



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



*TESIS*

***LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE  
POSESION DE PORNOGRAFIA INFANTIL***

PARA OPTAR AL TITULO  
PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

Bach. Jair Ayrton Rojas Terrones

Bach. Cristian Hilares Salas

ASESOR: Dr. Julio Ríos Mayorga

CUSCO – PERÚ

2021



*Dedicatoria*

*Con mucho amor infinito a mis padres Elías y Antonia, con respeto, cariño y admiración, porque todo lo que soy se lo debo a ellos.*

*A mi familia por estar conmigo en cada momento y a Lucas por estar apoyándome en cada etapa de mi vida.*



*Agradecimiento*

*A Dios, por guiarnos y permitir culminar esta etapa de nuestras vidas*

*A nuestros docentes, y a nuestro Asesor que contribuyeron en nuestra formación académica, y que supieron enseñar que con perseverancia y la gracia de Dios se puede volver realidad nuestros sueños.*



## INTRODUCCIÓN

En primer orden, el presente trabajo de investigación lleva por motivación, el adecuado rol y funcionamiento punitivo del órgano jurisdiccional en materia penal, así como su aplicación e interpretación de dicha rama jurídica, bajo la correcta aplicación del Debido proceso. Tenemos la firme convicción de que el pertinente manejo e interpretación de la norma, como su aplicación y su debida motivación al caso concreto puede ayudar a los justiciables a tener una resolución (sentencia) basada en fundamentos que resulten ser apropiados y que garanticen el debido proceso, así como también los principios que rigen la rama del derecho penal.

Bajo la perspectiva antes expuesta, el presente, ha tratado el tema del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de pornografía infantil en su forma de posesión de pornografía infantil, ello en razón de que, dicho precepto normativo resulta tener una pena gravosa frente a la comisión de la conducta de “poseer” el cual, de acuerdo a la redacción jurídica de dicho precepto legal, no requiere que constituyan los demás elementos copulativamente como son el exhibir, distribuir, comercializar, reproducir, etc. Por lo tanto, el hecho de tan solo poseer pornografía infantil, no amerita, la imposición de una pena gravosa, como el estipulado actualmente, frente aquellos comportamientos que si requieren de especial análisis por parte de los operadores jurídicos debido a la finalidad perseguida o bien jurídico protegido por el precepto legal.

Asimismo, diferentes tratadistas asumen la postura, de que, la posesión de material pornográfico infantil tiene una finalidad de consumo, y otros de manera contraria a lo mencionado, consideran que la finalidad, redundan en comercializar, distribuir, exhibir el material pornográfico. Por lo que al existir dichas posturas es exigible que tanto el representante del Ministerio público en su requerimiento acusatorio debe precisar dicha



finalidad, como el Juez debe establecer en su sentencia el objeto de la posesión, de no ser el caso, tanto en la etapa de investigación preparatoria, como en el la etapa estelar (juicio oral) se puede llegar a determinar la finalidad de la posesión, toda cuenta que es en esta etapa en la que mejor se puede dilucidar los hechos materia de acusación, como de valoración, ya que está sujeto a contradictorio.

En ese orden de ideas, consideramos que la posesión de material pornográfico infantil en sentido estricto no es desarrollado por estas exigencias mencionadas, es así que, surge el problema ya que el juez no es meramente boca de la Ley, este puede recurrir a fundamentar sus sentencias basadas en las técnicas de interpretación de la norma, las máximas de la experiencia, y/o fundamentarlas bajo los argumentos esbozados en el plenario que generen convicción sobre la teoría del caso adoptada por los sujetos procesales. Sin embargo, la realidad es distinta, ya que casi en la mayoría de los casos, el Órgano jurisdiccional adopta sus fundamentos únicamente amparándose por lo expresado por la norma. A raíz de ello es que consideramos que este injusto penal, debe tener un tratamiento distinto, ya que consideramos que no existe una adecuada proporcionalidad al fijar la pena, ya que si bien es cierto esta figura protege el bien jurídico de la indemnidad sexual, como la integridad sexual de un menor de edad, este ilícito se comete en la clandestinidad, no llegando en su mayoría de veces a identificar a la presunta víctima, ya que la esfera de comisión de este delito se da bajo la tenencia de material pornográfico, que en su mayoría de veces son descargados de internet, lo que da una amplia posibilidad que las personas que aparezcan en dicho soporte sean de distintas nacionalidades. En ese sentido consideramos que la pena de este delito debe ser proporcional, atendiendo las circunstancias atenuantes, agravantes, así como hacer un juicio de ponderación en la cual el Estado deba de intervenir frente a la lesividad del daño causado. Por ello es que elegimos dicho tema, creyendo que su modificación del cuerpo normativo pueda generar



algún grado de atención frente a la lesividad de la conducta de poseer. En razón de ello es que hemos fijado como objetivos de la investigación en analizar si es proporcional la pena abstracta contenida en el tipo penal del artículo 183-A respecto a su forma de posesión del material pornográfico, ya que consideramos que no existe una lesividad de la conducta que amerite su aplicación de la pena abstracta.

De esta forma el presente trabajo de investigación, a fin de abordar el objetivo antes mencionado, ha desarrollado en su primer capítulo, el problema de investigación, justificación y el objeto materia de estudio, el cual permite conocer la pertinencia y sustentabilidad del trabajo.

Por otro lado, el segundo capítulo, trató el soporte teórico, el cual comprendió de las teorías, conceptos y antecedentes que ayudaron a una mejor comprensión del tema e interpretación de los resultados obtenidos. En cuanto al tercer capítulo, se desarrolló el marco metodológico, el cual, guio el desarrollo y logro de los objetivos propuestos.

Finalmente, el capítulo quinto, constituyó ser el reflejo del análisis de los resultados obtenidos y del consenso teórico en el logro de los objetivos propuestos, conllevando a la proposición de conclusiones y propuesta normativa que arribo el tema tratado.



## ÍNDICE

<i>DEDICATORIA</i> .....	ii
<i>AGRADECIMIENTO</i> .....	iii
INTRODUCCIÓN .....	iv
ÍNDICE.....	vii
RESUMEN .....	ix
CAPITULO I: .....	12
INTRODUCCIÓN .....	12
1.1. Planteamiento del Problema .....	12
1.2. Formulación del Problema .....	14
1.2.1. Pregunta General .....	14
1.2.2. Preguntas Específicas .....	15
1.3. Justificación.....	15
1.3.1. Conveniencia.....	15
1.3.2. Relevancia social .....	16
1.3.2. Implicancias practicas .....	17
1.3.3. Valor teórico.....	17
1.3.4. Utilidad metodológica .....	17
1.4. Objetivos de investigación .....	17
1.4.1. Objetivo general .....	17
1.4.2. Objetivos específicos.....	18
1.6. Hipótesis de trabajo .....	18
1.6.1. Hipótesis general .....	18
1.6.2. Hipótesis especificas .....	18
1.7. Categorías de estudio.....	18
1.7.1. Categoría - Proporcionalidad de la pena .....	18
1.7.2. Categoría – Posesión de pornografía infantil .....	19
1.8. Delimitación de la investigación .....	19
1.8.1. Delimitación espacial .....	19
1.8.2. Delimitación temporal .....	20
CAPITULO II: .....	21
MARCO TEÓRICO.....	21
2.1. Antecedentes de la investigación.....	21



2.1.1. Antecedentes internacionales.....	21
2.1.2. Antecedentes nacionales.....	24
2.1.3. Antecedentes locales .....	27
2.2. Bases teóricas .....	28
2.2.1. Pornografía infantil.....	28
2.2.2. Pornografía infantil en Código Penal Peruano.....	33
2.2.3. Principio de mínima intervención del Derecho Penal .....	50
2.2.4. Principio de lesividad .....	57
2.2.5. Proporcionalidad de la pena.....	59
2.2.6. La pena.....	67
2.3. Definición de términos básicos.....	72
CAPITULO III:.....	74
MÉTODO .....	74
3.1. Diseño metodológico.....	74
3.1.1. Tipo y nivel de la Investigación.....	74
3.2. Diseño contextual.....	76
3.2.1. Escenario espacio temporal .....	76
3.2.2. Unidades de estudio.....	76
3.2.3. Técnica e instrumentos de recolección de datos .....	76
CAPITULO IV:.....	78
RESULTADOS Y ANÁLISIS DE HALLAZGOS .....	78
4.1. Introducción .....	78
4.2. Resultados de estudio .....	78
4.2.1. La proporcionalidad de la pena y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico .....	78
4.2.2. La criminalización del delito de pornografía infantil Art 183-A del Código Penal.81	
4.2.3. Jurisprudencia relacionada al tema .....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	91
ANEXOS .....	97





## RESUMEN

En la presente investigación nos hemos centrado en analizar si es proporcional la pena contenida en el artículo 183 -A, respecto a su forma de posesión de pornografía infantil, toda cuenta que dicho precepto legal, establece como consecuencia jurídica la pena privativa de la libertad no menor seis ni mayor de diez años, sanción que resulta ser excesiva ante la gravedad del hecho ejecutado, por tal motivo, para el logro del objetivo antes descrito, se utilizó el tipo básico, nivel exploratorio – correlacional y el enfoque de cualitativo de la investigación.

Aunado a lo antes mencionado, la investigación tuvo como unidades de análisis la categoría de proporcionalidad de la pena y la categoría de posesión de pornografía infantil; asimismo se aplicó la técnica de entrevista a distintos especialistas en materia de derecho penal que laboran en el departamento y provincia de Cusco, y la técnica de análisis documental aplicado a las distintas sentencias relacionados con el tema investigado, obteniendo como resultado, que en la actualidad la pena del artículo 183 -A, respecto a su forma de posesión de pornografía infantil, resulta ser excesiva, debido a que dicha conducta no afecta de manera significativa del bien jurídico protegido en el tipo penal, por lo tanto, la pena impuesta no es proporcional con la gravedad del hecho.

**Palabras claves:** proporcionalidad, la pena, medida de seguridad, posesión, pornografía infantil.



## ASBTRAC

In the present investigation we have focused on analyzing whether the penalty contained in article 183-A is proportional, with respect to the manner in which the pornographic material is possessed, any account that said legal precept establishes as a legal consequence the custodial sentence is not under six or over ten years, a penalty that turns out to be excessive given the seriousness of the act executed, for this reason, to achieve the objective described above, the basic type, exploratory-correlational level and the qualitative approach of the research were used .

In addition to the aforementioned, the investigation had as units of analysis the category of proportionality of the sentence and the category of possession of child pornography; Likewise, the interview technique was applied to different specialists in criminal law who work in the department and province of Cusco, and the documentary analysis technique applied to the different sentences related to the investigated topic, obtaining as a result, that at present The penalty of article 183-A, regarding their form of possession of pornographic material, turns out to be excessive, because said conduct does not significantly affect the legal right protected in the criminal type, therefore, the penalty imposed is not proportional to the seriousness of the event.

**Keywords:** proportionality, punishment, security measure, possession, child pornography.





## **CAPITULO I:**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **1.1.Planteamiento del Problema**

El proceso penal, cumple con dos finalidades de suma importancia, el cual, radica en reprimir una conducta contraria a la norma, mediante la imposición de una determinada pena (fin inmediato del proceso penal) y, por otro lado, busca restablecer el orden y la paz en un determinado grupo humano (fin mediato del proceso penal), por tal motivo, para el logro de dichos objetivos, el sistema penal se rige de un grupo de principios que regulan el actuar de los sujetos intervinientes en el proceso, pero además de ello instruye a que la formación y consagración penal de una conducta dentro de dicho cuerpo jurídico, se encuentre en base a las garantías constitucionales exigidas por un estado democrático.

Asimismo, al momento de consagrar un precepto o conducta dentro del cuerpo normativo penal, se debe tener en cuenta, que dicha rama jurídica, debe actuar tan solo, cuando la lesión al bien jurídico protegido resulte ser sumamente lesionado y que cuya consecuencia o efectos, sean irreparables en los derechos de terceros, y que además de ello no exista otra



rama jurídica que trate o solucione el conflicto social, el cual, es considerado como ilícito penal; siendo lo anteriormente mencionado, la base para la consagración de un orden jurídico penal, que instruya de las garantías constitucionales establecidas en la sociedad peruana.

Bajo ese contexto, el principio de proporcionalidad, cumple con un papel de suma importancia al momento de incorporar una conducta contraria a derecho en el orden normativo penal (proporcionalidad en stricto sensu), debido a que dicha garantía, exige al legislador que cumpla con juicios de idoneidad y necesidad, entendida la primera, como aquel medio, que tiene por objeto que, la previsión de una conducta como ilícito penal y su consecuencia jurídica, sea adecuado para erradicar la futura comisión de un comportamiento contrario a derecho y readaptar al delincuente a la sociedad; y en caso del segundo, exige que la incriminación de la conducta sea el único medio para proteger el bien jurídico y a la vez suponga una menor afectación a los derechos del imputado, instaurando de esa manera, el principio de protección de bienes jurídicos y mínima intervención del derecho penal; el cual son elementales en el orden normativo actual.

Pero además de lo antes, expuesto, la proporcionalidad no tan solo presta su atención en la conducta ilícita, sino también en la consecuencia o sanción impuesta, por tal motivo, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, exige que la pena abstracta impuesta por el legislador sea adecuada, es decir, tomando en cuenta, el equilibrio entre la gravedad de la pena, el bien jurídico protegido, la comisión de la conducta y la sanción a imponer, exigiendo de esta manera, que el legislador asigne, penas mayores, cuando el hecho ilícito afecta gravemente el orden social o se trate de bienes jurídicos que revisten de especial importancia para la sociedad.

Además de ello, la proporcionalidad en sentido estricto, exige de manera concreta, que lo establecido por el legislador, sea aplicado por el juez tomando en cuenta, las circunstancias



del caso concreto, los hechos especiales, las condiciones del agente detalladas en los artículos 45 y 46 del Código Penal y respetando lo establecido los artículos VII y VIII del título preliminar del Código Penal.

Sin embargo, en la actualidad jurídica, nuestro legislador, asumió una postura tendiente, a sancionar penalmente, cualquier comportamiento, que según la sociedad trae graves efectos para el estado, incorporando en el sistema penal, conductas que, en su mayoría no requieren ser sancionadas tan severamente, afectando de esta manera el principio de proporcionalidad abstracto y en su sentido concreto, provocando que los sujetos comitentes de una conducta ilícita, sean sentenciados de manera injusta y sin respetar los derechos consagrados en nuestra Carta magna, el cual no coincide con la finalidad del orden jurídico penal.

Un ejemplo de lo expuesto, es el delito de pornografía infantil consagrado en el Art. 183-A del Código Penal, que sanciona la posesión de pornografía infantil con una pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de diez años y como pena accesoria ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa, sanción que impide, aplicar lo dispuesto en el Art. 52 del Código Penal, ya que, el legislador considera que dicha conducta ilícita afecta gravemente el bien jurídico protegido, y por lo tanto, amerita la imposición de una sanción severa, el cual no responde a lo exigido por el principio de proporcionalidad abstracta y concreta.

Problemática, que es tratada, en el presente trabajo de investigación, aporta con conocimientos teóricos y legales sobre el tema materia de desarrollo.

## **1.2. Formulación del Problema**

### **1.2.1. Pregunta General**

¿Es proporcional la pena abstracta contenida en el tipo penal del artículo 183-A respecto a su forma de posesión pornografía infantil?



### 1.2.2. Preguntas Específicas

1. ¿Se aplica el principio de proporcionalidad abstracta en la determinación de la pena del artículo 183-A respecto a su forma de posesión de pornografía infantil?
2. ¿Se aplica el principio de proporcionalidad concreta en la determinación de la pena del artículo 183-A respecto a su forma de posesión de pornografía infantil?

### 1.3. Justificación

#### 1.3.1. Conveniencia

La situación actual respecto a este ilícito penal, radica en qué, el mundo de la globalización y el avance de la tecnología permite abrir un sin fin de posibilidades de comunicación, sin embargo no existe un parámetro o medio el cual filtre la información que deseamos recibir, teniendo en cuenta que muchas veces el contenido pornográfico está al alcance de cualquiera; además el material pornográfico se encuentra en distintas plataformas, ya sea directa o indirectamente, a lo que afecta la navegación del usuario; en nuestro país la pornografía es legal mientras que la pornografía infantil viene a ser ilegal, asimismo no es legal mostrar o vender pornografía a un menor. En cambio, es diferente cuando los involucrados son mayores de edad, en ese caso se trata de una actividad completamente legal cuando se transmite por los diferentes medios, cabe mencionar también que el consumo de pornografía también está protegido por las leyes bajo el derecho constitucional a la privacidad y al disfrute del tiempo libre.

El problema en la práctica radica que el consumidor de pornografía, puede tener un falso concepto acerca de los actores que participan en tal escena pornográfica o ignorar alguna circunstancia que puede pasar por alto en este tipo de películas, por ende no es descabellado suponer que en muchas ocasiones podemos incoar el error de tipo invencible o vencible



según sea el caso frente a este tipo penal, dado que en los videos que circulan en la web generalmente no se consigna la edad de estos “actores” por lo que el consumidor de pornografía, muchas veces podría estar consumiendo pornografía infantil y/o descargar estos videos desconociendo de quienes intervienen en estos videos puedan ser menores de edad, por lo que resulta creíble que el sujeto activo de este tipo penal desconozca las circunstancias fácticas que configuran este delito ello al ignorar la edad de los intervinientes en estos videos y así se consuma el delito previsto en el artículo 183-A del código penal en su forma de posesión de pornografía infantil.

### **1.3.2. Relevancia social**

En la actualidad son muchos los casos, en la cual varios ciudadanos vienen siendo procesados o juzgados por el injusto penal de pornografía infantil, bajo la modalidad de posesión, lo cual genera un problema, porque el legislador no ha previsto la potencialidad de dicho verbo “poseer”, por lo que abre y genera una esfera de incertidumbre jurídica respecto al alcance de dicha modalidad para cometer este ilícito penal, dado que el derecho penal es de ultima ratio y frente a ello existe otros niveles de control social que serían más idóneos frente a la intervención del *Ius puniendi* que se encuentra en un nivel de control social terciario, en la actualidad se tiene una falsa concepción acerca de lo que es el derecho penal, se tiene que esta rama del derecho, resuelve todos los problemas de la sociedad tales conductas ética y moralmente incorrectas para la sociedad, lo que da lugar a un derecho penal simbólico, el cual sobre-criminaliza en exceso ciertas conductas no pasibles de la intervención del *Ius puniendi*; dado que una sociedad que sobre criminaliza conductas, recorta más la libertad de sus ciudadanos y en consecuencia no es un Estado de derecho.





### **1.3.2. Implicancias practicas**

La información obtenida en el presente trabajo de investigación, aporta al conocimiento del principio de proporcionalidad de la pena y como incide en el delito tipificado en el Art. 183-A en su forma de posesión de pornografía infantil, información, que es sumamente útil, para los investigadores en el ámbito jurídico y social, que pueden tomar de referencia dichos conocimientos obtenidos y plantear propuestas aplicadas ante la problemática tratada.

### **1.3.3. Valor teórico**

La presente investigación es de tipo básica y de enfoque cualitativo, debido a que trata una problemática que carece de antecedentes directos de investigación, por tratar un tema novedoso y nuevo en el conocimiento jurídico peruano, por lo tanto, todo aporte teórico y práctico es suma importancia para contribuir en la problemática tratada, aunque no supone suplir un hueco o vacío al conocimiento jurídico.

### **1.3.4. Utilidad metodológica**

En el presente trabajo de investigación, no se desarrolló un nuevo método, enfoque, tipo o nivel metodológico, sin embargo, la construcción de la guía de entrevista, fue realizada en base a las categorías de estudio, el cual, resulta ser un aporte metodológico, debido a su posible utilidad en investigaciones que traten de manera similar la problemática desarrollada.

## **1.4. Objetivos de investigación**

### **1.4.1. Objetivo general**

Analizar si es proporcional la pena abstracta contenida en el tipo penal del articulo 183-A respecto a su forma de posesión de pornografía infantil



#### **1.4.2. Objetivos específicos**

1. Establecer si el principio de proporcionalidad abstracta se aplica en la determinación de la pena del artículo 183-A respecto a su forma de posesión de pornografía infantil.
2. Establecer si el principio de proporcionalidad concreta se aplica en la determinación de la pena del artículo 183-A respecto a su forma de posesión de pornografía infantil.

#### **1.6. Hipótesis de trabajo**

##### **1.6.1. Hipótesis general**

La pena abstracta contenida en el tipo penal del Art. 183-A respecto a su forma de posesión de pornografía infantil no es proporcional, debido a que la pena impuesta por el legislador no corresponde a la gravedad del hecho delictivo.

##### **1.6.2. Hipótesis específicas**

1. El principio de proporcionalidad abstracta no se aplica en la determinación de la pena del artículo 183-A respecto a su forma de posesión de pornografía infantil.
2. El principio de proporcionalidad concreta no se aplica en la determinación de la pena del artículo 183-A respecto a su forma de posesión de pornografía infantil.

#### **1.7. Categorías de estudio**

##### **1.7.1. Categoría - Proporcionalidad de la pena**

**Descripción:** “Consiste en determinar la proporcionalidad en la determinación del campo de conductas que se han de configurar como delitos, en sentido estricto dirige su atención a



las consecuencias de esas conductas criminalizadas, es decir, a las penas y medidas de seguridad que se hayan de prever para delitos concretos” (Castillo, 2004, p. 20)

**Subcategorías:**

- Estructura de la proporcionalidad de la pena.
- La proporcionalidad en sentido estricto.
- Fundamento de la proporcionalidad de la pena.
- Naturaleza de la pena.
- Determinación e individualización de la pena.

**1.7.2. Categoría – Posesión de pornografía infantil**

**Descripción:** “Cuando el agente o autor tiene en su poder libros, objetos, escritos, imágenes visuales o auditivas en los que participan adolescentes tanto varones como mujeres cuyas edades oscilan entre los catorce y dieciocho años de edad” (Ticlla, 2014, pp. 122-123)

**Subcategorías:**

- Tipo penal
- Comportamientos típicos de la pornografía infantil.
- Bien jurídico protegido
- Concepto de posesión.
- Clases de Posesión del material pornográfico

**1.8. Delimitación de la investigación**

**1.8.1. Delimitación espacial**

El presente trabajo de investigación, es de enfoque cualitativo, por lo tanto, carece de delimitación espacial, debido a que su principal objeto de estudio, es analizar la problemática



planteada, en base a los aportes jurídico - teóricos, sin embargo, es necesario acotar que, a fin de reforzar los análisis bibliográfico, jurisprudencial y dogmático, se aplicó entrevistas a distintos especialistas en materia penal, el cual, ejercen su labor en la ciudad Cusco.

### **1.8.2. Delimitación temporal**

El presente trabajo de investigación, carece de delimitación temporal, debido a su enfoque, que busca analizar el contexto fenomenológico de la problemática tratado, sin embargo, para aportar con el análisis dogmático, la técnica de entrevista fue aplicado en los periodos de junio a septiembre del año 2021.



## **CAPITULO II:**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes de la investigación**

##### **2.1.1. Antecedentes internacionales**

Los antecedentes constituyen ser trabajos previos, relacionados con la problemática abordada, por tal motivo, como primer trabajo de investigación relacionado con la categoría posesión de pornografía infantil, se tiene el trabajo de Oxman (2011) titulado “Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica”, cuyas arribadas fueron las siguientes:

- Las razones para no ratificar la Convención Internacional de derechos del niño, referido al protocolo facultativo de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en material pornográfico, por los EE.UU. resulta plenamente justificado, debido a que no se encuentra correctamente delimitado los alcances del concepto legal de pornografía infantil.
- La regulación de pornografía infantil, se remonta al año 1977, el cual muestra preocupación jurisprudencial y legislativo, al no construir el delito como una categoría diferenciada.



- La criminalización de la conducta de posesión de material pornográfico de adultos es considerada como una intromisión intolerable a la intimidad y libertad individual de la persona.
- La criminalización de la posesión de la pornografía infantil, radica en EE.UU. debido a que el impulso y tenencia de dicho material provoca que dichos actores, tengan la alta posibilidad de desarrollar conductas que alteren el bienestar del menor, traducidas en agresiones sexuales.
- Sin embargo, frente a la carencia de datos estadísticos que demuestren lo contrario en los EE.UU. se procedió a analizar los datos expresados en Canadá, quienes concluyen que el riesgo de comisión de un delito sexual de contacto no sería un argumento válido de cara a los datos empíricos.

Asimismo, Rojo (2019), presentó el artículo titulado “La realidad de la pornografía infantil en internet”, en la revista de Derecho penal y Criminología en el año 2019, obteniendo los siguientes resultados de mayor relevancia:

- La propia ley sólo castiga la posesión de material pornográfico infantil cuando está dirigida a su difusión. La posesión para un mero disfrute personal no es ilícita y ello no sólo porque perseguir el disfrute de imágenes realizadas por personas desconocidas utilizando a menores desconocidos y, a veces, realizadas a miles de kilómetros de distancia o quince años en el pasado ofrece demasiadas dificultades para cualquier tipo de incriminación jurídico-penal. Además, la conducta realizada por este tipo de consumidor no tiene las características necesarias para ser merecedora de sanción penal. El consumidor no crea un peligro social, no provoca un daño con su conducta a ninguna persona. No hay perjudicados en el disfrute particular de pornografía infantil.



Aunado a lo antes citado, se tiene el trabajo final de graduación de Ivanic (2017) titulado “Responsabilidad penal por consumo y Posesión de pornografía infantil”, presentado en la Universidad Empresarial siglo XXI en Buenos Aires; obteniendo las siguientes conclusiones de mayor relevancia:

- En cuanto a la regulación de la pornografía infantil y su posesión, existe algunas deficiencias en ley de Buenos Aires.
- En la redacción de la Ley 26.388 no se consideró el verbo organizare, el cual causa controversia debido a que dicha consideración otorga mayor procedibilidad en la sanción penal impuesta.

Por otro lado, en cuanto a la categoría de proporcionalidad de la pena, se tiene el trabajo de investigación de Merchán (2019) titulado “La legislación penal en Colombia y la proporcionalidad de las penas”, obteniendo las siguientes conclusiones de mayor relevancia:

- La legislación penal, se va ajustando a las necesidades de la sociedad, incrementando pena, el cual, trajo como consecuencia la congestión judicial y carcelaria.
- Se debe tener en cuenta alternativas a la prisión o privación de la libertad, por lo tanto, el derecho penal debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad.
- Establecer las penas, debe ser acorde al daño causado con el delito, por tal motivo, el legislador cumple una tarea trascendental, ya que únicamente el fin es reprimir severamente la conducta ilícita sino también resocializar al sentenciado, el cual, resulta ser una tarea complicada dada las condiciones y congestión de las cárceles.

Asimismo, Fuentes (2008), presentó el trabajo de investigación titulado “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, obteniendo las siguientes conclusiones de mayor relevancia:



- En el sistema actual, se ha verificado que la individualización de la pena, sigue inclinándose por sistema rígido, en cuanto a su legalismo.
- El juez debe manejar un ámbito de discrecionalidad, en su aplicación de la pena debe responder a sistemas de pautas y criterios establecidos.

### **2.1.2. Antecedentes nacionales**

En cuanto a los antecedentes desarrollados, en nuestra nación, relacionado con la categoría posesión de pornografía infantil, se tiene la investigación presentada por; Ticlla (2014), titulado “La protección penal de los infantes y adolescentes frente a los delitos de pornografía infantil en el Código Penal peruano y aspectos sustantivos principales”, obteniendo las siguientes conclusiones de mayor relevancia:

- Los protagonistas de la explotación sexual son el productor, el vendedor, el incitador y el distribuidor, cada uno cumpliendo un papel distinto en la configuración del tipo penal.
- La explotación sexual de los menores de edad, no tan solo se centra en las organizaciones internacionales de pornografía infantil, sino también, intervienen otros grupos criminales aficionados a la fabricación de pornografía.
- Dentro del vínculo entre la oferta y la demanda de pornografía infantil, los intermediados en su mayoría son personas de confianza con la víctima, es decir parientes, quienes impulsan, que se cometa dicho ilícito penal.
- La pornografía infantil enmarca dos dimensiones, una objetiva, que enmarca la muestra de imágenes de manera explícita de relaciones sexuales del infante o del adolescente, y otra, que tiene como finalidad satisfacer la demanda sexual del menor, por medio un soporte material.





- Existe dos fases, en el que se utiliza al menor; la primera que comprende la prohibición de la fabricación que pretende proteger los bienes jurídicos y el segundo abarca el resto de supuestos, como distribución, comercializar, posesión u otros.

Asimismo, Castillo (2017), presentó el trabajo de investigación titulado “Protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes frente al delito de pornografía infantil en la legislación peruana”, obteniendo las siguientes conclusiones de mayor relevancia:

- El derecho penal se desenvuelve en un Estado constitucional de derecho y por tal tiene como finalidad proteger los derechos humanos de las personas, por tal motivo, en el delito de pornografía infantil, se debe proteger la indemnidad sexual de menores.
- El mecanismo de protección y control social, es la imposición de una sanción penal, el cual, en el delito estipulado en el caso del Art. 183-A, el código Penal no sanciona, de manera adecuada, ya que no toma en cuenta la gravedad del hecho.
- Existe la necesidad de modificar, la pena del Art. 183- A del Código Penal, elevándolas en función a la gravedad y afectación al bien jurídico protegido.
- Se debe aplicar el derecho penal de enemigo en dicha conducta, de manera dosificada, en cuanto al aumento de la pena, ya que, si excede su aplicación se podría producir el descontrol punitivo del Estado.

Aunado a lo antes mencionado, se tiene el trabajo presentado por; Ferrer (2019) titulado “La protección penal de los menores ante los delitos de pornografía infantil en el Código Penal Peruano en la ciudad de Huánuco 2018”, obteniendo las siguientes conclusiones de mayor relevancia:

- De acuerdo a ley 30364, se tiene que el juzgado de familia, es el encargado de emitir las medidas de protección a favor del menor de edad.



- Se debe sancionar el daño causado al menor de edad, acorde a lo estipulado en el Art. 92 y 93 del código penal.
- Los criterios para establecer el monto de la reparación civil, son el daño emergente, daño moral, lucro cesante y aspectos psicológicos.

Por otro lado, respecto a la categoría proporcionalidad de la pena, se tiene el trabajo de Reyes (2020) titulado “El principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena para cada delito”, obteniendo las siguientes conclusiones de mayor relevancia:

- El legislador debe verificar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta, con la finalidad de establecer los límites para la pena de cada conducta delictiva, evitando de esa manera sanciones injustas en conductas que lesionen bienes jurídicos de menor jerarquía a diferencia de aquellas que requieren de una sanción severa.
- En nuestro ordenamiento Jurídico, no se desarrolló el principio de proporcionalidad en sentido abstracto, tan solo, se tiene una breve referencia de manera implícita en el Art. 2 inciso 24 de la Constitución política del Perú.
- Se debe exigir la incorporación del principio de proporcionalidad en sentido abstracto, a fin de constituir un límite al legislador al momento de fijar penas, y de esa manera evitar sanciones severas.

Asimismo, Rodriguez (2017), presentó el trabajo de investigación titulado “Aplicación del principio de proporcionalidad como alternativa a la sobre-penalización de los delitos en la provincia de Trujillo”, obteniendo la siguiente conclusión de mayor relevancia:

- Que, la aplicación del sistema de tercio en la determinación de la pena, no redujo la sobre penalización de los delitos en nuestro código penal. Lo que es evidente en la



presente muestra es más la aplicación del principio de legalidad, y no la aplicación de los demás principios limitantes del ius puniendi tales como: el principio de proporcionalidad de las penas, humanidad de las penas, entre otros. No obstante, la aplicación de principio de proporcionalidad en sentido material conllevaría a la determinación de penas más justas (Lozano, 2017)

### **2.1.3. Antecedentes locales**

En cuanto a los antecedentes locales, relacionado con la categoría proporcionalidad de la pena se tiene el trabajo de investigación presentado por; Checya (2020) titulado “Razonabilidad y proporcionalidad en la determinación de las penas en la Corte Superior de Justicia de Cusco”, obteniendo las siguientes conclusiones de mayor relevancia:

- Las sentencias emitidas por los juzgados unipersonales y Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Cusco, no se aprecia claridad en la justificación y respeto al procedimiento en la determinación de la pena.
- En las sentencias de delitos consumados emitidos por los juzgados unipersonales y Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Cusco, si cumple con principio de proporcionalidad en sentido estricto.
- En cuanto al subprincipio de adecuación, en los delitos consumados las sentencias cumplen con dicho precepto en los Juzgados supraprovincial a diferencia de los juzgados unipersonales.
- En los juzgados unipersonales y Colegiado Supraprovincial de la jurisdicción de Canchis en el año 2018, las sentencias emitidas carecieron de ser razonables y son proporcionales de manera relativa.



## 2.2. Bases teóricas

### 2.2.1. Pornografía infantil

Al respecto es necesario mencionar lo establecido por el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que en su artículo 2 literal c) detalla que “Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales” (Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, 2002, p. s/n). Además de requerir a los Estados partes que criminalicen su producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión.

Por otra parte, para la Clasificación internacional de delitos con fines estadísticos, lo define como el acto de atraer, preparar, adjudicar o incluso ejercer control sobre un menor con el fin de crear pornografía infantil, pudiendo tener diversos fines ya sea posesión, divulgación, transmisión, exhibición o venta del material producido a terceros. (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015, p. 58)

La pornografía infantil en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual considera en su artículo 20, numeral 2. que se entiende como todo material que represente de forma visual a un menor manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines sexuales. (2007)

De lo antes expuesto se observa que hay unanimidad entre los diversos instrumentos que el elemento esencial de la pornografía infantil es la exposición de los genitales, así como la



representación de actividades de carácter sexual de un menor pudiendo ser estas reales o simuladas, a través de distintos medios como los fotográficos, grabaciones filmicas, incluso por imágenes digitales, pero cabe aclarar que la pornografía infantil no se configura con la imagen desnuda o la semidesnuda de un menor de edad, sino que esta debe estar orientada a generar algún tipo de placer sexual en el adulto. Pues dado a que el Derecho penal es un mecanismo de *Ultima ratio*, no podría considerarse como delito la conducta de las madres que toman fotografías de sus hijos mientras los bañan, cambian o incluso realizan sesiones fotográficas de recién nacidos.

#### **2.2.1.1. Características de la pornografía infantil**

Al respecto el doctor Morillas señala que la pornografía infantil se define como “toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas” (Fernandez, 2005, p. s/n). En la presente investigación apreciaremos que la pornografía tiene dos comportamientos objetivos: i) cuando se muestran las relaciones sexuales explícitas del infante o adolescente y ii) en las que se exponga las imágenes de los genitales del menor real con fines sexuales. Entendiendo este concepto extraemos las siguientes características:

El autor Morillas considera a la pornografía infantil como visual y directa, es decir, aquella que se percibe mediante revistas y videos el cual ofrece imágenes de menores realizando distintas prácticas sexuales. Ello se materializa en fotografías, videos o DVD forman parte como lo explica el autor. Estos llegan a comercializarse en los quioscos de periódicos cuando se trata de revistas pornográficas; o también puede darse un intercambio de fotografías de pornografía infantil por medio del correo electrónico. Con relación a la segunda característica, se dice que es directa, porque el video o el DVD pueden comprarse en locales comerciales, como también por internet.



A su vez, el doctor Morillas expone sobre la representación real indicando que aquella naturaleza de las imágenes proyectadas o divulgadas debe ser verdadera (Fernandez, 2005)

Por otro lado, Cansino enseña que la pornografía infantil puede presentarse de las siguientes maneras:

**a) Visual y directa**

Se produce cuando se muestran menores de edad, realizando actividades de índole sexual que son reproducidas a través de videos o en publicaciones de revistas, los mismos que pueden filtrarse por diversas formas con o sin fines de lucro, la difusión de este contenido con fines lucrativos en algunos casos cuenta con grupos especializados en este rubro, anunciando por diversos medios estos materiales sugestivos y escenas explícitas de la práctica de relaciones sexuales de menores explotados.

**b) Visual indirecta**

En este tipo de material se presenta a niños con poses sugestivas o desnudos, sea de manera individual o con una pareja, hasta con la participación de un adulto. (Cancino, 1983)

**c) Telefónica y virtual**

Conforme señala su forma de difusión es a través de medios telefónicos mediante la palabra y virtuales por medios audiovisuales, que favorece a la difusión masiva de estos contenidos que denotan la explotación sexual hacia menores.

Como es de notarse la pornografía infantil puede manifestarse por diversos medios de comunicación, sea incluso a través de la literatura, el arte entre otros.



### 2.2.1.2. Tipos de pornografía infantil

#### a) Pornografía infantil expresa y pornografía infantil simulada

La pornografía infantil simulada abarca a su vez la pornografía técnica y la pornografía infantil artificial. La pseudopornografía forma parte también de esta ordenación. En ese entendido cabe mencionar que el menor debe participar realmente en aquellas actividades sexuales explícitas o exhiba sus genitales para efectos del derecho penal como en el caso de la pornografía infantil, el cual consiste en: “[...] aquella conducta sexual explícita desarrollada o en la que participa directamente un menor de edad o incapaz quedando sujeto a filmación o exhibición. Piénsese en el infante que participa en un espectáculo pornográfico masturbando a un tercero” (Fernandez, 2005, p. s/n). Por otro lado, la pornografía infantil simulada abarca lo explicado anteriormente, pero se encuentra la diferencia en que en este supuesto no se está frente a un menor de edad real.

#### b) Pornografía Técnica

En el caso de la pornografía técnica, la distamos de la expresa en el extremo en el que no nos encontramos frente a un menor verdadero, y para sustentar este criterio citamos a la Doctora Cruz, quien menciona: «[...] el proceso de producción altera la imagen de personas adultas que participan en actos con contenido sexual para que parezcan personas menores de edad». En el caso de la pornografía infantil artificial, tampoco nos topamos frente a un menor de edad real porque se trata de una «“pornografía infantil” virtual o artificial [...] el cual consiste en la creación de contenidos sexuales con imágenes no reales tales como los dibujos, las animaciones, las infografías etc. [...]». Y en el caso de la pseudopornografía, menos aún estamos frente a un menor de edad real porque viene a ser la «[...] realización de montajes de fotos o imágenes de video que contienen personas menores de edad con otras fotos o imágenes con escenas sexuales. Un ejemplo de ellos, sería colocar la cara de una adolescente



sobre la imagen de una mujer adulta que participa en actos con contenido sexual [...]». de todas estas situaciones, se debe comprender que para efectos penales solamente se comprende la pornografía que represente situaciones reales o explícitas, quedando excluida la pseudopornografía (Castillo I. , 2017, pp. 65-66)

### **2.2.1.3. Efectos de la pornografía infantil**

En la actualidad, la comisión de una conducta ilícita, trae graves efectos al bien jurídico protegido, provocando lesiones a derechos fundamentales de los integrantes de una determinada sociedad.

En cuanto, a la pornografía infantil, la víctima es gravemente afectada, debido a que el sujeto pasivo se encuentra en formación o en su mayoría carece del discernimiento para asimilar la conducta ilícita, aumentando los efectos nocivos en el menor, debido a que se ve comprometido a la integridad física, psicológica y moral, el cual pasaremos a desarrollar en los siguientes acápite:

#### **2.2.1.3.1. Efectos psicológicos:**

La ejecución de actos sexuales sobre el menor de edad y su divulgación de manera indebida por el sujeto activo, trae graves afectos en el sujeto pasivo, debido a razones de que aún el menor se encuentra en formación de una personalidad definida y de una autoestima individual, hechos que agravan la ejecución de la conducta ilícita; por tal motivo, con lo antes mencionado y habiendo sido comprometido la personalidad del menor, los efectos psicológicos son nocivos en el menor, ya que se encuentra comprometido su vida futura e identidad social. (Valencia, 2009)

Entre los efectos psicológicos más comunes en el menor de edad son:

- Afectación de la autoestima, imagen personal, definición personal y autoimagen.





- Pérdida de hábitos alimenticios y calidad de sueño.
- Falta de inserción social y familiar
- Abuso de sustancias alucinógenas y psicoactivas.
- Cambios espontáneos de la conducta y el estado de ánimo
- Pensamientos suicidas y abuso de sustancias antidepresivas
- Sentimientos de culpa, miedo o vergüenza.
- Intolerancia al mantener actividades sexuales con su pareja.
- Miedo a perder el afecto de las personas más cercanas.
- Decaimiento del emprendimiento social, laboral y familiar.

#### **2.2.1.3.1. Efectos socioculturales:**

El difundir actos sexuales de un menor de edad, por medio de distintos canales, afecta gravemente a la personalidad del sujeto pasivo, siendo considerado en su mayoría, como un objeto sexual que trae ganancias para el sujeto activo, por tal motivo, la víctima en su mayoría, carece de recursos económicos, preparación suficiente o no cuenta con apoyo familiar y social, conllevando ello que sea la persona indicada para objeto de la pornografía infantil.

Por tal motivo, los efectos, en su formación social y adquisición de valores culturales, resulta ser gravemente afectado, debido a la difusión de imágenes y videos de su persona manteniendo actos sexuales, provocando un apartamiento de todo grupo de personas.

#### **2.2.2. Pornografía infantil en Código Penal Peruano**

Debido a que la pornografía infantil se ha convertido en un problema global, que ha crecido a pasos agigantados por el avance tecnológico y las formas de compartir información, en el año 2001 mediante la Ley N°27459 se adiciona al Código Penal el artículo



183-A sobre Pornografía infantil, tipificando la posesión, promoción, fabricación, distribución, exhibición y comercialización de material con carácter pornográfico el que se utilicen a menores de edad.

#### **2.2.2.1. Dogmática Penal Sobre el Delito de Pornografía Infantil**

Los legisladores son conscientes de las conductas de alto contenido de lesividad social que se estaban produciendo en nuestro entorno social, y en vista de que tales conductas estaban fuera del ámbito de protección del tipo penal previsto en el artículo 183° Publicaciones y Exhibiciones Obscenas, eleva a la categoría de norma penal una nueva fenomenología criminal que consiste en la utilización de menores de edad en todo tipo de material con contenido “pornográfico”. (Freyre A. P., 2015)

Asimismo, cabe mencionar que los injustos penales más graves de las capitulaciones puestas a discusión, son precisamente aquellos que tienen como destinatarios, accesitarios y/o participantes a menores de edad y a personas con deficiencia psico – motriz. La razón de ello, es porque tales individuos cuentan con mayor vulnerabilidad ya sea por sus condiciones sociales y ontológicas. Además de ello, cuando casos de este tipo se pone a la disposición del conocimiento colectivo, se presenta toda una repulsa social. Empero, al menor como sujeto pasivo, no solo puede verse afectado en su indemnidad sexual, cuando es ultrajado sexualmente, exista o no consentimiento de su parte; pues como hemos visto a lo largo del Capítulo X, en los delitos de proxenetismo – ligados a la prostitución de típicos. Asimismo, se determina una sanción más severa cuando la víctima es menor de edad. Por lo tanto, en todo caso, el legislador claramente pretende cerrar el espacio a la impunidad, como se destaca en el estudio, criminalizando el ámbito de la prostitución infantil y sus delitos conexos, tal como se puso en relieve en el estudio del Turismo sexual infantil, las cuales constituyen categorías interconectadas e interdependientes que conforman el entramado sistemático que propicia el funcionamiento de estas industrias de explotación sexual



comercial de los menores. Por lo tanto, tiene como objetivo extender el mecanismo nacional de sanción a todos los tribunales del circuito penal de acuerdo con la política penal establecida, y tiene como objetivo proteger eficazmente los derechos legales y tener un impacto significativo en los factores preventivos de la sanción, ya sea que se divida en prevención general y prevención especial en cuanto a normas. (Freyre A. R., 2007)

Ahora bien, el tema de discusión radica en el punto básico de que los protagonistas de libros, folletos y/o imágenes son menores de edad, y su uso en los tipos de medios antes mencionados ha generado una razonable oposición social y legal; la razón es porque no han logrado la suficiente madurez personal y sexual, lo que los hace vulnerables, lo que facilita que se conviertan en víctimas de estos agentes, ya que ellos utilizan dicha inmadurez para insertarlos en su mundo para obtener enormes dividendos económicos. Para los legisladores, el mero hecho de que se utilice a menores en las actividades comerciales mencionadas constituye un delito suficientemente injusto y debe ser severamente sancionado. Considerando que la participación de menores en material pornográfico es un paso serio y decidido hacia la prostitución infantil, la conexión entre ambos es evidente, por lo que la política criminal debe incidir punitivamente en este tipo de comportamientos. (Velasquez I. V., 2007)

Es de verse del tipo penal in examine, que la conducta sancionada no necesita alcanzar un estado artificial visible y verificable, por lo que constituye un delito puramente activo, y no requiere la existencia de pensamientos desapegados; todos ellos son gráficos, y el mayor avance de los obstáculos de intervención del derecho penal. Se debe a la falta de la naturaleza de la justicia está completamente legalizada. En cualquier caso, la definición de relevancia jurídico-penal merece un análisis en profundidad para asegurar la nocividad de la conducta. (Freyre A. P., 2015).



Desafortunadamente, los legisladores continúan usando y/o usando terminología imprecisa y vaga, y su interpretación normativa carece de claridad. Por tanto, esta deficiente técnica legislativa ha abierto un enorme espacio discrecional a los jueces a la hora de fijar el alcance de la protección de los tipos penales; la construcción delictiva que viola el sistema de garantías penales bajo la garantía de una estricta legalidad. Se requiere que su composición típica en la declaración legal tenga veracidad y precisión. (Freyre A. P., 2015)

#### **2.2.2.2. Prescripción normativa del Delito de Pornografía Infantil**

El Código Penal peruano, prescribe en su cuerpo normativo esta conducta delictiva, prevista en su artículo 183-A, el cual a la cita refiere lo siguiente:

##### **Artículo 183-A. Pornografía infantil. –**

El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa, publicita, publica, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter sexual, en los cuales participen menores de dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.

La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y de cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa cuando: 1.- La víctima tenga menos de catorce años de edad. 2.- El material se difunda a través de cualquier tecnología de la información o de la comunicación o cualquier otro medio que genere difusión masiva. 3.- El agente actúe como miembro o integrante de una banda u organización criminal. En todos los casos se impone, además, la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1,2,3,4,5,6,8,9,10 y 11". (Velarde, 2017, p. s/n)



### 2.2.2.3. Estructura del Delito de Pornografía Infantil

#### 2.2.2.3.1. Tipo objetivo:

- Sujeto activo. - Puede ser cualquier persona, incluidos hombres y mujeres, independientemente de sus elecciones sexuales. En circunstancias graves, el agente criminal debe tener una posición especial con respecto a la víctima, lo cual es utilizado por este para cometer el delito
- Sujeto pasivo. - Deberá ser un varón o una mujer menor de edad, es decir, hasta antes de cumplir los dieciochos años de edad. Si la víctima es menor de catorce años, se configura la previsión prevista en el segundo párrafo.

#### 2.2.2.3.2. Bien jurídico protegido:

Los tipos delictivos del artículo 183-A de nuestra legislación Penal no tienen como único fin proteger el bien jurídico de la indemnidad sexual como sostienen algunos especialistas nacionales, porque en un análisis más profundo, como más adelante lo haremos, se evidenciara que las conductas lesivas dolosas de posesión, promoción, distribución, exhibición, ofrecimiento, comercialización, publicación, importación o exportación por cualquier medio (objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios), así como la difusión del material pornográfico, se generan posteriormente a la fabricación de pornografía infantil, esto significa, con posterioridad a la utilización directa de los menores. En otros términos, las conductas antes descritas se evidencian cuando ya se produjo la consumación a la lesión al bien jurídico indemnidad sexual (en caso de que la víctima sea menor de 14 años, o se trate de los actos contra el pudor en menores de 14 años del artículo 176-A del Código Penal, o también se trate de la violación sexual de menor de 14 años del artículo 173 del Código Penal) o la afectación al bien jurídico libertad sexual (en caso de que la víctima adolescente tenga 14 años y sea menor de 18 o se trate de la violación sexual cuando el agraviado tenga



14 años de edad o de una persona de menos de 18 años del artículo 170 del Código Penal o también se trate de los actos contra el pudor cuando la víctima tenga 14 años y sea menor de 18 años del artículo 176 del Código Penal).

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, en la producción de pornografía infantil, el uso específico y directo de menores está sujeto a una única sanción. Este hecho nos obliga a distinguir los bienes jurídicos que están protegidos por el delito de fabricación de pornografía infantil (indemnidad sexual y libertad sexual) de las modalidades descritas en el artículo 183-A del Código Penal.

Además, cabe señalar que la dignidad de los menores es un principio transversal de todo tipo lesivo en el artículo 183-A de la Ley penal, siempre que sea un tipo de delito destinado a proteger a los menores frente a la práctica de explotación sexual de menores. De hecho, las diversas formas típicas de pornografía infantil contenidas en el artículo 183-A de la Ley penal (fabricación, comercialización, etc.) prohíben los actos delictivos por parte de terceros, y estos actos delictivos deben implicar el uso de menores o la imagen de menores con el objetivo de satisfacer los intereses sexuales y económicos de los adultos, aprovechándose de la vulnerabilidad inherente de las víctimas ya que estas se encuentran en un proceso de desarrollo físico, mental y sexual como para oponerse o resistirse a los agresores sexuales.

Debemos tener en cuenta que en la producción de pornografía infantil se sanciona separadamente el uso específico y directo de menores. Este hecho nos obliga a distinguir los bienes jurídicos que están protegidos por el delito de fabricación de pornografía infantil (indemnidad sexual y libertad sexual) de los otros métodos típicos del artículo 183-A del Código Penal.

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



El ejercicio de la capacidad sexual adulta está amparado por el bien jurídico de la libertad sexual, que explicaremos más adelante. Por otro lado, la indemnización sexual protege las condiciones físicas y psicológicas del desarrollo sexual normal de los menores de edad.

Desde esta perspectiva, el doctor Muñoz Conde afirma que la indemnidad sexual es:

La protección del libre y normal desarrollo sexual del menor ante todo ataque, o la salvaguarda de la integridad física y psíquica del menor ante los ataques que puedan ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual. De allí que el menor tenga el derecho de estar exento o libre de cualquier daño de orden sexual, el que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, precisamente porque su consentimiento no es válido. (Conde, 2010, p. 625).

Obviamente, la protección penal es absoluta para los menores de 14 años, frente a cualquier ataque que lesione su normal desarrollo sexual. Por lo tanto, la compensación sexual está diseñada para proteger fuertemente a los menores antes de que puedan participar libremente en actividades sexuales, para que cuando alcancen la edad adecuada, manejarán su comportamiento sexual de manera responsable. Es decir, se trata de comportamientos que inciden en la evolución sexual de los menores de 14 años.

#### **2.2.2.3.3. Acción típica:**

Nuestro Código Penal peruano en su artículo 183-A recoge las siguientes conductas que configuran el delito de pornografía infantil como el poseer, promover, fabricar, distribuir, exhibir, ofrecer, comercializar o publicar, importar o exportar por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, cuya pena conminada varía según la edad de los menores intervinientes.

##### **a) Promoción de material**



Esta conducta prohibida de promoción es polisémica, pero en este caso debe entenderse como el acto de promover, dar publicidad a un producto en este caso un material pornográfico, principalmente con fin lucrativo a fin de ser comercializados estos contenidos por diversos medios de comunicación a terceros interesados en adquirir dicho material.

En relación al tema desarrollado el doctor Salinas por su parte sostiene que “el acto de promoción se produce cuando el agente incita, promociona o motiva la realización de objetos, libros, revistas, videos o cassetts en los que participan adolescentes realizando actos que en conjunto son calificados como libidinoso” (2008); en esa misma línea para (Bramont, 2001), con referencia al acto de promoción enseña que: “ al sujeto que incita a que otras personas tengan dichos objetos, no siendo necesarios un vendedor”. De lo antes mencionado se desprende que para ambos autores la promoción es la instigación, la influencia que se ejerce sobre una persona para la comisión de un delito, sin embargo, para el caso en concreto nosotros comprendemos que el acto de promocionar va más allá de inducir a las personar para que cometan un acto o ilícito o que en este caso tengan acceso al material, también es publicitarlo, ofrecerlo, distribuirlo con fines de que otras personas lo puedan adquirir y consiguientemente poseer el material pornográfico infantil.

#### **b) Fabricación de material pornográfico**

Es la conducta encaminada a elaborar un producto que muestre directamente la ejecución de relaciones sexuales explícitas o exponiendo imágenes de genitales de menores de edad, con fines sexuales lascivos. Para el maestro Bramont (Bramont., 2001) el acto de fabricación “comprende el elaborar, producir dichos objetos, es decir, la persona que edita dicho material, normalmente con fines lucrativos”. Si esto es así la fabricación es el proceso anterior a la publicación, distribución y suministro del material elaborado; no





obstante, discrepamos con lo señalado por el maestro Bramont no siempre la elaboración de estos contenidos tiene fines lucrativos, si bien es cierto que hay organizaciones dedicadas a realizar este tipo de contenido ilegal que se dedica a la filmación, edición para luego ofrecerlo a terceros, hay otras personas que crean dicho material, pero no tienen el fin de comercializarlo, debido a que los sujetos que lo elaboran son aficionados que produce pornografía con intervención principal de menores de edad. Pero es necesario enfatizar que dicho contenido pornográfico muestra el cuerpo de un menor de edad con fines sexuales, en relaciones sexuales explícitas y poses sugerentes.

### **c) Distribución de material pornográfico**

Se constituye con la entrega de material a varias personas, como bien señala Sarmiento que por distribución deberá entenderse los actos de “transmitir, es hacer llegar el producto a sus adquirentes o destinatarios o repartir, hacer circular o entregar a otras personas”, por su lado Bramont incluye el carácter oneroso la entrega del material que se encuentra orientado a los vendedores y comparadores (2001, p. 64); postura que no compartimos dado que estos actos de transmisión pueden tener carácter lucrativo, como también puede tratarse aficionados que comparten materiales de su propia creación sin perseguir ningún fin lucrativo, pues la conducta típica consiste en el traslado, del material de contenido sexual explícito de menores de edad; sin importar si estas personas buscan una ganancia económica. Postura que es compartida por Salinas (2008) quien sustenta que en esta conducta ilegal convergen tanto el aspecto oneroso como gratuito. Dado que la distribución de estas imágenes pueden transmitirse en forma masiva por el internet llegando a un múltiple de usuarios al mismo tiempo, entre ellos pudiendo identificarse a algunos consumidores, como también mantenerse en anonimato.



En ese sentido el acto de compartir estos materiales explícitos por internet, comprende también este comportamiento típico de distribución, involucrando la actuación de diversos sujetos que no necesariamente formen parte de una organización criminal con las características de permanencia y distribución de roles que generalmente tienen fines de enriquecimiento, que de ser el caso constituye una agravante según lo regula el Código Penal peruano.

**d) Exhibición de material pornográfico**

Este comportamiento destinado a mostrar el material pornográfico a los destinatarios, usuarios de este material ilícito, sobre este punto Peña describe que este comportamiento está destinado a exponer, mostrar o poner un objeto a la vista de las personas (2002, p. 203), de la misma forma Bramont expone que exhibir es exponer objetos a otras personas (2001, p. 64) en relación con la conducta típica descrita de exhibición se produce cuando el sujeto activo que tiene en su poder el material pornográfico infantil es revelado al público por cualquier medio tecnológico, sea a través de videos, fotografías, entre otros, que como ya se ha dicho anteriormente muestran escenas sexuales de forma explícita con la intervención principal de menores.

La exhibición de material pornográfico puede servirse del internet como medio masivo de distribución pasiva, que se da cuando el receptor no está presente al momento de realizar la elaboración de las imágenes tanto de los genitales como de relaciones sexuales de los menores de edad, de modo que este material se encuentra cargado en la red situación que posibilita la descarga y acceso masivo de distintos usuarios y entre ellos la posibilidad de compartir el contenido por diferentes medios.

**e) Ofrecimiento de material pornográfico**



El maestro Bramont explica que el ofrecimiento es la promesa de entregar el material pornográfico (2001, p. 64); mientras que Peña resalta el carácter oneroso de la conducta prohibida que consiste en insertar este material al mercado para que los usuarios puedan adquirirlo (2002, pág. 203), sin embargo, para Salinas (2008) entiende que el ofrecimiento de este material también puede ser gratuito, como cualquier otra propuesta lanzada al público, pudiendo tener una ganancia o no.

De lo expuesto anteriormente se resalta que el elemento lucrativo puede estar presente; debido a que la oferta de un material pornográfico de menores es ofrecida a un público indeterminado.

#### **f) Comercialización del material pornográfico**

Esta conducta es entendida como la venta del material pornográfico infantil, a cambio de dinero, generando una ganancia para quien tenía el material lascivo; para Peña el significado de la conducta de comercializar implica darle un carácter comercial, ingresando dicho contenido al tráfico mercantil para así obtener una ganancia (2002, p. 323); esta conducta se produce cuando “El agente trafica, negocia, subasta o vende el citado material” (Salinas, 2008); mientras que para Morillas considera que es la venta de pornografía abierta al público que acceda a él (2005).

De lo antes expuesto por los autores citados se tiene que la comercialización sugiere tratos con carácter pecuniario, así como la entrada de estos contenidos al mercado que generalmente significan una ganancia por la venta de los mismos; pero no de manera exclusiva dado que la comercialización se puede dar de diversas formas bajo las figuras de permuta, alquiler, entre otros modos.

#### **g) Publicación del material pornográfico**



Este comportamiento consiste en difundir el soporte que contiene el material pornográfico a receptores indeterminados mediante cualquier medio que permita la transmisión de información, en relación a esta conducta Peña define que es hacer pública la obra o artículo mediante la palabra impresa, con el objetivo de dar a conocer dicho contenido al público (2002). Para el doctor Bramont la publicación se produce cuando el sujeto difunde el material ilícito.

De lo antes señalado la conducta de publicar es la puesta en conocimiento de un indeterminado número de personas a través de diversos medios, un producto ya finalizado, listo para ser difundido.

No obstante, no se debe confundir la conducta de publicar con la exhibición, pues la publicación como se señaló anteriormente la difusión de este contenido por medio de diferentes soportes que pueden visualizarse de manera inmediata o incluso en fecha posterior a su publicación para un número indeterminado de personas; en cambio la exhibición tiene un efecto casi inmediato y se sabe para qué cantidad de personas acceden a dicho material.

#### **h) Importación de material pornográfico**

Para el maestro Peña (2002) la conducta de importar debe entenderse como la introducción de un contenido pornográfico con la participación de menores del extranjero, para posteriormente difundirlo en el mercado sexual en el territorio nacional, discernimiento compartido por el maestro Bramont que de una forma sintética explica que es cuando una persona trae al país material obsceno (2001, p. 64), de igual manera el maestro Salinas (2008) la importación se produce cuando el sujeto activo ingresa al país material pornográfico.



Como se puede notar diversos autores coinciden en precisar que la importación de material pornográfico consiste en el traslado de la mercancía prohibida de un país al nuestro, el mismo que por ser ilícito debe burlar diversos controles lograr el ingreso al país.

#### **i) Difusión de pornografía infantil**

Involucra una serie de conductas destinadas a transmitir la información, que contiene el material pornográfico, que se encuentra a la disposición de un numero ascendente de personas que accedan a él, haciendo uso de diversos sistemas de comunicación por los cuales puedan acceder a estos contenidos, en diversos momentos o en simultaneo. Como puede verse la difusión de pornografía infantil es una conducta con amplia potencialidad pues conforme se tiene de lo expuesto por el Tribunal supremo español en su sentencia N° 105/2009 comprende dos elementos objetivos y subjetivos, la difusión tiene un elemento objetivo que es comprendido como una redifusión de la difusión, al ser reproducido el material en varias ocasiones produciéndose de este modo la redifusión e incluso al volver a divulgar el mismo material por diversos medios electrónicos; el elemento subjetivo esta revestido de dolo al señalar que el agente actúe con el conocimiento que determinados programas permite el acceso a otras personas del material obtenido.

El doctor Peña explica la idoneidad de las imágenes del material pornográfico y la aptitud dañosa de este mediante la divulgación, pues con este comportamiento se lesiona la indemnidad sexual de os menores, la libertad sexual, así como su derecho a la dignidad.

Llegado a este punto es necesario establecer la diferencia entre publicación y difusión; siendo la primera conducta por la cual se pone de conocimiento público el material pornográfico de menores de edad, llegando a un número indeterminado de personas;



mientras que la difusión es atraer a los consumidores todas las veces que puedan conocer estos materiales ilícitos, pudiendo difundirlo por diversas páginas de internet.

#### **j) La posesión de material pornográfico**

La posesión según definición de la Real Academia Española Entendido es el acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para si o para otro, para el derecho civil la posesión es un ejercicio de hecho, en referencia al delito el verbo poseer debe entenderse como tener algo en su poder relacionado con la posibilidad de poder divulgarlo y a partir de dicho acto realizar su introducción al mercado sexual (2007, p. 415); la posesión de material pornográfico se produce cuando el agente tiene en su poder libros, objetos, escritos, imágenes audiovisuales o auditivas en la que participen adolescentes cuyas edades varían entre los catorce y dieciocho años de edad (Salinas, 2008). En efecto la posesión del material pornográfico lesiona como tal la intimidad del menor, debido a que este contiene imágenes de los genitales y muestran la forma en que dichos menores tienen acceso carnal de manera explícita, presentándolos públicamente.

#### **2.2.2.4. Antecedentes del Delito de Pornografía Infantil en el Perú**

Las sentencias de los delitos por pornografía infantil a menor muestran escasas medidas de protección para las víctimas y aún menos para los sujetos activos puesto que la Jurisprudencia dominante respecto a este tipo penal afirma que este es un delito de peligro abstracto en consecuencia no admite prueba en contrario al ser una presunción *iure et de iure* (Creus, 1990)

Tal como señala (Bacigalupo, 2004) “la pobreza y la dignidad dejaron de ser un problema moral, para convertirse en un problema político. El Estado quedo legitimado para intervenir en el proceso de distribución de la renta y el bienestar en una política social más activa”. Por



lo tanto, la promoción de la equidad económica, la justicia social y la seguridad social ha comenzado a convertirse en un factor necesario para el desarrollo humano.

En este contexto, el Estado está sujeto a la fórmula programática del constitucionalismo social que acerca el cuerpo político a la sociedad para asegurar que todas las personas de un mismo país sean atendidas por la dignidad, la equidad y la unidad, entidad. Expresa el reconocimiento de los altos atributos de la mínima igualdad material real e igualdad de oportunidades.

De ello se desprende que esta figura tiene su origen por el constante crecimiento y la exteriorización de la globalización, que permite que podamos tener acceso a contenido inadecuado, entre ellos el de pornográfica infantil. (Creus, 1990)

#### **2.2.2.5. Posesión del material pornográfico**

##### **2.2.2.5.1. La posesión de pornografía infantil como conducta atípica relativa**

La acción típica de este delito comprende una variedad de verbos nucleares, como son exhibir, poseer, promover, ofrecer, comercializar, publicar, exportar, importar.

Es por ello que en cuanto al verbo “Poseer” la doctrina lo cataloga como una atipicidad relativa, si tenemos en cuenta lo expresado por el profesor Peña Cabrera, refiere lo siguiente: “que el verbo poseer implica una posesión para la divulgación (...) la posesión por ejemplo debe manifestar una inequívoca intencionalidad de poner en circulación el material pornográfico”; en la misma línea de fundamentación mencionamos al autor alemán Kai afirma que “La criminalización debe basarse en la prueba de la intención del poseedor de usar el respectivo objeto de un modo criminal. De hecho, esta intención de usar, como un objetivo específico de la posesión, vincula a la posesión con una conducta y de ese modo la distingue de un mero delito de posesión”, es decir que en estos tipos de delitos que en



compañía del elemento objetivo, es decir, la posesión de una cosa prohibida, debe acompañarse necesariamente, que el destino de la cosa conlleven a un fin delictivo; sin embargo, si bien es cierto que en su posesión se le encontró gran cantidad de material pornográfico, no puede deducirse a partir de presupuestos cuantitativos como así se aplica al delito de Tráfico Ilícito de Drogas, debido a que los parámetros cuantitativos que la sancionan en el Código Penal no se aplican para la posesión de pornografía. (Freyre A. R., 2007)

#### **2.2.2.5.2. Clases de posesión del material pornográfico**

##### **a) Destinado al consumo**

El alcance de dicha posesión incluye el apoyo a la pornografía infantil para consumo personal que los pedófilos obtienen a través de mecanismos como la compra, donación o incluso el intercambio de material pornográfico. Sobre lo explicado, el profesor Bramont Aria sostiene que “(...) se sanciona el poseer que se configura cuando el sujeto tiene en su poder el objeto material, por ejemplo, a la persona que tiene una revista pornográfica donde aparecen menores de edad” (2001: 64, tomo 91). Esta postura hace referencia al consumo, y no necesariamente al tráfico de pornografía infantil. (Torres, 1998)

Se debe enfatizar que cuando la posesión de pornografía infantil se da en contextos horizontales y es para el propio consumo, se dispone válidamente de la libertad sexual y la intimidad del adolescente de 14 años de edad y menor de 18. En estos casos estamos frente a conductas de posesión de pornografía infantil atípicas por el consentimiento de la víctima, en la medida que al adolescente no se le trate como objeto sexual, ni se les someta a los contextos verticales de explotación sexual. (Torres, 1998)

##### **b) Destinado al tráfico**





Como su mismo nombre indica es la comercialización de productos ilegales, prohibidos por la ley; dicho mercado sexual no es ajeno a la ley de la oferta y de la demanda, en ese sentido se tiene que para cubrir la demanda del sexo infantil se requiere del insumo principal en este caso menores de edad y una vez obtenido el soporte pornográfico ofrecen sus contenidos a individuos quienes por su parte requieren exigen determinada mercancía, requiriendo para ello captar cada vez más menores de edad que puedan realizar un producto pornográfico.

#### **2.2.2.6. Pornografía infantil por medio del internet**

Debido a que actualmente, nos encontramos en una situación de globalización y que la tecnología cumple un papel trascendental, en el actuar indebido por parte de los grupos delincuenciales destinados a la propagación de material pornográfico infantil, la investigación y captura de dichos grupos ilícitos, resulta ser una tarea complicada y difícil de ejecutar.

Sin embargo, la herramienta del internet, como canal difusor del material pornográfico infantil, a cobrado especial relevancia, al momento de instaurar filtros u otros medios para desarticular dichos grupos delincuenciales, el cual, hasta aún no ha resultado ser suficiente; debido a que la sanción no puede radicar únicamente, en la posesión del material pornográfico por el consumidor, ya que su posesión, se ampara en el respeto se respaldan en el derecho a la privacidad, la propiedad privada y la libertad de expresión. (Sánchez, 2012)



### **2.2.3. Principio de mínima intervención del Derecho Penal**

#### **2.2.3.1. Ius puniendi**

El poder punitivo del Estado o también llamado “Ius Puniendi” del Estado, se entiende como la facultad de todo Estado capaz de sancionar mediante su normativa penal, las cuales son de carácter necesario para poder resguardar el orden interno de una determinada sociedad.

Como resulta evidente, esta atribución “puniendi” que todo Estado posee, surge como una necesidad de mantener el orden público, entiéndase como una medida de “control social”. En virtud a ello se considera determinadas conductas como prohibidas, las cuales al consumarse tendrán que ser sancionadas de manera ejemplar (Goicochea & Córdova, 2019)

#### **2.2.3.2. Límites del ius puniendi**

Por ser el ius puniendi del Estado una de las manifestaciones del poder que ostenta existen diversos límites de control que deben efectuarse con la finalidad de evitar futuros abusos por parte los funcionarios, gobernantes o legisladoras que en su cargo emiten las normas.

Por su parte, Reátegui (2009) sostiene que

Solo aquel Derecho Penal que se ajuste a los cánones constitucionales, será considerado como un sistema normativo garantista y limitante del poder estatal. No solo hay que observar los aspectos principistas del carácter sustantivo (principio de legalidad, protección exclusiva de bienes jurídicos, entre otros), sino también límites formales o garantías de derecho procesal como la garantía jurisdiccional, debido proceso, juez imparcial, entre otros. Y es que más que un conjunto de normas que puedan determinar lo que es correcto o no, el límite al poder punitivo del Estado



encuentra su sustento en la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran regulados en las diversas normas de nuestro ordenamiento interno y externo (Reátegui, 2009, p. 214)

Por consiguiente, el ejercicio del ius puniendi del Estado no puede considerarse como una actividad sin límites, sino que, encuentra sus limitaciones e incluso dentro del ámbito constitucional. Si la norma es arbitraria, carece de razón o es interpretada incorrectamente por algunos administradores judiciales (jueces), es probable que la arbitrariedad cometida sea controlada constitucionalmente.

El Tribunal Constitucional reitero en diversos precedentes las limitaciones al ius puniendi del Estado y que justamente se condice con lo manifestado anteriormente; por ello, esta facultad del Estado se aplicara con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales que hacen referencia a la protección de derechos humanos y cumpliendo estrictamente los fines de la pena. (Goicochea & Córdova, 2019)

#### **2.2.3.3. Marco jurídico**

El principio de intervención mínima es un límite al ius puniendi estatal que determina la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador hacia los daños graves a importantes bienes jurídicos y aplicarse exclusivamente en los casos donde las herramientas religiosas, educativas, administrativas y el resto del ordenamiento jurídico, etc., no hayan sido eficaces para lograr sus fines, siempre velando por el bien de la seguridad jurídica, la libertad y la paz. Ello en virtud a que el derecho penal constituye una herramienta del Estado que priva o condiciona el disfrute de los derechos fundamentales, así como limita la libertad. (Monroy A., 2013)



Por consiguiente, el principio de intervención mínima significa que el derecho penal solo protege aquellos derechos, libertades y obligaciones que son esenciales para el mantenimiento del sistema legal de los ataques más intolerables. (Martos, 1987)

El principio de intervención mínima, para Carlos Blanco Lozano, quiere decir que:

El derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos (Blanco Lozano, 2002; citado por Villegas Fernández (2009, p. 3).

En ese sentido, cuando fracasan los demás sectores del sistema legal, la ley penal solo intervendrá en la medida que lo permita el principio de lesividad, en razón de que este es aplicable en ultima ratio (Goicochea & Córdova, 2019).

La violencia que ejerce el Estado en virtud a su poder punitivo no puede exceder el límite de la dignidad de la persona humana ni puede exceder la lógica de defender la libertad en lugar de la represión; en ese sentido este principio se basa en el hecho de que las consecuencias y repercusiones del evento deben necesariamente tener relevancia social y proyectarse en la sociedad.

En esa misma línea, Villavicencio Terreros (2003) sostiene que “el derecho penal se legitima solo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación” (p. 92). Por eso, Este principio conduce a la necesidad de practicidad. El mero uso de medios violentos como el castigo siempre afectará la noción de Estado de derecho.

El principio de mínima intervención parte también de la tesis de que el derecho penal nunca puede ser utilizado para defender intereses minoritarios y no es necesario para el funcionamiento del Estado de derecho, siendo inapropiado recurrir a sus gravísimas



sanciones si existe la posibilidad de garantizar protección suficiente con otros instrumentos legales no penales. Lo que nos da a conocer que “el respeto a la capacidad de la persona humana para adquirir derechos y obligaciones jurídicas que no dañen a un tercero” (Martos, 1987, p. 101).

Por eso, el Derecho Penal interviene “mínimamente” en la sociedad: porque todavía confía en las personas, de modo que cuanto menos punitiva sea la intervención, más fructífera y próspera será nuestra vida comunitaria. Por consiguiente, el «principio de intervención mínima» constituye no sólo un límite importante al “ius puniendi”, sino también coloca al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico: la última instancia donde todo ciudadano podrá recurrir para resolver sus conflictos, o bien como último recurso legal del que dispone el Estado de Derecho para conseguir una Sociedad democrática avanzada, comprometida con la defensa y el desarrollo de los valores inherentes al Derecho Penal democrático.

Finalmente, cabe señalar que el principio de mínima intervención en el derecho penal no solo se relaciona con la protección de los bienes jurídicos frente a agresiones severamente reprobables, sino que es cierto que este principio también incide en los componentes de los requisitos de la pena. Ello significa que la imposición de una pena privativa de libertad debe imponerse solamente cuando las acciones imputadas sean punibles, pese a que las mismas sean típicas, antijurídicas y culpables.

En este sentido, no cabe duda de que el principio de mínima intervención del derecho penal tiene dos funciones: la primera es determinar si una conducta puede ser considerada delito mediante un análisis objetivo, y que no exista otro mecanismo menos grave al que se puede acudir. La segunda es porque, aunque el comportamiento pueda ser acorde con los elementos típicos de la teoría criminal, es necesario verificar si la pena impuesta es necesaria y



proporcional a los hechos específicos, y analizar las diversas situaciones que el sujeto puede encontrar y/o en un evento específico. (Goicochea & Córdova, 2019)

Por otro lado, según Prado Saldarriaga, respecto a este principio afirma lo siguiente:

En nuestro país este principio es permanentemente ignorado por el legislador los desenlaces técnicos de una política penal que ignora al Principio de mínima intervención son negativamente evidentes en nuestra legislación penal (Prado, 1990, p. 272)

Como se puede apreciar este análisis es desarrollado aun cuando no entro en vigencia nuestra Constitución actualmente vigente, por lo que se hace necesario el presente estudio para reanalizar este principio, específicamente en el tipo penal objeto de nuestra investigación.

#### **2.2.3.4.Principio de intervención mínima y garantismo penal**

En palabras del maestro Ferrajoli el derecho penal o *Ius puniendi* “tendría que tener un carácter mínimo, el cual se expresaría al menos en dos sentidos: como minimización de la capacidad del Estado para determinar qué conductas son delitos y que penas deben imponerse a quienes las realice, por un lado, y para establecer que respuestas procesales pueden dar el estado frente al fenómeno delictivo” (Ferrajoli, Garantismo Penal , 2006, pág. 4)

A lo largo de nuestra carrera de Derecho , en nuestras aulas se nos ha enseñado por diversos profesores expertos en derecho penal, que este tiene el carácter de subsidiario y de ultima ratio, ello en virtud a que existen otros niveles de control social, tales como: el nivel primario, nivel secundario y nivel terciario donde se encuentra el derecho penal, y que este solo interviene cuando los dos anteriores niveles de control social fallan, ciertamente no somos ajenos a la sobre criminalización y sobre penalización de ciertas conductas, ello con la falsa



creencia de que el derecho penal tiene la solución para las diversas conductas ética y moralmente incorrectas para nuestra sociedad, ello sin tener en cuenta su carácter de subsidiario, lo cual genera a lo que hoy se conoce como un Derecho Penal simbólico, que no tiene en cuenta estos principios del *Ius puniendi* .

La idea planteada por Ferrajoli y plasmada en amplios libros, está dada en razón que el garantismo penal está estrechamente vinculada con el derecho penal mínimo, la cual busca limitar el poder punitivo estatal, proyectado en garantías penales sustanciales y procesales, entonces el garantismo penal es un modelo teórico del derecho penal capaz de minimizar la violencia estatal, tanto en la prevención de los delitos como en su comprobación en sede judicial, teniendo como límites la defensa de los derecho fundamentales de la persona, la única justificante racional que ofrece el derecho penal es permitir la reducción de la calidad y cantidad de la violencia social, así como las reacciones por parte del Estado frente a los delitos. (Pacheco., 2017)

#### **2.2.3.5. Características**

Las características del principio de mínima Intervención del Estado, desarrollado por Monroy Rodríguez (2013), son las siguientes:

- a) **Fragmentariedad:** Tiene que ver con la obligación de todo Estado de delimitar el campo de acción a determinadas conductas que lesionen los bienes jurídicos, cuya pena será necesaria para mantener un ordenamiento jurídico justo y la paz de todos los conciudadanos.

La fragmentación del derecho penal es consecuencia del principio de mínima intervención. Según el derecho penal, sólo cuando se comete un atentado muy grave contra un bien jurídico de especial trascendencia debe intervenir el derecho penal.



Esto constituye la función de la pena en una sociedad y un país democrático. En un sentido legal, será innecesario recurrir a medios penales cuando son prescindibles.

- b) **Subsidiariedad:** Consiste en que el derecho penal intervendrá solo cuando se agoten todos los demás mecanismos apropiados y apropiados para conjurar la lesividad que se produce con una conducta a determinado bien jurídico. Por lo tanto, es ilegítimo utilizar la ley penal al inicio, porque el legislador siempre debe verificar la aplicabilidad del mecanismo de disuasión para otras conductas reprimibles.
- c) **Proporcionalidad:** Es proporcional, porque debe existir una relación coordinada entre los bienes jurídicos a proteger y la suspensión de las libertades fundamentales y las restricciones al disfrute de otros derechos fundamentales. En cualquier caso, las medidas que se adopten a través de la ley penal deben reducir su gravedad en la mayor medida posible.

#### 2.2.3.6. Jurisprudencia del principio de mínima intervención del derecho penal

La Corte Suprema de justicia se ha pronunciado diversas ocasiones con respecto al principio de mínima intervención del derecho penal, por lo que se desarrollara seguidamente:

En la sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Transitoria del 17 de septiembre de 2010 en su noveno fundamento se pronuncia respecto al principio de mínima intervención del derecho penal, donde nos dice que se debe acudir al derecho penal en ultima ratio legis, es decir, cuando fallan los demás sectores del derecho; el derecho penal no puede solucionar cualquier controversia, cuando existe otra vías no punibles que pueden solucionar tales controversias, tales son los casos de actos ilícitos civiles, administrativos, laborales, constitucionales, etc. (Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Transitoria R. N. N° 002585-2009, 2010)





Por otra parte, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal Permanente de Cajamarca (R. N. N° 3004-2012), del 17 de setiembre de 2010, nos dice en su cuarto fundamento que el Derecho Penal esta enmarcado al principio de mínima intervención, lo que significa que esta vía debe ser el último recurso disuasivo que podrá hacer uso el Estado. Asimismo, este recurso se hará efectivo cuando las demás medidas de control hayan fallado; nos estamos refiriendo a los demás instrumentos que no penales que aplican sanciones propias de sus ramas como es el caso de las sanciones del Derecho Administrativo o Derecho Civil, que solucionan los conflictos de formas más satisfactoria para las partes del proceso con para la sociedad. En ese sentido carecerá de sentido si el derecho penal interviene sin más en todas las controversias (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal Permanente R. N. N° 3004-2012, 2014)

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal Permanente R.N.N° 238-2009, del 10 de marzo de 2010, respecto en su quinto fundamento se pronuncia sobre los caracteres de fragmentariedad y subsidiariedad del principio de mínima intervención del derecho penal, por ello solo debe sancionarse aquellas conductas que atacan gravemente a los bienes jurídicos, y que perturban a la sociedad y al Estado. Caso contrario la aplicación de la ley penal recaería en abuso y arbitrariedad (Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente R. N. N° 000238-2009, 2010, p. s/n)

#### **2.2.4. Principio de lesividad**

El principio de lesividad u ofensividad nos señala que nadie debe ser procesado por conductas que no afecten o arriesguen bienes jurídico penales individuales o colectivos, premisa que constituye un límite material al ejercicio del ius puniendi pues proscribela punición de: (Terreros, 2017)



- “**Meradesobediencias**” carentes de un bien jurídico penal pasible de lesión o riesgo; en efecto, los tipos penales de lesión como el homicidio 106 CP exigen que la conducta afecte la vida humana y los tipos penales de peligro concreto como la producción de peligro común 273 CP pretenden que el comportamiento genere un riesgo concreto para la seguridad pública; sin embargo, los tipos penales de peligro abstracto como la apología base y apología terrorista 316 CP y 316-A CP no lesionan, ni arriesgan bien jurídico penal alguno pues el dispositivo no exige la creación concreta de una situación riesgosa para la tranquilidad pública simplemente se castiga la desobediencia normativa.
- “**Conductas inmorales**” que no afecten derechos de naturaleza constitucional; ciertamente, el sistema jurídico a positivizado determinados valores democráticos que permiten la convivencia dentro del modelo del Estado Constitucional de Derecho; por tanto, sólo la lesión o peligro de aquellos valores amerita intervención del poder punitivo.
- “**Bienes jurídicos individuales o colectivos no verdaderamente penales**”; en efecto, el carácter fragmentario y la naturaleza subsidiaria exige que se debe sancionar solamente las conductas que vulneren los bienes más importantes y los ataques más intolerables, por lo tanto, si tal conducta o conflicto puede ser resuelto en otra vía legal, tales como un tratamiento especializado en materia civil, familiar, administrativa, tributaria, etc. carece de sentido que la conducta extrapenal sea trasladada a la *última ratio*



## 2.2.5. Proporcionalidad de la pena

### 2.2.5.1. Proporcionalidad de la pena en el derecho penal

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta) (Olivares, 1982).

El principio de proporcionalidad se aplica cuando los legisladores hacen leyes, cuando son aplicadas por jueces o tribunales, e incluso cuando ejecutan sanciones, medidas de seguridad o consecuencias incidentales. (Rojas, 2002)

El principio de proporcionalidad es más relevante en el ámbito de las medidas de seguridad que en el ámbito del castigo. El principio de proporcionalidad significa predecir, determinar, implementar y hacer cumplir medidas basadas en el riesgo delictivo de la persona. Además, este principio de proporcionalidad requiere que se tomen las medidas adecuadas y necesarias para lograr el objetivo previsto en determinadas circunstancias. (Rojas, 2002)

El principio de idoneidad, también llamado de adecuación, razonabilidad, congruencia o necesidad, se refiere a que un medio es apto u idóneo para conseguir el fin pretendido, “cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado” o cuando “significativamente contribuya a alcanzar el fin pretendido”. En el derecho penal, este principio es entendido conforme al cual la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido. Dicho principio tiene las siguientes características:

- La medida restrictiva de los derechos fundamentales debe ser idónea para los fines perseguidos.



- El examen de idoneidad tiene carácter empírico, como consecuencia de que se apoye en el esquema medio – fin. Del se puedan analizar las medidas adoptadas a partir de su finalidad o teleología, lo que requiere llevar a cabo el estudio práctico de los elementos empíricos de la relación examinada. (Rojas, 2002).

#### **2.2.5.2. Justificación del principio de proporcionalidad**

En Alemania. - Para comprender mejor el principio de proporcionalidad, conviene iniciar una investigación -aunque en breve- a partir de las razones que exponen las normas constitucionales de los ordenamientos constitucionales alemán y español para probar su vigencia y la vigencia del principio de suficiencia. Para la primera Alemania, su investigación es razonable, porque el principio de razonabilidad o proporcionalidad se originó en el derecho continental europeo, y su derecho tradicional peruano pertenece a este sistema. 1. En concreto, tuvo su origen en la sentencia del Tribunal Supremo Administrativo en materia de derecho policial a finales del siglo XIX. En la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha establecido la base principal de la cláusula del estado de derecho en el artículo 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn., en el que se dispone que “[e]l orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental (...)”. En este sentido el mencionado Tribunal Constitucional alemán tiene expresado que “[e]n la República federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Se deriva del principio de Estado de Derecho, en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que, como expresión de la libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el poder político más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos. (Aguado, 2010)



### **2.2.5.3. Unidad esencial entre la razonabilidad y la proporcionalidad**

Se empezará a entender mejor la figura que ahora se estudia, así como su aplicación en la medida que el punto de partida de la argumentación sea la esencial identidad entre el principio o test de razonabilidad y el principio o test de proporcionalidad. No lo tiene complicado el TC si se le recuerda que tiene declaraciones en las que propone un mismo entendimiento y significación. Ha manifestado el TC que “[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable”<sup>18</sup>. Y es que “más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en pureza, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (Acción de Amparo TC, 2004)

### **2.2.5.4. Juicio de idoneidad**

El juicio de idoneidad tiene un doble requisito. Primero, requiere que las medidas o acciones constitucionales restrictivas tengan un propósito permitido por la constitución y relacionado con la sociedad; segundo, requiere que las propias medidas sean suficientes para lograr ese objetivo. Debe tenerse siempre presente que la primera sentencia o subprincipio de aplicabilidad exige que las medidas seleccionadas como medio para lograr el objetivo no sean absolutamente imposibles de lograr el objetivo perseguido desde cualquier punto de vista. Por lo tanto, por pequeña que sea la violación de un derecho fundamental, si tal restricción es evidentemente inútil, será una medida desproporcionada porque es inapropiada



e irrazonable. En todo caso, y asumiendo la constitucionalidad o legalidad de las acciones estatales, en caso de duda, se debe considerar la aplicabilidad de las medidas. (Javier, 2008)

#### **2.2.5.5. Juicio de necesidad**

Si las medidas que afectan los derechos básicos han pasado el juicio de idoneidad, esta no es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, pero el juicio de necesidad debe dictarse en el siguiente paso. Dichos juicios, también llamados juicios necesarios, incluyen verificar si las medidas que se evalúan tienen las menores restricciones a los derechos fundamentales que otras medidas igualmente efectivas. Definir el juicio de necesidad de esta manera presupone obviamente el juicio de validez, porque el juicio de necesidad sólo se lleva a cabo entre medidas igualmente efectivas para alcanzar el objetivo perseguido. (Javier, 2008)

#### **2.2.5.6. El principio de proporcionalidad en sentido estricto**

- **Relación razonable:** Si las medidas que afectan los derechos fundamentales exceden los juicios de pertinencia y necesidad, esto no significa que se estén enfrentando medidas proporcionales. Esta medida tiene que dictar otra sentencia, el llamado juicio proporcional en sentido estricto. Este juicio requiere que las medidas controvertidas estén razonablemente relacionadas con el propósito previsto. Generalmente se cree que existe una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y las desventajas o costos de tomar acciones relacionadas. (Acción de Habeas Corpus, 2002)

Igualmente dijo el TC, invocando lo declarado en la sentencia al Exp. 0050–2004–AI/TC, que según “el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de



afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental

- Juicio complementario: Una vez que el contenido constitucional de los derechos básicos define una relación razonable, se debe reconocer que, a mayor beneficio, mayor costo. En otras palabras, esta sentencia nos permite concluir que la medida es razonable si el alcance de los derechos fundamentales afectados es similar al alcance de los beneficios obtenidos por la realización del propósito. Sin embargo, la aplicación estricta de este concepto de costo-beneficio conlleva el riesgo de que su implementación eventualmente infrinja los derechos fundamentales. De hecho, si la mayor importancia o trascendencia del propósito es permitir un mayor grado de restricción de los derechos fundamentales, entonces no es un problema reconocer que un propósito particularmente relevante puede eventualmente eliminar un derecho fundamental en determinadas circunstancias. En otras palabras, la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto puede eventualmente distorsionar el contenido constitucional de los derechos fundamentales, legitimando así medidas inconstitucionales. De esta manera y con plena consideración, los derechos fundamentales no servirán como una restricción verdaderamente efectiva a la conducción del poder político, pues nunca faltarán razones suficientes ("razones de estado") para ordenar la privación real de los derechos naturales y las violaciones de los derechos fundamentales. derechos. (Acción de Habeas Corpus, 2002)

#### **2.2.4.6.1. La proporcionalidad abstracta**

Se encuentra referida, a que el legislador al momento de determinar una pena, para una conducta ilícita, debe tener en cuenta, la relevancia del bien jurídico protegido, la forma



como se afecta o lesiona los derechos de las víctimas y además de ello las propiedades o características del delincuente, estableciendo una consecuencia jurídica, acorde a la conducta ejecutada en el orden social.

Esto, significa un límite, para que el legislador, no fije penas desproporcionadas ante conductas que no lesionen de manera grave el bien jurídico protegido, a fin de que el sentenciado goce del derecho defensa y no acarree en una sanción que implica la limitación de derechos fundamentales, como es la libertad, el cual, es significativamente la máxima represión del orden social.

Además de ello, el principio de proporcionalidad abstracto, no solo es una exigencia en el ordenamiento penal, sino también constituye ser un requisito material de la prevención en nuestro sistema normativo actual, debido, a que solo aquellas sanciones que goce de proporcionalidad con respecto a la gravedad de los hechos, pueden motivar a los integrantes de una sociedad al cumplimiento de la norma establecida por el legislador. (Gómez, 2015)

#### **2.2.4.6.2. La proporcionalidad concreta**

La proporcionalidad abstracta, se encuentra destinada al legislador, es decir, constituye ser un límite para que dicho funcionario, al momento de establecer una conducta como ilícita, en el ordenamiento legal, tenga en cuenta, la gravedad del hecho, a fin de no restringir derechos fundamentales del sujeto activo y de esa manera tener un orden jurídico que responda a las garantías constitucionales.

En cambio, al referirnos a la proporcionalidad concreta, su objeto es fundamentar una decisión tomada por el juzgador, es decir que dicho operador jurídico, resuelva acorde a los límites establecidos por la ley y además de ello, tome en cuenta la forma de lesionar el bien protegido y los aspectos personales del sujeto comitente de la conducta ilícita.





Es decir, que el Juzgador, fundamente su decisión acorde a los hechos ejecutados, acorde a la conducta que acarreo la lesión de los derechos y el respeto de la norma legal, en base a ello se obtendrá una decisión fundamentada en la norma actual; además de ello contribuye a la posibilidad de que el juez, pueda aplicar otras medidas menos lesivas a la privación de la libertad, con el objeto de evitar el hacinamiento y sobrepoblación penitenciaria.

#### **2.2.5.7. El principio de proporcionalidad de pena en la legislación comparada**

El principio de proporcionalidad, constituye ser un lineamiento de manera universal, para el establecimiento de la pena, ya que diferentes contextos jurídicos, buscan establecer sanciones jurídicas que resulten ser proporcionales a la gravedad del hecho ejecutado, a fin de que exista la menor afectación a los derechos del sujeto activo, por tal motivo, analizaremos los siguientes ordenamientos jurídicos.

##### **2.2.5.7.1. Colombia**

El principio de proporcionalidad, en la legislación colombiana se encuentra establecida en el Art. 3 del Código Penal Colombiano, el cual rige, en la aplicación de la pena a un caso o determinado hecho antijurídico, además se encuentra regulado de manera conjunta con el principio de razonabilidad.

Sin embargo, dicha legislación, no responde a lo previsto taxativamente como principio de proporcionalidad abstracta, siendo un problema para limitar el actuar del legislador colombiano.

##### **2.2.5.7.2. España**

La legislación constitucional española del año 1978, no regula el principio de proporcionalidad, sin embargo, establece preceptos legales que limitan el actuar del



legislador en cuanto al establecimiento de la pena, entre ellos, lo estipulado en el Art. 9.3. y 10.1.

En cuanto, a su regulación penal, no se reconoce dicho precepto legal, pero, se establece normativa, que fija límites para sancionar una conducta delictiva.

#### **2.2.5.7.3. Panamá**

En la legislación del sistema panameño, se reconoce el principio proporcionalidad, en la ley 14, estableciendo que el administrador de justicia debe imponer la pena, acorde al principio de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; de igual manera el principio de proporcionalidad en su código penal.

Sin embargo, en dicho contexto jurídico, la proporcionalidad en sentido abstracto, no es regulado, otorgándole toda la potestad jurídica al legislados para establecer la pena a una conducta ilícita.

#### **2.2.5.7.4. Brasil**

En el contexto de Brasil, el principio de proporcionalidad se encuentra regulado en la Constitución Política, en su Art. 5, además de ello se encuentra recogida en el código penal en cuanto al establecimientos de las penas y en materia administrativa, tributaria y laboral de principio proporcionalidad se regula de manera implícita.

Sin embargo, dicho contexto legal, no regula el principio de proporcionalidad en sentido abstracto, siendo igual que en los demás contextos legales.



### **2.2.6. La pena**

La Real academia de la lengua española, establece que la pena constituye ser un castigo impuesto por los jueces y tribunales sobre determinada conducta ilícita, el cual, puede ser considerado como delito o falta.

Asimismo, el autor Prado (2007), establece que la pena; constituye ser la consecuencia de la ejecución de una conducta ilícita, el cual se materializa por medio de la interposición de una restricción a la libertad del imputado; por lo tanto, corresponde al juez o tribunal fijar el grado de gravedad de la consecuencia jurídica.

Por su parte, el autor Roxin (2013), establece que la pena responde a la existencia de un determinado bien jurídico protegido, siendo su interposición de responsabilidad del juez y de los operadores jurídicos asignados por ley.

#### **2.2.6.1. Naturaleza de la pena**

##### **2.2.6.1.1. Teorías de la pena**

Para hablar sobre las teorías de la pena, es menester definir , que es una pena, en relación a ello, podemos decir grosso modo que una pena es la consecuencia jurídico penal que tiene la realización de una conducta calificada como delito otra definición asequible está en entender que “la pena es la irrogación de un mal como expresión de desaprobación por un comportamiento previo defectuoso” (Kindhäuser, 2021); dentro de las teorías de la pena, existen variedad de teorías sin embargo para el presente trabajo nos enfocaremos solo en aquellas que tienen más fuerza en la doctrina, las cuales son : teorías absolutas, teorías relativas y teorías mixta.

#### **1. Teoría Absoluta**



Esta teoría tiene como antecedente la ley del talión, en la cual se establecía “ojo por ojo diente por diente”, básicamente tenía un efecto retributivo para la sociedad dado que al sujeto activo del delito la pena era una retribución por el mal causado al otro mediante su comportamiento delictivo, a mayor mal causado habría mayor reprochabilidad por el daño causado, llevando así a penas desproporcionadas e inhumanas, como principales características sé que para esta el fundamento de la pena es solo la justicia, entendida como “dar a cada quien lo que le corresponde” (Aristoteles, 2021), así también se tenía el viejo tratamiento de que la pena se agotaba con la imposición al sujeto activo del delito, lo cual a todas luces denota que al estado no le interesaba la suerte que pueda correr el sujeto activo después de recibir su condena respectiva.

La idea de la retribución descansa sobre tres presupuestos inmanentes: el primero consiste en que la facultad del Estado para, mediante la pena, dar al culpable su merecido, solo se justifica plenamente si se reconoce la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente. El segundo consiste en la existencia de una culpabilidad que puede ser medida según su gravedad, y el tercero, en que la retribución presupone que en el terreno de los principios se puede armonizar de tal manera el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena, que la sentencia puede ser considerada justa por el autor y por la colectividad (Jescheck, 2003, pág. 58)

## 2. Teoría Relativa

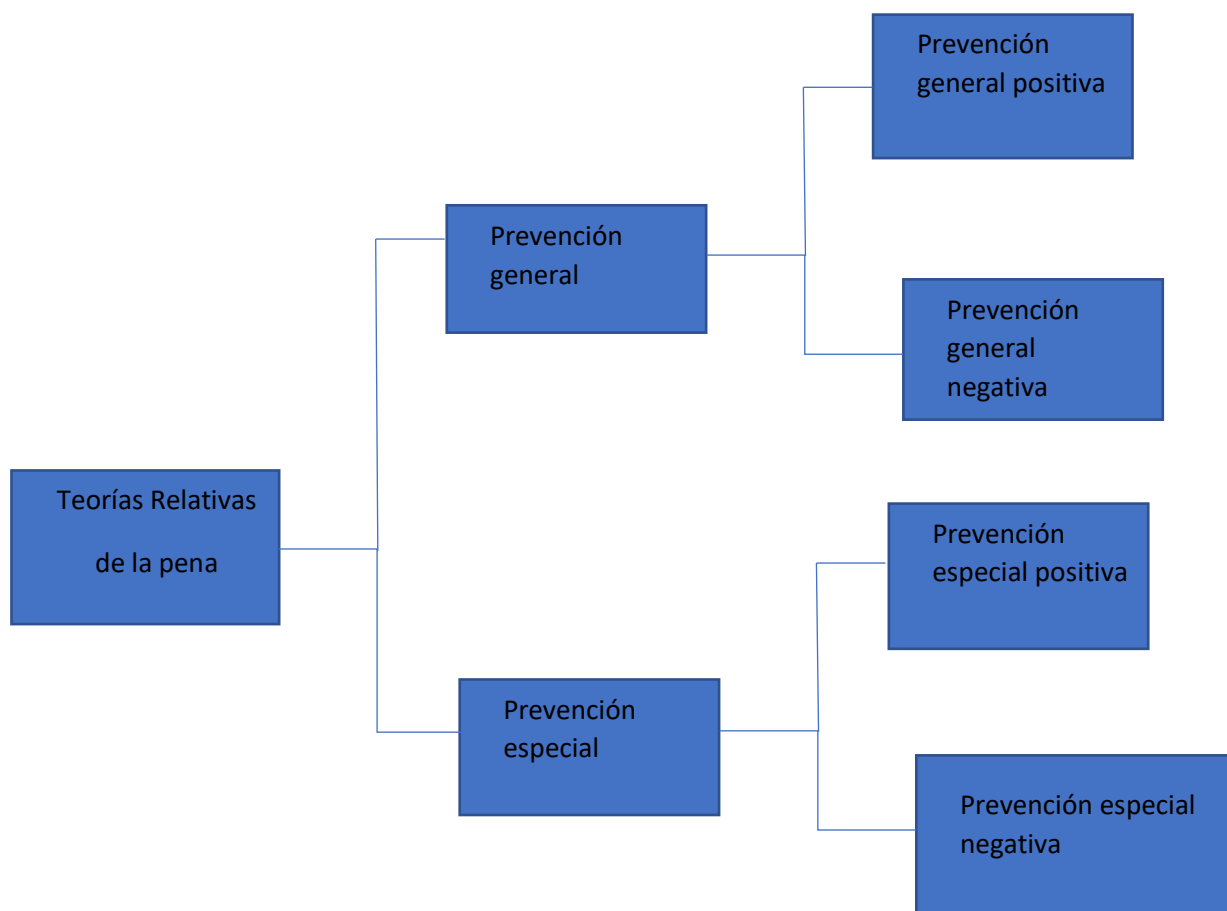
También llamadas teorías de prevención, esta teoría de la pena tiene como principal característica el interesarse por el sujeto que ha delinquido, su tratamiento, rehabilitación y posterior reinserción en la sociedad, en nuestro contexto nacional, tenemos que nuestro código penal tiene una orientación preventiva, dada la redacción del artículo I del Título Preliminar del Código Penal, en el cual se establece:



### Art 1.- Objeto del código

Este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad

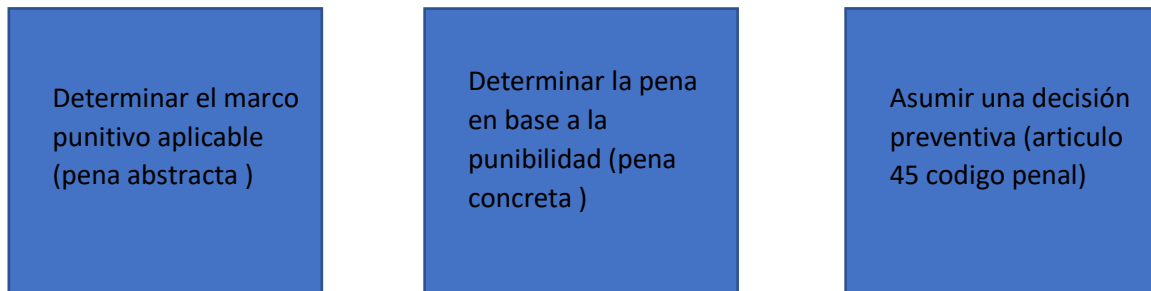
Claramente podemos denotar que nuestro código penal y las penas incluidas en la parte especial de esta, tienen una finalidad preventiva; la cual es la prevención de conductas consideradas como delitos por parte sujeto condenado anteriormente, atendiendo a un criterio de peligrosidad del mismo y su rehabilitación en la sociedad; dentro de las teorías relativas encontramos dos subteorías: prevención general y prevención especial, la cual se detallara a continuación:





Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, para determinar una pena debemos tener en cuenta tres cosas:



Fuente: Elaboración propia

Es menester señalar que, para la individualización de la pena; esta se debe hacer en base a un sistema de tercios de manera tal que se llega a la aplicación de una pena concreta aplicable en conformidad con el artículo 45-A del Código Penal; para la individualización de la pena se debe tener en consideración las circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes, teniendo en cuenta si estas son privilegiadas o cualificadas respectivamente.

#### **2.2.6.1.2. Medidas de seguridad**

Debemos partir definiendo que es una medida de seguridad, frente a ello encontramos el siguiente concepto; son las medidas complementarias o sustitutivas de las penas, que, con fines preventivos, puede imponer el juez a personas inimputables que hayan exteriorizado su peligrosidad criminal o de los que puede temerse que vuelvan a delinquir (Española D. d., 2005)

En la doctrina nacional encontramos que las medidas de seguridad han sido definidas como una consecuencia jurídica que consiste en privar temporalmente de ciertos bienes jurídicos a quienes han realizado un tipo penal, careciendo de culpabilidad, pero revelando con ello al propio tiempo su peligrosidad social (TORRES, 2000, p. 370)



En relación a las medidas de seguridad debemos tener en cuenta que nuestra legislación comprende dos tipos de medidas de seguridad, siendo la primera la internación y por otro lado tenemos el tratamiento ambulatorio, ello en virtud de lo prescrito por el artículo 71 del Código Penal.

Así mismo nuestra jurisprudencia no es ajena a la aplicación de las medidas de seguridad, tenemos entonces que:

“Las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o inimputables relativos que han cometido un hecho punible; que la medida de internación es privativa de libertad y solo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerables graves. Por tanto, la internación es una medida de seguridad que conlleva graves efectos restrictivos en la libertad de las personas”. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2005)

### 2.2.6.1.3. Sistemas de aplicación de la pena

La doctrina define tres tipos de sistemas:

- **Sistema monista**, que propone la aplicación de un sólo medio de sanción jurídica al culpable del delito, ya sea de la pena o las medidas de seguridad, pero no ambas.
- **Sistema dualista**, también conocido como “doble vía”, que admite la aplicación de las penas y medidas de seguridad; que son consecuencias penales del delito
- **Sistema vicarial**, esta tercera posición llamada también “sustitutiva”, permite la aplicación combinada de la pena y las medidas de seguridad, ya que inicialmente se puede sancionar con una pena y en su ejecución puede ser sustituida por una medida de seguridad o viceversa, tal y conforme lo recoge el Código Penal peruano; además que adecua el tiempo en el cumplimiento de una pena con una medida seguridad, esto



quiere decir que computa el plazo de la condena de una medida de seguridad como una pena , siempre y cuando la primera se ejecute con anterioridad a una pena

Entonces podemos decir, que una medida de seguridad, es un medida post-delictual; es decir que, se aplica una vez que el inimputable (relativo o absoluto) haya realizado un hecho tipificado como delito, y que mediante ese hecho demuestre su peligrosidad hacia futuro que revele la comisión de nuevos hechos delictivos (Velasquez F. V., 1997, p. 24). Asimismo, es de inferirse válidamente que la internación tiene una naturaleza preventiva; pero a su vez posee también una clara naturaleza aflictiva, pues importa el sometimiento del inimputable a una privación o limitación de derechos entre ellos la libertad individual, ello en conformidad a la orientación de prevención especial que tiene nuestro código penal peruano

### 2.3. Definición de términos básicos

- a) **Libertad sexual:** “Derecho que tiene una persona de autodeterminarse sexualmente y el de rechazar la intromisión de dicha esfera a terceras personas cuando no medie consentimiento” (Peña, 2015, p. 518)
- b) **Indemnidad sexual:** “Manutención incólume del normal desarrollo de la sexualidad, manteniéndola libre de la intromisión de terceros” (Peña, 2015, p. 519)
- c) **Principio de proporcionalidad:** “Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia” (Rojas, 2002)
- d) **Principio de mínima intervención penal:** “El principio de intervención mínima es un límite al ius puniendi estatal que determina la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador hacia los daños graves a importantes bienes jurídicos y aplicarse exclusivamente en los casos donde las





herramientas religiosas, educativas, administrativas y el resto del ordenamiento jurídico”

- e) **Principio de idoneidad:** “exige que la previsión de una conducta como tipo penal y la previsión de su consecuencia jurídica, sean aptas para lograr la finalidad que se pretenda” (Castillo, 2017, p. 17)
- f) **Principio de necesidad:** “exige que la incriminación de una conducta sea el medio imprescindible para la protección de un determinado bien jurídico y, a la vez, suponga la intervención mínima posible sobre los derechos de la persona” (Castillo, 2017, p. 18)
- g) **Poseción.** – Según la Real Academia de la Lengua Española, (Española R. A., 2019) “el acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para si o para otro”. Al respecto el código civil lo define como “la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. (Vasquez, 2019)
- h) **Material pornográfico.** – Según el Diccionario panhispánico del español jurídico define lo siguiente “Material que esta desprovisto de valor literario, artístico o científico, es potencialmente ofensivo en el orden sexual por su contenido obsceno y está dominado por ánimo libidinoso”. (Juridico, 2020 )
- i) **Proporcionalidad.** – La proporcionalidad según el diccionario ABC es “la conformidad o proporción (igualdad de dos razones) de unas partes con el todo o de elementos vinculados entre sí, o más formalmente, resulta ser la relación entre magnitudes medibles”. (ABC, 2007)
- j) **Pena.** – “del latín poena, una pena es la condena, la sanción o la punición que un Juez o Tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito o una infracción”. (Julian Perez Porto y Ana Gardey , 2009)



## **CAPITULO III:**

### **MÉTODO**

#### **3.1. Diseño metodológico**

##### **3.1.1. Tipo y nivel de la investigación**

###### **3.1.1.1. Tipo de la investigación**

De acuerdo al objeto de estudio, se utilizó el tipo básico de la investigación, debido a que el fenómeno de estudio, resulta ser nuevo y carece de antecedentes desarrollados en el ámbito nacional, por lo tanto, las teorías, conceptos y aportes prácticos, fueron escasos, sin embargo, se remitió a la experiencia fenomenológica de los especialistas en materia penal, quienes aportaron al conocimiento del tema investigado, además de contribuyeron al mayor auge teórico de dicho tema.

###### **3.1.1.2. Nivel de la investigación**

El nivel de investigación, se encuentra referida “al grado de profundidad con que se aborda un fenómeno u objeto de estudio” (Arias, 2006, p. 23), por lo tanto, el nivel puede ser correlacional, descriptivo, propositivo, exploratorio u otros.



En el presente trabajo de investigación, se utilizó el nivel exploratorio – propositivo de la investigación, debido a que el tema tratado, es poco estudiado en la literatura nacional y carece de antecedentes directos, por tal motivo, exploramos un nuevo tema, acorde a los aportes de los entrevistados y de lo revisado en la jurisprudencia nacional, obteniendo resultados que acarrearón a la proposición de una fórmula legal que trate el problema estudiado.

### **3.1.1.3. Enfoque de la investigación**

Debido a que tratamos un tema poco estudiado en el ámbito legal y al carecer de trabajos de investigación que aporten en la comprensión de la problemática, se planteó como objeto, analizar la figura legal tratada en el presente trabajo de investigación, siendo necesario para ello explorar aspectos teóricos, puntos de vista y analizar documentos, que conllevaron al logro de lo antes mencionado, por tal motivo, dicho desarrollo investigativo, fue tratado mediante el enfoque cualitativo y no cuantitativo.

### **3.1.1.4. Diseño de la investigación**

En la presente investigación se pretendió “analizar posturas y describir la subjetividad de las personas” (Vara, 2015), por lo tanto, se utilizó el diseño exploratorio fenomenológico.

### **3.1.1.4. Método de la investigación**

El método constituye ser, “procedimiento regular, explícito y repetible para lograr algo” (Arias, 2006, p. 54), por lo tanto, en el presente trabajo se optó por el siguiente método:

- Método inductivo: Debido a que, mediante el estudio de posturas y sentencias de casos particulares, permitieron arribar a conclusiones y postulados generales en el presente trabajo de investigación.



### **3.2. Diseño contextual**

#### **3.2.1. Escenario espacio temporal**

Debido a que el presente trabajo de investigación, es de enfoque cualitativo, carece de escenario o temporalidad en su desarrollo, sin embargo, las herramientas de recolección de datos fueron aplicados a especialistas en materia penal, que tienen como lugar de desempeño laboral el departamento y provincia de Cusco, además de ello dichas técnicas fue aplicado en los periodos de junio a septiembre del año 2021.

#### **3.2.2. Unidades de estudio**

El trabajo de investigación tuvo, las siguientes unidades de estudio:

- Categoría: Proporcionalidad de la pena
- Categoría: Posesión de pornografía infantil

El cual fue reforzado por la aplicación de entrevistas a especialistas en materia penal que desempeñan sus labores en el departamento y provincia de Cusco.

#### **3.2.3. Técnica e instrumentos de recolección de datos**

##### **3.2.3.1. Técnicas de investigación**

Se aplicaron las siguientes técnicas de recolección de datos:

###### **a) Técnica de análisis documental**

La técnica de análisis aplicado, con la finalidad de analizar sentencias, casaciones y recursos de nulidad referidos a la problemática tratada, a fin de conciliar aportes teóricos con la doctrina nacional.



**b) Técnica de entrevista**

Técnica aplicada, con la finalidad de conocer la problemática estudiada y como es comprendido y tratado por los especialistas en materia penal que desempeñan sus labores en la provincia de Cusco.

**3.2.3.2. Herramientas de recolección de datos**

Se aplicaron las siguientes herramientas de recolección de datos:

**a) Ficha de análisis de documental**

La ficha constó de 5 apartados, donde se consignaron los datos más relevantes de las distintas sentencias, casaciones y recursos de nulidad que se encuentran relacionado con la problemática estudiada.

**b) Ficha de entrevista**

La herramienta consto de 13 preguntas, divididas acorde a las categorías, subcategorías y objeto de estudio, el cual, fue aplicado a los distintos especialistas en materia de derecho penal que desempeñan sus labores en el departamento y provincia de Cusco.



## **CAPITULO IV:**

### **RESULTADOS Y ANÁLISIS DE HALLAZGOS**

#### **4.1. Introducción**

En este punto fue desarrollada la técnica de la entrevista, aplicada en jueces de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, secretarios judiciales quienes tienen a su cargo el área de Ejecución de Sentencia Penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco y abogados especializados en materia penal, quienes procedieron a responder las preguntas que se les desarrolló en las entrevistas.

A efectos de coadyuvar una mejor obtención de resultados se procedió a hacer uso de la Guía de entrevista, la cual se estructuró en base a las categorías, con el objetivo de poder obtener resultados que se relacionen con los objetivos propuestos; por ende, la Guía de Entrevista se compuso por un total de 13 preguntas divididas de acuerdo a las dos categorías de la presente investigación.

#### **4.2. Resultados de estudio**

##### **4.2.1. La proporcionalidad de la pena y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico**

##### **4.2.1.1. Del Juicio de idoneidad y necesidad en los tipos penales de nuestra norma jurídica**



Si bien es cierto se requiere de normas idóneas creadas por el legislador a efectos de sancionar hechos delictivos desplegados por agentes que perturban la paz pública en la sociedad, más, estas normas han de ser proporcionales con la afectación que se ocasionó a un determinado bien jurídico protegido, es por ello que, a efectos de garantizar la paz social en comunidad, el legislador debe analizar cuidadosamente las consecuencias que pueda ocasionar con la dación de normas punitivas; en otras palabras podemos decir que tal pena impuesta para su aplicación por parte del legislador será idónea cuando esta cumpla con su fin de proteger los bienes jurídicos puestos en peligro. Así también, en relación al Principio de Necesidad es el Estado quien puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social (Gimbernat, 1981),

Es así que de la aplicación de juicio de idoneidad y necesidad en la norma jurídica menciona el (E01) “que, estas si poseen un adecuado juicio de idoneidad y necesidad, ya que dichos tipos penales tienen la finalidad de prevenir el delito y no solo castigar al que los comete; la necesidad de tener estos tipos delictivos dentro de nuestra norma jurídica ayuda a la erradicación de la delincuencia en todos sus extremos y así una persona comete una conducta antijurídica”

#### **4.2.1.2. La Rehabilitación, reeducación y reincorporación del imputado, en el análisis del legislador para la creación de nuevos tipos penales**

La rehabilitación, reeducación y reincorporación del imputado debería ser uno de los aspectos más relevantes a tomar en consideración por parte del legislador al momento de la creación de nuevos tipos penales, ya que tanto el art IX del Título Preliminar del Código Penal refiere las funciones de la pena y las medidas de seguridad, e indicando que la pena tiene función preventiva protectora y resocializadora (...); También el Acuerdo Plenario 02-2005 precisó al tratamiento penitenciario como “la actividad destinada a suplir aquellas



carencias con las que el interno ha entrado al establecimiento penitenciario”, lo cual al parecer no se estaría cumpliendo a cabalidad. Aspecto con el cual concuerda el (E03) “no toman en cuenta la finalidad de la pena, porque los legisladores al incorporar un tipo penal, lo hacen con la finalidad de que los problemas sociales se solucionen en un periodo de gobierno y no así con un fin a largo plazo”, es así que conforme se imponga una pena gravosa es muy probable no lograr cumplir con el fin de la pena, respecto a lo cual el (E04) menciona que al incorporar un nuevo tipo penal y por ende una nueva pena, no se analiza la reeducación, rehabilitación y reincorporación del sentenciado en la sociedad. Por ello mientras más tiempo pasa una persona en el penal es aún más difícil su rehabilitación y reincorporación

#### **4.2.1.3. El principio de protección de bienes jurídicos y de mínima intervención del derecho penal, en la creación de nuevos tipos penales**

Haciendo mención a la Ejecutoria en el Exp. 570-98 haciendo referencia al principio de mínima intervención lo siguiente “El principio de mínima intervención del derecho penal es compatible con la idea de Estado Social, rechazándose la idea de un Estado represivo como protector de los intereses de las personas; ello enlazaría con la tradición liberal que arranca Beccaria y que postula la humanización del Derecho Penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de la libertad del ciudadano, que solo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria -inevitable- para la protección del mismo ciudadano”.

Tal y como refiere la Ejecutoria en el Exp. 570-98 a nuestro juicio resulta necesaria la mínima intervención del Derecho Penal, más debería centrar sus investigaciones en delitos complejos y no en delitos de bagatela, lo cual es reafirmado por la (E04) mencionando que “el derecho penal y procesal penal, debe ser en todos los casos la última ratio, aunque esto





con el pasar de los años ha ido perdiendo el significado, debido a que el proceso penal se toma como una salida para sancionar, cuando esta debe tener otra”.

#### **4.2.1.4. La finalidad de la proporcionalidad abstracta y concreta de la pena**

Consideramos que la finalidad de la proporcionalidad abstracta y concreta de la pena deben ser analizados cuidadosamente para distinguir el principio de proporcionalidad de las penas, tal como refiere “Político-criminalmente, este principio tiene otras acepciones: proporcionalidad abstracta (solo pueden ser objeto de sanción penal conductas que constituyen violaciones a derechos humanos) y principio de proporcionalidad concreta (los costos sociales que origina la pena son elevados, entendido no en su contenido económico, sino en sus consecuencias sociales para el procesado)”. (Barata, 1987, p.633)

Del mismo modo el (E05) considera que la finalidad es observar y resguardar que todo legislador cuando asuma la tarea de implementar penas para los hechos punibles o conductas criminales, debe observar o apreciar además la escala de valores de los bienes jurídicos.

#### **4.2.2. La criminalización del delito de pornografía infantil Art 183-A del Código Penal**

##### **4.2.2.1.El legislador en la creación del delito de pornografía infantil art. 183-A del Código Penal y la reincorporación del sentenciado a la sociedad**

Es necesario recalcar que adicional a la labor desplegada por el legislador de crear nuevos tipos penales, sino que también debe velar por que sea instaurado correctamente en todos los aspectos, de lo contrario no cumpliría con los fines de la pena, del mismo modo el (E01) indicó que “la pena atiende a la protección del bien jurídico, sin embargo, la proporcionalidad de la pena atiende a un juicio de ponderación atendiendo la lesividad de la conducta y el mal que esta puede generar”; del mismo modo consideran que el legislador al parecer no toma en cuenta la reincorporación del sentenciado en la sociedad dado que la



(E04) responde que “la pena para determinar es excesiva, por otro lado, no hay uniformidad en la jurisprudencia y doctrina sobre la consumación del tipo penal de pornografía infantil ” y tales medidas dispuestas por el legislador no están adecuadas a nuestra realidad tal como infiere la (E03) “(...) en razón que dicha norma es copia fiel de otra realidad social, al extremo de tener penalidad gravosa, solo únicamente por poseer material pornográfico, sin haber difundido y exteriorizado dicho material.

#### **4.2.2.2. La criminalización de la pornografía infantil en su forma de posesión de material pornográfico y el bien jurídico protegido**

En este punto de la criminalización y el bien jurídico protegido en el delito de pornografía infantil, específicamente en la modalidad de posesión de material pornográfico, en la doctrina expresa que “Este supuesto nos parece un total desatino del legislador, pues no sirve más que para potenciar la intromisión del Estado en la esfera de la privacidad de las personas. La única explicación razonable es que se pretende sancionar al consumidor al consumidor de este material pornográfico a fin de evitar que otros se dediquen a producirlo”. (Salinas 2018)

Así en las entrevistas se demuestra que se tiene una actitud neutral ya que en la (E03) refiere que no resultaría imprescindible criminalizar la conducta de pornografía infantil en su modalidad de posesión de material pornográfico, debido a que actualmente ese tipo penal tiene una pena muy desproporcional; por otro lado, para la disminución de la presencia de este delito, se necesita incidir en la educación sexual de los niños. Y en la (E04) indica que este es un delito y como tal debe pensarse, ya que si se deja de criminalizar esta conducta las personas tendrán la idea de que es algo normal



#### **4.2.2.3. La criminalización de la pornografía infantil en su forma de posesión de material pornográfico y el principio de mínima intervención del derecho penal**

Al respecto el R.N. N° .3004-2012-Cajamarca se pronuncia respecto al principio de mínima intervención del Derecho Penal indicando que: “(...) El Derecho Penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales (...)”. Como todo medio de control social, este tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de la imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen.

En atención a ello en la (E02) refieren que la consagración del tipo penal de pornografía infantil en su modalidad de posesión de material pornográfico afecta el principio de mínima intervención del Derecho Penal en “razón de que conforme a la postura indicada se tiene que poseer material por sí sola no debe ser abordado por el sistema penal, sino por el derecho administrativo sancionador”.

Igualmente, que en la (E03) menciona que “en la jurisprudencia y doctrina no hay uniformidad en la consumación del tipo penal en referencia, porque antes que intervenga el derecho penal en cuanto a la conducta del verbo rector “posesión”, debería de intervenir una institución con relación de la educación sexual”.

#### **4.2.2.4. Proporcionalidad en la gravedad de la pena del delito de pornografía infantil en su forma de posesión del material pornográfico y el bien jurídico protegido**

En cuanto al R.N.N° 1843-2014-Ucayali en su fundamento Décimo cuarto refiere que “el principio de proporcionalidad o de exceso es el limitador del ius puniendi para evitar que las medidas punitivas impuestas sean un medio desproporcionalmente grave en comparación con su utilidad preventiva. No basta que la pena sea el resultado de un proceso debido, pues



dada su naturaleza innegable de carácter aflictivo debe ser adecuada a los fines preventivos de la pena, por ello se acude al principio de proporcionalidad como vía indispensable para alcanzar una ponderación adecuada”.

Por estas razones en la (E01) alude a que en el ámbito penal respecto al delito de pornografía infantil, es un delito clandestino que casi nunca se llega a determinar a la víctima y en atención a otros delitos esta pena es grave, y que además existe un equilibrio en la gravedad de la pena y la afectación de el bien jurídico protegido, en todos los verbos del tipo penal de Pornografía Infantil Art 183-A del Código Penal, mas no es así con la acción de posesión de material pornográfico, como también en la (E02) considera que no existe un equilibrio entre la gravedad de la pena y la afectación del bien jurídico protegido en razón de que el bien jurídico protegido de indemnidad, resulta ser muy gravoso, solo únicamente por la simple posesión, no debe ser sancionado punitivamente, citando como ejemplo la posesión de sustancias toxicas para consumo, así mismo la (E05) concuerda en el desequilibrio que existe entre la gravedad de la pena y la afectación del bien jurídico protegido porque la pena es mayor incluso que el delito contra la vida el cuerpo y la salud; es decir el orden de prelación de bienes jurídicos protegidos se ve alterada

#### **4.2.2.5. La proporcionalidad en sentido estricto y el juez penal al imponer una sanción en el delito de pornografía infantil en su forma de posesión de material pornográfico**

El Órgano Supremo de interpretación de la Constitución Política del Perú -Tribunal Constitucional- también se pronuncia al respecto de la proporcionalidad, en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC explica que “(...) En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino



principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal. (...)”

Mas, de las encuestas damos cuenta que el (E 05) considera que el juez penal al momento de imponer una sanción por el delito de pornografía infantil en su modalidad de posesión de material pornográfico no actúa según el juicio de proporcionalidad en sentido estricto y que se limita a aplicar de recibo los parámetros legales que reprime este ilícito penal, inclusive llegando a determinar en el término superior máximo su pretexto de que el delito resulta ser grave sin motivación suficiente, no obstante en la (E06) refiere que este error proviene desde la legislación del tipo penal con su pena a imponerse, aplicando e imponiendo el juez penal la pena ya regulada, en cumplimiento de la legalidad.

#### **4.2.2.6. Aplicación de penas suspendidas en el delito de pornografía infantil en su forma de posesión del material pornográfico**

Que, finalmente, es de aclarar que conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código Sustantivo y al propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad de suerte que sus efectos solo están referidos a esa pena (aun cuando también se le denomine condena condicional – artículo 58 del Código Penal-, se trata, como afirma Hurtado Pozo de una modalidad de ejecución de pena y, si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio para resocializar al condenado: “Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo”, en Anuario de Derecho Penal 97/98, Lima, 1999, p.237). (R.N. N° 2476-2005-Lambayeque)

Según las entrevistas desarrolladas concuerdan en que se debería aplicar penas suspendidas en el delito de pornografía infantil en su modalidad de posesión de material pornográfico, siempre en cuando, cumpla con las condiciones para su aplicación y determinación,



adicionando que se le deba ordenar cumplir con tratamientos psicológicos y de instrucción en educación sexual.

#### **4.2.2.7. Aplicación de medidas de seguridad en el delito de pornografía infantil en su modalidad de posesión de material pornográfico**

La imposición de una medida de seguridad no implica necesariamente que el agente sea inimputable durante todo el periodo en que esta se fije, pues como ejemplo, es factible cesar la medida de internación cuando la autoridad correspondiente informe al juez, mediante una pericia médica que las causas que hicieron necesarias la medida han cesado. (Exp 4749-99-Lima).

En la cual se ha visualizado mediante la (E01) que debería aplicarse medidas de seguridad en atención a que la finalidad de la pena es la resocialización y la reincorporación del penado a la sociedad, con lo cual se estaría cumpliendo con los fines de la pena y la idoneidad en la creación de tipos penales.

No obstante, la (E 03) adiciona que dependiendo de la persona -autor del delito- puedan aplicarse las medidas de seguridad, porque los que necesitarían esta medida serian aquellas personas que tienen un hábito que genera en ellos dependencia y comportamientos compulsivos que no puedan controlare

#### **4.2.3. Jurisprudencia relacionada al tema**

<b>Jurisprudencia Nacional</b>
Juzgado Colegiado A Supra Provincial de Cusco 8517-2019
Sexto Juzgado de investigación preparatoria de Cusco 6409-2019
Tribunal Supremo de Sala penal Transitoria RN Arequipa 4352-2009
Tribunal Supremo de Sala penal Transitoria RN Junín 800-2017



### **Juzgado Colegiado A Supra Provincial de Cusco**

Al respecto, dicho Órgano Colegiado en el Expediente Nro. 08517-2019-60-1001-JR-PE-03, ha referido que el delito de posesión de pornografía infantil no requiere que concurran los demás elementos del tipo penal, la simple posesión esta sancionada por el Código Penal, y que dicha postura de la posesión para el consumo o que concurran los demás elementos copulativamente hubiera sido atendible antes de su modificatoria, por ende esa conducta constituye delito y arrea responsabilidad penal del imputado, bajo los parámetros de la pena abstracta.

### **Sexto Juzgado de investigación preparatoria de Cusco**

Al respecto el Órgano Jurisdiccional, en el Expediente Nro. 06409-2019-66-1001-JR-PE-06 a determinado sobreseer al imputado como autor del delito de posesión de pornografía infantil, puesto que no se ha acreditado fehacientemente el material audiovisual materia de acusación, ya que no se encontró en los bienes incautados (celulares, laptop, etc.) dicho contenido, sin embargo, dicho órgano ha mencionado que la simple posesión es delito penal, ya que no se necesita que esta posesión sea difundida, por lo que de haberse encontrado dicho material pornográfico sería responsable en plenario.

### **Tribunal Supremo de Sala penal Transitoria RN Arequipa Nro. 4352-2009**

El Tribunal Supremo, a referido que si bien se a acreditado la responsabilidad penal del imputado, puesto que se le ha encontrado en posesión material pornográfico de menores de edad, es atendible realizar un juicio de proporcionalidad, a fin de que este atienda las circunstancias atenuantes que presenta el imputado, en razón de ello fijaron una pena por debajo de la mínima, vale decir 5 años de carácter efectiva.

### **Tribunal Supremo de Sala penal Transitoria RN Junín 800-2017**



El Tribunal Supremo, ha referido en el presente Recurso de Nulidad que, si bien se ha encontrado en soporte el material pornográfico de menores en los aparatos incautados (dos laptops) estos no han sido sometidos a un peritaje para determinar si dicho material haya sido difundido, comercializado, o distribuido, etc. Por lo que la simple posesión resulta ser atípica, ya que esta debe estar vinculada estrechamente con su ánimo de difusión, distribución, etc. El cual en el presente caso no ha sucedido, bajo esos fundamentos declararon absolver de culpa y pena al imputado.

Por lo desarrollado, consideramos que cierta población jurisdiccional, (Cusco) son reacios a atender que desarrollar nueva doctrina sobre el delito de posesión de pornografía infantil, por lo que liminalmente se condicen a lo que dice la norma.

Sim embargo es ya el Supremo Tribunal el que, recoge varias posturas y aplica en sentido estricto y extenso las formas que este delito pueda presentar, es decir aplican al caso concreto los principio o garantías que pueda existir.

De ello es que la población fija su respuestas e interpretación bajo criterios no desmesurados y poco amplio abordado, teniendo expectativa únicamente en el Tribunal Supremo de la República, ya que este realiza una labor de la *defensa constitutionis*.

Sin embargo, dichos órganos jurisdiccionales, tienen la condición de ser autónomos, y es por este principio que el fallo en sus resoluciones jurisdiccionales puede diferir según el caso concreto, u mantener una uniformidad según la materia; No obstante, entendiendo que los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) dictan fallos con carácter vinculante, el tan llamado precedente vinculante, es así que este genera un efecto que hace que los órganos de menor jerarquía sigan la línea doctrinaria de lo desarrollado por el Superior, el apartamiento de la doctrina jurisdiccional vinculante tiene que estar bien justificado y/o motivado del porque la inaplicación de dicho fallo vinculante.





## CONCLUSIONES

1. Podemos concluir diciendo, que el delito de posesión de pornografía infantil, es un delito relativamente atípico, ya que de la simple posesión no se llega a determinar la finalidad de esta, por ende, este tratamiento debe ser bajo las distintas formas de interpretación de la norma como integración del derecho.
2. El bien jurídico protegido en este delito, es la indemnidad sexual de los menores, ya que estos pueden ser utilizados para las imágenes o videos poseídos. Por ello se considera que ante la afectación de dicho bien jurídico protegido, específicamente en la figura de posesión, se debe considerar la lesividad del material pornográfico infantil encontrado, ya que en suma, la mayoría de las víctimas no son identificadas puesto que el material es descargado por internet y este comprendería a personas de distintas nacionalidades, por ende esta conducta de poseer debe comprender un desarrollo de la lesividad que esta pueda generar y no solo en potencialidad.
3. Hemos llegado a la conclusión de que, se debe tomar en cuenta, la intencionalidad de poner en el tráfico jurídico dicho material pornográfico infantil, y que ante la posible sentencia del acusado este pueda ser susceptible de imposición de una pena suspendida, siempre y cuando cumpla los requisitos de la norma, así mismo se llegó a determinar que el sentenciado debe ser sujeto a tratamiento ambulatorio, que ayude su reincorporación a la sociedad y su rehabilitación



## RECOMENDACIONES

1. Consideramos que el Órgano Jurisdiccional tome en cuenta las nuevas posturas respecto a este delito, ya que la evolución del Derecho es constante y su forma típica de interpretar resulta ser desfavorable frente a las nuevas corrientes que surgen, tal como es la atipicidad relativa del delito de posesión de pornográfica infantil.
2. Es recomendable realizar un juicio de ponderación entre el bien jurídico protegido y el daño causado, ello en razón de que la lesividad de esta conducta no resulta ser manifiesta en la realidad.
3. Es recomendable tomar en cuenta, la intencionalidad del ánimo de divulgación de la posesión, y que se determine a que finalidad atiende dicha posesión.



## BIBLIOGRAFÍA

- ABC, D. D. (2007). *ABC Definicion* . Obtenido de definicionabc.com:  
www.definicionabc.com
- Accion de Amparo TC, 2192 (Tribunal Constitucional del Peru 11 de octubre de 2004).
- Accion de Habeas Corpus, 1091 (Tribunal Constitucional del Peru 12 de agosto de 2002).
- Aguado, T. (2010). *El principio de proporcionaliad* . Valencia : Tirant lo Blanch.
- Arce, Y. (2008). *Derecho fundamental a la intimidad*. Lima: Gaceta Juridica.
- Arias, F. (2006). *El proyecto de Investigación (Introducción a la metodología científica)*  
(5ta. ed. ed.). Caracas, Venezuela: Editorial Episteme.
- Aristoteles. (24 de marzo de 2021). *wikipedia*. Obtenido de wikipedia:  
<https://es.wikipedia.org/wiki/Justicia#:~:text=Arist%C3%B3teles%3A%20la%20justicia%20como%20igualdad,necesidades%20y%20sus%20m%C3%A9ritos%20personales>.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal* . Lima: ARA .
- Cancino, A. (1983). *Delitos contra el Pudor Sexual*. Bogota: Temis.
- Castillo, C. (2015). *Guía Metodológica de proyectos de investigación social*. La libertad.
- Castillo, I. (2017). Protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes frente al delito de pornografía infantil en la legislación peruana. (*Tesis de Grado*).  
Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz.
- Checya, N. (2020). Razonabilidad y proporcionalidad en la determinación de las penas en la Corte Superior de Justicia de Cusco. (*Tesis de Maestría*). Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Juliaca.
- Conde, F. M. (2010). *Derecho Penal parte general 8º edicion* . Valencia : Tirant lo blanch.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Exp N° 104-2005 (Segunda Sala Penal Transitoria de Lima 25 de Enero de 2005).



- Creus, C. (1990). *Derecho Penal: Parte Especial*. Buenos Aires: Astrea .
- Española, D. d. (12 de Marzo de 2005). *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado el 25 de Marzo de 2021, de Diccionario de la Real Academia Española: <https://www.bing.com/newtabredir?url=https%3A%2F%2Fwww.rae.es%2F>
- Española, R. A. (lunes de abril de 2019). *Real Academia Española*. Obtenido de Dle. Rae.es/posesion : <https://dle.rae.es/posesi%C3%B3n>
- Fernandez, D. L. (2005). *análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Madrid: Dykinson S.L. Recuperado el 02 de Marzo de 2021, de [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60593168/1\\_508959599734502210120190914-46190-16hvd8.pdf?1568471068=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DANALISIS\\_DOGMATICO\\_Y\\_CRIMINOLOGICO\\_DE\\_LO.pdf&Expires=1616607997&Signature=ZGI~daL1~b9YsLBX0YNqGmFH](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60593168/1_508959599734502210120190914-46190-16hvd8.pdf?1568471068=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DANALISIS_DOGMATICO_Y_CRIMINOLOGICO_DE_LO.pdf&Expires=1616607997&Signature=ZGI~daL1~b9YsLBX0YNqGmFH)
- Ferrajoli, L. (1997). *LA TEORIA DE LOS FINES DE LA PENA*. Madrid : Trotta .
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. Mexico : Universidad Autonoma de Mexico .
- Ferrer, G. (2019). La protección penal de los menores ante los delitos de pornografía infantil en el Código Penal Peruano en la ciudad de Huánuco 2018. (*Tesis de Grado*). Universidad de Huánuco, Huánuco.
- Flick, U. (2007). *El diseño de la Investigación cualitativa*. Madrid: Ediciones Morata S.L.
- Freyre, A. P. (2015). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: IDEMSA.
- Freyre, A. R. (2007). Derecho Penal Parte Especial Tomo II. En I. V. Velasquez, *Pornografía Infantil* (págs. 304 - 305). Lima : Idemsa.
- Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *REVISTA IUS ET PRAXIS*, 14(2), 13-42.
- Garcia, J. C. (2012). la realidad de la pornografía infantil. *revista de derecho penal y criminología*. Recuperado el 24 de marzo de 2021, de <http://e->



spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5080/Documento.pdf

Goicochea, C., & Córdova, C. (2019). El principio de mínima intervención del Derecho Penal frente a los delitos de Violación sexual de menor de edad. *IUS Revista de investigación de la facultad de Derecho*, 45-55.

Gómez, B. (2015). *Lecciones de Derecho penal*. Lima: Juristas.

Ivanic, I. (2017). Responsabilidad penal por consumo y posesión de pornografía infantil. Análisis de la normativa en el ordenamiento jurídico argentino. (*Trabajo Final de Graduación*). Universidad Empresarial Siglo XXI, Buenos Aires.

Javier, A. (2008). *El principio de proporcionalidad en materia penal*. Lima: Gaceta Jurídica

Jescheck, H.-H. (2003). tratado de Derecho Penal. En H.-H. Jescheck, *tratado de Derecho Penal* (pág. 1424). Legnica: S.A. BOSCH.

Julian Perez Porto y Ana Gardey . (2009). *Definicion*. Obtenido de Definicion.de.

Juridico, D. P. (junio de 2020 ). *Panhispanico* . Obtenido de dpej.rae.es : <https://dpej.rae.es>

Kindhäuser, U. (24 de Marzo de 2021). *academia.edu*. Obtenido de <https://www.bing.com/search?q=Urs+Kindh%C3%A4user&cvid=22837f3755fe40199154e57550d753e0&aqs=edge..69i57j69i60j0.735j0j1&pplt=43&FORM=ANNTA1&PC=U531>

Lozano, E. J. (2017). *aplicacion del principio de proporcionalidad como alternativa a la sobrepenalización de los delitos en la provincia de trujillo*. Trujillo, Peru. Recuperado el 22 de marzo de 2021, de <http://repositoriouniversidadnacionaldetrujillo/Rodriguez%20Lozano%20Elias%20Josue.pdf>

Martos, J. (1987). El principio de intervención penal mínima. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 99-134.

Merchán, A. A. (2019). La legislación penal en Colombia y la proporcionalidad de las penas. (*Tesis doctoral*). Universidad Santiago de Cali, Santiago de Cali.



- Monroy, A. (2013). Principio de mínima intervención ¿retórica o realidad? *Derecho y Realidad*, 25-31.
- Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. (18 de Enero de 2002). *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opsccrc.aspx>
- Núñez, F. (2012). Definiendo la violación sexual en el derecho internacional: la contribución de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc. *Agenda Internacional*, 21-44.
- Olivares, G. Q. (1982). *Acto, Resultado y proporcionalidad*.
- Oxman, N. (2011). Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica. *Política criminal*, 6(12), 252-294.
- Pacheco., J. R. (2017). *PRINCIPIO DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY COMO BASE PARA*. Puerto Maldonado: Repositorio de la Universidad Andina del cusco.
- Padron, C. R. (2007). *Los delitos de utilizacion de menores o incapaces en fines o espectaculos o pornograficos*. Madrid : Carasa.
- Paredes, P. d. (2014). la proteccion penal de los infantes y adolescentes frente a los delitos de pornografia infantil en el codigo penal peruano y aspectos sustantivos principales(tesis para optar el titulo de magister). Lima. Recuperado el 02 de marzo de 2021, de [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5822/TICLLA\\_PAREDES\\_PATRICIA\\_PROTECCION\\_PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5822/TICLLA_PAREDES_PATRICIA_PROTECCION_PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y): [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5822/TICLLA\\_PAREDES\\_PATRICIA\\_PROTECCION\\_PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5822/TICLLA_PAREDES_PATRICIA_PROTECCION_PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Prado, V. (2007). *La determinación judicial de la pena*. Piura: Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
- Reátegui, J. (2009). *Derecho Penal Parte general*. Lima: Instituto Pacífico.
- Recurso de Nulidad, 3004 (Corte Suprema de Justicia Sala Penal Permanente 13 de febrero de 2012).



- Reyes, J. (2020). El principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena para cada delito. (*Tesis de grado*). Universidad San Martín de Porres, Lima.
- Ripolles, J. L. (1982). exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. La frontera del derecho penal sexual. En J. L. Ripolles, *exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. La frontera del derecho penal sexual* (págs. 277-296). Lisboa: Bosch, Casa Editorial.
- Rodríguez, E. (2017). Aplicación del principio de proporcionalidad como alternativa a la sobre-penalización de los delitos en la provincia de Trujillo. (*Tesis de Maestría*). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo.
- Rojas, I. Y. (2002). *La Proporcionalidad de la pena*. UNAM .
- Rojo, J. (2019). La realidad de la pornografía infantil en internet. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*(9), 211–251. Obtenido de <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24805>
- Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5-15.
- Sánchez, E. (2012). La pornografía y la globalización del sexo. *El Cotidiano*, págs. 47-54.
- Terreros, F. V. (2017). *Derecho Penal Básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Univers.
- Ticlla, P. (2014). La protección penal de los infantes y adolescentes frente a los delitos de pornografía infantil en el Código Penal Peruano y aspectos sustantivos principales. (*Tesis de Maestría*). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Torres, B. A. (1998). *Estudios sobre derecho penal*. Lima: Gaceta jurídica .
- TORRES, L. M. (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Santa Rosa.
- Unidas, O. d. (16 de mayo de 2000). los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil.



Valencia. (2009). *“Fundamentos jurídicos que informan la tipificación del ilícito de pornografía infantil por la internet.* Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala.

Vasquez, A. T. (2019). *Codigo Civil la Accion de Nulidad Absoluta.* Lima : IDEMSA.

Velarde, P. S. (2017). *Codigo Penal .* Lima: Idemsa.

Velasquez, F. V. (1997). *Derecho Penal Parte General .* Santa Fe-Argentina: Temis.

Velasquez, I. V. (2007). *Pornografía Infantil las nuevas corrientes internacionales en materia de persecucion criminal .* Lima : Idemsa .

Villavicencio, F. (2003). Límites a la función punitiva estatal. *Derecho & Sociedad*, 93-116.





# ANEXOS



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Guía de entrevista para Jueces

Fecha: .....  
Lugar: .....  
Hora de inicio: .....  
Hora de fin: .....  
Nombre del facilitador: .....

**I. Orientaciones para el desarrollo de la entrevista**

Título: "La proporcionalidad de la pena en el delito de posesión de pornografía infantil"

Objetivo: "Determinar si es proporcional la pena abstracta contenida en el tipo penal del artículo 183-A respecto a su forma de posesión pornografía infantil"

Población: Abogados especialistas en derecho penal

**II. Datos Generales**

Cargo: .....

**III. Guía de Preguntas de la categoría "Proporcionalidad de la pena"**

1. ¿Considera que los diferentes tipos penales consagrados en nuestra norma jurídica poseen un adecuado juicio de idoneidad y necesidad?
2. ¿Considera que el legislador actual al incorporar un nuevo tipo penal y su consecuencia jurídica toma en cuenta la finalidad de rehabilitación, reeducación y reincorporación del imputado por la comisión de un hecho delictivo?
3. ¿Considera que el legislador salvaguarda el principio de protección de bienes jurídicos y de mínima intervención del derecho penal al incorporar un nuevo tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico?
4. Desde su punto de vista profesional: ¿Cuál es la finalidad principal de la proporcionalidad legislativa o abstracta de la pena?
5. Desde su punto de vista profesional: ¿Cuál es la finalidad principal de la proporcionalidad concreta de la pena?

**IV. Preguntas de la categoría "Delito de pornografía infantil"**

6. Desde su punto de vista profesional: ¿Considera que el legislador al consagrar en nuestro ordenamiento jurídico el tipo penal del Art. 183-A respecto a su forma de posesión de pornografía infantil tomo en cuenta la finalidad de readaptación del delincuente a la sociedad?



7. ¿Considera que criminalizar la conducta de pornografía infantil en su forma de posesión de pornografía infantil, es imprescindible para evitar la lesión del bien jurídico protegido (integridad sexual y libre desarrollo de la personalidad de los niños)?
8. ¿Considera que la consagración del tipo penal de pornografía infantil en su forma de posesión de pornografía infantil en nuestro ordenamiento penal afecta el principio de intervención mínima del derecho penal?
9. ¿Considera que existe equilibrio entre la gravedad de la pena dispuesta en el delito de pornografía infantil en su forma de posesión de pornografía infantil y la relevancia del bien jurídico protegido?
10. ¿Considera que la pena impuesta en el delito de pornografía infantil en su forma de posesión de pornografía infantil es proporcional con la gravedad del hecho delictivo?
11. ¿Considera que el juez penal al momento de imponer una sanción en el delito de pornografía infantil en su forma de posesión de pornografía infantil actúa según el juicio de proporcionalidad en sentido estricto?
12. Desde su experiencia profesional: ¿Considera que debe ser aplicable la pena suspendida en el delito de pornografía infantil en su forma de posesión de pornografía infantil?
13. ¿Considera que se debe aplicar medidas de seguridad como medio alternativo a la imposición de pena efectiva en el delito de pornografía infantil en su forma de posesión de pornografía infantil?