ejercicio de la sexualidad cuando estos crezcan, entre los cuales podemos mencionar: derecho a una educación sexual integral, derecho a que se respete su integridad física y la ausencia de violencia, coacción o abuso, derecho a contar con información oportuna, veraz y completa sobre sexualidad y reproducción, adecuada para cada momento de su desarrollo físico e intelectual. Respecto a las amenazas que ofrece la web, los niños, niñas y adolescentes se han convertido en “huérfanos digitales”, ya que han crecido en la revolución del auge de las TIC’s y del Internet, aprendiendo el uso de estas herramientas y redes sin la supervisión de un adulto, configurándose una desprotección en el mundo virtual que los hace propensos a desarrollar conductas negativas y enfrentarse con riesgos que tienen el potencial de

⁴⁹ Profamilia, *cuerpo y seguridad “Día del niño, una mirada a sus derechos sexuales y reproductivos”*, (Blog), acceso 16 de octubre de 2020, <https://profamilia.org.co/dia-del-nino-una-mirada-a-sus-derechos-sexuales-y-reproductivos/#:~:text=Por%20ejemplo%2C%20los%20ni%C3%B1os%20tienen,sus%20derechos%20sexuales%20y%20reproductivos.>

vulnerar sus derechos o ser utilizados para cometer el delito de posesión de pornografía⁵⁰.

Por otro lado, algunos de los derechos fundamentales de las personas incapaces o deficientes mentales, que tienen para garantizar su seguridad y su bienestar interpersonal y sexual, y que también son vulnerados, entre los cuales están: derecho a la propiedad de su cuerpo, derecho a tener una privacidad e intimidad, derecho a recibir información y ayuda en el campo de la sexualidad, derecho a relacionarse con iguales y a las manifestaciones sexuales propias de su edad, y derecho a explorar su cuerpo y descubrir sus posibilidades de placer sexual⁵¹.

⁵⁰ Luis Almagro, Néstor Méndez, “Lineamientos para el empoderamiento y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Internet en Centroamérica y República Dominicana”, *Revista Informe Regional*, (2018): 62, <s://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/InfRegional-ESP008-WEB.pdf>.

⁵¹ “Sobre Sexualidad y Discapacidad”, Voces en el Fénix, acceso 15 de octubre de 2020, <https://www.vocesenelfenix.com/content/sexualidad-y-discapacidad.http>

CAPÍTULO IV: LEGISLACIÓN NACIONAL, LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LEGISLACIÓN COMPARADA

El presente capítulo tiene como propósito establecer en cuanto a la legislación salvadoreña, las diferentes normativas nacionales y jurisprudencia nacional, que regulan los diversos aspectos en cuanto proteger los derechos de los niños, niñas, adolescentes, incapaces o deficientes mentales, así como también los diferentes tratados y convenciones internacionales que los protegen; y dejando como último punto, una breve comparación y similitud entre las leyes nacionales y las leyes extranjeras, todo esto con el objetivo de conocer su regulación con respecto al delito de posesión de pornografía y la influencia del error sobre este.

4.1 Legislación Nacional

En El Salvador, existen diferentes leyes que otorgan derechos y obligaciones a las personas, asimismo, permiten tener un mayor control, respecto a las conductas de los ciudadanos; en tal sentido, estas normativas permiten realizar un análisis en cuanto al delito de posesión de pornografía.

4.1.1 Constitución de la República de El Salvador

En primer lugar, se tiene a la Constitución de la República como norma fundamental del Estado Salvadoreño, la cual garantiza los derechos de los salvadoreños, y establece los mecanismos de acceso a la justicia cuando se vulneran sus derechos constitucionales; el Estado Salvadoreño ha intentado

salvaguardar estos derechos, a través de la creación de diferentes leyes secundarias y especiales.

La Constitución de El Salvador en su Art. 1 reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, lo que implica que los derechos se les hacen efectivos naturalmente, y los cuales el Estado está obligado a asegurarles como garantías constitucionales, asimismo reconociendo como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, obligando al Estado a asegurar el goce de libertad (incluidas la libertad ambulatoria, la libertad de asociación, la libertad de pensamiento y libertad de decisión), la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social, permitiendo así a la persona humana manifestar sus deseos y necesidades a través de un sistema procesal judicial, y además sus garantías de seguridad física e integral, y el acceso a la justicia cuando sea protagonista en un juicio.

A partir del Art. 2 de la Constitución de la República de El Salvador, se empiezan a regular los derechos y garantías fundamentales de la persona humana, estableciendo el derecho a la integridad física y moral y a la libertad, y en consecuencia es deber del Estado protegerlos, asimismo, el derecho a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y que estos sean protegidos y garantizados. Por su parte el Art. 34 Cn., establece que los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a desarrollarse y vivir en un país que les permita cumplir con todo lo que necesiten para subsistir, y vivir en condiciones adecuadas dentro de su núcleo familiar y en ambientes acordes a su desarrollo, para lo cual tendrán la protección del Estado, el cual creará las diversas instituciones para su protección y su desarrollo integral. Y el Art. 35 Cn., establece que el Estado creará y vetará nuevas leyes especializadas que regirán las actuaciones y las nuevas garantías para los niños, niñas y

adolescentes de El Salvador, por medio de entidades que velan por los derechos consagrados en los cuerpos normativos, para que estos derechos no les sean vulnerados, sino hacerlas positivas para el bienestar de los mismos. Asimismo, el Estado tiene la obligación de proteger la salud física, mental y moral de los menores de edad, y garantizar su derecho a la educación y a la asistencia⁵².

4.1.2 Código Penal Salvadoreño

El Código Penal Salvadoreño, en el Art. 173-A, sanciona con prisión de dos a cuatro años, a toda persona que “posea material pornográfico” donde se exhiba o utilice la imagen de menores de edad, incapaces o deficientes mentales; tenemos pues, que la conducta típica de este delito, comprende la acción de “poseer”, la cual, es abarcada por el sujeto que “adquiere para sí mismo” dicho material pornográfico; por lo que, la comisión de este ilícito, vulnera el bien jurídico protegido de la “Indemnidad sexual”, ya que, estas conductas relativas a la pornografía de menores, invocan además otros temas complementarios, tales como el derecho a la imagen y la utilización sexual, que suponen la captación del sujeto pasivo en soporte mecánico o técnico con fines pornográficos, siendo un menoscabo del derecho a la propia imagen o incluso a la “dignidad”, no solo del niño, niña o adolescente, sino también de las personas incapaces o deficientes mentales, quienes por su condición, no tienen la libertad de decidir sobre su cuerpo y su sexualidad.

Asimismo, tenemos el Art. 28 C.Pn., que establece lo referente al error, lo que implica un conocimiento equivocado o una noción falsa del delito, que puede recaer sobre los elementos objetivos propios del hecho delictivo, o bien sobre

⁵² Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

la existencia del precepto legal que configura el delito; por lo que, es importante tener en cuenta los problemas de tipo probatorio que pueden surgir cuando la víctima es una persona menor de dieciocho años, específicamente aquellos que se encuentran en edad púber o en la adolescencia, pues pueden ser fácilmente confundidos como personas adultas, al igual que las personas incapaces o deficientes mentales, que también pueden ser confundidos; siendo posible asociar el error de tipo (sea vencible o invencible) del sujeto activo, lo que podría eximirle de la responsabilidad penal.

En cuanto al Art. 69 Pn, referente a la penalidad, menciona que en el error vencible se aplicará la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito, y de igual manera se fijará la pena en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de justificación. En este sentido, en cuanto a la punibilidad del delito en caso de error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de la misma.

De acuerdo al artículo en mención, el cual contiene una expresa norma punitiva, reguladora de la situación cuando se trata de error vencible que comporta siempre una punición por debajo de lo que corresponde al delito doloso, podemos mencionar dos preceptos, el precepto en lo que a lo presente afecta se desarrolla sobre dos supuestos, el error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal, que no es el hecho concretamente realizado por el sujeto, sino la conducta que en general el tipo penal considera ilícita, en cuanto el error sobre los supuestos de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, el hecho prohibido por la ley se integra tanto por la situación que

describe el tipo delictivo, como por la ausencia en dicha situación de hechos justificativos de una exclusión de la pena⁵³.

4.1.3 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

Por su parte La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA), es el cuerpo normativo más importante para la niñez y adolescencia en El Salvador, teniendo como base la doctrina de protección integral de la niñez de las Naciones Unidas, es decir, aquellos instrumentos internacionales ratificados por El Salvador, como lo son la Convención sobre Derechos del Niño, sus dos protocolos adicionales, los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, además de Resoluciones y Directrices del Sistema Internacional de derechos Humanos, como son las Reglas de Beijing (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores), las Directrices de Riad (son las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil), y las claras observaciones del Comité de Derechos del Niño de Ginebra.

El Art. 1 de esta Ley, establece como finalidad garantizar el cumplimiento amplio y suficiente de los derechos y deberes de todo niño, niña y adolescente en El Salvador, refiriéndose a estos como personas capaces, sujetas de derecho, y con capacidad jurídica procesal para mostrarse parte en un juicio, a diferencia de la legislación secundaria (Código Civil y el Código de Familia), que los hace ver sin ninguna capacidad procesal.

⁵³Código Penal de El Salvador comentado (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1974).

El Art. 50 establece que los menores cuentan con la capacidad de defensa material de sus derechos, como personas investidas de autoridad y poder, ya que dicha ley no hace distinción, y les reconoce a estos, su capacidad como a cualquier otra persona. El Art. 51 le garantiza a todo niño, niña y adolescente, el acceso a la justicia gratuita y el derecho de opinar libremente en audiencia. El Art. 52 le garantiza el derecho inherente al debido proceso, para que se les cumpla y resuelva favorablemente.

Los Arts. 92, 93, y 94 hacen énfasis a otros derechos que poseen la niñez y adolescencia, como el derecho de petición, derecho de libertad de expresión y su derecho a opinar y ser oído sobre sus inquietudes; esto tiene relación con el Art 13 N°1 de la Convención de Los Derechos del Niño, que pone de manifiesto las formas de darse a entender por sí mismos en todos los sentidos.

4.1.4 Ley de Salud Mental de El Salvador

La presente ley, tiene por objeto garantizar el derecho a la protección de la salud mental de las personas en las diferentes etapas de su desarrollo asegurando sus derechos.

El Art.5 establece que el Estado es el responsable de la niñez y adolescencia a través del sistema de protección integral de la niñez y adolescencia, la cual se encarga de los programas integrales de salud mental para la niñez y adolescencia y los cuales deben ser desarrollados por las instituciones del Estado.

El Art. 10 literal B), define a la discapacidad psicosocial o mental, como alteraciones o deficiencias en las funciones mentales, específicamente en el pensar, sentir y relacionarse. Asimismo, en el Art. 15, se regula lo referente a los derechos de salud mental, para el caso del literal d), el mismo establece

que tiene derecho a recibir tratamiento oportuno y pertinente, que promueva su participación, faciliten el restablecimiento y la rehabilitación familiar, escolar, laboral y comunitaria, incluidas las víctimas de todas las formas de violencia⁵⁴.

4.1.5 Ley Especial contra los delitos informáticos y conexos

En cuanto a la Ley Especial contra los delitos informáticos y conexos, el Art. 30, hace una regulación especial para los casos de adquisición o posesión de material pornográfico que contengan la imagen de niñas, niños, adolescentes o persona con discapacidad, en los que se utilice o involucre el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, sancionando el delito con una pena de prisión de dos a cinco años.

4.1.6 Jurisprudencia de El Salvador

En relación a lo anterior, se ha analizado la Sentencia 205-10-2 del Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador, de fecha uno de diciembre del año dos mil diez, en cuanto a la confusión de posesión para el consumo propio con la posesión para la distribución, venta o comercio de pornografía infantil⁵⁵.

El Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador condenó a tres imputados mayores de edad por el delito de posesión de pornografía, por el hecho de distribuir pornografía en formato DVD con viñetas que mostraban impresiones pornográficas de menores de edad, y algunos de los estuches estaban denominados con el título de “PORNOGRAFÍA INFANTIL”. No obstante, previo a dar inicio al juicio, los defensores particulares manifestaron que el delito de posesión de pornografía se le puede otorgar una salida alterna, debido a que

⁵⁴Ley de Salud Mental (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2017).

⁵⁵ Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador, Sentencia Condenatoria, Referencia: 205-10-2 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

su pena oscila entre los dos a cuatro años de prisión, por lo tanto, solicitaron la Suspensión Condicional del Procedimiento; sin embargo, en dicha sentencia, se valoró que la conducta de poseer varios DVD's de pornografía con contenido idéntico y en exhibición pública está lejos de ser considerada como posesión para el propio uso, y se adecua más al ánimo de distribuir, comerciar, ofrecer o vender; y dado que el tipo penal salvadoreño no exige que el sujeto activo realice todos los verbos rectores, ni que los ejecute de manera continua, y, por lo tanto, las acciones típicas pueden superponerse; y que finalmente basta con que el sujeto activo realice al menos uno de los verbos rectores; por lo tanto, en vista de todo lo antes mencionado, se decretó la suspensión condicional del proceso.

La siguiente Sentencia de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, de fecha veinte de diciembre de dos mil doce, en cuanto a la imposibilidad de determinar la edad de las personas que aparecen en una fotografía pornográfica. Esta sentencia se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la República contra la resolución que decretó el sobreseimiento provisional del imputado por los delitos de remuneración por actos sexuales o eróticos y posesión de pornografía, regulados y sancionados en los artículos 169-A y 173-A del Código Penal⁵⁶.

En lo concerniente al delito de posesión de pornografía, en la sentencia consta que se efectuó el registro con prevención de allanamiento en la casa de habitación del imputado, encontrándose “fotografías de personas del sexo femenino con poca ropa, sin ropa y en posiciones de contenido sexual”; y con

⁵⁶ Hazel Jasmin Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Carlos Fuertes Iglesias. “Delitos Relacionados con la pornografía de personas menores de dieciocho años”, *Revista Colección Investigaciones N°34*, (2014): 130

el fin de comprobar si las personas que en dichas fotografías eran menores de 18 años, solicitaron un peritaje al Instituto de Medicina Legal para que determinara las edades dichas personas; sin embargo, el jefe del Departamento de Clínicas Forenses informó mediante un oficio que “no es posible determinar la edades de las personas que aparecen en las fotografías”, ya que se requiere de un examen físico y odontológico, para determinar la minoría de edad.

Asimismo, se tiene la sentencia 248-1-2013, del Tribunal Primero de Sentencia de Santa Tecla, de fecha trece de enero del año dos mil catorce, en cuanto a la utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía. Esta sentencia refiere la participación de dos imputados, al primero a quien se le atribuía la comisión de los delitos de “estupro” y “utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía Arts. 163 y 173 Pn”; y al segundo, la comisión del delito de posesión de pornografía Art 173-A; el segundo de los imputados sostuvo relaciones sexuales con la menor víctima con quien mantenía una relación de noviazgo, a quien le había pedido grabaran un vídeo sosteniendo relaciones sexuales, a lo cual ella accedió, pero que éste, posteriormente mostró el vídeo a sus compañeros de estudios y lo difundió en internet por medio de las redes sociales; por lo cual, el tribunal condenó al primer imputado a cumplir la pena de prisión de tres años de prisión solamente por el delito de utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, y al segundo, dicho tribunal lo condenó a cumplir dos años de prisión por posesión de pornografía, y a la vez, les

otorgaron el reemplazo de la pena de prisión por Trabajo de Utilidad Pública a favor del Estado⁵⁷.

4.2 Legislación Internacional

Ahora bien, para el caso de los Tratados Internacionales, que tienen su fundamento constitucional en el artículo 144 Cn, y que han sido ratificados por El Salvador, por lo que también constituyen leyes de la República, además, que guardan relación con la LEPINA, entre estos podemos mencionar:

4.2.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Que es un documento elaborado por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales; establece por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero; y dice que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

4.2.1.1 El pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Ambos tratados desarrollan el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos y son obligatorios para los Estados que han manifestado su consentimiento de quedar vinculados a ellos; ambos consideran la libertad, la justicia y la paz, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, y tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e

⁵⁷ Tribunal Primero de Sentencia de Santa Tecla, Sentencia Condenatoria, Referencia: 248-1-2013 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

inalienables, los cuales se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

Por lo que, se tiene en cuenta el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a que la libertad, la justicia y la paz tienen como base el reconocimiento de la dignidad de todos los seres humanos. Y el Art. 24 N°1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

4.2.2 La Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José

Que reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen con el hecho de pertenecer a un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana; establece en su Art. 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

4.2.3 La Convención sobre los Derechos del niño

Las Declaraciones que le antecede a la Convención sobre los derechos del niño, (la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959), fueron el preámbulo que dio paso a la elaboración y aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989.

Esta Convención regula de manera más precisa el reconocimiento de los derechos de las niñas y los niños; además, determina de forma puntual las

obligaciones que tiene tanto el Estado como la sociedad respecto de aquellos. En la referida Convención lo primero que destaca es la modificación del criterio que considera a las niñas y los niños “objetos de protección”, ya que sus disposiciones expresan la necesidad de tomar en cuenta la opinión de la niña o niño en todos aquellos asuntos o decisiones que les afecten, de acuerdo con su edad y grado de desarrollo.

En otros apartados de la Convención se establece la necesidad de escuchar la opinión de la niña o el niño, como en el artículo 9.2, relacionado con los procesos de separación de sus padres, o el artículo 21, que se refiere a los procedimientos de adopción, donde deben manifestar su consentimiento con conocimiento de causa a los directamente afectados. El “interés superior del niño” se convierte en un principio rector de la aplicación de la Convención, estableciendo que debe prevalecer en toda decisión relacionada con asuntos en donde las niñas o los niños estén involucrados⁵⁸.

En la cual los 54 artículos que la componen, recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Su aplicación es obligación de los gobiernos, pero también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas; y tiene 3 protocolos que la complementan: el protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil, protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados, protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño.

⁵⁸ Ricardo A. Ortega Soriano, “Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista colección Sistema interamericano de derechos humanos*, n.14 (2011): 29, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28281.pdf>.

4.3 Legislación comparada sobre el delito de posesión de pornografía

En la legislación penal internacional podemos encontrar de forma similar a nuestro código penal, el delito de posesión de pornografía, por lo que, realizar un análisis de la legislación comparada permitirá establecer las similitudes y diferencias del tipo penal de posesión de pornografía.

4.3.1 Código Penal de Chile

En Chile el Código Penal fue promulgado y publicado el 12 de noviembre de 1874 y posteriormente entró en vigencia el 1 de marzo de 1875 ha tenido diferentes reformas, y su última de modificación fue el 20 de junio de 2020:

Los artículos 366 y 374 bis del código penal chileno, que se relacionan al delito de posesión de pornografía dicen literalmente:

Art. 366 quinquies.-“El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo. Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales, o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines”.

Art. 374 bis.-“El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena

de presidio menor en su grado máximo. El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

Como se puede observar en los artículos anteriormente citados del código penal chileno, en el primer artículo se sanciona la producción de material pornográfico en los que se utilice a menores de dieciocho años; mientras que en el segundo se regula lo referente a la comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición del material pornográfico en el que se utilice a los menores de dieciocho años de edad. Este código penal chileno, a diferencia del nuestro, no regula precisamente a las personas incapaces o deficientes mentales, sino solamente a los menores de dieciocho años, además que tipifica diversas conductas relacionadas a la pornografía, y no solo la acción de poseer el material pornográfico, como en el caso de nuestro código.

4.3.2 Código Penal de España

El código penal español, fue aprobado el 8 de noviembre de 1995, entró en vigencia el 25 de mayo de 1996, y fue publicado en el boletín oficial del Estado el 23 de noviembre del mismo año.

Artículo 183 ter.- “2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

Artículo 189.- 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: a) El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas. b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”⁵⁹.

En ambos artículos relacionados anteriormente del código penal español, podemos observar que, si bien no se regula exactamente el delito de posesión de pornografía, si existen tipos penales los cuales inducen o hacen referencia a la comisión del ilícito de posesión de pornografía, es decir, tienen las mismas características de obtención del material pornográfico.

4.3.3 Código penal de Costa Rica

El código penal de Costa Rica fue promulgado en 1970 y ha sufrido alrededor de 296 reformas, producto de 61 leyes diferentes.

Artículo 173 bis. Tenencia de material pornográfico: *“Será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años, quien posea material pornográfico*

⁵⁹ Código Penal Español (España: Congreso de los Diputados, 1995), Art. 183 ter 2 y Art. 189-1.

en el que aparezcan personas menores de edad, ya sea utilizando su imagen y/o su voz”.

Al observar el presente artículo, podemos notar que regula la tenencia de material pornográfico donde aparecen menores de edad, y no solamente su visualización, sino también el uso de su voz; es de advertir, que no obstante, el tipo penal se denomina como “Tenencia de material pornográfico”, el contenido de dicho artículo hace alusión a la posesión del mismo; y una diferencia que se puede apreciar es, en cuanto a la penalidad, ya que establece su pena de seis meses a dos años de prisión, mientras que en nuestro país el código penal sanciona este delito con pena de prisión de dos a cuatro años.

4.3.4 Código Penal Federal (México)

El Código Penal mexicano fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, siendo su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio del año 2008.

Artículo 202. “Comete el delito de pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, quien procure, obligue, facilite o induzca, por cualquier medio, a una o varias de estas personas a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. Al autor de este delito se le impondrá pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa. A quien fije, imprima, video grabe, fotografíe,

filme o describa actos de exhibicionismo corporal o lascivos o sexuales, reales o simulados, en que participen una o varias personas menores de dieciocho años de edad o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, se le impondrá la pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito. La misma pena se impondrá a quien reproduzca, almacene, distribuya, venda, compre, arriende, exponga, publicite, transmita, importe o exporte el material a que se refieren los párrafos anteriores”.

Artículo 202 bis. “Quien almacene, compre, arriende, el material a que se refieren los párrafos anteriores, sin fines de comercialización o distribución se le impondrán de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa. Asimismo, estará sujeto a tratamiento psiquiátrico especializado”⁶⁰.

Podemos observar que en el Código Penal Mexicano en el Art. 202, se sanciona el delito de pornografía de menores de dieciocho años de edad e incapaces, cuando estos realicen actos sexuales o exhibicionistas, asimismo, sanciona a quien reproduzca, almacene, distribuya, venda, compre, arriende, exponga, publicite, transmita, importe o exporte el material pornográfico en donde aparezcan dichas personas; por su parte el artículo 202 Bis, castiga a quien almacene, compre, arriende material pornográfico, con la diferencia que

⁶⁰ Código Penal Federal de México (México: Palacio del Poder Ejecutivo Federal, 1931), Art. 202 Bis.

lo sanciona sin fines de comercialización, es decir, para consumo propio, así como que impone además de la pena de prisión, un tratamiento psiquiátrico para el autor del delito; si bien no se regula tal cual se encuentra en nuestro código penal, podemos encontrar similitudes entre los tipos penales.

4.4 Desarrollo de Entrevistas

El objetivo de las entrevistas realizadas es obtener información de profesionales y conocedores del derecho penal, en este caso Jueces de Sentencia y Magistrado de Cámara de lo Penal, para esclarecer las dudas y reforzar el desarrollo de nuestra investigación sobre el error en el delito de posesión de pornografía, así como, el uso inadecuado de las tecnologías de la información y la comunicación afecta gravemente el desarrollo de la sexualidad de los niños, niñas, adolescentes, y las personas incapaces o deficientes mentales.

4.4.1 Entrevistas a Jueces de Tribunales de Sentencia y Magistrado de la Cámara tercera de lo Penal de San Salvador.

Entrevista al Licenciado Vicente Alexander Rivas Romero, Juez Presidente del Tribunal Segundo de Sentencia de Sonsonate.

En cuanto a la interrogante si el delito de posesión de pornografía es un delito frecuente en El Salvador, el Licenciado Rivas manifestó al respecto: Si, es un delito frecuente en El Salvador, pero en su caso, el Tribunal Segundo de Sentencia de Sonsonate donde él funge como Juez, solamente se ha conocido de un solo caso de posesión de pornografía

Respecto a la interrogante referente a que si de la posesión de material pornográfico, se derivan otros delitos el Licenciado Rivas manifestó: que

sí, que el legislador va adelantando las barreras de protección penal, sancionando las conductas más alejadas a la transgresión material de lo que es el bien jurídico, tipificando diversas conductas desde etapas muy previas a su comisión, y sancionando este tipo de conductas.

En relación a lo dicho anteriormente, siempre se penalizaría el delito de posesión de pornografía, al respecto Licenciado Rivas manifestó: que podrían existir conductas en concurso de delitos, es decir que podría considerarse un concurso aparente de normas, si el material pornográfico, fuera un elemento del tipo objetivo de otros delitos más graves o que puede darse la posesión de pornografía en concurso real con otros delitos.

Respecto a la forma en cómo se podría identificar si la persona que aparece en la imagen en efecto es menor de edad o tiene condición de ser una persona incapaz o deficiente mental, el Licenciado Rivas manifestó: que podrían existir diferentes pruebas, sobre todo tecnológicas que podrían ayudar a determinar si efectivamente se trata de un menor de edad o incapaz, pueda ser que el menor de edad nunca sea identificado o no se sepa exactamente dónde se encuentra, o si efectivamente es una persona adulta que a través de diferentes mecanismos tecnológicos se pueda hacer pasar por una persona menor de edad, el problema sería probatorio.

Respecto a que si podría aplicarse a las personas incapaces o deficientes mentales el bien jurídico de la indemnidad sexual, el Licenciado Rivas manifestó: Que cuando se trata de personas adultas aunque tenga una deficiencia mental, podría considerarse sin ningún problema la libertad sexual; pero la indemnidad sexual es un paso previo a la libertad sexual, en donde la persona tiene la facultad, el conocimiento y la voluntad de disponer de su sexualidad, entonces si se estaría hablando siempre de una indemnidad

sexual porque una persona incapaz o deficiente mental no tiene la capacidad para decidir sobre una actividad sexual.

Respecto a que si se configura siempre la posesión de pornografía, cuando las víctimas actúan bajo el consentimiento de sus padres o tutores, el Licenciado Rivas manifestó: Que se tiene que identificar quien es el sujeto activo del delito puede ser los mismos padres o cualquier otra persona, e incluso podría tratarse de corrupción de menores o podría ser una inducción o promoción o favorecimiento de actos sexuales o eróticos, dependiendo las características concretas de cada caso en específico.

Respecto a que sí debería haber una normativa especial contra los delitos relativos a la sexualidad de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, el Licenciado Rivas manifestó: Que sería interesante que exista una normativa especial, pero cuando existe una ley especial, no solamente es para la tipificación de las conductas como delitos, sino que también se crean instituciones y principios a través de los cuales se rigen sus actuaciones, u otros tipos de dependencia o colaboración interinstitucional.

De acuerdo a la Ley Especial Contra Delitos Informáticos y Conexos, el delito de adquisición o posesión de material pornográfico de niños, niñas adolescentes o personas discapacitadas a través del uso de las tecnologías de la información y comunicación, tiene algunos elementos diferentes al Código Penal, por lo que, tendría que hacerse una revisión integral para que no haya choques de legislaciones.

Respecto de que si una persona desconocía que se trataba de un menor de edad, incapaz o deficiente mental, aplicaría la figura del error, el Licenciado Rivas manifestó: Que si podría surgir el error, pero si en el material pornográfico se aprecia que se trata de un menor de edad, no podría

tratarse de un error, sino que dependerá de cada caso concreto, pero sí podría surgir el error de tipo.

En relación a que si el delito siempre es doloso cuando una persona desconoce la condición mental de la víctima, el Licenciado Rivas manifestó: Se tendría que hacer un análisis, porque el delito es siempre doloso, no es por culpa, tomando en consideración los elementos personales del autor, y si efectivamente tenía conocimiento y voluntad de querer hacerlo o que tenía conocimiento, pero no tenía la voluntad de afectar a la víctima. Esta conducta es bastante criticable sobre todo en el tema de como probar si era un menor de edad o una persona incapaz o deficiente mental, pero el material pornográfico puede ser un material que fue creado en otro país, por lo tanto, no se puede exigir para actividad probatoria un estudio científico o un peritaje psiquiátrico, que pruebe que la persona es deficiente mental o incapaz.

En relación a que sí existiría lesividad al bien jurídico cuando la imagen de un menor de edad, incapaz o deficiente mental ha sido alterada, el Licenciado Rivas manifestó: Científicamente o tecnológicamente si es posible hacer un estudio, sí al ver el material pornográfico, se observa que se trata de un menor de edad, se estaría cometiendo el hecho delictivo con dolo. Científica o tecnológicamente se puede establecer que han alterado la imagen, el problema es que, aunque la hayan alterado, se consuma el delito.

Respecto a que si la posesión de pornografía es un delito cibernético, el Licenciado Rivas manifestó: Que en el tema de las TIC's, se borran las evidencias o las huellas y se desconoce quiénes son los que han creado el material pornográfico, así como que se eliminan las barreras y el tiempo, y la conducta se puede masificar, es decir, que hay una cantidad de características propias de este delito que lo hacen más grave, puede ser una sola conducta

que se ha reproducido millones de veces a través de las TICS, porque son los mecanismos por medio de los cuales resulta más fácil la comunicación, el intercambio de información, videos y fotografías.

Respecto a que si podría darse una reforma al artículo 173-A del Código Penal, o si este podría adecuarse dentro del artículo 172 del Código Penal, el Licenciado Rivas manifestó: Que no porque son conductas distintas, una es el hecho de poseer, adelantando bastante las barreras de protección y la otra prácticamente es realizar todo tipo de conductas de intercambio de información de pornografía entre menores, es diferente la conducta entre proveer o difundir el material pornográfico entre menores, y poseer para consumo propio.

Respecto a que si el artículo 30 de la Ley Especial contra los delitos Informáticos y Conexos, es útil para la aplicación de la pena en el delito de posesión de pornografía, el Licenciado Rivas manifestó: Que se aplicaría lo que sea más favorable al imputado, porque son dos conductas bastantes similares, con la diferencia en que en una se utilizan las TICS, y en la otra no, es decir si se tratara de una revista en físico o en unas fotografías impresas, estaríamos en presencia del artículo 173-A C.Pn., pero si el delito se comete por medio de las TICS, estaríamos en presencia del artículo 30 de la Ley Especial Contra delitos informáticos y conexos.

Respecto a los criterios que se deben valorar, para tomar una decisión con respecto al delito de posesión de pornografía, el Licenciado Rivas manifestó: En cuanto a la responsabilidad penal se debe establecer el binomio procesal, es decir, la existencia de un delito y la participación del procesado, la participación en alguno de estos delitos es complicada, no puede haber responsabilidad objetiva, no solo porque una persona sea dueña de una

computadora donde está el material pornográfico quiere decir que necesariamente lo está poseyendo, la persona es responsable penalmente, pero hay que ver la existencia de los elementos objetivos y subjetivos. Se debe tener por acreditado el elemento de tipo, pero si jamás ha existido una relación de cercanía o de conocimiento respecto de víctima y victimario, entonces no puede dar por hecho de que el victimario conoce efectivamente que se trata de una persona deficiente mental, por lo tanto su conducta no se configuraría dentro de lo que señalan los artículos de la ley especial o del código penal.

Respecto a qué medio de prueba se toma en cuenta cuando no existe una colaboración directa entre el autor del delito y la víctima, el Licenciado Rivas manifestó:

Que cuando hay una relación directa podría ser prueba documental o prueba testimonial, y todos los medios de pruebas posibles lícitas e idóneas y pertinentes para establecer dichas circunstancias y establecer vinculaciones previas. Cuando no hay una vinculación hay un problema más difícil de carácter probatorio, en primer lugar el hallazgo del material pornográfico, tendría que valorarse la situación mental del imputado con un estudio psiquiátrico, pueden existir diferentes técnicas psicológicas que pueden dar indicios de que es un pedófilo y la prueba científica psicológica forense; todos estos elementos son importantes para considerar las condiciones propias del autor, el material pornográfico, la incautación de las computadoras o de otro dispositivo de almacenamiento; asimismo hay instrumentos tecnológicos que ayudan a la reconstrucción de la información, ver cuánto tiempo se conecta una persona, las páginas que visita una persona, las páginas que descarga, el tiempo, la edad del imputado, incluso el manejo de la incautación de una computadora al momento del registro con prevención de allanamiento, se tienen que hacer pesquisas físicas, puede que la persona sea dueña de la computadora, pero no descargue el material pornográfico o no tenga conocimiento que lo posee, en este tipo de delitos se tiene que ver

que el juez no tenga duda, tiene que ser una responsabilidad objetiva, no necesariamente toda la prueba deberá ser tecnológica, para determinar uno de los extremos del delito que es la participación del imputado, todos estos elementos se pueden valorar.

Respecto a que sí pueden darse salidas alternas en el proceso, el Licenciado Rivas manifestó: Que atendiendo a la pena se puede dar el procedimiento abreviado, lo cual es una salida viable, así se le puede se le puede suspender la ejecución de la pena; o incluso suspensión condicional del procedimiento dependiendo de las agravantes.

Respecto a que si se persiguen todos los delitos que se relacionan con la posesión de pornografía, buscando la protección efectiva de los derechos sexuales de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales, el Licenciado Rivas manifestó: Que en términos generales sí, porque se tiene un código penal y una ley especial, pero lo que se criticaría es, que se tienen que hacer estudios técnicos, porque este tema no es de victimología, ni de criminología, ni de derecho penal, sino de política criminal, dada por el poder constituyente de nuestra Constitución, por lo tanto, el legislador es el que determina en qué conductas se debe hacer un estudio pre-legislación para ver la realidad, durante la ejecución de la iniciativa de creación de tipos penales y un estudio de política criminal posterior a la creación de los tipos penales, para aplicar la normativa.

Entrevista al Licenciado José Rodolfo Meléndez González, Juez Presidente del Tribunal Segundo de Sentencia de Zacatecoluca.

Respecto a que sí se podría presumir la existencia de una comercialización, distribución, o difusión del material pornográfico, el Licenciado Meléndez manifestó: Que no, ya que partiendo del Principio de

Legalidad, en el Art. 1 C.Pn., nada es presumible en el derecho penal, la presunción es una comisión sobre lo que se considera que el sujeto está haciendo, y aquí es donde se fortalece más el error, ya que la presunción no es una valoración de conocimientos, sino que, es la conjunción precisa que induce a pensar de manera verídica y de manera inequívoca, que lo que se tiene podría generar algo concreto para determinar el cometimiento del delito.

Respecto a que, si puede el poseedor alegar que el material que se le ha encontrado en grandes cantidades es para uso personal, el Licenciado Meléndez manifestó: Que no, ya que los tipos penales actualmente buscan atacar una condición propia o sociológica de la criminalidad especial, así lo que se busca es atacar a personas con grandes cantidades de este tipo de material. Siendo de gran ayuda los criterios que dan los psicólogos al momento de entrevistar a la persona que le se ha incautado este material, son ellos los que determinarán si estas personas tienen un desequilibrio mental a causa de ese material; la ley sanciona la comisión propia subjetiva del individuo por más alto consumo que se tenga o exceso el almacenamiento y la conducta psicosocial del sujeto, no es justificable que el almacenamiento es para uso propio, pues existe el elemento objetivo de transición, la cantidad de imágenes y la condición de cuanto se tiene.

Respecto a los criterios que toman en cuenta para determinar que el delito que se comete es la simple posesión de pornografía o si constituye pornografía para comercialización, distribución y difusión, el Licenciado Meléndez manifestó: Que hoy en día con el uso de la tecnología, un experto en sistemas podría rastrear los códigos Hash (algoritmo matemático), que cada uno de los celulares tienen y si una persona descarga una imagen o un video y luego la comparte, mediante ese código Hash que posee el celular, se puede llegar a determinar si ya no se tiene el material pornográfico sólo para

el propio uso, sino que, para otro tipo de finalidad, la que sería de distribuir o difundir.

Respecto a que, en qué momento surge a la figura del error en el delito de posesión de pornografía, el Licenciado Meléndez manifestó: Que en el caso que a una persona reciba un mensaje al celular y que esta persona recibió una imagen o un video con contenido pornográfico y en ningún momento lo pidió y no sabía que el mensaje que recibió contenía ese tipo de material, la imagen ya está en el celular, y es en ese momento en donde se podría alegar el error; y habría que analizar si quien recibió el mensaje con el material pornográfico, realmente tenía la voluntad de tenerlo.

Respecto a que por qué en el artículo 28 del código penal, sólo hace mención del error vencible y error invencible, el Licenciado Meléndez manifestó: Que la norma es la parte general, lo que hace es tener los conceptos más genéricos posibles, para que sean adaptables precisamente a toda la serie de normas especiales, a toda la serie de conductas y de artículos que moderan estas conductas para proteger el bien jurídico, por eso lo establece directamente con la base de la invencibilidad porque esto recae en ambos.

Respecto a que, si las tecnologías de la información y la comunicación son medios que facilitan la obtención de material pornográfico, y vulneran los derechos de las víctimas interrumpiendo su correcto desarrollo sexual; el Licenciado Meléndez manifestó: Que no, que el uso de las nuevas tecnologías, facilitan la vida y éstas deberían limitar el fácil acceso a las imágenes y videos con contenido pornográfico. El cometimiento del delito no se facilita, sino más bien, está justificando su interpretación con las tecnologías.

Respecto a que sí se podría considerar el Grooming, el Sexting, y el Sextorsion como una forma de explotación sexual, el Licenciado Meléndez manifestó: Que si, ya que son conductas que pueden tener una represión al derecho penal o pueden ser consideradas conductas que tienen una finalidad, como el caso de obtener imágenes de menores de edad mediante el uso de las tecnologías.

Respecto a la pregunta anterior, si estas formas configuran la explotación sexual, ya no se constituye la mera posesión de material pornográfico como delito, el Licenciado Meléndez manifestó: Que no, ya que se estudia en base a la finalidad que tiene el sujeto, según el principio de alternatividad se establecerá el delito que tenga mayor pena, se estudia la finalidad de acuerdo a la conducta, y en base a eso se penaliza el tipo, según el Art 7 C.Pn., la conducta más compleja absorbe a la menos compleja y de acuerdo a los Arts. 167 y 168 C.Pn., se aplicaría la norma especial, el código pretende limitar el poder punitivo del Estado.

Respecto a que si medio de una imagen no se puede determinar la edad o la condición mental de una persona, se seguiría configurando la posesión de pornografía, el Licenciado Meléndez manifestó: Que si no se logra determinar de que en la imagen o video se está apreciando a un menor de edad, incapaz o deficiente mental, entonces no se está constituyendo lo que establece el Art. 173-A C.Pn., y por lo tanto habría que llegar a sobreseer el proceso, siempre y cuando también se compruebe que la persona a quien se le encontró el material pornográfico, no lo distribuya.

En cuanto a que si la normativa internacional vela por la protección de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales, el Licenciado Meléndez manifestó: Que si, el problema que representa la pornografía de

personas menores de edad, incapaces o deficientes mentales, ha llevado a que diferentes países, hayan firmado varios tratados internacionales cuyo principal objeto es combatir o reducir, el problema de la pornografía de menores, particularmente por Internet, y nuestro país se ha adherido a estos tratados o convenios, y lo ha tenido que hacer porque antes había muy poca normativa para perseguir la pornografía, y todo esto ha llevado a fortalecer más la persecución y castigo de quienes cometen estos delitos.

Entrevista al Licenciado José Antonio Flores, Juez del Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Tecla

La respectiva entrevista fue realizada al licenciado José Antonio Flores, con la intervención del Licenciado José María Zepeda Grande, Juez de sentencia del mismo tribunal; quienes además con la ayuda de un colaborador jurídico de dicho tribunal, nos mostraron un expediente sobre un caso del delito de posesión de pornografía explicándonos que este se había llevado a cabo como red internacional, que tenía su origen en Estados Unidos pero que las imágenes de los menores de edad se manejaban por un persona en El Salvador, el caso tenía reserva total por lo tanto no pudieron brindarnos una copia de tal expediente.

Respecto a que elementos probatorios se puede tomar cuenta para determinar el delito de posesión de pornografía, el Licenciado Zepeda manifestó: Que a través de los elementos del tipo, por ejemplo para determinar la edad de una persona menor de edad, se puede hacer a través de una certificación de una partida de nacimiento, a través de una fotografía, a través de la respectiva denuncia y de la información que se puede extraer del teléfono celular o dispositivo que se haya usado, es decir, se tienen que

probar los elementos puros del tipo penal, sino se prueba alguno de estos, ya no se constituye el delito.

Respecto a que si se vulnera el bien jurídico protegido cuando la víctima participa voluntaria y conscientemente para ser utilizada en el delito de posesión de pornografía, por tener de por medio un fin económico, el Licenciado Flores manifestó: Que si, ya que, aunque un menor de edad, esté consiente y exprese de manera voluntaria que quiere realizar ese tipo de actos sexuales, sigue siendo menor de edad y por ende ante la ley no puede expresar su libre consentimiento para este tipo de actos.

Respecto a que, si la posesión de material pornográfico constituye una coacción o una amenaza en las víctimas, el Licenciado Zepeda manifestó: Que en algunos casos sí, así como el caso del expediente que nos mostraron, ya que en las fotos es evidente que muchos de estos menores han sido maltratados, tanto física como mentalmente para ser forzados a tener relaciones sexuales, porque a pesar de sus rostros reflejaban alegría y parecieran no estar siendo forzados, ellos no tienen el suficiente razonamiento como para entender la gravedad del acto que se está cometiendo.

Respecto a que cual sería el bien jurídico tutelado que se les vulnera a las personas con incapacidad o deficiencia mental, el Licenciado Flores manifestó: Que siempre sería la indemnidad sexual el bien jurídico que se vulnera, ya que por muy adultos que sean, a las personas incapaces o deficientes mentales la ley considera que su mentalidad sigue siendo como la de un menor de edad y por lo tanto se les aplicarán las leyes como si fuesen tales.

Respecto a que si el autor del delito utiliza a las víctimas con fines de explotación sexual, el Licenciado Flores manifestó: Que considera que sí,

ya que es obvio el maltrato que muchas veces se ven en imágenes y es claro que a estas personas solo las utilizan para lucrarse económicamente o para satisfacer un tipo de fetiche sexual desviado que tengan, y muchas veces los autores hasta pueden ser los mismos padres ya que estos mandan a las calles a sus hijos y les exigen que regresen con cierta cantidad de dinero, y es aquí cuando personas inescrupulosas se aprovechan de esta situación para abusar de estos niños.

Respecto a que si puede el poseedor alegar no tener conocimiento si se trataba de un menor de edad, incapaz o deficiente mental, el Licenciado Zepeda manifestó: Que no, que a simple vista se ve bien calcado que se trata de un menor de edad, pero es diferente en el caso cuando se trata de un incapaz o deficiente mental, porque ya no se ve la edad y es muy difícil que la persona que está viendo el material pornográfico logre identificar que se trata de una persona incapaz o deficiente mental, tendría que determinarlo un perito. Ahora bien, cuando se trata de niños y niñas, es todo lo contrario, porque las máximas de la experiencia llevan a identificar que se está ante la presencia de un menor de edad, al menos que sea un adolescente, porque a veces parecen que tienen más de dieciocho años y es lógico entender que cualquiera se puede confundir.

Respecto a que si las instituciones del Estado Salvadoreño deberían capacitarse en temas relativos a las tecnologías para obtener un mejor resultado en la persecución del delito, el Licenciado Zepeda manifestó: Que sí, que el Estado debería proporcionar más presupuesto para el fortalecimiento de sus instituciones y así también, llegar al origen de la problemática.

Respecto a que si el Art. 30 de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos y Conexos podría desplazar o complementar al Art. 173-A del Código Penal, el Licenciado Flores manifestó: Que habría que analizar los verbos rectores de cada uno de los artículos y tomando en cuenta la regla del artículo 7 del código penal, aplicar la ley que más le favorezca al imputado, aunque todo dependerá del caso en concreto que se plantea utilizar.

Respecto a si existe alguna institución específica que se encargue de proteger el desarrollo sexual de las víctimas, el Licenciado Flores manifestó: Que existen muy pocas, pero en la realidad se ven a muchos niños desprotegidos y muchas veces, son los propios padres quienes los exponen, así como que les exigen que lleguen con determinada cantidad de dinero a su casa, y es aquí cuando aparecen personas pervertidas que les ofrecen el dinero a cambio fotografías o videos, o peor, favores sexuales.

Respecto a la protección efectiva de los derechos sexuales de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales, previendo las consecuencias psíquicas que este delito ocasiona, el Licenciado Flores manifestó: Que a nivel teórico lo está haciendo, pero a nivel práctico no, ya que en cuanto a la protección de los menores de edad, personas incapaces o deficientes mentales, hay mucho que hacer, pues dentro de estas pocas instituciones, hacen un mal trabajo porque en lugar de protegerlos, probablemente los maltratan más.

Entrevista al Dr. Juan Antonio Durán Ramírez, Magistrado de la Cámara 3ª de lo Penal de la 1ª Sección del Centro de San Salvador.

Respecto a si se estaría frente a la posesión de material pornográfico cuando las imágenes o videos se pueden descargar automáticamente en un teléfono celular, el Dr. Durán manifestó: Que solo el hecho de poseer

material pornográfico genera un problema, en el caso que se haya recibido ya sea por correo electrónico, o por WhatsApp, u otra red social, pero el dueño no lo ha visto, se estaría en una confusión, ya que, aunque no se abran, la información está ahí, y nos encontraríamos frente al supuesto que se ha recibido.

Respecto a cómo podría determinarse si se tuvo material pornográfico aunque este haya sido eliminado del aparato tecnológico, el Dr. Durán manifestó: Que se puede determinar que por medio de un peritaje de análisis de los correos electrónicos del sujeto, o con el peritaje del vaciado de información, que determine que el material fue eliminado, ya sea del aparato o de la papelera de reciclaje, entonces estaríamos en presencia de un posible error.

Respecto a cómo se podría identificar la intención de la persona que accede a este tipo de material pornográfico, el Dr. Duran manifestó: Que si se ha recibido por medio de WhatsApp y se descarga automáticamente el material pornográfico porque el titular no lo ha restringido, eso sería un tema probatorio, es decir, cómo podría acreditarse que esa red social tiene activado descargas automáticas de imágenes y videos, y no de manera restringida; y que para el caso que el sujeto descargue el material de una página web con acceso restringido y lo envía a otras personas, se podría generar un error de prohibición, ya que aunque la persona que lo recibe desconoce el lugar en donde se descargó ese material lo ha reenviado o lo ha compartido con otra personas, en este caso sería posesión de pornografía porque eso significa que el sujeto ya consumió esa información.

En la web se pueden encontrar tres niveles: surface web, deep web y dark web; la primera es, la web superficial, en la cual encontramos información

desde cualquier buscador o navegador, y se puede encontrar pornografía en el nivel de la superficie; luego está la web profunda, es más abajo donde hay encriptados, y una red que se llama Tor, que utiliza la técnica onionrouting o técnica de la cebolla, lo que es un router que tiene una serie de encriptaciones o distintas capas como la cebolla, para no poder identificar el servidor que proporciona la información; más abajo se encuentra la web oscura, donde hay información más oculta y difícil de acceder, aquí si hay criminalidad organizada, vinculada a sicariatos, trata de personas, tráfico de inmigrantes, tráfico de animales, incluso servicio de pago como criptomonedas.

Respecto a que si en la web superficial podría filtrarse pornografía de menores de edad, el Dr. Durán manifestó: Que en la web superficial hay mucha pornografía en muchos lugares públicos, porque se dice que la pornografía entre adultos no es delito, entonces se van relajando las barreras de protección y se va introduciendo pornografía infantil simulada, pues no se utiliza a niños en realidad, pero los adultos se visten y actúan como niños, porque el pederasta consume este tipo de material, y otra posibilidad sería, que se utilicen imágenes de infografía, es decir dibujos de computadora, o también hay pornografía japonesa tipo manga en el que se utilizan niños y niñas en dibujos.

Respecto a que si siempre existiría una lesividad al bien jurídico protegido, cuando los actos pornográficos son realizados por adultos simulando ser adolescentes, el Dr. Durán manifestó: Que precisamente cuando se trata de sancionar los comportamientos reales o simulados, es desde la perspectiva político criminal, y en estos casos que no solamente en nuestro país está sancionado el uso de niños y adolescentes en la pornografía simulada por computadora o en dibujo, lo que se trata de tutelar es la prevención del fomento, no la lesión, porque con esto el pederasta consume

imágenes pornográficas, entonces esa idea del fomento es una ilusión, pero el riesgo es que después esta persona se comporte conforme a lo que ha visto o consumido y lo realice en un niño, niña o un adolescente.

Respecto a la valoración de la prueba en el caso de no haber una vinculación directa, el Dr. Duran Manifestó: Que en la posesión de pornografía hay una tutela que adelanta las barreras de protección, al menor de edad muy probablemente le tomaron la foto en otras circunstancias, pero lo empiezan a compartir, y de esa manera la persona lo va guardando en una carpeta personal de su computadora o dentro de la nube; entonces el problema es el poseer ese tipo de cosas. Para el caso en el que se pensara que se trata de personas adultas, surgiría el error de tipo, en la creencia equivocada que se trataba de personas menores de edad, que simulaban ser adultos.

Respecto a si el Estado vela porque las víctimas de este delito gocen oportunamente de sus derechos sexuales, el Dr. Durán manifestó: Que no, ya que, es como si se tratara de castrar a los incapaces, es decir, que no pueden tener ese tipo de relaciones, cuando en realidad es algo biológico y es una necesidad; y que hay un debate en torno a la sexualidad de los incapaces, que no puede el legislador quitarles, porque es parte de su sexualidad y de sus derechos, pero el legislador prácticamente les dice que no tienen derecho de gozar de su sexualidad, porque es prohibido para todo el que desee tener algo con ellos.

Respecto a si de la posesión de pornografía, se pueden derivar otros delitos, el Dr. Duran manifestó: Que si, ya que se han anticipado las barreras de protección en el tema de itercriminis (camino del delito), se sabe que hay tres fases del delito: la fase interna del delito, la fase externa, y la fase

intermedia, que es la resolución manifestada. En la fase externa hay comportamientos que son impunes, como los actos preparatorios, así en la posesión de pornografía, se penaliza creando una barrera de protección que evita que se cometan otros delitos como una violación o la explotación sexual de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, entre otros; es decir, prevenir desde la fase interna del delito que son los pensamientos, ya que estos no son sancionados.

Respecto a si el Estado debería capacitar a las instituciones en temas referentes a la sexualidad y a las tecnologías, para una mejor persecución del delito, el Dr. Duran manifestó: Que si, no solo con el Estado, sino con la ciudadanía en general, ya que en muchos casos son víctimas de su mismo núcleo familiar, ya sean abuelos, tíos, papás, padrastros, hermanos, o empleados domésticos, es decir, las personas se aprovechan de los espacios de vulnerabilidad para saciar su apetito sexual, e incluso hay casos en los que ponen a los niños a ver pornografía para hacerles nacer esa necesidad inexistente.

CONCLUSIONES

De la presente investigación se puede concluir que el error es una figura que se remonta desde el derecho romano, donde se clasificaba como de error de hecho y error de derecho, sin embargo, actualmente estas concepciones se conciben como error de tipo y error de prohibición; pero nuestra legislación penal, no regula de forma explícita tales figuras, sino que lo hace de forma genérica desde la base de la invencibilidad, es decir, como error vencible y error invencible, en virtud que ésta recae sobre ambos.

El error de tipo recae sobre el aspecto objetivo del tipo, es decir, el error de tipo está referido a la tipicidad y supone una falsa apreciación de los elementos objetivos del tipo penal, mientras que el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuricidad, por lo que, está referido a la culpabilidad y supone el desconocimiento de la ilicitud de una conducta o el creer erróneamente que dicha conducta ilícita se encuentra dentro de una causa de justificación.

Cuando el error de tipo es invencible implica que la acción realizada no puede ser evitada por lo tanto excluye el dolo, pero cuando el error de tipo es vencible implica que la acción realizada ha podido ser evitada fundamentada en su caso el castigo por imprudencia, como un delito culposo; por su parte, el error de prohibición cuando es invencible implica que la acción realizada es inevitable y excluye la culpabilidad, y si el error de prohibición es vencible implica que la acción realizada puede evitarse, es decir permite atenuarla, pero no afecta en nada el tipo de injusto del delito cometido; en tal sentido, podemos decir que el error de tipo repercute en la configuración típica, dolosa o culposa del delito, mientras que el error de prohibición incide en la culpabilidad del actor en la conducta típica realizada.

El delito de posesión de pornografía anticipa las barreras de protección para evitar el cometimiento de otros delitos más graves, sin embargo puede llegar a producir otras formas delictivas en contra de niños, niñas, adolescentes, personas incapaces o deficientes mentales e incluso puede llegar a constituir una remuneración por actos sexuales que podría convertirse en una forma de explotación sexual, afectando gravemente la integridad de las víctimas y violando sus derechos humanos.

La Ley Especial Nacional y los tratados internacionales garantizan a todo niño, niña y adolescente, el cumplimiento efectivo de sus deberes y pleno goce sus derechos que tienen dentro de la sociedad, permitiendo su correcto desarrollo físico, mental y sexual, considerándolos como personas capaces, sujetas de derecho, y con capacidad jurídica procesal, asegurando su bienestar y protección.

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación son herramientas fundamentales en el desarrollo de las sociedades, no obstante, también son utilizadas con fines delictivos por la facilidad de acceso que estas ofrecen a cualquier persona y en cualquier lugar del mundo, convirtiéndose en espacios de vulnerabilidad para los menores de edad, incapaces o deficientes mentales, que son víctimas de personas inescrupulosas que los utilizan ya sea de manera voluntaria o forzada en actividades pornográficas o eróticas, configurándose el delito de posesión de pornografía.

RECOMENDACIONES

A la Asamblea Legislativa:

Que se reforme el artículo 28 del código penal, en cuanto a la regulación del error haciendo alusión al error de tipo y al error de prohibición para una mejor comprensión e interpretación de estas figuras, de una manera más clara y específica.

Que se implemente una nueva ley especial que integre a las personas incapaces o deficientes mentales dentro de una normativa que les otorgue derechos y facultades conforme a su condición o capacidad mental, respecto de su sexualidad para que sean considerados como tales.

Que se reforme el artículo 173-A del Código Penal aumentando su pena, debido a que se trata de un delito relativo a la transgresión de la sexualidad de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales.

Al Órgano Ejecutivo:

Que el Ministerio de Educación por medio de los Centros Educativos implemente incorpore en la educación de todos los niños, niñas y adolescentes el correcto y positivo uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, para así prevenir la comisión de todo tipo de delitos informáticos.

Que el Ministerio de Salud brinde atención psicológica de mejor calidad a las víctimas del delito de posesión de pornografía, garantizando el seguimiento de su desarrollo sexual de acuerdo a su edad o condición mental.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Galán Muñoz, Alfonso. Los cibercrimitos en el ordenamiento español. España: Editorial UOC, 2019.

Herrera, Lucio Eduardo. El error en materia penal. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.

Schweitzer Walters, Miguel. El error de derecho en materia penal. Santiago de Chile, 1964.

Trabajos de graduación

Aguirre López, Oscar René. Heski Castillo, Fritz Alonso. "Pornografía Infantil". Tesis de grado. Universidad de El Salvador, 2009. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/16443/1/50107364.pdf>

Alvarado Zepeda, Jasmín Amanda. Borja López, Ana Deysi. Rojas García, José Darío. "Las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), y su eficacia dentro de los medios de prueba del proceso penal salvadoreño". Tesis de Grado. Universidad de El Salvador, 2014. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6487/1/LAS%20NUEVAS%20TECNOLOGIAS%20DE%20LA%20INFORMACI%C3%93N%20Y%20LA%20COMUNICACI%C3%93N%20%28TIC%E2%80%99s%29%2C%20Y%20SU%20EFICACIA%20DENTRO%20DE%20LOS%20MEDIOS%20DE%20PRUEBA%20DEL%20PROCESO%20PENAL%20SALVADORE%C3%91O.pdf>

Alvarenga Gómez, Elvia Lourdez. Salamanca Pineda, Jaime Orlando. Zelaya, Roberto José. "El delito de corrupción de menores". Tesis de Grado.

Universidad de El Salvador, 2006.
<http://opac.fmoues.edu.sv/infolib/tesis/50103264.pdf>

Flores, José Fredesvindo. "El Error en la Legislación Penal Salvadoreña". Tesis de grado. Universidad de El Salvador, 1994.
<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/43c7771efef6946806257643007154ee?OpenDocument>.

Legislación

Constitución de la República El Salvador. (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983)

Convención Americana sobre los Derechos Humanos. (Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969)

Convención sobre los Derechos del niño (Organización de las Naciones Unidas: 1989)

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

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010)

Ley Especial Contra los Delitos Informáticos y Conexos. (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016)

Ley de Salud Mental de El Salvador.(El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 2017)

Pacto internacional de los derechos económicos y sociales y Culturales (Organización de las Naciones Unidas: 1966)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Organización de las Naciones Unidas, 1966)

Legislación Comparada

Código penal y Legislación complementaria de España.(España: Congreso de los Diputados, 1995).

Código Penal de Chile. (Chile: Ministerio de Justicia, Congreso Nacional, 1874)

Código penal Federal de México. (México: Palacio del Poder Ejecutivo Federal, 1931)

Código Penal de Costa Rica. (Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970)

Jurisprudencia

Sala de lo Penal. Recurso de Casación contra la sentencia definitiva absolutoria, Referencia: 100-C-2012. 2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador. Sentencia Condenatoria, Referencia: 205-10-2. 2010. El Salvador: Corte Suprema de Justicia,2010.

Cámara Tercero de lo Penal. Sentencia de sobre el Recurso de Apelación. Referencia: 12-2012. 2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

Tribunal Tercero de Sentencia de Santa Tecla. Sentencia Condenatoria, Referencia: 248-1-2013. 2013. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sitios Webs

Bolaños Vásquez, Hazel Jasmín. “Regulación jurídico-penal de los delitos sexuales en El Salvador. Análisis desde una perspectiva de género”, Revista Realidad y Reflexión, n. 41 (2015): 86- 105, <http://icti.ufg.edu.sv/doc/RyRN41-B.Vasquez.pdf>.

Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. “El error en el derecho penal”, Revista Derecho & Sociedad, n.12 (1997): 101-129, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16677>

Cotto Castaneda, Howard Augusto y Andrés, Amado Philip. "Protejamos a niños, niñas y adolescentes de la violencia, abuso y explotación sexual en internet", Revista en línea Proyecto “Protección de niños, niñas y adolescentes contra la violencia, abuso y explotación sexual en línea”, apoyado por el Reino Unido, (2016): 6-9, <https://www.unodc.org/documents/ropan/protejamos.pdf>.

Derechoecuador.com, “Estructura del Tipo Penal: Una reseña de los elementos que componen el delito”, acceso 26 de septiembre de 2020. <https://www.derechoecuador.com/estructura-del-tipo-penal-una-resena-de-los-elementos-que-componen-el-delito>

El Confidencial, “El sexo en la Antigüedad: mitos, tabús y perversiones”, acceso el 02 de septiembre de 2020. https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2013-08-02/el-sexo-en-la-antiguedad-mitos-tabus-y-perversiones_14037/

Instituto Dominicano de Telecomunicaciones. “Riesgos en línea, acoso sexual

por internet”, Revista Campaña de uso seguro, responsable y productivo de internet, n.2 (2014): 2–14, <https://www.unicef.org/255220619-Guia-Internet-Sano-02.pdf>.

Kai Ambos. “La posesión como delito y la función del elemento subjetivo. Reflexiones desde una perspectiva comparada”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, n.35 (2015): 59 – 82, http://www.department-ambos.unigoettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/La_posesion_como_delito_y_la_funcion_del_elemento_subjetivo.pdf.

Lupo, Carolina. “La pornografía en internet”, Revista Cultural y de Cuestiones Actuales, n.707 (2015): 95 – 122, <https://nuestrotiempo.unav.edu/files/2019/10/nt688-ensayo.pdf>

Méndez Néstor, Almagro Luis. “Lineamientos para el empoderamiento y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Internet en Centroamérica y República Dominicana”, Revista Informe Regional, (2018): 53-77, <https://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/InfRegional-ESP008-WEB.pdf>

Nuevo Periodico, “La pornografía, un arte generalizado en Pompeya”. Acceso 09 de septiembre de 2020. <https://nuevoperiodico.com/la-pornografia-un-arte-generalizado-en-pompeya/>

Ortega Soriano, Ricardo A. “Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, Revista colección Sistema interamericano de derechos humanos, n.14 (2011): 17 – 35, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28281.pdf>.

Peña Sánchez, Edith Yesenia. “La Pornografía y la Globalización del sexo”, Revista El Cotidiano, n.174 (2012): 47- 57, <https://www.redalyc.org/pdf/325/32523137006.pdf>.

Pizarro Saavedra, Daniel y Muñoz Castro, Anthony. “La Pornografía”, Revista Fundación Centro Colombiano de Estudios Profesionales, 4, <https://es.calameo.com/read/004309377c21f3e8ddcc2>

Pro familia, “Día del niño, una mirada a sus derechos sexuales y reproductivos”, (blog) Pro familia, 16 de octubre de 2020. <https://profamilia.org.co/dia-del-nino-una-mirada-a-sus-derechos-sexuales-y-reproductivos/>

RAE ASALE, “Diccionario de la Lengua Española: Edición del tricentenario”, acceso 23 de septiembre de 2020. <https://dle.rae.es/poseer?m=form>

Scielo.org.co, “Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC): Un instrumento para la investigación”, 06 de octubre de 2020. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-81462014000200001

Serrano Piedecabras Fernández, José Ramón y Terradillos Bacoso, Juan María. “Manual de Teoría Jurídica del Delito”, Revista, publicación electrónica, (2003): 76-91, <http://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/ecj/publicaciones/ManualTeoriaJuridicaDelito.pdf>

Tecnología más informática, “La importancia de la Informática”, acceso 06 de octubre 2020. <https://www.tecnologia-informatica.com/importancia-informatica/>

Tengerenge, “Pompeya la capital del sexo, Italia”, (Blog), Tengerenge, 9 de septiembre de 2020. <http://tengerenge.com/pompeya-la-capital-del-sexo-italia/>

Voces en el Fénix, “Sobre Sexualidad y Discapacidad”. Acceso 15 de octubre de 2020. <https://www.vocesenelfenix.com/content/sexualidad-y-discapacidad>

Fuentes Hemerográficas

Bolaños Vásquez, Hazel Jasmin. Boldova Pasamar, Miguel Ángel. Fuertes Iglesias, Carlos. “Delitos Relacionados con la pornografía de personas menores de dieciocho años”. Revista Colección Investigaciones, n. 34 (2014): 55 -120.

Otras fuentes

José Antonio Flores y José María Zepeda Grande, entrevista por Maynor Aragón, Yancy Bautista y Carolina López, 28 de octubre de 2020, entrevista No 3.

José Rodolfo Meléndez González, entrevista por Maynor Aragón, Yancy Bautista y Carolina López, 26 de octubre de 2020, entrevista No.2.

Juan Antonio Durán Ramírez, entrevista por Maynor Aragón, Yancy Bautista y Carolina López, 28 de octubre de 2020, entrevista No 4.

Vicente Alexander Rivas Romero, entrevista por Maynor Aragón, Yancy Bautista y Carolina López, 21 de octubre de 2020, entrevista No.1.

ANEXOS

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



Fecha 21 /Octubre /2020

Nombre del entrevistado: **Lic. Vicente Alexander Rivas Romero.**

Calidad o cargo del entrevistado: **Juez Presidente del Tribunal Segundo de Sentencia de Sonsonate.**

La presente entrevista se realiza con el objetivo de esclarecer cuales son los vacíos legales existentes en cuanto al cometimiento del delito de posesión de pornografía, en relación a la figura del error, así como, el uso inadecuado de las tecnologías de la información y la comunicación afecta gravemente el desarrollo de la sexualidad de los niños, niñas, adolescentes, y las personas incapaces o deficientes mentales, quienes son expuestos y utilizados para este tipo de delito, y a su vez como todas estas variantes pueden influir en la decisión del juzgador para acreditar la culpabilidad de las personas autoras de este delito.

1. En cuanto al delito de posesión de pornografía, ¿es un delito frecuente en El Salvador?

2. Respecto a la persecución de la acción de poseer material pornográfico, ¿su cometimiento permite la derivación de otros delitos tales como la concretización del acto sexual?

3. En referencia a lo que nos ha mencionado ¿ya no se penalizará como tal el delito de posesión?
4. Según su valoración como juzgador, ¿cómo se debería determinar correctamente si la persona que aparece en la imagen en efecto es menor de edad o tiene condición de ser una persona incapaz o deficiente mental?
5. ¿Podría aplicarse a las personas incapaces o deficientes mentales el bien jurídico de la indemnidad sexual por considerarlas con el mismo nivel de razonamiento de un menor de edad?
6. En caso de que un menor de edad, persona incapaz o deficiente mental sea víctima de delito de posesión de pornografía, bajo el consentimiento de sus padres o tutores, ¿el delito se seguiría configurando como posesión de pornografía?
7. Según su criterio como Juez de Sentencia, ¿debería haber una normativa especial contra los delitos relativos a la sexualidad de menores de edad, incapaces o deficientes mentales, en relación de tener un mayor control sobre el cometimiento de este delito?
8. Si una persona comete este delito contra otra persona, sin saber que se trataba de un menor de edad, incapaz o deficiente mental, ¿qué tipo de error aplicaría suponiendo que el sujeto activo no tenía conocimiento de esto?
9. Si se desconoce la condición mental de la víctima, ¿se concretiza siempre el delito como doloso?
10. Cuando la imagen de un menor de edad, incapaz o deficiente mental ha sido alterada por medio de las tecnologías de la información y la comunicación,

¿puede existir lesividad del bien jurídico sobre la víctima cuando ésta no ha sido utilizada directamente?

11. Según la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación ¿la posesión de pornografía se concreta en su totalidad como un delito cibernético?

12. ¿Considera usted que debería darse una reforma al artículo 173-Adel Código Penal, o bien podría este adecuarse dentro del artículo 172 del Código Penal que regula la pornografía?

13. Según su opinión, el artículo 30 de la Ley Especial contra los delitos Informáticos y Conexos, ¿resulta útil para la aplicación de la pena en el delito de posesión de pornografía?

14. Según su experiencia como juzgador, ¿qué criterios se deben valorar, para tomar una decisión con respecto al delito de posesión de pornografía?

15. En relación a la pregunta anterior, ¿qué medio de prueba se toma en cuenta cuando no existe una colaboración directa entre el autor del delito y la víctima?

16. Según su experiencia como Juez de Sentencia, al llevarse a cabo el delito de posesión de pornografía ¿pueden darse salidas alternas en el proceso?

17. ¿Considera usted que se persiguen todos los delitos que se relacionan con la posesión de pornografía, buscando la protección efectiva de los derechos sexuales de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales?

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



Fecha 26 /Octubre /2020

Nombre del entrevistado: José Rodolfo Meléndez González.

Cargo del entrevistado: Juez Presidente del Tribunal Segundo de Sentencia de Zacatecoluca.

La presente entrevista se realiza con el objetivo de esclarecer cuales son los vacíos legales existentes en cuanto al cometimiento del delito de posesión de pornografía, en relación a la figura del error, así como, el uso inadecuado de las tecnologías de la información y la comunicación afecta gravemente el desarrollo de la sexualidad de los niños, niñas, adolescentes, y las personas incapaces o deficientes mentales, quienes son expuestos y utilizados para este tipo de delito, y a su vez como todas estas variantes pueden influir en la decisión del juzgador para acreditar la culpabilidad de las personas autoras de este delito.

1. Al poseer material pornográfico, ¿se podría presumir la existencia de una comercialización, distribución, o difusión de este material?

2. ¿Puede el poseedor alegar que el material que se le ha encontrado, es para uso personal aun cuando se le encontró en grandes cantidades de almacenamiento?

3. En relación a la pregunta anterior, ¿qué criterios toman en cuenta para determinar que el delito que se comete es la simple posesión de pornografía o si constituye pornografía para comercialización, distribución y difusión?
4. Respecto a la figura del error, ¿en qué momento surge en el cometimiento del delito de posesión de pornografía?
5. Con respecto al artículo 28 del Código Penal, ¿por qué sólo hace mención del error vencible y error invencible?
6. ¿Son las tecnologías de la información y la comunicación medios que facilitan la obtención de material pornográfico, y su uso inadecuado vulnera en gran manera los derechos de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales interrumpiendo su correcto desarrollo sexual?
7. ¿Podría considerarse el Grooming, el Sexting, y el Sextorsion como una forma de explotación sexual para obtener material pornográfico?
8. En relación a la pregunta anterior, si estas formas configuran la explotación sexual, ¿ya no se constituye la mera posesión de material pornográfico como delito?
9. ¿En caso de no poder determinar por medio de una imagen la edad o la condición mental de una persona, se seguiría constituyendo la posesión de pornografía?
10. ¿La normativa internacional vela por la protección de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales?

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



Fecha 28 /Octubre /2020

Nombre del entrevistado: Licenciado José Antonio Flores.

Cargo del entrevistado: Juez del Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Tecla.

La presente entrevista se realiza con el objetivo de esclarecer cuales son los vacíos legales existentes en cuanto al cometimiento del delito de posesión de pornografía, en relación a la figura del error, así como, el uso inadecuado de las tecnologías de la información y la comunicación afecta gravemente el desarrollo de la sexualidad de los niños, niñas, adolescentes, y las personas incapaces o deficientes mentales, quienes son expuestos y utilizados para este tipo de delito, y a su vez como todas estas variantes pueden influir en la decisión del juzgador para acreditar la culpabilidad de las personas autoras de este delito.

1. ¿Qué elementos probatorios se puede tomar cuenta para determinar el delito de posesión de pornografía?

2. Cuando la víctima participa voluntaria y conscientemente para ser utilizada en el delito de posesión de pornografía, por tener de por medio un fin económico, ¿siempre nos encontraríamos frente a la vulneración del bien jurídico protegido?

3. ¿Considera usted que la posesión de material pornográfico constituye una coacción o una amenaza en las personas menores de edad, incapaces o deficientes mentales?
4. Si el bien jurídico tutelado para los menores de edad es la indemnidad sexual, ¿cuál sería el bien jurídico que se les vulnera a las personas con incapacidad o deficiencia mental en el entendido que tampoco tienen la capacidad para decidir sobre su sexualidad?
5. Respecto al delito de posesión de pornografía, ¿el autor del delito utiliza a las víctimas con fines de explotación sexual?
6. Respecto a la figura del "Error", ¿puede el poseedor alegar no tener conocimiento si se trataba de un menor de edad, incapaz o deficiente mental?
7. Según su opinión, ¿deberían las instituciones del Estado Salvadoreño capacitarse en temas relativos a las tecnologías para obtener un mejor resultado en la persecución del delito?
8. Según su criterio, ¿podría el Art. 30 de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos y Conexos desplazar o complementar al Art. 173-A del Código Penal?
9. ¿Existe alguna institución específica que se encargue de proteger el desarrollo sexual de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales?
10. Según su opinión, ¿Considera que el Estado busca la protección efectiva de los derechos sexuales de los menores de edad, incapaces o deficientes mentales, previendo las consecuencias psíquicas que este delito ocasiona en las víctimas?

Esta entrevista fue realizada al licenciado José Antonio Flores, con la intervención del Licenciado José María Zepeda Grande, Juez de sentencia del mismo tribunal; quienes además con la ayuda de un colaborador judicial de dicho tribunal, nos mostraron un expediente sobre un caso del delito de posesión de pornografía explicándonos que este se había llevado a cabo como red internacional, que tenía su origen en Estados Unidos pero que las imágenes de los menores de edad se manejaban por un persona en El Salvador, el caso tenía reserva total por lo tanto no pudieron brindarnos una copia de tal expediente.

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



Fecha 28 /Octubre /2020

Nombre del entrevistado: Dr. Juan Antonio Durán Ramírez.

Calidad o cargo del entrevistado: Magistrado de la Cámara 3^a de lo Penal de la 1^a Sección del Centro de San Salvador.

La presente entrevista se realiza con el objetivo de esclarecer cuales son los vacíos legales existentes en cuanto al cometimiento del delito de posesión de pornografía, en relación a la figura del error, así como, el uso inadecuado de las tecnologías de la información y la comunicación afecta gravemente el desarrollo de la sexualidad de los niños, niñas, adolescentes, y las personas incapaces o deficientes mentales, quienes son expuestos y utilizados para este tipo de delito, y a su vez como todas estas variantes pueden influir en la decisión del juzgador para acreditar la culpabilidad de las personas autoras de este delito.

1. Respecto a las imágenes o videos que se pueden descargar automáticamente en un teléfono celular, ¿estaríamos siempre frente a la posesión de material pornográfico o no?

2. Respecto a la pregunta anterior, en el supuesto que el material pornográfico que se recibió, haya sido eliminado del aparato tecnológico ¿cómo podría determinarse si efectivamente se obtuvo dicho material pornográfico?
3. ¿Cómo se podría identificar la intención de la persona que posee material pornográfico de personas menores de edad, incapaces o deficientes mentales?
4. Con respecto a su respuesta anterior, ¿en la web superficial podría filtrarse pornografía de menores de edad?
5. Respecto a que si el material pornográfico es realizado por adultos simulando ser adolescentes ¿siempre existiría una lesividad al bien jurídico protegido?
6. En caso que solo se haya visto la imagen pornográfica, ¿se valoraría como prueba, aunque no hubiera vinculación con el menor de edad que aparece en dicha imagen?
7. Con respecto a las personas incapaces o deficientes mentales, ¿vela el Estado porque estas personas gocen oportunamente de sus derechos sexuales?
8. Con respecto a la posesión de pornografía, ¿podrían derivarse otros ilícitos cuando se comete este delito?
9. ¿Cree que el Estado debería capacitar a las instituciones en temas referentes a la sexualidad y a las tecnologías, para una mejor persecución del delito?