



EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

Sumilla. En el delito de pornografía infantil lo que se protege no es tanto el pudor público, sino al menor que es usado para confeccionar el material pornográfico, interviene o participa de este. El bien jurídico le corresponde a él, pues con dicha actividad, en caso de los menores de catorce años de edad, se afecta su indemnidad sexual, su dignidad al ser instrumentalizados e, inclusive, su intimidad personal.

La configuración típica del delito de pornografía infantil se puede materializar a través de las diferentes conductas previstas en el tipo penal vinculadas con el contenido de un material pornográfico en el que se utilizó a menores de edad. En ese caso, la conducta atribuida al sentenciado fue la de fabricar material pornográfico, la que se concretiza cuando se elabora, confecciona o realiza tal material con menores de edad. Cabe destacar que esta conducta es independiente de otras, como su publicación o difusión, que se dan en un momento posterior.

Finalmente, es pertinente anotar que es posible la figura concursal del delito de pornografía infantil con el delito de violación sexual de menor edad o de actos contra el pudor de menor edad. En consecuencia, no se presenta una absorción de una figura delictiva en otra.

Lima, veinticuatro de setiembre de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado **PERCY CASZELY ASTO FERNÁNDEZ** contra la sentencia del veinte de agosto de dos mil dieciocho (foja 587), emitida por la Sala Penal Liquidadora de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que lo condenó como autor del delito contra la libertad-ofensas contra el pudor público, en la modalidad de pornografía infantil, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales L. M. M. R., a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, cincuenta días multa y mil soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar a favor de la agraviada, con lo demás que contiene.

[Firma]

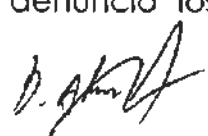
Intervino como ponente la jueza suprema CASTAÑEDA OTSU.

CONSIDERANDO

HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

Primero. La Sala Superior declaró probados los hechos atribuidos a Percy Caszely Asto Fernández y su responsabilidad penal, por haber fabricado material pornográfico con la utilización de una menor de diez años de edad.

Conforme con los términos de la acusación fiscal, se le imputó que el veintiuno de octubre de dos mil catorce, a las ocho horas con treinta minutos, cuando la menor identificada con las iniciales L. M. M. R., de diez años de edad, se dirigía a una tienda cercana a su vivienda, ubicada en la Asociación María Cordero, provincia de Huamanga y departamento de Ayacucho, el sentenciado Asto Fernández la interceptó y la jaló de uno de sus brazos para conducirla al interior de una vivienda abandonada, en donde la despojó de sus prendas de vestir, luego se desvistió, le tocó los genitales, la besó y luego la obligó a tocar su miembro viril. Sentó a la menor sobre sus piernas e intentó introducirle su pene. Estos actos de abuso sexual fueron filmados y fotografiados por el propio sentenciado con su celular de marca Samsung de IMEI 35523603035, hasta que fue sorprendido por la testigo Margot Melgar Pérez, cuya presencia evitó que se consumase la violación. El acusado atinó a retirarse del lugar, mas fue fotografiado por la testigo cuando huía. Por su parte, la menor fue a buscar a una vecina suya, quien comunicó los hechos a Reyna Riveros Gómez, madre de la agraviada, quien inmediatamente denunció los vejámenes perpetrados contra su hija.



23

Segundo. Al recurrente Asto Fernández se le condenó como autor del delito de pornografía infantil, previsto en el inciso 1, artículo 183-A, del Código Penal (CP), en perjuicio de la menor identificada con las iniciales L. M. M. R. Se le impuso la pena de cinco años de privación de la libertad efectiva, y se fijó el pago de mil soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

Tercero. Se precisa que Asto Fernández además fue condenado por el delito de tentativa de violación sexual, previsto en el inciso 2, artículo 173, del CP, en perjuicio de la citada menor, mediante sentencia del quince de abril de dos mil dieciséis (foja 433), condena que fue ratificada por este Supremo Tribunal en el Recurso de Nulidad N.º 1403-2016, del dieciocho de setiembre de dos mil diecisiete, en la que se anuló la absolución por el delito de pornografía infantil, y se ordenó que se realice un nuevo juicio oral, que culminó con la expedición de la sentencia materia de impugnación.

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

Cuarto. La defensa del sentenciado Asto Fernández, en su recurso de nulidad (foja 609), solicitó que se revoque la sentencia impugnada porque se vulneró el derecho a la presunción de inocencia al no existir prueba suficiente que acredite la responsabilidad penal de su patrocinado.

Se sustentó en que se trata de una sola conducta que desplegó diversos comportamientos con un solo resultado o afectación a un único bien jurídico. Si bien su patrocinado se filmó y fotografió con la menor agraviada en situaciones obscenas, la Sala Superior no tuvo en cuenta que constituyen circunstancias de la perpetración del delito de tentativa de violación sexual de menor de edad.

D. [Signature]



Luego, para respaldar su posición de que no se desvirtuó el principio de presunción de inocencia efectuó diversas citas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de la Constitución y de las sentencias expedidas por nuestro Tribunal Constitucional con relación a este principio.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

Quinto. El delito de pornografía infantil se encuentra previsto en el artículo 183-A del CP, en cuya primera parte, conforme con el texto vigente a la fecha de los hechos¹, sanciona al agente que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta, por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad.

En la segunda parte se establecen circunstancias que agravan este delito. Así en su inciso 1, que concierne a este caso, la penalidad se agrava de no menos de diez ni mayor de doce años de privación de libertad, si el menor tuviera menos de catorce años de edad. En tanto que en su inciso 2, también se agrava si el material pornográfico se difunde a través de las tecnologías de la información o de la comunicación.

En su último párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de doce ni mayor de quince años si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo, artículo 173, del CP, o si el agente actúa en calidad de integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil.

¹ De acuerdo con la modificatoria de la Ley N.º 30096, publicada el 22 de octubre de 2013.

Sexto. En cuanto al bien jurídico protegido en el delito de pornografía infantil, se precisa que si bien se ubica en el capítulo XI, Título VI, del CP, referido a las "ofensas al pudor público", entendido en nuestra jurisprudencia nacional como un bien social que consiste en el concepto medio de decencia y buenas costumbres, en cuanto se refiere a cuestiones sexuales y debe estar de acuerdo con los hábitos sociales que varían según la sociedad y aun de pueblo en pueblo dentro de una misma sociedad²; sin embargo, no estuvo previsto originalmente en el CP, fue recién en el dos mil uno que el legislador incorporó esta figura delictiva³ en el mencionado capítulo, en respuesta al crecimiento de la explotación sexual de los niños; y, con ello, primordialmente se centró la atención en la protección de los niños y adolescentes.

Tal protección deviene de la obligación que tiene el Estado peruano, conforme con el artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴, de proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexual, para lo cual se deben adoptar todas las medidas necesarias de carácter nacional, bilateral y multilateral para impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. De igual forma, en lo estipulado en el artículo 4 de nuestra Constitución Política⁵.

Séptimo. Por ello, en este delito lo que se protege no es tanto el pudor público sino al menor que es usado para confeccionar el material pornográfico, interviene o participa de este. El bien jurídico le corresponde a él⁶, pues con dicha actividad, en el caso de los menores de catorce

² Recurso de Nulidad N.º 1915-2013-Lima, del 9 de diciembre de 2014.

³ Mediante la Ley N.º 27459, publicada el 26 mayo de 2001.

⁴ Ratificada por el Perú el 4 de setiembre de 1990.

⁵ Que prescribe lo siguiente: "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono".

⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II. Lima: Grijley, 2010, p. 851.

31

años de edad, se afecta su indemnidad sexual⁷, su dignidad al ser instrumentalizados e inclusive su intimidad personal.

Octavo. La configuración típica del delito de pornografía infantil se puede materializar a través de las diferentes conductas previstas en el tipo penal vinculadas al contenido de un material pornográfico en el que se utilizó a menores de edad.

En ese caso, la conducta atribuida al sentenciado fue la de fabricar material pornográfico, la que se concretiza cuando se elabora, confecciona o realiza tal material con menores de edad. Cabe destacar que esta conducta es independiente de otras, como su publicación o difusión, que se dan en un momento posterior.

Noveno. El material pornográfico es 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 sexuales⁸.

Para otorgar la condición pornográfica de una conducta o de un material se debe considerar lo siguiente: a) que el mismo consista o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual; b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisibles las convenciones sociales de cada lugar y momento; y, c) que,

⁷ La protección de la indemnidad sexual, está relacionada con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Acuerdo Plenario N.º 01-2012/CJ-116, del 26 de marzo de 2012, f. 12. Asunto. Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo 170 del Código Penal.

⁸ Conforme con la definición establecida en el literal c, artículo 2, del Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

b. g. r. s. f.



si se trata de una obra carezca de justificación científica, literaria o artística?

Décimo. Por otro lado, es pertinente anotar que es posible la figura concursal del delito de pornografía infantil con el delito de violación sexual de menor edad o de actos contra el pudor de menor edad, puesto que si bien protegen la indemnidad sexual, son delitos autónomos y cada uno sanciona determinadas conductas que en sí mismos tienen un fundamento penal que los individualiza. En consecuencia, no se presenta una absorción de una figura delictiva en otra.

Decimoprimer. En este caso, de la revisión de la sentencia se aprecia que esta se sustentó en la declaración de la menor agraviada, quien sindicó al sentenciado como la persona que la grabó y fotografió mientras era abusada sexualmente por él (foja 16), en el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 7309-2014-PSC (foja 137) y en el acta de visualización del contenido del celular del sentenciado donde se registró dicha grabación (foja 34) y del CD donde se guardaron las fotografías (foja 152); así como el documento nacional de identidad de la menor (foja 43).

Decimosegundo. De la verificación de dichos medios probatorios se aprecia que, en efecto, la menor agraviada en su declaración indicó que el sentenciado Asto Fernández le dijo que se baje el pantalón y cuando dicha prenda se encontraba deslizada a la altura de sus tobillos le tomó fotos de sus partes íntimas, luego colocó su celular en una piedra y la grabó. En su examen pericial se ratificó en que el sentenciado le tomó fotografías.

Hechos que fueron registrados en el celular del sentenciado, pues del acta

⁹ STS 1055-2017, del 21 de marzo de 2017, ff. 7, emitida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español.

de visualización de dicho aparato, que fue hallado en el lugar de los hechos, se aprecia que se registraron escenas de contenido sexual de la menor agraviada, ya que se consigna que en la: "imagen con IMG 20141021", se observó a la menor sentada y recostada sobre la pared donde muestra sus genitales, al adulto que se acercó a recoger la cámara y la enfocó y luego se acerca a ella para grabarla, y que la menor permanece de cucullas con los pantalones por encima de las rodillas en la que se muestra los genitales. De igual forma, en el acta de visualización del CD se consignó que en la tercera fotografía se observó a la menor sentada en cucullas con el pantalón hasta las piernas, desnuda en la parte de los glúteos y de su vagina, y en la cuarta fotografía a la menor desnuda de la parte del glúteo y la vagina.

La agravante referida a que la agraviada sea menor de catorce años también se dio por acreditada con su documento nacional de identidad, pues nació el dos de junio de dos mil cuatro y los hechos ocurrieron el veintiuno de octubre de dos mil catorce, con lo cual tenía diez años de edad.

Decimotercero. En el recurso de nulidad, si bien la defensa alegó la vulneración del principio de presunción de inocencia, por cuanto a su consideración no existiría prueba suficiente que acredite su responsabilidad penal, no explicó en concreto de qué forma podría restarse mérito probatorio a los elementos de prueba ya detallados, y solo se limitó a citar en abstracto instrumentos internacionales, la Constitución y las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional con relación a este principio.

Asimismo, en contraposición a lo alegado por la defensa, este Supremo Tribunal conforme con lo anotado, verifica la existencia de suficientes medios probatorios que acreditan el delito de pornografía infantil y la

responsabilidad penal del sentenciado.

Decimocuarto. Es ante tal evidencia delictiva que la propia defensa en otro agravio sostuvo que existe una sola conducta por parte de su patrocinado, pues si bien se filmó y fotografió con la menor agraviada en situaciones obscenas, consideró que no se tuvo en cuenta que estas constituyen circunstancias de la perpetración del delito de tentativa de violación sexual de menor de edad.

Este agravio tampoco es de recibo, pues si bien el delito de tentativa de violación sexual de menor de edad –cuya condena fue ratificada por este Supremo Tribunal en el Recurso de Nulidad N.º 1403-2016– se perpetró simultáneamente con el presente delito de pornografía infantil, las conductas de cada delito se encuentran diferenciadas, pues en el primero se reprimió que el sentenciado colocó su pene en la vagina de la menor agraviada e intentó accederla carnalmente, cometido que no lo logró porque apareció la testigo Margot Melgar Pérez. En tanto que, en el segundo, se sanciona la conducta de grabar y filmar dicho abuso sexual, que se traduce en la efectiva fabricación de material de contenido sexual con el empleo de una menor de catorce años de edad. Luego no puede sostenerse que se trató de una sola conducta.

Decimoquinto. Asimismo, el delito de violación sexual de menor edad no prevé como parte de su estructura típica o como circunstancia agravante el registro en audio, imagen o video de dichos comportamientos típicos para la elaboración de material pornográfico. En consecuencia, como se anotó, se trata de dos delitos autónomos que si bien protegen la indemnidad sexual cada uno sanciona determinada conducta y no existe impedimento para que perfectamente ambos puedan coexistir¹⁰.

¹⁰ Por ejemplo, en otro caso resuelto por esta Suprema Corte, en el Recurso de Nulidad N.º 2624-2012-Lima, del 8 de enero de 2013, también coexistieron un delito de violación

En ese aspecto, este Supremo Tribunal aprecia que lo que se ha producido en este caso es un concurso real de delitos¹¹, entre el delito de tentativa de violación sexual de menor de edad y pornografía infantil.

Decimosexto. El delito de pornografía infantil, con la agravante referida a que la víctima sea un menor de catorce años de edad, se encuentra sancionada con una pena no menor de diez ni mayor de doce años de privación de la libertad y de cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

La Sala Superior impuso al sentenciado cinco años de pena privativa de la libertad y cincuenta días multa. En ese aspecto, se aprecia que respecto a la primera pena se fijó una cantidad por debajo del mínimo legal, sin que concurra alguna circunstancia con entidad suficiente para dicha rebaja; no obstante, al no haber impugnado el fiscal superior no es posible incrementarla, en respeto del principio de interdicción de la reforma peyorativa consagrado en el artículo 300 del C de PP¹².

Por tanto, deben ratificarse las penas impuestas.

Decimoséptimo. En cuanto al cómputo de la pena privativa de la libertad, como se anotó, al producirse un concurso real entre el delito de tentativa de violación sexual de menor de edad y de pornografía infantil, en aplicación del artículo 50 del CP, corresponde la sumatoria de las penas impuestas por ambos delitos, lo que resulta una pena global de treinta

sexual con la de pornografía infantil en el que el agente y la víctima eran los mismos y el hecho se produjo en un solo momento.

¹¹ Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor, con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009. Asunto. Determinación de la pena y concurso real de delitos.

¹² Modificado por el Decreto Legislativo N.º 959.





años de privación de la libertad, y considerando que el sentenciado se encuentra privado de su libertad desde el veintiuno de octubre de dos mil catorce, **su condena vencerá el veinte de octubre de dos mil cuarenta y cuatro**, lo que deberá precisarse en la parte resolutive de la presente ejecutoria suprema.

Decimoctavo. Respecto a la reparación civil, esta se fijó en mil soles a favor de la menor agraviada, monto que no ha sido cuestionado por el recurrente, por lo que dicho importe debe mantenerse.



DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:



I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del veinte de agosto de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Penal Liquidadora de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que condenó a **PERCY CASZELY ASTO FERNÁNDEZ** como autor del delito contra la libertad-ofensas contra el pudor público, en la modalidad de pornografía infantil, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales L. M. M. R., a cinco años de pena privativa de libertad efectiva, cincuenta días-multa y mil soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar a favor de la agraviada, con lo demás que contiene.



II. PRECISAR que la mencionada pena privativa de la libertad se sumará a la ya impuesta por veinticinco años contra Asto Fernández por el delito de tentativa de violación sexual de menor de edad, en perjuicio también de la menor identificada con las iniciales L. M. M. R. por producirse un concurso real. En consecuencia, la pena global resultante es de treinta años de pena privativa de la libertad, y **vencerá el veinte de octubre de dos mil cuarenta y cuatro**, conforme con el fundamento decimoséptimo





81

de la presente ejecutoria suprema.

Intervino el juez supremo Castañeda Espinoza, por licencia de la jueza suprema Barrios Alvarado.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

CASTAÑEDA ESPINOZA

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/wrqu

SE PUBLICO CONFORME A LEY

JAMIEL ANTONIO M. MONACIO DE LA CRUZ
Secretario (a)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA