



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



Tesis para optar el Título Profesional de

ABOGADO

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA INCORPORAR LA CONDUCTA
DEL QUE DIFUNDE CONTENIDO SEXUAL OBTENIDO SIN LA
ANUENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE DIFUSIÓN DE
IMÁGENES, MATERIALES AUDIOVISUALES O AUDIOS CON
CONTENIDO SEXUAL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO**

Presentado por la bachiller:

CARMEN LUZ HUARIPATA HUATAY

Asesor:

Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA

CAJAMARCA – PERÚ

2023

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Carmen Luz Huaripata Huatay
DNI: 76173145
Escuela Profesional - Facultad:
Escuela Profesional de Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
2. Asesor (a):
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Departamento Académico:
Derecho y Ciencias Políticas
3. Grado académico o título profesional para el estudiante
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA INCORPORAR LA CONDUCTA DEL QUE DIFUNDE CONTENIDO SEXUAL OBTENIDO SIN LA ANUENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE DIFUSIÓN DE IMÁGENES, MATERIALES AUDIOVISUALES O AUDIOS CON CONTENIDO SEXUAL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO
6. Fecha de evaluación: 06/09/2024
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (ORIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 7%
9. Código Documento: oid:3117:378893505
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DESAPROBADO

Fecha Emisión: 09/09/2024

<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>	
 _____ Dr. Juan Carlos Tello Villanueva DNI: 43570003	 UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas  _____ Dra. ES. Teresa Ysabel Terán Rumírez DIRECTORA _____ <i>Directora de Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas</i>

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

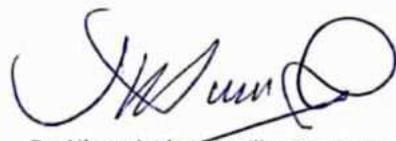
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Cajamarca, siendo las once de la mañana del día viernes nueve de febrero del dos mil veinticuatro, reunidos en la Sala de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado Evaluador N° 03, presidido por el Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco e integrado por el Dr. Nixon Javier Castillo Montoya, en su condición de Secretario; y, el Abg. José Olinto Araujo Vera, en calidad de Vocal, designado mediante Resolución de Decanato N° 053-2023-FDCP-UNC, de fecha 16 de agosto del 2023, con la finalidad de llevar a cabo la sustentación de tesis titulada: **"FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA INCORPORAR LA CONDUCTA DEL TERCERO QUE DIFUNDE CONTENIDO SEXUAL OBTENIDO SIN LA ANUENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE DIFUSIÓN DE IMÁGENES, MATERIALES AUDIOVISUALES O AUDIOS CON CONTENIDO SEXUAL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO"**, presentado por la Bachiller en Derecho: **CARMEN LUZ HUARIPATA HUATAY**, con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogada. En este sentido, se dio inicio al acto académico concediéndole al sustentante el plazo reglamentario, luego de lo cual se procedió a formular observaciones y preguntas por parte de los integrantes del jurado evaluador, las cuales fueron absueltas por la bachiller en mención, posteriormente, se invitó a la sustentante a abandonar el recinto con la finalidad de deliberar y calificar su desempeño, siendo el resultado: **APROBAR POR UNANIMIDAD CON LA NOTA DE DIECISÉIS (16)**, la tesis antes mencionada; con lo que concluyó el acto académico, siendo las doce y quince minutos del medio día, procediendo con la firma de los intervinientes.

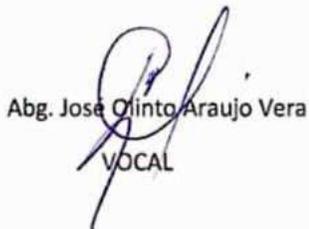
Por sugerencia del Jurado Evaluador se recomendó a la bachiller en mención, modificar el título de la tesis, suprimiendo en el título la frase "tercero" sustituyéndola por la frase "del que difunde", precisión que fue evaluado en Consejo de Facultad y posteriormente autorizado; siendo el actual título de la tesis: **"FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA INCORPORAR LA CONDUCTA DEL QUE DIFUNDE CONTENIDO SEXUAL OBTENIDO SIN LA ANUENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE DIFUSIÓN DE IMÁGENES, MATERIALES AUDIOVISUALES O AUDIOS CON CONTENIDO SEXUAL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO"**.



Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
PRESIDENTE



Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
SECRETARIO



Abg. José Olinto Araujo Vera
VOCAL



Carmen Luz Huaripata Huatay
BACHILLER

A mi madre Margarita, por su arduo esfuerzo y sacrificio que dedicó durante toda mi formación académica, por inculcarme buenos valores y por acompañarme en cada paso que doy; a mi querido Draquito, quien fue mi compañía durante toda mi carrera universitaria y durante las largas noches en el proceso de mi tesis

Debo agradecer de manera especial a mi madre por impulsarme constantemente a seguir cumpliendo todas mis metas y sueños, por ser mi gran motivo para seguir creciendo profesionalmente y por creer siempre en mí; de igual forma expresar mi agradecimiento a mi asesor de tesis, el Dr. Juan Carlos Tello Villanueva por aceptarme para realizar esta tesis bajo su dirección y por haberme brindado su apoyo y su capacidad para guiar mis ideas en el desarrollo de esta investigación.

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIACIONES.....	VIII
RESUMEN	IX
<i>ABSTRACT</i>	XI
INTRODUCCIÓN	13
CAPITULO I.....	16
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	16
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	16
1.1.1. Contextualización o problemática	16
1.1.2. Descripción del problema	21
1.1.3. Formulación del problema	22
1.2. JUSTIFICACIÓN	22
1.3. OBJETIVOS	23
1.3.1. Objetivo General	23
1.3.2. Objetivos Específicos	24
1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN	24
1.4.1. Espacial.....	24
1.4.2. Temporal	24
1.5. TIPOS DE INVESTIGACIÓN	25
1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	25
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	25
1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	26
1.6. HIPÓTESIS	27
1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	27
1.7.1. Genéricos	27
1.7.2. Propios del Derecho	28
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	28
1.8.1. Técnicas de investigación.....	28
A. Análisis documental.....	28
B. Argumentación jurídica	29
C. Fichaje	29
1.8.2. Instrumentos de investigación	30
A. Hoja guía de recolección documental	30

B. Ficha	30
1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	30
CAPITULO II.....	34
MARCO TEÓRICO	34
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	34
2.1.2. El Garantismo Penal como sustento del problema planteado	34
2.2. ASPECTOS TEÓRICOS – DOCTRINARIOS.....	37
2.2.1. Derecho a la intimidad.....	37
2.2.2. Derecho al honor.....	40
2.2.3. Derecho a la integridad	40
2.2.4. Derecho a la libertad sexual.....	41
2.2.5. Tecnologías de la información y la comunicación (Tics).....	41
A. Accesibilidad.....	42
B. Interactividad	42
C. Interconexión	43
D. Apariencia de auténtica realidad	43
E. Diversidad	43
F. Desinhibición	43
G. Historia interminable	43
2.2.6. Redes sociales	44
2.2.7. <i>Pack</i>	45
2.2.8. <i>Sexting</i>	45
2.2.9. Alcances de los Fines de la Pena	46
A. Teoría absoluta o retributiva.....	48
B. Teoría relativa o preventiva	49
a. Teoría de la prevención general	51
i) Teoría de la prevención general positiva	52
ii) Teoría de la prevención general negativa	55
b. Teoría de la prevención especial.....	56
C. Teoría mixta o de la unión	57
D. Toma de posición.....	58
2.3. ASPECTOS NORMATIVOS.....	59

VI

2.3.1. Antecedentes normativos	59
2.3.2. Análisis dogmático del artículo 154 B del código penal peruano	60
A. Bien jurídico protegido	61
a. Toma de posición.....	64
B. Conducta típica	64
a. Verbos rectores: difundir, revelar, publicar, ceder, comercializar	65
b. Objeto del delito: imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual.....	67
c. Que hubiera obtenido con su anuencia.....	67
C. Sujetos: activo y pasivo	68
D. El tipo subjetivo	69
E. La pena.....	70
F. Agravantes	70
2.3.3. Análisis comparativo con la legislación extranjera	72
A. España: Código Penal Español.....	72
B. México: Código Penal Federal.....	73
C. Código Penal del Estado de Yucatán.....	73
D. Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla	74
E. Código Penal del Estado de San Luis Potosí	74
F. Brasil: Ley 13718	75
2.3.4. Análisis jurisprudencial.....	75
A. Caso Sentencia N.º 126-2020	75
2.4. ASPECTOS OPERACIONALES	79
2.4.1. Laguna Normativa.....	79
CAPITULO III.....	81
CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS.....	81
3.1. TRANSGRESIÓN DE LA INTIMIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	82
3.2. SATISFACCIÓN DEL FIN PREVENTIVO GENERAL POSITIVO DE LA PENA.....	94
3.3. AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA	106
CAPITULO IV	111
4.1. PROPUESTA LEGISLATIVA	111

VII

CONCLUSIONES	115
RECOMENDACIONES	118
LISTA DE REFERENCIAS	119
ANEXO	126

LISTA DE ABREVIACIONES

Art.: Artículo.

B.J.P.: Bien Jurídico Protegido.

Const.: Constitución Política del Perú.

C.C.P.: Código Civil Peruano.

CP: Código Penal Peruano.

D.L.: Decreto Legislativo.

PNP: Policía Nacional del Perú.

R.A.E: Real Academia Española

S.A.: Sujeto Activo.

S.P.: Sujeto Pasivo

TC: Tribunal Constitucional

TIC'S.: Tecnología de la Información y la Comunicación.

RESUMEN

El derecho a la intimidad ha venido siendo transgredida con el pasar de los años, y actualmente una manera de violencia ejercida contra ella, se ha visto con el uso desmedido de las redes sociales, sobre todo cuando se propala contenido íntimo de una determinada persona mediante esta herramienta; tema que nos ha conllevado al estudio de la presente investigación, abarcando como problemática: la deficiencia jurídica del artículo 154 B del Código Penal Peruano frente a la protección del derecho a la intimidad de la víctima.

La presente tesis tiene por objetivo determinar los fundamentos jurídicos para incorporar la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima, en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual previsto en el artículo 154 B, para lo cual se realizó un análisis con respecto a la transgresión de la intimidad como bien jurídico protegido y si la incorporación de la conducta del que difunde es lo más apropiado para la satisfacción del fin preventivo general positivo de la pena, en atención a lo cual se analizó dogmáticamente los elementos del tipo penal 154 B desentrañando el contenido del bien jurídico protegido, asimismo se desarrolló los alcances de los fines de la pena y se planteó una propuesta legislativa.

En cuanto a los métodos empleados, se utilizó el método dogmático; el cual nos permitió realizar un estudio y análisis del artículo 154 B, para detectar la existencia de laguna normativa en dicha norma penal.

Se concluye finalmente que la incorporación de la conducta del que difunde, al artículo 154 B del Código Penal Peruano favorece en la efectiva protección total del

X

derecho a la intimidad de la víctima y satisface el fin preventivo general positivo de la pena.

Palabras claves: Fundamentos jurídicos, obtención de contenido sexual sin anuencia de la víctima, transgresión del derecho a la intimidad, artículo 154 B del Código Penal Peruano.

ABSTRACT

The right to privacy has been transgressed over the years, and currently a form of violence against it, has been seen with the excessive use of social networks, especially when intimate content of a particular person is spread through this tool; issue that has led us to the study of this research, covering as a problem: the legal deficiency of Article 154 B of the Peruvian Penal Code against the protection of the right to privacy of the victim.

The present thesis aims to determine the legal grounds for incorporating the conduct of the person who disseminates sexual content obtained without the consent of the victim, in the crime of dissemination of images, audiovisual materials or audios with sexual content provided for in Article 154 B, For this purpose, an analysis was made with respect to the transgression of privacy as a protected legal good and whether the incorporation of the conduct of the disseminator is the most appropriate for the satisfaction of the positive general preventive purpose of the penalty, in view of which the elements of the criminal type 154 B were dogmatically analyzed, unraveling the content of the protected legal good, the scope of the purposes of the penalty was also developed and a legislative proposal was put forward.

As for the methods used, the dogmatic method was used; which allowed us to carry out a study and analysis of article 154 B, in order to detect the existence of a normative gap in said penal norm.

It is finally concluded that the incorporation of the conduct of the disseminator in article 154 B of the Peruvian Penal Code favors the effective total protection of the

victim's right to privacy and satisfies the positive general preventive purpose of the penalty.

Key words: *Legal grounds, obtaining sexual content without the consent of the victim, transgression of the right to privacy, article 154 B of the Peruvian Criminal Code.*

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de derecho a la intimidad, aludimos a la aptitud que tienen las personas para el desarrollo de su vida privada sin que medie de por medio intromisiones o perturbaciones provenientes de sujetos ajenos al ámbito privado de una persona.

Es así que, la intimidad como bien jurídico protegido, requiere del Estado que mediante sus normas se le tutele cuando esta se encuentra en peligro o es lesionada, siendo el Derecho Penal el encargado de velar por el amparo de bienes jurídicos, protección que se concreta a través de la imposición de penas frente a las conductas que lesionan o implican un riesgo para tales bienes.

El término intimidad ha ido evolucionando continuamente, y esto se debe al gran avance de las plataformas digitales y el impacto que estas han generado en la sociedad, facilitando su acceso y uso entre las personas, dando origen al denominado *sexting*, término que el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (2011) define como la propagación o publicación de imágenes o grabaciones audiovisuales con contenido sexual realizado por el emisor empleando para ello un dispositivo tecnológico.

Si bien el *sexting* realizado bajo las condiciones apropiadas es un ejercicio de libertad sexual (Torres, 2018); empero, cuando se difunde contenido sexual de un individuo sin su autorización a través de los medios sociales, se convierte en un acto de violencia, viéndose transgredida la intimidad de la víctima.

Debido a ello, la intimidad como bien jurídico protegido, no puede ser desligada de una adecuada protección ante la transgresión de este, por lo que dicha conducta delictiva de divulgar contenido de tipo sexual fue incorporada mediante el Decreto Legislativo 1410, siendo plasmada en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 154 B del Código Penal Peruano. Sin embargo, tal norma penal no es del todo efectiva en la protección de la intimidad, pues se evidencia la presencia de laguna normativa, toda vez que el tipo penal no engloba todos los supuestos de hecho que se presenta en la realidad, así como la conducta del que difunde contenido íntimo de la víctima que obtuvo sin su consentimiento, debiendo ser dicha conducta merecedora de una sanción para salvaguardar este derecho fundamental.

En atención a la problemática señalada, la presente investigación se centrará en determinar los fundamentos jurídicos para incorporar la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima, en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual previsto en el artículo 154 B, para constatar que dicha conducta vulnera el derecho a la intimidad de la víctima.

En vista de ello, en la presente investigación hemos abarcado diversos conceptos y teorías para el desarrollo de la misma, es así que en el primer capítulo se precisó los aspectos metodológicos de la investigación, abarcando el problema de la investigación, la justificación, el ámbito de la investigación, los tipos y métodos que se empleó; la hipótesis, objetivo general como específicos y el estado de cuestión.

El segundo capítulo de la investigación está relacionado con el marco teórico, compuesto por el marco iusfilosófico, aspectos teóricos – doctrinarios y aspectos normativos, en los cuales se desplegó el análisis dogmático de los elementos del art. 154 B, los alcances de los fines de la pena, análisis comparativo con la legislación extranjera y demás conceptos que nos permitió para el desarrollo de la presente investigación.

Seguidamente el tercer capítulo, que radicó en la contrastación de la hipótesis planteada en la presente investigación, esto es, que los fundamentos jurídicos para incorporar la conducta del que difunde contenido sexual sin la anuencia de la víctima en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, fueron la transgresión de la intimidad como bien jurídico protegido, satisfacción del fin preventivo general positivo de la pena y la autonomía de la víctima.

Y finalmente, como cuarto capítulo se estableció una propuesta legislativa con la finalidad de incorporar la conducta del que difunde contenido sexual sin la anuencia de la víctima en el tipo penal 154 B del CP para una salvaguarda íntegra del derecho a la intimidad de la víctima.

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización o problemática

En tiempos modernos, las plataformas virtuales o los chats que se realiza mediante el uso de celulares inteligentes son consideradas para las personas como medios indefensos, los cuales son asequibles para las personas ya sea para compartir fotos, audios o cualquier otro contenido con la persona que sostenga un vínculo de confianza, dicha relación de confianza se quebranta ante la propagación de contenido íntimo no autorizada por su titular, a esta práctica se le denomina *sexting*, la cual radica en difundir o recepcionar contenido sexual de una persona a través de medios electrónicos. No obstante, cuando tal difusión se realiza sin el beneplácito de su autor a través de cualquier medio, se convierte en una práctica peligrosa que lesiona la intimidad de quien la sufre.

Al respecto Torres, J., (2018) refiere que:

El sexting practicado bajo las condiciones adecuadas es un ejercicio de libertad sexual.

Sin embargo, cuando el envío o recepción de contenido sexualmente explícito se da bajo presión y/o sin consentimiento, puede degenerar en acoso sexual y difamación en contra de las víctimas, quienes usualmente ven sus mensajes filtrarse públicamente. Los verdaderos culpables son quienes difunden y/o publican dichos mensajes ya sea por diversión, venganza o con fines comerciales. (p. 118)

Esta conducta de divulgar, compartir o publicar contenido de tipo sexual mediante el uso de diferentes medios sociales existentes en internet, ya se encuentra regulada como delito en diversas legislaciones a nivel internacional; delito no ajeno a nuestra legislación peruana, siendo incorporado mediante Decreto Legislativo 1410 con fecha 12 de septiembre del año 2018, en el artículo 154 B del Código Penal Peruano. Por lo cual dicha conducta ya se encuentra tipificada como delito.

Sin embargo, aún existen algunos vacíos legales, pues bajo un análisis del tipo penal citado líneas arriba, se ha observado que la norma penal no regula todas las circunstancias que se presentan en la realidad; sin embargo, la incorporación del art. 154 B ha sido pertinente, pues anteriormente tales conductas no eran consideradas como conductas punibles.

Ahora bien, en la sección de Delitos contra la Libertad de nuestro CP se regula distintas conductas punibles que consideran como bien jurídico protegido a la intimidad, esto debido al riesgo de ser transgredida la esfera privada de un individuo. La regulación de estas conductas punibles es debido a los avances tecnológicos ya que, mediante estos, las personas pueden efectuar distintos actos dirigidos a la lesión de la intimidad de otras; así como el delito previsto en el art. 154 B del CP, tema en cuestión de la presente investigación.

En relación a la difusión de contenido sexual, el autor Alvarado (2019) precisa, que tal conducta ha sido incorporada en el art. 154 B del Código Penal Peruano, el mismo que prescribe:

Artículo 154 B: El que, sin autorización, difunde, revela, publica, cede o comercializa imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de cualquier persona, que obtuvo con su anuencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con treinta a ciento veinte días-multa". "La pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

 Cuando la víctima mantenga o haya mantenido una relación de pareja con el agente, son o han sido convivientes o cónyuges; y

 Cuando para materializar el hecho utilice redes sociales o cualquier otro medio que genere una difusión masiva.

Respecto al delito precisado líneas arriba, el jurista Carrasco, F., (2019), señala que:

Contenido sexual, se entiende como toda idea o información que se expresa con connotación íntima o de enfoque sexual, relacionadas con el ámbito reservado de cada persona; siendo así que, al utilizarse medios de comunicación masiva para la divulgación de estos contenidos, es que se genera un degrado en la moral y autoestima del titular de este contenido ante la revelación de tal información en circunstancias íntimas o sexuales, provocando la afectación del derecho a la intimidad. (p.8)

El autor Cueva (2011) señala, que por término difundir se debe entender como "aquel fenómeno de extensión a través de un tiempo, espacio o jurisdicción, en referente a un contenido ideológico, visual o informativo" (p.134), en ese marco, si la acción de difundir contenido sexual no consentido por su protagonista, es realizada con un fin de mala fe y de manera dolosa, trae como consecuencia la transgresión de múltiples bienes jurídicos protegidos por la ley, así como el bien

jurídico protegido en el artículo 154 B del CP, que viene a ser el derecho a la intimidad, y demás derechos, como el derecho al honor, a la integridad, a la libertad sexual, entre otros.

Al ser la persona merecedora de respeto a su dignidad dentro de una esfera social donde esta pueda desenvolverse, requiere de protección por parte del Estado, por esta razón, se le reconoce derechos fundamentales amparados por nuestra Const., uno de los derechos reconocidos por aquel es el derecho a la intimidad personal establecido en el art 2. inc. 7, que es un derecho humano innato a tal condición y que no se puede desligar de una adecuada protección ante la violación de este, asimismo, este derecho tiene amparo en el Código Civil Peruano, específicamente en el art. 14, el cual establece que la intimidad tanto personal como familiar no puede ser puesta de manifiesto sin antes contar con el asentimiento de la persona, y la violación del derecho en mención, es sancionado en el art. 154 de nuestro código penal.

Conviene precisar que, el término intimidad, proviene del latín *infus*, que implica “interior”, es decir, conforma aquella zona abstracta que una persona resguarda para un determinado círculo de personas con las cuales tiene un estrecho vínculo.

En ese sentido, cuando se habla del derecho a la intimidad, Salinas Siccha, R., (2015), menciona que “este constituye la potestad que

tiene todo individuo para desarrollar su vida privada sin interferencia ni perturbaciones de terceros” (p. 601). Es decir, viene a ser aquel derecho inherente a toda persona para que pueda disponer de momentos de ensimismamiento, tranquilidad, soledad, etc, que se van desarrollando dentro de su vida personal, siendo el titular de este derecho, quien tendrá facultad de autorización para dar a conocer aspectos de aquellos momentos.

Cabe resaltar que, la concepción del derecho a la intimidad ha venido evolucionando constantemente, debido a la aparición de los espacios virtuales, pues mediante estos espacios cualquier persona puede tener conocimiento de información tanto propio como familiar de una persona; dado que el internet permite la viabilidad de que las personas puedan intercambiar archivos de contenido privado, dando lugar a que personas ajenas al ámbito privado de un determinado individuo medien en el mismo, ya que con ayuda de los medios sociales las personas, pueden divulgar o publicar cualquier información vinculado a contenido íntimo, acarreando como consecuencia la lesión de la intimidad de aquella que resulta afectada por tales acciones; siendo sustancial que el ámbito personalísimo de las personas sea protegido y respetado.

Es por ello, que este delito nace bajo los parámetros de subsumir una acción ilícita, que debido a la tecnología transgrede un derecho primordial que es la intimidad; toda vez que, al digitalizarse contenidos,

entre ellos imágenes, audios, videos, etc.; estos pueden ser fácilmente compartidos a través de las redes sociales, llegando al punto de la viralidad de los mismos, pudiendo acceder cualquier persona que navegue por cualquier red social, es por ello que en la legislación peruana se reprime estas acciones en pro de tutelar el derecho mencionado e impedir el menoscabo íntegro de cada individuo. Sin embargo, este precepto legal es muy limitado en el reproche penal y en sus circunstancias, provocando impunidad en conductas merecedoras de una pena, y en consecuencia no se logra una protección de manera íntegra e idónea del bien jurídico tutelado que es la “intimidad”, conllevando a su afectación.

1.1.2. Descripción del problema

El derecho a la intimidad personal es aquel derecho fundamental por el cual toda persona es capaz de desarrollar y fomentar libremente su personalidad además de establecer qué información resguarda en el fuero íntimo, privado y público. En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra protegida constitucional, civil y penalmente, pero de manera deficiente. Esto se puede apreciar específicamente dentro de la legislación penal respecto a la regulación del artículo 154 B, existiendo lagunas normativas respecto a la difusión de contenido sexual, esto en razón de que tal norma penal solo exige la sanción para la persona difusora que ha obtenido el material con contenido sexual con la anuencia de la víctima, mas no para aquella o aquellas que han

obtenido el contenido sin el consentimiento de su autor y favorecen en la cadena de difusión.

En consecuencia, ante la descripción de esta realidad problemática respecto a la existencia de vacíos legales o lagunas normativas en el artículo 154 B del CP, nos formulamos la siguiente pregunta de investigación.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para incorporar la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima, en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual tipificado en el artículo 154 B del Código Penal Peruano?

1.2. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación tiene como finalidad establecer cuáles son aquellas deficiencias que se presentan al momento de proteger a la víctima respecto a su intimidad y dignidad personal en el delito previsto en el art.154 B del CP, ya que el mismo contiene lagunas normativas respecto a su redacción.

Esta difusión de determinados contenidos de carácter íntimo y sexual concerniente a la esfera privada de cada individuo, al desprenderse de estas mismas valiéndose de cualquier medio para obtener dicho material sexual, provoca actitudes y conductas negativas, generando perjuicios a las víctimas que ven violado su derecho íntimo personal.

De esta manera se pretende que dicho tipo penal sea corregido, modificado y no solo castigue a la persona que obtiene el contenido sexual con la autorización o anuencia de la víctima; sino que la misma, alcance también para quienes obtienen el contenido íntimo, pero sin que haya mediado el consentimiento de la víctima para dicha obtención y vuelven a compartir el mismo material sexual, para que de tal forma se proteja íntegramente a la víctima de la propagación de su contenido.

Por tal motivo, la presente investigación es pertinente ya que es un problema de interés común porque se encuentra en juego el derecho a la intimidad de la víctima, además que toda persona merece una correcta y total protección del derecho discutido. En efecto, diversas teorías de juristas de legislación nacional y de derecho comparado respecto al amparo del derecho a la intimidad personal, sirvieron de respaldo para el desarrollo de la presente investigación.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Determinar los fundamentos jurídicos para incorporar la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual tipificado en el artículo 154 B del Código Penal Peruano.

1.3.2. Objetivos Específicos

- A. Analizar dogmáticamente el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, desentrañando el contenido del bien jurídico protegido.
- B. Desarrollar los alcances de los fines de la pena.
- C. Proponer una modificación del tipo penal 154 B del Código Penal Peruano, difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual para incorporar la conducta del que difunde el contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima.

1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Espacial

Este tipo de investigación, es básica teórica – dogmática y presenta un ámbito espacial implícito ya que se aplicó fundamentos teóricos de juristas de derecho nacional y derecho comparado en el ámbito penal, respecto a la protección de la intimidad y dignidad personal frente a la laguna normativa que presenta el art. 154 B del CP.

1.4.2. Temporal

Este tipo de investigación, es básica teórica – dogmática y presenta un ámbito temporal implícito ya que se aplicó fundamentos teóricos de juristas de derecho nacional y derecho comparado en el ámbito penal, respecto a la protección de la intimidad y dignidad personal frente a la laguna normativa que presenta el art. 154 B del CP.

1.5. TIPOS DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue

A. Básica

Muntané, J. refiere que “La investigación pura o denomina básica, se define porque se origina en un marco teórico y permanece en él. El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico” (Muntané, J., 2010, p.1)

Este tipo de investigación se enfoca en la búsqueda del desarrollo científico a través de la extensión o incremento de conocimientos teóricos auténticos. En tal sentido, el presente trabajo de investigación se califica como básica ya que se busca describir y explicar cuáles son los fundamentos jurídicos que van a dar lugar a la incorporación de la conducta del que difunde contenido de tipo sexual obtenido sin la autorización o anuencia de la víctima en el artículo 154 B del CP.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

Tantaleán, M. señala que: “La investigación jurídica descriptiva se orienta al conocimiento de la realidad tal y como se presenta en una situación de espacio y tiempo”. (Tantaleán, M., 2015, p.6)

Este tipo de investigación se centra en dar a conocer las características de una situación, problema o fenómeno en evaluación, esto es, se limita a describir la realidad investigativa y su evolución.

Es por ello que la presente investigación se limita a establecer cuáles son los fundamentos jurídicos que darán lugar a la incorporación de la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima en el artículo 154 B del Código Penal Peruano.

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

La investigación cualitativa está orientada al estudio de la realidad en su contexto natural y como sucede, para poder interpretar aquellas situaciones o fenómenos existentes en aquel.

Al respecto Martínez, M. (2006) señala que:

La investigación cualitativa trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, pues, es aquella que da razón plena de su comportamiento y manifestaciones.

De aquí, que lo cualitativo (que es el todo integrado) no se opone a lo cuantitativo (que es solo un aspecto), sino que lo implica e integra, especialmente donde sea importante. (p.6)

La presente investigación se centra en analizar aquellas deficiencias que se presentan al momento de proteger a la víctima respecto a su intimidad y dignidad personal, ya que el art. 154 B

del CP trae consigo una laguna normativa con respecto a su redacción.

1.6. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos para incorporar la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima, en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual tipificado en el artículo 154 B del Código Penal Peruano, son:

- A. Transgresión de la intimidad como bien jurídico protegido.
- B. Satisfacción del fin preventivo general positivo de la pena.
- C. Autonomía de la víctima.

1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. Genéricos

A. Deductivo

El método deductivo se caracteriza porque parte de proposiciones conocidas para demostrar aquello que se desconoce, esto es, radica en derivar de una premisa general, un aspecto particular. Por lo tanto, en la presente investigación, se empleó documentos de investigación previamente publicados, relacionados al presente tema para poder deducir cuales son las lagunas normativas que presenta la regulación del art. 154 B del CP.

1.7.2. Propios del Derecho

A. Método Dogmático

Al respecto, Tantaleán, M. (2016) señala:

La dogmática jurídica es la encargada de estudiar a fondo las instituciones jurídicas, pero de modo abstracto, es decir sin verificar su materialización en la realidad. Su sustento se encuentra en los trabajos elaborados por la pandectística alemana encargada de construir instituciones jurídicas a partir de los textos legales. (p.4)

Este método, examina el ordenamiento jurídico exceptuando todos aquellos elementos que no sean relevantes para el derecho, y de esta manera poder mejorarlo. En atención a ello, la presente investigación está dirigida al estudio del art. 154 B del CP, con el propósito de mejorarlo, subsanando la laguna normativa existente en el mismo.

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Técnicas de investigación

A. Análisis documental

Esta técnica se caracteriza porque permite la captación de datos por parte del investigador, buscando representar los documentos de manera consolidada y organizada para facilitar su recuperación. Es una operación intelectual que da lugar a la recopilación y selección de información mediante la lectura de

diversos documentos tales como: bibliografía, revistas, libros, periódicos, etc.

Haciendo uso de esta técnica se analizó tanto doctrina como jurisprudencia, que ayudaron en la identificación de la laguna normativa existente en el artículo 154 B del CP.

B. Argumentación jurídica

La argumentación jurídica es considerada como un proceso que permite a los operadores jurídicos asumir una justificación racional en la solución de conflictos de carácter jurídico, es decir, suministrar criterios o razones para que una norma pueda ser aplicada a un caso. (Atienza, 2005)

Para el jurista Santiago Nino la argumentación jurídica sirve como medio de investigación o descubrimiento de razones para la toma de una mejor decisión. (Guadarrama, 2015)

Ahora bien, para la presente investigación, la argumentación jurídica empleada como una técnica de investigación, nos permitió establecer y poder desplegar los fundamentos jurídicos en la contrastación de hipótesis de la investigación acorde al desarrollo de diversas teorías y concepciones asumidas en el marco teórico.

C. Fichaje

Es una técnica de investigación que coadyuva con la recolección de información, facilita la sistematización bibliográfica y ordena las ideas obtenidas a partir del acopio de información. Es así que, al

aplicar esta técnica en el presente trabajo de investigación, nos permitió obtener un estudio secuencial de los datos recolectados facilitando posteriormente la argumentación en la demostración de la hipótesis.

1.8.2. Instrumentos de investigación

A. Hoja guía de recolección documental

Este instrumento de investigación nos permitió la obtención de información relevante y el acceso a fuentes que contribuyó en el desarrollo de la investigación.

B. Ficha

La ficha como instrumento de investigación nos permitió registrar y organizar la información recopilada destinada para el desarrollo de las bases teóricas, así como para la fundamentación de la contrastación de hipótesis de la presente investigación.

1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se realizó la búsqueda a nivel internacional en las siguientes Universidades, tales como Universidad de las Américas, (2018) en Quito, y también en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (2019). Asimismo, a nivel nacional se realizó la búsqueda en los siguientes repositorios: Repositorio de tesis de la Universidad Cesar Vallejo (UCV), Repositorio de tesis de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza (UNTRM), Repositorio Institucional Universidad Nacional del Altiplano Puno (UNA) y Repositorio de tesis de la

Universidad Señor de Sipán (USS). Así como también, se realizó la búsqueda de artículos de revistas a nivel internacional, tales como Artículo extraído de la Revista SCIELO. Las búsquedas de las investigaciones fueron guiadas por las Palabras Clave: “delito de violación a la intimidad personal”, “difusión de contenido sexual”, “sexting”, “derecho al honor” y “libertad sexual”.

A partir de las búsquedas realizadas, se ha podido evidenciar diversas investigaciones a nivel internacional, de las cuales resulta importante mencionar que la autora Dayana Gómez refiere que el estudio comparado con otras legislaciones permitió analizar el tratamiento legal que se le da al hostigamiento sexual en otros países. Existen territorios que regulan esta conducta de manera adecuada. Sin embargo, se evidenció que hay otros que no tienen clara la definición, ni las características de esta conducta, debido a que la mezclan con otras actuaciones o que no cubren todos los supuestos de este delito (Gómez, 2018)

En el mismo sentido, en la tesis de maestría de la autora Verónica Rodríguez (2019) titulada “Consecuencias jurídicas y revictimización en las jóvenes víctimas del delito de difusión ilícita de imágenes íntimas en el municipio de San Luis Potosí”, se hace referencia a la existencia de laguna legal en relación a la atención del delito de difusión ilícita de imágenes íntimas que le atribuyen las instituciones, debido a que tal conducta no provoca lesiones físicas, sino únicamente en la psique, y en el desarrollo biopsicosexual de la víctima, dado que tal conducta es producida mediante el uso de dispositivos electrónicos con acceso a internet.

A nivel nacional autores como Carrasco, 2019; Torres, 2018; Espinoza, 2018; Muñoz, 2018 y Cobos, 2013, aluden a la lesión de la intimidad en la regulación del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, debiéndose regular la conducta que vulnera tal derecho, puesto que aquellos que afectan este derecho tienden a utilizar medios informativos para divulgar contenido de carácter sexual sin autorización de su autor.

El aporte de las presentes investigaciones en la presente tesis radica en la salvaguarda de la intimidad como bien jurídico incorporando aquella conducta que transgrede este bien jurídico, en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual frente al uso inadecuado de las redes.

Sánchez (2021) en su investigación determina que el amparo del derecho a la intimidad de la víctima viene siendo un amparo parcial, toda vez que los vacíos jurídicos del artículo 154 B del CP dificultan la persecución íntegra del delito. El aporte de la investigación en la presente tesis consiste en la modificación del tipo penal 154 B para subsanar los vacíos legales que presenta este delito frente al amparo de la intimidad.

Ibañez y Liñán (2020) en su tesis determinan la necesidad de modificar el art. 154 B del CP para la incorporación del verbo rector “compartir”, de tal manera que no exista desconcierto con el término difundir, evitando además que el material con contenido de tipo sexual se propague, perjudicando el derecho

a la intimidad, por cuanto existe impunidad de las personas que comparten este contenido haciendo uso de las redes sociales. El presente trabajo de investigación contribuye a nuestra tesis en la necesidad de sancionar a quienes difunden el material con contenido íntimo de la víctima y no quede en impunidad la conducta de los difusores.

De las investigaciones revisadas, denotamos que existe un déficit en la regulación del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, y esto se debe a la existencia de laguna normativa en el art. 154 B del CP, siendo necesaria la modificación del mismo para que se integre la conducta a criminalizar que lesiona el derecho a la intimidad de la víctima, en virtud de que dicha norma es muy limitativa en cuanto a su sanción, pues solo sanciona aquella conducta de quien divulga material de contenido sexual que obtuvo con el consentimiento de la víctima; pero ello no sucede con aquel que obtiene dicho contenido sin la autorización de la víctima. Pese a que se ha evidenciado que en la norma penal 154 B sanciona esta acción ilícita de difundir material con contenido íntimo.

Por lo que, la innovación de la presente investigación comprende determinar los fundamentos jurídicos que sustenten la incorporación de aquel hecho punible no recogido en el art. 154 B del CP, mediante el cual aún se lesiona el derecho a la intimidad de la víctima.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.2. El Garantismo Penal como sustento del problema planteado

En base al problema planteado en la presente investigación respecto al vacío legal existente en el tipo penal 154 B del CP frente a la protección de la intimidad de la víctima, el paradigma asumido es el garantismo penal.

En primer lugar, debo señalar que el Derecho Penal en cuanto como parte del ordenamiento jurídico, está destinado a la prevención general de delitos y a la vez se conforma como aquel principio garantista del ciudadano como límite al poder que se deriva del Estado. Bajo ese aspecto, la teoría garantista establece que la justificación del derecho penal se sustenta, por un lado, como medio de protección social para impedir la comisión de delitos, y por otro lado como herramienta de protección de los individuos frente al poder punitivo del Estado.

Ahora bien, el jurista Ferrajoli en su denominada obra "Derecho y Razón, teoría del garantismo penal", hace hincapié en cuanto a los derechos fundamentales, manifestando que estos constituyen una garantía indispensable para integrar el valor que poseen los individuos y a la vez para efectuar su igualdad, ya que tales derechos no pueden ser negociables y que les concierne a todos por igual. (Ferrajoli, 1995)

Así, del problema planteado en la presente investigación, el mismo radica en la necesidad de subsumir una acción ilícita en el art. 154 B del CP, en cuanto tal acción vulnera el bien jurídico protegido en el mismo, pues de la normal penal se tiene que, aquel que realiza las acciones típicas como difundir, revelar, publicar, ceder o comercializar material con contenido sexual, este material debe ser obtenido con la autorización del titular; sin embargo, el desamparo hacia el bien jurídico protegido, que es la intimidad personal de la víctima, se evidencia cuando el contenido sexual ha sido obtenido sin el consentimiento o la anuencia del titular y lo propala permitiendo la asequibilidad de personas ajenas a un aspecto íntimo que forma parte del ámbito privado de la persona.

El modelo de garantismo penal fundado por el jurista Ferrajoli, tuvo como objetivo limitar el impacto de los poderes en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que se estriba en principios tales como: legalidad, vigencia, legitimación y efectividad del derecho; lo que significó, la sujeción de todos los poderes a las leyes, en garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, ampliándose esta sujeción no estrictamente a todos los derechos, sino además a aquellos bienes jurídicos que sean considerados como esenciales, con obligación de su debido amparo y de su prohibición de transgresión a los mismos. (Ferrajoli, 1995)

En virtud a ello, los derechos fundamentales, al gozar de preeminencia por parte de la Constitución, reconoce este último a los ciudadanos como los titulares de aquellos, tanto de sus expectativas, de sus exigencias de igualdad, de sus valores y culturas. (Ferrajoli, 1995)

Al respecto, la garantía implica aquel vínculo normativo adecuado para asegurar la eficacia en la tutela de los derechos subjetivos de los individuos, comprendiéndose por derechos subjetivos bajo una expectativa tanto positiva (de prestación) como una expectativa negativa (de no padecer lesiones).

En ese sentido, cuando se habla de intimidad como derecho fundamental, se hace referencia a un derecho subjetivo que representa el valor intrínseco que posee una persona, cuya titularidad se encuentra normativamente reconocida por nuestra Constitución, lo que impide que aquella pueda ser vulnerada.

La lesión del derecho a la intimidad, frente al comportamiento infractor de quien obtiene material con contenido sexual sin la anuencia de la víctima, implica una efectiva agresión hacia el bien jurídico protegido integrado en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual previsto en el art. 154 B del CP. Dado que, nos referimos a una situación en la que se manifiesta un mismo grado de afectación hacia el derecho a la intimidad, esto es, de aquellas personas que ven resquebrajado su

derecho a la intimidad por la obtención de su contenido íntimo sin que medie su consentimiento.

Por lo que, partiendo del garantismo penal propuesto por el jurista Ferrajoli, lo que se pretende es que la incorporación de la conducta de aquel sujeto que divulga contenido íntimo obtenido sin la autorización de su autor extendiéndose el mismo a demás personas, procure la protección del derecho a la intimidad de la persona víctima, ello en virtud de que la intervención del Derecho Penal es indispensable frente a la protección de bienes jurídicos así como el resguardo de aquellos valores e intereses esenciales de los ciudadanos que le permiten un desarrollo integro de sí mismos.

2.2. ASPECTOS TEÓRICOS – DOCTRINARIOS

2.2.1. Derecho a la intimidad

La intimidad es considerada como aquel aspecto que forma parte de la vida personal de un individuo, que le permite ahondar en lo más íntimo de su ser, conforma el espacio donde la persona decide las formas de comportamiento social. Según el diccionario de la R.A.E, la intimidad viene a ser aquella zona espiritual y discreta de un determinado individuo o de un grupo, principalmente una familia.

Romeo Casanova, citado por Salinas Siccha (2015) refiere que:

La intimidad son todas aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre los que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados sujetos ajenos, entendiéndose por tales, tanto los particulares como los poderes públicos. (p. 601)

La intimidad es aquel derecho fundamental inherente que posee toda persona a gozar de aquellos instantes de sosiego, permitiéndole refugiarse en sí mismo y solo con su beneplácito poder dar a conocer determinados aspectos que forman parte de su intimidad.

En ese sentido, cuando se habla del derecho a la intimidad, Salinas Siccha, R., (2015), menciona que “este constituye aquella potestad que tiene todo individuo para desenvolver su vida personal sin interferencia ni perturbaciones de terceros” (p. 601). Es decir, que la persona es la única que tiene la facultad de conceder el consentimiento para que demás tengan conocimiento de lo que reserva en su ámbito privado.

Por su parte, Chanamé Orbe, R., (2015) respecto al derecho a la intimidad, precisa que “este derecho es lesionado cuando un aspecto de la vida personal o familiar de la persona es dado a conocer sin su consentimiento” (p. 201)

Para el abogado Eguiguren, el derecho a la intimidad implica un conjunto de determinados actos o sucesos que conforman la vida personal; y por ser de naturaleza personalísima, es un derecho que no está a disposición del público. Permite al individuo poder desplegarse en determinados espacios, le otorga la potestad de resguardar su ámbito privado ante la divulgación o perturbación por parte de sujetos

ajenos a su vida privada, asimismo este derecho ampara tanto la intimidad individual como familiar del individuo. (Eguiguren, 2000)

Por otra parte, Peña Cabrera, A. (2009), refiere que:

Existe una diferencia entre la intimidad personal y la intimidad familiar, entendiéndose a la primera como aquel aspecto de la personalidad humana, cuya subjetividad está ligado con el desarrollo auto personal de su titular tanto individualmente como con terceros; en cuanto a la segunda refiere que es aquel ámbito de la personalidad humana donde se desarrolla las interrelaciones de los miembros de la familia cuyo desenvolvimiento le incumbe a cada uno de ellos. (p.48)

En esa misma línea, Reátegui, J. (2019), respecto a la intimidad personal, ha señalado lo siguiente:

Respecto a la intimidad personal la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda la invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o al aislamiento, para impedir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social. (p. 472)

Queda claro entonces, que el derecho a la intimidad y a la vida privada protege aquellos actos que se desarrollan en el espacio propio del individuo, evitando de tal manera la intrusión ilegítima en la vida íntima o familiar de aquel.

Ahora bien, cabe mencionar que el derecho a la intimidad se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico y la encontramos en el artículo 2 inciso 7 de nuestra carta magna, así como también en el artículo 14 del CC (en el cual se protege tanto a la intimidad personal como familiar). Y en el CP, específicamente en el art. 154, se sanciona

a la persona que viola este derecho valiéndose de instrumentos o cualquier otro medio para consumar este delito.

Aunque el derecho a la intimidad tenga amparo tanto constitucionalmente como también por nuestra legislación civil y penal, esto no impide que exista vulneración hacia este derecho, e incluso en los últimos años con el incremento de la tecnología, en virtud de que tal derecho se ha visto más vulnerable y más fácil de ser transgredido.

Salinas Siccha, R., (2015) manifiesta que la protección penal del derecho a la intimidad se justifica a través de dos circunstancias:

Primero, porque se pretende evitar intromisiones de terceros en ciertos hechos y conductas que de ser conocidas y reveladas alteran la tranquilidad de la persona agraviada, en razón de encontrarse trabados con lo más recóndito de su ser y segundo, porque los ataques contra la intimidad de una persona son altamente perjudiciales e intolerables para el que las sufre y a veces para la sociedad misma. (p. 606)

2.2.2. Derecho al honor

El honor es considerado como el aprecio y estima que una persona recibe en la sociedad en la que se desarrolla, es un derecho fundamental que afecta íntimamente a la dignidad de la persona, en tal calidad recibe una protección muy especial incluso mediante la sanción de carácter penal a quien le afecta y se encuentra regulado en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución Política del Perú.

2.2.3. Derecho a la integridad

En el Perú el derecho a la integridad constituye un atributo que alcanza el ámbito físico, espiritual y psíquico de la persona, este derecho

posee la máxima importancia ya que es el soporte indispensable del derecho a la vida, bastando el riesgo potencial de afectación para justificar la limitación de otros derechos. Ningún menoscabo en la integridad resulta admisible ya que nadie puede ser objeto de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a torturas y este derecho se encuentra tutelado tanto en el ámbito civil como en el penal a nivel local y por los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La integridad puede diferenciarse en dos, la primera es la integridad moral, esta hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones, y la segunda es la integridad psíquica, que no es más que la conservación de todas las habilidades motrices emocionales e intelectuales.

2.2.4. Derecho a la libertad sexual

La libertad sexual es el derecho a la libertad de elección sexual del individuo, es decir, es aquel derecho de todo individuo de disponer de su cuerpo para los fines sexuales que así lo desee. Esto es, viene a ser aquel derecho que le faculta a toda persona poder auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, no habiendo otra restricción que el respetar la libertad ajena.

2.2.5. Tecnologías de la información y la comunicación (Tics)

Las Tecnologías de la información y la comunicación (Tics) son un conjunto de herramientas que se desarrollaron sobre la base de los

avances científicos, que permiten el acceso, transformación y almacenamiento digitalizado de información de manera interactiva. (Sánchez, 2008)

El uso de estas herramientas resulta ser una prioridad en la comunicación de hoy en día, permitiendo que las personas tengan un mejor desenvolvimiento dentro de la sociedad y a la vez haciendo mucho más simple la comunicación. Estas herramientas presentan las siguientes características (Rodríguez, 2019):

A. Accesibilidad

Esta característica implica que el internet está a disposición de las personas, es decir puede ser utilizado por todos sus usuarios, además que es constante y carece de horarios, asimismo tiene una gran acogida por la sociedad.

B. Interactividad

Las Tics estimulan la comunicación entre usuarios y la transferencia de información sin importar donde se encuentren, ya que la comunicación puede realizarse mediante mensajería instantánea, correos electrónicos, páginas web, etc.

C. Interconexión

Es aquella vinculación entre recursos físicos y soportes lógicos permitiendo la integración de distintas tecnologías para producir nuevas herramientas de comunicación.

D. Apariencia de auténtica realidad

Estas herramientas nos permiten conectarnos a una realidad virtual, reemplazando de esa manera a la realidad física, por lo que mediante su uso se llega a invalidar aquellas percepciones del espacio físico. Los internautas presentan una sensación de hallarse inmerso en el espacio virtual.

E. Diversidad

La utilidad que ofrece las Tics es muy diversa, pues efectúan diversas funciones, así como el proceso de información para la creación de una nueva herramienta o tecnología.

F. Desinhibición

El efecto desinhibidor de estas herramientas permite a las personas o internautas expresarse de manera más abierta.

G. Historia interminable

Las ventajas que ha proporcionado estas herramientas a la sociedad ha conllevado inevitablemente que se pueda dar fin a las

diversas plataformas existentes, dado que la persona o internauta es quien puede poner fin a dicha conexión.

En ese sentido, estas herramientas han facilitado de distintas formas la vida de las personas, una de ellas es la comunicación, permitiendo un mejor desenvolvimiento en la comunidad; sin embargo así como son diversas las ventajas o beneficios que estas herramientas pueden ofrecer, también a través de su uso pueden ser manipuladas para consumir un delito, así como el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, al ser este material íntimo divulgado mediante dispositivos electrónicos. Por lo que las Tics, contribuyen a que la expansión de dicho contenido pueda ser efectuada de manera rápida y el mismo sea propalado, encontrando la facilidad sujetos ajenos para el acceso al mismo y volver a compartir dicho material.

2.2.6. Redes sociales

Las redes sociales son estructuras formadas en internet por personas u organizaciones que se conectan a partir de intereses o valores comunes; a través de ellas, se crean relaciones entre individuos o empresas de forma rápida, sin jerarquía o límites físicos, ocupan un lugar relevante en el campo de las relaciones personales, ya que

facilitan la comunicación y en muchos casos genera el incremento de la confianza entre las personas.

Las redes sociales son “comunidades virtuales”. Es decir, que por medio del Internet se agrupan usuarios que se conectan entre sí y difunden datos, precisamente tiene como propósito: estabilizar relaciones con personas. Ahora bien, dentro de las redes sociales más populares se encuentran: *Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat, WhatsApp*, medios que utilizan generalmente las personas para comunicarse e intercambiar, datos, imágenes, audios, videos.

2.2.7. Pack

Terminología usada por adolescentes y jóvenes, referido al conjunto de fotos y videos íntimos de una persona. Es una modalidad potencializada del *sexting*, es un paquete de dos o más imágenes o videos con contenido erótico que para intercambiarlo lo realizan mediante uso de celulares, para ello incluso algunos jóvenes crean grupos privados en redes sociales.

2.2.8. Sexting

La palabra *sexting*, es la unión del término “sex” (sexo) y “texting” (envío de mensajes de texto), se usa con frecuencia en los medios de comunicación.

El Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), refiere que el *sexting* consiste en la difusión o publicación de

contenidos que pueden ser fotos, videos o grabaciones audiovisuales de tipo sexual, realizada por la persona víctima, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico. (Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, 2011)

El *sexting* trae consigo la “*sextorsión*” y este consiste en extorsionar a la víctima por el contenido sexual; en manos de la persona incorrecta, puede constituir un elemento para chantajear al autor del contenido sexual bajo la amenaza de publicar o compartir imágenes íntimas que este posee.

2.2.9. Alcances de los Fines de la Pena

A lo largo de la historia, la pena ha sido establecida como el principal medio del que dispone el Estado como reacción frente al delito, con la finalidad de salvaguardar a la comunidad frente a las conductas que gravemente atenten contra los intereses sociales.

La pena ha estado presente en la vida del ser humano, su presencia ha sido ajena a la conformación de un Estado, siendo manifestada anteriormente a este, por medio de la venganza particular propia de la existencia de tribus o grupos familiares. Al ser la pena una aflicción sobre quien esta recae, el Estado para justificar la aplicación de la misma, recurrió a las teorías de la pena, de tal modo que estas corrientes doctrinales surgieron para justificar la aplicación de la pena recaída sobre quien comete un delito.

El autor Roxin señala con respecto a las teorías de la pena, de que la concepción de si la pena muestra una finalidad preventiva no basta para la aplicación de la misma tener en cuenta únicamente la culpabilidad del autor, sino que además cabe la necesidad desde un punto de vista preventivo. (Roxin, 1997)

En esa misma línea Roxin, C. (1997) respecto al fin de la pena manifiesta lo siguiente:

Si el Derecho Penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo de la persona, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido solo se determina, de momento, que conducta puede conminar el Estado. Empero, con ello no está decidido, sin más de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, la cual, siempre tiene que referirse al fin del Derecho Penal. (p.81)

De tal forma, debo señalar que desde años se viene discutiendo el fin de la pena a través de tres teorías primordiales. Teniendo en primer lugar a los preceptos absolutos o teorías absolutas, los cuales ejercen en la imposición de las penas, luego están las teorías relativas, las cuales comprende tanto la prevención general como la prevención especial, y finalmente las teorías mixtas o de la unión que ostentan una mixtura entre las dos primeras. Teorías que pasaremos a desarrollar a continuación.

A. Teoría absoluta o retributiva

La presente teoría se caracteriza porque a la sanción o pena no se establece distinto propósito que solo la aplicación del propio castigo, vale decir, para esta teoría la pena no tiene otro objetivo que trascienda al castigo recaído sobre aquel que ha cometido un delito. Bacigalupo et al (2019), en el “Manual de Introducción al Derecho Penal”, respecto a la teoría absoluta, manifiestan que la justificación de la pena no se basa en sus consecuencias sociales, su necesidad o su utilidad, únicamente lo que se busca es la exigencia de justicia, esto es, aquel que haya delinquido debe recibir la sanción que amerita. Básicamente, el sustento deontológico de la sanción, viene a ser la proyección exclusiva en el pasado, en el delito ya consumado, retribuyendo al agente del delito, el daño o perjuicio que ha generado. (Bacigalupo et al., 2019)

El jurista, Roxin sostiene respecto a la teoría absoluta o de retribución, lo siguiente:

El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológico-social, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe “corresponder” a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta que pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena y una teoría de la determinación de la

pena científicamente perfeccionada se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables. (p. 84)

Con relación a la teoría retributiva, se precisa que la misma muestra determinados aspectos positivos. Esto es, que la proporcionalidad de la gravedad del delito cometido con la responsabilidad de quien lo cometió, se presenta como un límite del castigo y como una garantía para el ciudadano. De acuerdo con ello, la pena no puede superar esa medida, aunque consideraciones preventivas o utilitarias así lo aconsejen, porque ello supondría tanto como utilizar a los individuos como meros medios o instrumentos para el logro de tales propósitos. (Bacigalupo et al., 2019)

Sin embargo, para la teoría absoluta, la pena es vista solamente como un castigo, pues el agente desobedeció las normas impuestas por el Estado. Además, en principio, esta teoría no busca ninguna otra utilidad a la pena, que el solo castigar a quien delinquiró.

B. Teoría relativa o preventiva

Frente a la teoría absoluta, surge la teoría relativa o denominada también preventiva, que justifica la pena por su orientación hacia fines ajenos a ella misma y, especialmente, por su capacidad para prevenir delitos futuros. Esto es, mientras la teoría absoluta atiende el pasado, sancionando a una persona que había

delincuente, la teoría preventiva considera el futuro, es decir, impide que una persona vuelva a cometer delitos.

La teoría relativa apunta a responder la pregunta: ¿para qué punir? Esta teoría se basa en la máxima *punitur ne percetetur*: punir para que no vuelva a delinquir.

La teoría preventiva a diferencia de la teoría absoluta, fundamenta el castigo en la necesidad de prevenir delitos futuros, en la incidencia social, en el amparo de bienes jurídicos y en el beneficio para los ciudadanos; dentro de esta teoría se aprecia el carácter circunstancial y episódico de tales consideraciones, que distinguen de una sociedad a otra y las cuales van transformándose a través del tiempo dentro de cada comunidad y difieren con las exigencias de justicia.

Para la teoría preventiva, la sanción o pena no se orienta a retribuir el mal por el delito consumado, sino la misma es dirigida a prevenir aquellos delitos que en el futuro se llegaran a cometer. Para el jurista Bacigalupo, E. (1999), la teoría preventiva:

Pretende justificar la pena a través de la obtención de un determinado propósito. Este criterio legitimante viene a ser la utilidad de la pena. Por lo tanto, si el fin radica en la intimidación de la sociedad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo general de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho estaremos ante una teoría preventivo especial o individual de la pena. (p. 33)

La teoría relativa está compuesta por dos binomios distintos. En primer lugar, tenemos al primer binomio: prevención general y prevención especial, en el cual toma lugar la prevención de delitos que se le va adjudicar a la pena, es decir, aquella que será dirigida a todos los que conforman la sociedad será una prevención general, por otro lado, aquella que se dirige únicamente al sujeto condenado para que no reincida hablaremos de una prevención especial; del otro lado, tenemos al binomio: prevención positiva y negativa, en el que se disputan los medios para alcanzar la prevención, esto es, benignos o represivos, respectivamente. (Bacigalupo et al., 2019)

a. Teoría de la prevención general

La presente teoría tiene como finalidad orientarse hacia la sociedad, no toma en cuenta al sujeto en concreto que ha delinquido.

Bacigalupo et al (2019), en el “Manual de Introducción al Derecho Penal”, han referido que esta teoría implica la existencia de prevención frente a la sociedad, esto es, prevención que será suministrada a toda la colectividad sin excepción. El fin de la pena para esta teoría, radica en impedir la comisión de futuros delitos repercutiendo a través de la conminación de la pena, su imposición o el cumplimiento de la

misma, la misma que no recaerá sobre aquel que ha delinquido, sino sobre la sociedad en general.

Así pues, desde un punto de vista tomado por Roxin (1997), para la teoría de la prevención general, manifiesta el autor que el propósito de la pena no tiene que ver mucho en cuanto a la retribución del mal en la influencia sobre el agente, sino en incidir en la sociedad, es decir que a través de las amenazas penales y la ejecución de la sanción se deberá instruir a la comunidad respecto a las prohibiciones legales y apartar de la transgresión de las mismas.

Dentro de la teoría de la prevención general, a la vez se distinguen: la prevención general positiva y la prevención general negativa.

i) Teoría de la prevención general positiva

Para el tratadista Roxin (1997), “el aspecto positivo de la prevención general, comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico” (p.91). La teoría de la prevención general positiva se caracteriza porque acentúa la integración social, esto es, que los ciudadanos muestren respeto y depositen su confianza en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la colectividad estaría conforme con las sanciones que se están aplicando.

Ahora bien, para la presente teoría, aquellos vinculados al respeto de las normas no vienen hacer los individuos que ya han delinquido ni aquellos sujetos capaces de cometer delitos, sino todos los ciudadanos que conforman la sociedad.

Esta teoría considera el hecho de que la sanción no opera aisladamente, sino que hay intervención por parte de las instituciones públicas, que se establecen como medios de reacción frente al comportamiento infractor que transgrede al ordenamiento jurídico, y mediante las cuales lograr garantizar el mantenimiento del ordenamiento jurídico como pauta de conducta hacia el futuro. La presente teoría, señala que la función de la sanción se orienta, a confirmar la confianza general en las normas como pauta de orientación social, dirigida a aquellos que creen en la efectiva vigencia de la misma, otorgándoles razones para subsistir en la confianza. Por lo tanto, tanto la existencia como la aplicación de aquella, como reacción frente a la conducta infractora advertirán la comisión del delito, de tal forma que la confianza depositada en la norma sea observada y no la expectativa de su transgresión lo que determine la orientación en el contacto social. (Bacigalupo et al., 2019)

El Jurista Roxin (1997), señala que dentro de esta teoría se logra distinguir tres efectos y fines distintos:

El efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho, que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. (pp.91-92)

Según lo señalado por el autor, lo que se logra es integrar la culpabilidad del sujeto que ha incurrido en delito a través de la prevención, dado que la culpabilidad viene a ser el límite de la imposición de una pena.

En la prevención general positiva se diferencian dos corrientes: 1) Prevención integradora, la cual señala que la pena revalida la conciencia social respecto de la validez de la norma quebrantada con la infracción, generando a través de ello, la confianza en la comunidad sobre el funcionamiento del Derecho; 2) Prevención estabilizadora, prevención que refiere que la pena reintegra la vigencia de la norma penal que ha sido cuestionada con el delito.

Por tanto, la presente teoría, asegura que mediante la integración social el Estado podrá ejecutar un control significativo sobre los ciudadanos, tomando en cuenta la

imposición del derecho penal conforme a las exigencias sociales.

ii) Teoría de la prevención general negativa

Para la teoría de la prevención general negativa, la pena cumple el fin de disuadir a la comunidad de delinquir por temor a ser castigado, temor que se respalda en la amenaza de la pena o a través de la imposición y ejecución de la misma, sobre aquellos sujetos que delinquen.

Esta teoría implica que mediante la pena se ejercerá un tipo de coacción psicológica, pues mediante ello, se instruirá a los individuos de lo que realmente ocurre con la sanción. Esta teoría sostiene que, mediante la aplicación de la pena empleada como un instrumento de amenaza, los ciudadanos evitarían cometer delitos, pues al advertir que a un individuo se le castiga, los demás tendrían el temor también de que se le aplique una pena. Es así que, empleando la amenaza frente a la generalidad, se podría evitar la consumación de delitos. (Bacigalupo et al., 2019)

Sin embargo, esta teoría ha recibido diversas críticas, ello debido a que la pena como instrumento de intimidación incidiendo sobre la sociedad como fin de la misma, conlleva a que se aplique castigos desproporcionados de acuerdo con la gravedad del delito.

En efecto, esta teoría al asignar a la pena un propósito de intimidación general, no puede ser acogida, en cuanto es una medida poco razonable conforme a la configuración que manejan los sistemas penales vigentes, resultando normativamente inaceptable.

b. Teoría de la prevención especial

Esta teoría no está dirigida al hecho delictivo, sino que, esta se dirige directamente al autor que comete el hecho ilícito, aquí la sanción es aplicada a la persona que ha cometido un delito, ello con el propósito de impedir que la misma sea reincidente.

El principal representante de esta teoría fue el jurista Von Liszt, quien, citado por Donna, E (1996), sostiene que para la presente teoría, la pena es imposición aplicada contra la voluntad de quien ha delinquido, suministrándole de motivos necesarios para apartarlo de la comisión de delitos, y mediante ello además fortalecer los ya existentes. Asimismo, se señala con respecto a esta teoría que la pena opera como medida de secuestro del delincuente, ya sea de manera temporal o permanentemente, a través de la neutralización, derrocamiento de la colectividad o aislamiento dentro de ella. Es así que, estas medidas actuarían como efectos de la pena

y como formas por medio de las cuales se logre la defensa de los bienes jurídicos.

A tales fines, Von Liszt, citado por Roxin (1997), les asignó tres manifestaciones, de acuerdo con tres categorías diferentes de delincuentes. Así, frente a los delincuentes incorregibles, se impondría la inculpatión o una pena de prisión por tiempo indeterminado; frente a los delincuentes habituales, se estableció como tratamiento la corrección del autor; y finalmente, para los delincuentes ocasionales, se propuso la intimidación.

C. Teoría mixta o de la unión

Cada una de las concepciones expuestas anteriormente, brindan alguna perspectiva adecuada para definir, el fundamento, la función y los fines de la pena, pero al mismo tiempo, por mostrarse insuficientes, la doctrina moderna intentó combinar o unirlas en concepciones más amplias de la pena, surgiendo de tal modo la teoría denominada mixta o de la unión. Esta teoría, combina de distintas formas aspectos de retribución y de prevención general y especial, pues lo que buscan es un equilibrio ponderado entre justicia y utilidad.

Para el jurista Roxin (1997), esta teoría se basa en que ni las teorías retributivas, ni las teorías preventivas pueden determinar por sí solas el contenido y los límites de la pena, ello en cuanto a

la falta de fundamento teórico en las teorías desarrolladas. Esta teoría fue concebida por Roxin a partir de su "Teoría Dialéctica de la Unión", del cual señala que el punto de partida de toda teoría debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena solo puede ser de tipo preventivo, esto es, reconocer que ni la culpabilidad del sujeto, ni la prevención por sí solas son capaces de legitimar la sanción penal, y rechazar que la retribución de la culpabilidad tenga cabida en la legitimación de la pena al no poder explicarse teóricamente una intervención estatal como la pena. (Roxin, 1997)

Según esta concepción, la pena cumple funciones tanto de la teoría de prevención general como de prevención especial, queda limitada por la culpabilidad del sujeto, lo que le haría proporcional frente a su responsabilidad. Sin embargo, es posible reducir la sanción a imponer si existiesen razones preventivas especiales que lo ameriten, siempre que las exigencias preventivas generales no se opongan a ellos, esto es, siempre que la exigencia de que la pena no vaya más allá de la culpabilidad del infractor.

D. Toma de posición

Ahora bien, de las teorías desarrolladas anteriormente, para la presente investigación se ha asumido la teoría adoptada por el tratadista Roxin, esto es, la teoría de la prevención general positiva. Pues a diferencia de las otras teorías que tienen como fin

imponer un castigo al agente que ha cometido un delito, empleando la intimidación mediante la aplicación de aquel para asegurar a la comunidad frente a los delincuentes y para evitar que estos vuelvan a cometer delitos; la teoría de la prevención general positiva va más allá del uso represivo e intimidatorio de la pena, pues se orienta a la búsqueda de la prevención del delito persiguiendo el fin de mantener la fidelidad y el aseguramiento de las normas, cuyo fin no va dirigido únicamente a los que delinquen sino a la sociedad en general, pues lo que se busca mediante esta teoría es la preservación de la confianza en el ordenamiento jurídico y estabilización en la sociedad.

2.3. ASPECTOS NORMATIVOS

2.3.1. Antecedentes normativos

Anterior a la publicación del Decreto Legislativo 1410 de fecha 12 de septiembre del año 2018, se habrían establecido Proyectos de Ley en el Congreso vinculados a la divulgación de contenido sexual sin consentimiento; el primer proyecto fue el Proyecto de Ley 1669/2016-CR, el cual sostenía en subsanar un vacío con respecto a la inexistencia de una sanción para quien participaba en la divulgación de material íntimo obtenido con la autorización de la víctima. El segundo proyecto, es el Proyecto de Ley 2460/2017-CR en el cual se exponía la modificación del art. 154 del código penal con la finalidad de añadir un cuarto párrafo al mismo como agravante, elevando la

pena a aquellos que, habiendo cometido el delito de violación de la intimidad de una persona, difundieran contenido íntimo.

Es así que, mediante la publicación del DL en mención, se habría cumplido los fines propuestos de tales proyectos, ya que, en la actual norma penal, se sanciona a aquel que ha obtenido el material íntimo con el consentimiento de la víctima, y la difusión del material mediante el uso de internet es considerada como una agravante.

2.3.2. Análisis dogmático del artículo 154 B del código penal peruano

Es vital demostrar que la norma aprecia la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual que vulneran gravemente la intimidad personal. Es así que, este delito fomenta la tutela del bien jurídico que es la intimidad personal al incorporar una nueva modalidad al intervenir de forma específica el “*revenge porn*”, una especie de porno venganza, que consiste en la divulgación de fotografías o grabaciones audiovisuales en un contexto de intimidad, con la venia de la víctima, para, en un posterior momento (tras la ruptura) ser divulgados sin consentimiento alguno. Normalmente en una relación de pareja existe un vínculo de confianza; no obstante, tras la ruptura de la relación, uno decide poner a la luz aquellos contenidos que surgieron en la confianza de ellos mismos.

No obstante, ni el alcance de este tipo se agota en este fenómeno ni puede afirmarse con seguridad que permita castigar todos los ataques

que vulneran la intimidad, acorde a la práctica de difusión de contenido sexual sin el consentimiento de su autor. Así como la circulación del reenvío de imágenes o videos de tipo sexual mediante uso de dispositivos tecnológicos.

A. Bien jurídico protegido

Como bien sabemos, una de las funciones esenciales del Derecho Penal, radica en el amparo de bienes jurídicos con relevancia constitucional, pues a través de las normas de índole penal lo que se procura es la protección tanto de valores como intereses estimados como fundamentales y con ello alcanzar un orden social.

Los derechos fundamentales por representar un interés fundamental, requieren de protección jurídica, y la manera más oportuna de asegurar dicha protección, es instaurando que la transgresión de bienes jurídicos trae como consecuencia una sanción de índole penal, así pues, la intimidad al ser considerada como bien jurídico, esta adquiere protección por parte de la legislación penal. así como de la constitucional y civil. Esta protección que recae sobre bienes jurídicos, implica centrarse en las conductas que conlleven a un riesgo o lesión de aquellos.

Ahora bien, el M Cs. Gonzales, J (2008), manifiesta que se debe entender por bien jurídico lo siguiente:

Si aceptamos que los seres humanos somos el centro del quehacer social – en tanto el postulado principal de la república

es, precisamente, el ser humano-, podría decirse que los bienes jurídicos representan intereses relevantes de las personas en tanto sujetos sociales. La vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos (en tanto la colectividad y no un grupo en específico sean los beneficiarios). Desde este punto de vista, el bien jurídico no es patrimonio solo del derecho represivo, sino del derecho, como regulador de relaciones interpersonales y sociales (p. 16)

En lo sucesivo, Peña, O & Almanza, F (2010), han manifestado lo siguiente:

Un bien jurídico, es un valor considerado fundamental para una sociedad que la norma penal quiere proteger de comportamientos humanos que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad que el legislador atribuye a determinados intereses que una sociedad considera fundamental para el vivir bien (pp. 141 -142)

Por su parte, Gamero et. al (2012), en el “Manual de Casos Penales. La teoría General del Delito y su importancia en el marco de la Reforma Procesal Penal”, han señalado respecto al bien jurídico lo siguiente:

Son bienes jurídicos aquellos intereses de la sociedad que tienen una importancia fundamental y merecen la protección del Derecho (v.gr. la vida, el honor, el patrimonio, etc.). Esta protección se brinda mediante las normas penales que califican como delitos aquellos comportamientos prohibidos que lesionan esos bienes jurídicos protegidos. No obstante, respetando el principio de mínima intervención el Derecho Penal, protegerá solamente aquellos bienes jurídicos considerados como fundamentales mediante la represión de aquellas conductas realmente lesivas. (p.59)

Ahora bien, con respecto a la intimidad como bien jurídico, Peña Cabrera (2019) citando a Romeo Casanova, ha manifestado que:

La intimidad como bien jurídico, hay que vincularla al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, pero no es suficiente

con adoptar una perspectiva estática, puesto que para la captación de las diversas dimensiones que presenta es preciso entenderla inmerso en un constante e inacabado proceso evolutivo, lo que significa al mismo tiempo aceptar que no será posible por mucho tiempo construir un retrato definitivo. (pp. 708 - 709)

Bajo lo precisado, el tipo penal 154 B del CP, incorpora como bien jurídico protegido a la intimidad personal, derecho que es reconocida por nuestra Const., específicamente se encuentra regulada en el inciso 7 del art. 2, precepto legal que ampara también, al derecho de honor, la buena reputación, a la voz y a la propia imagen. Esta disposición constitucional establece que toda persona tiene derecho “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propia”; la cual debe ser entendida que a toda persona se le asegura su derecho a conservar su intimidad, a gozar de una vida privada, otorgándole facultad a la persona para disponer de poder sobre aquella información que desea mostrar frente a los demás y la que resguarda para sí misma, de tal forma que cada persona reservará cualquiera que sea el contenido que posea frente a la curiosidad ajena.

Al respecto, Urquiza Olaechea, ha manifestado lo siguiente:

La intimidad es un bien jurídico de naturaleza subjetiva, tanto en el sentido que pertenece al sujeto, como en el de su contenido, en una importante medida, viene determinado por la voluntad del mismo. Esto último, significa que si bien la intimidad, en teoría, se refiere a una intimidad de datos sobre el sujeto en la práctica, será el propio individuo quien delimite su extensión. (pp. 479-480)

a. Toma de posición

En virtud a ello, podemos decir entonces que la intimidad como bien jurídico protegido es entendida como la esfera de la existencia que un determinado individuo reserva para sí mismo, libre de intromisiones tanto de sujetos ajenos como del Estado, así como de la divulgación de hechos reservados para sí, dado que la vida privada engloba todas aquellas manifestaciones que están apartadas de la proyección pública del individuo, del papel que cada cual desempeña dentro de la sociedad. Si bien en la vida social se tiene que transigir determinadas imposiciones, en la esfera privada se tiene la posibilidad de regirse por los propios deseos de la persona, en tanto la intimidad es el marco dentro del cual el ser humano se puede desarrollar libremente sin ser observado por terceros.

B. Conducta típica

Con respecto a la conducta típica, es necesario tener en consideración que la teoría del delito al ser constituido como un instrumento de análisis de la conducta humana, emplea un método dogmático, que identifica y sistematiza a partir de los preceptos generales los elementos necesarios para afirmar la existencia de un hecho delictivo y determinar su relativa gravedad. Se ha señalado que estos elementos son: acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, los cuales están regidos por el principio de

preclusión, es decir que para la configuración de un delito tiene que haber una concatenación entre estos elementos. Así pues, la tipicidad viene a ser aquel elemento que estudia si el comportamiento o el hecho perpetrado por el sujeto se encuentra regulado en la norma penal.

De lo señalado anteriormente, la conducta típica viene a ser el elemento vital del tipo objetivo de la norma penal, es así que para verificar si el comportamiento infractor reúne todos los elementos que compone un tipo penal y el resultado de aquel pueda ser imputable a su autor, se recurrirá al denominado verbo rector, mediante el cual, se podrá determinar cuál ha sido la acción u omisión de ese comportamiento.

En ese aspecto, la presente investigación se centra en el análisis del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual previsto en el art. 154 B del CP. Ahora bien, el tipo penal se compone de los siguientes elementos:

a. Verbos rectores: difundir, revelar, publicar, ceder, comercializar

Con respecto a tales verbos rectores, no se establece distinción alguna entre las cinco modalidades típicas. Ahora bien, el diccionario de la R.A.E., precisa que por el término difundir se debe entender como desplegar, divulgar, propagar

un hecho, una noticia, etc.; por el término revelar, se debe entender como evidenciar, poner al descubierto o manifestar algo que se encontraba oculto; por el término publicar, se debe comprender como hacer notorio o visible por cualquier medio, algo que se quiere poner a conocimiento de todos; por el término ceder se debe entender como conceder, entregar o traspasar a otra persona ya sea un objeto, elemento, acción o derecho; y, por el término comercializar debe entenderse como otorgar a un determinado producto condiciones y medios de distribución para su comercio.

En palabras de Peña Cabrera (2019), respecto a los verbos rectores, refiere que:

Por difundir debe entenderse la exhibición o dígase propalar el material con contenido sexual, así una cantidad indeterminada de personas, pueden acceder a la misma, dependiendo del medio empleado por el agente. Revelar, implica develar, poner al desnudo el material con contenido sexual que no se pretendía poner a la luz de terceros. Publicar, importa hacer público la imagen, material audiovisual o audio de contenido sexual, estando como propósito el de extender la información a una gran cantidad de público, así puedan apreciar su contenido, Comercializar, significa dar un carácter comercial al material audiovisual o audio, ingresarla al tráfico mercantil, con el fin de obtener un precio a cambio. Mientras que ceder, implica dar, otorgar a otra persona el material con contenido sexual, para que este último pueda realizar cualesquiera de las modalidades previstas en la redacción normativa del articulado. (pp. 709-710)

De los verbos rectores entonces, se puede observar, que es el propio sujeto activo el que difunde, revela, publica, cede o comercializa el material con contenido sexual obtenido, a un

número indefinido de personas, perdiendo aquel, el control sobre el contenido sexual conllevándose a que la vulneración del bien jurídico protegido se incrementa. En esa misma línea, del delito en análisis, se puede evidenciar notoriamente la distinción entre la obtención del material con contenido íntimo y la autorización para la difusión, revelación, publicación, cesión o comercialización de la misma.

b. Objeto del delito: imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual

El objeto del delito del tipo penal 154 B está conformado por imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, extendiéndose el contenido, siempre que deteriore la intimidad de la víctima.

c. Que hubiera obtenido con su anuencia

Las modalidades típicas previstas en el art. 154 B del CP, la norma precisa que deben ser efectuadas sin la autorización de la víctima; sin embargo, eso no sucede con la obtención de las imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, dado que la norma señala que para la obtención se debe contar con la anuencia o consentimiento del sujeto pasivo. De ello se puede advertir entonces que, si para dicha obtención no existe de por medio la anuencia del titular del

material con contenido sexual, tal conducta sería considerada como atípica, de tal modo que la redacción de la norma penal genera incertidumbre; en este caso en torno a la obtención de las imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de primera mano con la anuencia de la víctima. Pues, la norma penal se limita a que la obtención del contenido sea con anuencia; sin embargo, no siempre sucede que para la obtención se conceda la autorización del autor, en virtud de que no siempre la víctima facilita el contenido íntimo a otras personas, pues ahora a través de los medios tecnológicos existen diferentes modos de que el material íntimo pueda ser obtenido. (Torres, 2018)

C. Sujetos: activo y pasivo

En el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, cualquier persona puede ser sujeto activo del mismo, ya sea varón o mujer que sin autorización de la víctima difunda, revele, publique, ceda o comercialice el material con contenido sexual que obtuvo con anuencia de la misma. Entiéndase por autorización, de acuerdo al diccionario de la R.A.E, el otorgar o reconocer a una persona, facultad, poder o derecho para hacer algo.

El autor Cabanellas, G (2006) por su parte, manifiesta con respecto al término autorización como la potestad que se concede a un determinado sujeto para que, en nombre del titular, realice algún acto.

En cuanto, al sujeto pasivo, en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, puede ser cualquier persona, siendo víctima una mujer o un varón. Esto es, quien es afectado por las acciones típicas: difundir, revelar, publicar, ceder o comercializar su material íntimo sin su consentimiento.

D. El tipo subjetivo

El tipo subjetivo del delito resulta ser doloso. No es posible, una modalidad culposa, de forma que, si el delito de difusión, revelación, publicación, cesión o comercialización se configura como una conducta negligente, no habrá responsabilidad penal.

Para la imputación del tipo penal es necesario que quien difunda, publica, revela, ceda o comercialice los contenidos de imágenes, material audiovisual o audios, lo haga conscientemente, queriendo revelar los contenidos. Por lo tanto, se trata de una conducta con intención de perjudicar o dañar al otro es decir con “dolo”.

En ese sentido, citando a Peña Cabrera (2019), ha manifestado con respecto al tipo subjetivo del tipo penal, que “Una conducta de

las características regladas en el artículo 154 B, solo resulta sancionado a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica. El aspecto cognitivo debe abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal” (p. 710)

Por tanto, el tipo penal por configurarse como un delito eminentemente doloso, no cabe la culpa, dado que la comisión del presente delito conlleva a poner en peligro la intimidad de la víctima, así pues, en palabras de Rocco, citado por Ruiz, A. (2016), precisa que “los delitos de peligro nunca podrán ser delitos culposos”. (p.13)

E. La pena

El tipo penal 154 B del CP, refiere que quien incurre en la comisión del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con treinta a ciento veinte días – multa. La razón que conlleva a la imposición de tal pena, es la existencia de consentimiento o autorización de la víctima en la obtención de material con contenido sexual.

F. Agravantes

Asimismo, dentro del art. 154 B del CP, se regula dos circunstancias agravantes estableciéndose como sanción, pena

privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, cuando:

Cuando la víctima mantenga o haya mantenido una relación de pareja con el agente, son o han sido convivientes o cónyuges. La regulación de esta agravante es oportuna, en cuanto es una situación que sucede en la realidad, esto es, la obtención consentida de imágenes o videos de carácter sexual entre parejas.

No obstante, ante una ruptura conflictiva, toma lugar el denominado *revenge-porn*, quedando quebrantado el vínculo de confianza que existió entre parejas en un inicio.

Tal situación se refleja también en los casos de *sexting*, y esto se en los distintos tipos de relación afectiva, ya que la persona victima suele ser ultrajada ante una ruptura, viéndose afectada en los diversos aspectos que conforman su vida privada.

Como segunda agravante: cuando para materializar el hecho utilice redes sociales o cualquier otro medio que genere una difusión masiva. Respecto a esta agravante, los medios sociales actualmente han dado lugar a que se genere difusión masiva de diferentes contenidos, así como contenido de tipo sexual perteneciente a un determinado individuo, y esto debido a que nos encontramos ante una sociedad sumergida en la tecnología de la información, por lo que será una cantidad significativa de personas

que podrán acceder al material con contenido sexual, lo cual es claro que esto conlleva a un perjuicio de alta intensidad sobre los bienes jurídicos fundamentales de la víctima.

Es por ello que, materializar la conducta delictiva mediante redes sociales o mensajerías instantánea es perjudicable porque se pierde el control, podría estar hoy en Perú y en par de horas, en otro país, ya que cuando está en la nube del sistema darle de baja es algo complicado, ya que primero deberá detectar el IP, es decir el número del dispositivo, de donde se difundió inicialmente para poder controlarlo.

2.3.3. Análisis comparativo con la legislación extranjera

El delito de difusión de material con contenido sexual se encuentra regulado también en diversas legislaciones a nivel internacional, tales como:

A. España: Código Penal Español

El Código Penal Español regula dos conductas vinculadas a la violación del derecho a la intimidad: En primer lugar, la conducta de aquel que sin consentimiento de la persona víctima difunde, revele o ceda a terceras personas, imágenes o grabaciones audiovisuales de la víctima que ha obtenido con su autorización.

Segundo, la conducta de aquel que ha recibido el contenido a la que se hace referencia el párrafo anterior, las divulgue, revele o ceda a terceras personas sin la autorización de la víctima. (Ley Orgánica 10/1995, 2023, Art. 197.7)

B. México: Código Penal Federal

El Código Penal Federal de México, en su art. 211 Bis regula el delito de revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, sancionando la conducta de aquel sujeto que propague, utilice o revele ilícitamente o para perjudicar a otro, imágenes o información adquirida en una intervención de comunicación privada perteneciente a la víctima, aplicándose una sanción de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa. (Decreto 165, 2023, Art. 211 Bis)

Actualmente se ha regulado la Ley Olimpia, donde se establecen los delitos y sus respectivas sanciones (ver apéndice 1)

C. Código Penal del Estado de Yucatán

La legislación penal del Estado de Yucatán, en su art. 243 bis 3 sanciona la conducta de aquel sujeto que obtiene con el consentimiento de otra persona imágenes, textos o grabaciones de voz o audiovisuales de contenido erótico, sexual o pornográfico de la víctima y proceda a difundirlo, revelarlo, publicarlo o exhibirlo sin la autorización de esta última, ya sea mediante mensajes de

texto, publicaciones en redes sociales, mediante uso de correo electrónico o a través de cualquier otro medio social. (Decreto 253, 2023, Art. 243 Bis 3)

D. Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla

La legislación del Estado Libre y Soberano de Puebla en su art. 225 del CP, prescribe que: incurre en el delito de violación a la intimidad sexual, aquel sujeto que con el propósito de ocasionar perjuicio a la víctima o con la finalidad de obtener un beneficio: Difunda, comparta, distribuya, publique o solicite la imagen de una persona desnuda ya sea parcial o totalmente de contenido de tipo sexual, a través de cualquier medio, ya sea impreso, grabado o digital, sin la autorización de la víctima, cuya conducta será meritoria de una sanción de tres a seis años de prisión. (Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla, 2023, Art. 225 I)

E. Código Penal del Estado de San Luis Potosí

El presente código penal, en su art. 187 sanciona la conducta de quien incurra en el delito de difusión ilícita de imágenes íntimas, al difundir, transferir o publicar imágenes, audios o grabaciones de contenido sexual, tenga o no algún texto, obtenidas con o sin la anuencia de la persona afectada, sin consentimiento para su divulgación, tal conducta acarrea una sanción de dos a cuatro años de prisión. La misma aumenta, cuando el delito prescrito es

consumado por el cónyuge de la víctima o por sujeto que esté, o haya estado en una relación con la persona afectada, pese a que no haya existido convivencia alguna entre ellos, asimismo la pena se aumenta cuando la víctima se tratara de un menor de edad, o sea una persona con discapacidad. (Decreto 793, 2023, Art. 187)

F. Brasil: Ley 13718

El sistema jurídico brasileño, mediante la publicación de la Ley 13718 en su artículo 218 C determina una pena de 1 a 5 años de cárcel para aquellos que ofrezcan, intercambien, dispongan, transmiten, publiquen o divulguen, por cualquier medio (incluso por medio de comunicación de masas o sistema de informática), fotos, videos u otro registro audiovisual que contenga una escena de violación o que haga una apología o induzca a su práctica; o una escena de sexo, desnudez o pornografía sin el consentimiento de la víctima. La pena es aumentada de 1/3 a 2/3 si el crimen es practicado por alguien que mantenga o haya mantenido una relación íntima de afecto con la víctima, o con el fin de venganza y humillación. (Congreso Nacional de Brasil, 2018, Artículo 218 C)

2.3.4. Análisis jurisprudencial

A. Caso Sentencia N.º 126-2020

En Perú, se dictó la primera sentencia, respecto al delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, así pues, mediante Sentencia N.º 126-2020

contenida en el expediente 00122-2020-0-3208-JR-PE-01, se emite lo siguiente (Corte Superior de Justicia de Lima Este, 2020, Sentencia N.º 126-2020):

Los hechos datan del 13 de octubre de 2019, cuando la querellada (de la cual no se revela el nombre por ser un delito que transgrede el bien jurídico la intimidad) habría difundido imágenes fotográficas de connotación sexual, publicaciones que las habría realizado sin consentimiento de la agraviada, asimismo la querellada habría creado una cuenta falsa, indicando datos completos de la querellante haciendo ver como si la misma agraviada hubiera sido la que ha efectuado dichas publicaciones. Asimismo, la querellada admitió haber publicado y difundido dicho material de connotación sexual sin el consentimiento de la querellante, pese haber recibido llamadas y mensajes en los cuales la agraviada le pidió que borrara dichas publicaciones, imágenes que habrían sido vistas por un sin número de personas, ya que fueron publicadas en la red social *Facebook*.

Si bien la agraviada ha sido quien ha trasladado dichas fotografías y/o videos a la querellada, pero esta última sin tener la autorización difunde y publica las fotografías.

Se tiene, que con fecha 06 de enero de 2020 la querellante formula denuncia penal ante la Comisaria PNP de Santa Anita contra la

querellada, por la publicación abierta de fotos íntimas en la red social de *Facebook*.

Por otro lado, se tiene que en los alegatos de apertura la defensa técnica de la querellada procede con interponer la excepción de improcedencia de acción, en razón a que los hechos cometidos no constituyen delito y refiere que el círculo de dicho video ha sido entre la querellante y su pareja, por otra parte señala que quien hizo la publicación del video fue la misma querellante, quien fue la que publicó sin autorización de su pareja, para luego enviárselo a la querellada, siendo esta la segunda persona quien habría publicado el video.

Respecto a la valoración probatoria del fondo del proceso penal se advierte que la querellada ha admitido en diferentes etapas del plenario que ha publicado las fotografías y/o videos que le fueron enviadas por parte de la querellante, la cual efectuó que la querellante en reiteradas oportunidades venía acosando y/o ofendiendo a su menor hijo de que había sido reconocido con una prueba de ADN. Asimismo, la querellante ha reconocido en el proceso que dichos videos y/o fotografías fueron enviadas a la querellada por error.

En el fondo del proceso el juez señala que la agraviada ha contribuido a la comisión del delito tipificado en el art. 154 B del CP, considerando la auto puesta en peligro de la agraviada.

Que en el proceso se ha reconocido que la querellante y el testigo mantuvieron relaciones sexuales la misma que fueron grabadas y fotografiadas por ellos mismos y que por un error lo envió al *whatsapp* de la querellada.

Asimismo, otro punto que se señala en la sentencia es que el tipo penal solo 154 B solo exige que la obtención del material con contenido sexual sea bajo un primer consentimiento de la víctima, en consecuencia, de la norma penal se evidencia que la sanción solo es exigible para la primera persona y no para aquellas que hubiesen contribuido en la cadena de propagación del material con contenido sexual, no lográndose sancionar a los sujetos que vuelven a participar en la difusión del material de la víctima.

Así pues, el Juez señala que luego de desplegada la actividad probatoria, no se puede dictar sentencia condenatoria contra la querellada por cuanto no se logra tener certeza de que sea responsable del delito imputado, por lo que decide absolver a la querellada.

Ahora bien, del presente caso se puede advertir si bien la querellante fue quien envió el material íntimo a la querellada, configurándose la auto puesta en peligro, hay que precisar que no medió el consentimiento para que esta última publicara en redes sociales dicho contenido, hecho punible que actualmente no se encuentra regulado en el tipo penal, ya que la norma menciona

que para que el delito se configure debe existir el consentimiento. Asimismo, otro hecho punible que no se encuentra amparado en el art. 154 B, es el de sancionar al segundo difusor, ya que como se percibe del caso, la querellante habría tomado el material íntimo sin el permiso o consentimiento de su pareja, para enviárselo después a la querellada, obrando esta última como segunda difusora; pero dichos hechos al ser atípicos, los involucrados quedan impunes y por tanto libres de ser sancionados penalmente, ya que en el supuesto de que la pareja de la querellante quiera denunciar tal hecho por verse implicado su derecho a la intimidad, al no encajar dichas circunstancias en el precepto normativo, se estaría dejando en desprotección el derecho a la intimidad del individuo y por tanto quedando en peligro el bien jurídico.

2.4. ASPECTOS OPERACIONALES

2.4.1. Laguna Normativa

Un vacío legal o laguna normativa, existe cuando falta en un ordenamiento dado, una regla a la que el juez pueda referirse para resolver un conflicto que tiene planteado.

Así, los filósofos argentinos Alchourrón y Bulygin precisan que hay existencia de laguna normativa cuando un caso de relevancia jurídica no encuentra solución en las normas de un determinado sistema

jurídico. Dicha relevancia jurídica implica la descripción de todas aquellas propiedades o características de un determinado caso que el sistema jurídico ha seleccionado como merecedoras de su regulación. (Ramos, 2017)

Asimismo, el jurista Imerio Jorge Catenacci define a la laguna normativa como aquella en que un determinado suceso no se haya previsto ni resuelto por las normas vigentes. (Castillo, 2009)

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

El presente capítulo consta del desarrollo de la contrastación de la hipótesis planteada en el trabajo de investigación, ello a partir de la amplificación de la parte teórica y doctrinal que se desarrolló en su momento.

De este modo, para la contrastación de la hipótesis; por una parte, se empleó como método genérico, el deductivo, el cual nos permitió plantear nuestra hipótesis, con la ayuda de teorías, definiciones y derecho comparado que lo avalan; por otra parte, como método propio del derecho, tenemos al método dogmático, el cual se utilizó para desplegar los elementos del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual y poder interpretarlos valiéndonos de doctrina, lo que nos permitió lograr identificar la realidad problemática abarcada en la investigación.

La presente investigación tuvo como objetivo general determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para incorporar la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual tipificado en el artículo 154 B del CP. Es así que, para lograr este fin, nos planteamos la siguiente hipótesis, las mismas que fueron: la transgresión de la intimidad como bien jurídico protegido, satisfacción del fin preventivo general positivo de la pena, y la autonomía de la víctima.

3.1. TRANSGRESIÓN DE LA INTIMIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Hemos advertido que la intimidad resguarda la esfera en la cual se desarrollan los aspectos más discretos de un individuo, y que al ser considerada como un derecho fundamental inherente a la persona de reservar un ámbito de su vida como recóndito e intangible para los demás, despliega una capacidad para evitar su manipulación por otros, en atención a lo cual, se ha requerido la protección de la misma mediante normas, tratados, acuerdos, convenios y diversas legislaciones.

Esta exigencia de tutela de la intimidad ha surgido a partir del riesgo al cual se hallan expuestas las personas a causa del desarrollo acelerado de las plataformas digitales, ya que, con la aparición del internet, de dispositivos móviles, sensores, entre otros, se ha redefinido la manera en que se puede transferir, almacenar o difundir información y datos personales de una persona, generándose mediante ello una sensación de inseguridad en la privacidad de las personas.

Bajo lo precisado, un Estado Constitucional de Derecho como instrumento que tiene como base primordial la defensa de los derechos fundamentales y sobre todo la preeminencia normativa de la Constitución, lo cual implica que cualquier ley o norma reglamentaria deberá ajustarse acorde al contenido de la Constitución, los derechos fundamentales al revestir un valor esencial dentro de este, presentan un vínculo directo con el fortalecimiento y la estabilidad de la colectividad, lo cual los convierte en garantías institucionales de una sociedad democrática.

En base a ello, el modelo de Estado Constitucional de Derecho ha sido adoptado con la finalidad de que se reconozca a las personas como los titulares de una infinidad de derechos fundamentales, partiendo de que, a través de la disposición

constitucional, como lo es la Constitución, se establezcan leyes como único medio para incriminar acciones o conductas que busquen lesionar o poner en riesgo estos derechos fundamentales.

El derecho constitucional a la intimidad no es ajeno a esta protección, dado que este derecho salvaguarda tanto la vida íntima personal como familiar de las personas, abarcando distintos aspectos de la vida privada de una persona, tales como aspectos sociales, económicos, religiosos, de desempeño laboral, entre otros.

El derecho a la intimidad, en tanto derecho fundamental establece límites, esto es, impide la intervención de cualquier sujeto en la esfera privada, ello en garantía de la autodeterminación individual de la persona. Pues, al ser un derecho de autonomía privada, por tanto, convierte a la persona en propietario de este derecho, y por ser un derecho fundamental de índole universal e indisponible, este debe de ser respetado en las mismas condiciones para todos por igual. (Ferrajoli, 2016)

Un Estado Constitucional de Derecho si bien tiene como prioridad la supremacía de la Constitución, también garantiza la plena eficacia de los derechos fundamentales contenidos en este último, pues un derecho fundamental como lo es el derecho a la intimidad adquiere un contenido esencial, comprendido por elementos mínimos que permiten que este sea reconocido y que a la vez impiden su desaparición o transformación. (Prieto, 1990)

Es así que, la persona al ejercer el derecho fundamental a la intimidad, implica el ejercicio de un derecho que se encuentra libre de manipulaciones y que por lo tanto al tratarse de un derecho que reconoce el desarrollo de la autonomía de la persona,

le permite que aquella pueda disfrutar plenamente de los aspectos que conforman su vida personal.

Cuando nos referimos a la autonomía, aludimos a la libertad que tiene la persona en la toma de decisiones vinculadas a aspectos fundamentales de su vida, sin que implique injerencias que de alguna forma quieran tomar la elección en estas decisiones. La autonomía de la persona ocupa una gran importancia en el derecho a la intimidad, en cuanto comprende aspectos de la existencia misma de la persona, de los cuales esta decidirá qué aspectos desea mostrar al exterior y de qué manera los quiere mostrar.

Este derecho fundamental inherente a todo ser humano, al ser un derecho de naturaleza subjetiva, le permite al individuo desarrollar su vida personal y disponer de su círculo privado, es decir que las acciones provenientes de su personalidad tanto individual como familiar quedan reservados para sí mismo, prescindiendo la divulgación de información que mantiene en su esfera privada, y posibilitando la autonomía y libre desarrollo de su personalidad.

Esta naturaleza subjetiva del derecho a la intimidad se puede contemplar bajo dos aspectos, un primer aspecto es cuando el individuo no permite que ajenos con los cuales no tiene ningún vínculo estrecho, conozcan determinados aspectos de su vida personal; y como segundo aspecto está la posibilidad que conlleva a que el individuo tenga control de sus datos personales y que pueden ser de conocimiento por los demás, así como la forma en que la misma es expuesta y los límites con los que se expone.

La intimidad personal implica que aquello perteneciente a la esfera íntima de una persona deja de ser público para otras, tales como los datos propios que se preserva frente a las indiscreciones ajenas, necesaria para un adecuado desarrollo de la personalidad humana; por tanto, es la persona, cuya titularidad ejerce sobre este derecho a la intimidad, quien permitirá el acceso de otros a su esfera personal. Es así que, esta facultad de exclusión, contribuirá con la tipificación de aquellas conductas que atentan o que impliquen una amenaza para el derecho a la intimidad.

Cabe señalar que el derecho a la intimidad se encuentra conexo con los derechos como al honor, a la integridad y a la libertad sexual; por lo que el derecho al honor al estar comprendido dentro de los derechos personalísimos del individuo, este también se halla sujeto a límites, así como lo está el derecho a la intimidad.

En ese sentido, cuando se ve atacado la intimidad de una persona, trae consigo a la vez la transgresión del derecho al honor de la misma, en cuanto hablamos de dos situaciones jurídicas que reconocen el valor ensimismado que posee cada persona, y que, por tanto, la vulneración de la primera implica vulneración del segundo, creándose la necesidad de determinar una exigencia general de respeto y protección hacia ambos derechos, por tener el derecho al honor una vinculación con el libre desarrollo de la personalidad de la persona, esto es, permite el desarrollo persona del individuo y su participación en los procesos sociales.

Por otra parte, el ser humano por el solo hecho de serlo este goza del derecho fundamental a su integridad tanto física, psíquica como moral, derecho que le permite su propia existencia y cuyo reconocimiento por la Constitución implica que todo individuo tiene derecho al desarrollo de su vida sin que exista algún menoscabo

contra aquella, en ese sentido cuando se connota un grado de lesión hacia el derecho a la intimidad, este asimismo constituye un ataque hacia la integridad de la persona, que a la vez implica una degradación en el libre desarrollo de la personalidad, dado que nos referimos a dos derechos inherentes a la persona en atención a su dignidad.

De la misma manera, el derecho a la intimidad presenta un vínculo estrecho con el derecho a la libertad sexual, pues este último implica aquella capacidad que reconoce la Constitución a las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad y que permite a su vez el libre desarrollo de su personalidad, de modo que, ante las distintas formas de violación de la libertad sexual de un individuo también involucra la transgresión de su derecho a la intimidad.

Otro punto a señalar es, que el derecho a la intimidad no se limita únicamente en los aspectos de la esfera privada de una persona, sino de igual forma en determinadas circunstancias con otras personas con las que posea una estrecha relación, consintiendo que este determinado vínculo incida en su vida personalísima.

De ahí que, para que un extraño quiera acceder a la esfera íntima de una persona, es transcendental que exista el consentimiento o permisividad de su autor, de lo contrario, cualquier forma de invasión a aquella implica una violación a la misma, en la medida que el contenido de la esfera ha sido exteriorizado sin la autorización de su autor.

El consentimiento es un punto importante a considerarse frente a la transgresión de la intimidad como bien jurídico, en virtud de que para que una conducta influya en determinados aspectos que obran en la vida íntima de la persona, es el titular del bien jurídico quien puede otorgar el consentimiento de esa conducta en su esfera.

Dado que, el consentimiento implica aquella libertad que tiene el titular sobre este derecho fundamental a la intimidad, esto es, la existencia de voluntad del acto del que consiente, debiendo ser exteriorizado por el titular, de lo contrario si el consentimiento no es permitido no se estaría frente a la voluntad del titular, y por ende se estaría contrariando la libre autodeterminación de la persona.

Sobrepasar los límites de lo íntimo de una persona, es decir, la existencia de perturbación por parte de sujetos ajenos en la esfera íntima, hace de la intimidad objeto de protección jurídica por el Derecho, por tanto al ser considerado el derecho penal como protector de bienes jurídicos, se ve en la obligación de amparar la intimidad de las personas, con el fin de que extraños no intervengan en la esfera privada de una persona y la misma sea expuesta, ya que al perder el control sobre datos íntimos implica una afectación perniciosa para quien la sufre.

Para que esta función protectora del derecho penal sea efectiva, el legislador plasma en el ordenamiento jurídico aquellas conductas que son consideradas prohibidas por infringir derechos fundamentales, y las cuales son punibles por transgredir el valor que poseen estos derechos o por el solo hecho de la puesta en peligro del bien jurídico.

Lo que permite que la intimidad sea estimada como bien jurídico protegido, es el derecho a la autodeterminación de la persona, pues cuanto más capacidad de autodeterminación ostente, mayor ámbito privado conservará; y porque como bien jurídico dispone de protección y desarrollo de la individualidad.

La necesidad de amparo de este bien jurídico intimidad parte de aquella conducta lesiva que invade el ámbito privado de la persona, en virtud de que la intimidad por ser un derecho personalísimo, aspectos particulares no puede ser compartidos o difundidos sin antes contar con la anuencia del titular legítimo de aquellos datos íntimos.

La importancia por tanto recae en preservar la intimidad de las personas, frente a la vulneración de este derecho cuando alguien intenta ingresar al ámbito privado de la misma y en el cual no exista beneplácito por parte de aquella, por lo que mediante protección jurídica se podrá ejercer un control personal marcando límites internos en la esfera privada, dado que la intimidad es la esfera necesaria que coadyuva al desarrollo y fomento de la personalidad que debe quedar resguardado de intromisiones ajenas, además que conforma el presupuesto ineludible para el ejercicio de otros derechos.

En tal caso, en vista de que la desautorizada apropiación de la personalidad de la persona, mediante la intromisión a determinados aspectos íntimos de aquella genera un menoscabo, dicha situación hace de la protección jurídica un instrumento sustancial para velar por el derecho a la intimidad, limitando de tal forma cualquier modo de violación a este derecho fundamental.

El problema de la transgresión del derecho a la intimidad surge a partir de la capacidad de control que tienen personas ajenas sobre la esfera íntima de una determinada persona, y esto se ve actualmente con el uso de las redes sociales que hoy en día cualquier persona puede tener el libre acceso a ellas, ya que la información que es considerada íntima y discreta para una persona, cuando es obtenida por una persona ajena al círculo privado de aquella, esta es manipulada para fines distintos al que hizo lícita su comunicación, así como difundir o compartir la información, facilitando que diversos individuos tengan la asequibilidad a dicha información traspasando de esa manera el límite entre lo privado y lo público.

Problema que se ve reflejado en la regulación del art. 154 B del CP, en cuanto como norma penal es claro que debe estar encaminada a la protección del bien jurídico intimidad, englobando todos los supuestos que adviertan un quebrantamiento a este derecho fundamental, cuya función parte de la Dogmática Penal, dado que esta disciplina permite desentrañar el contenido de las normas penales procurando una correcta interpretación y aplicación de las mismas y con ello establecer una adecuada tipificación de un determinado hecho punible en el ordenamiento jurídico.

Sumado a ello, hay que indicar que la afectación hacia la intimidad de las personas, es una situación no solo acontecida en nuestro país, sino en diversos países del mundo, y debido al daño que ha venido padeciendo este derecho fundamental en sus diferentes modalidades, es que diferentes países se han visto en la obligación de velar por la protección de aquel derecho fundamental, en virtud de que el internet así como su aparición ha logrado un beneficio para la humanidad, también ha traído consigo cierta peligrosidad en su uso, ya que mediante este medio ahora es mucho

más fácil poder comunicarse con diversas personas de distintos países lo que ha conllevado a que haciendo uso de este medio se pueda lograr compartir cualquier material virtual, lo que puede incluir, documentos, archivos, videos, audios e imágenes.

Sin embargo, el daño hacia el derecho a la intimidad se origina cuando el material compartido se trata de contenido íntimo de una persona, y la persona a la que le comparte, esta decide compartirla con personas externas a la que el autor del material no considera o no ha considerado en su esfera personal, existiendo varias modalidades de accionar por parte de estos sujetos al momento de obtener este material íntimo, acciones que pueden basarse en ceder, comercializar, difundir, entre otros.

Conforme a ello, la transgresión del derecho a la intimidad al haber cobrado una gran relevancia en el derecho comparado, esto es, en países como México, Brasil, Francia, España, entre otros; mediante sus legislaciones han establecido como objeto de persecución el delito de difusión de material con contenido sexual, con el fin de una mejor preservación de la esfera íntima de los individuos. Objeto de persecución que no ha sido ajeno a la legislación peruana, pues como lo veníamos señalando este delito se encuentra regulado en el art. 154 B de nuestro CP, empero la regulación del delito mencionado no cubre todos los supuestos que vulneran el derecho a la intimidad.

Pues, este tipo penal 154 B del CP, si bien sanciona a la persona que obtiene el material con contenido sexual con la aprobación de la víctima cuando se configura los verbos rectores previstos en el mismo tales como difusión, revelación,

publicación, cesión y comercialización; la transgresión de la intimidad aún se ve afectada cuando sujetos ajenos a la esfera íntima de la víctima, tienen manipulación del material con contenido sexual de esta última, sin el consentimiento de la misma y proceden a difundirlo, dejándose impune a aquellos y al mismo tiempo, no previendo la magnitud del daño causado hacia la víctima, ya que el daño se va incrementando cada vez que el material es propalado.

Asimismo, aquella conducta lesiva proveniente de sujetos ajenos a la esfera privada de la víctima, netamente tiene carácter de conducta dolosa, lo que provoca la transgresión de la intimidad como bien jurídico, dado que nos estamos refiriendo a un bien jurídico del cual solo puede disponer únicamente su titular. Puesto que, aquel sujeto que se apropia del material íntimo de la víctima, al realizar cualquiera de las acciones previstas en el art. 154 B del CP, lo hace con conciencia y voluntad, esto es, aquel tiene la intención de inmiscuirse en el contenido íntimo de la persona para lograr consumir cualesquiera de estas acciones, cuya afectación alcanza a la libre personalidad de la persona.

La intención y la voluntad, por tanto, ocupan un papel importante para poder determinar la lesividad de la conducta de aquel sujeto que toma el material con contenido íntimo de la víctima sin su consentimiento, frente al quebrantamiento del derecho a la intimidad de la misma, en razón de que la manifestación de voluntad derivada de aquel sujeto va dirigida a un objetivo claramente determinado, el cual es lograr el resultado de lesión del bien jurídico intimidad mediante las acciones de difusión, revelación, publicación, cesión o comercialización.

En ese sentido, el peligro al cual es sometido este bien jurídico intimidad a partir de la conducta dolosa procedente de aquel sujeto ajeno que intercede en la esfera privada de la víctima, constituye una agresión efectiva hacia el bien jurídico, lo cual tal conducta hace del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual que este sea considerado como un delito de peligro, pues basta que aquel realice las acciones típicas previstas en el tipo penal 154 B, para poner en riesgo al objeto protegido en calidad de bien jurídico, pues el peligro por sí mismo representa un resultado.

En ese sentido, al ser un hecho punible no recogido por el ordenamiento jurídico, este comportamiento es considerado como conducta atípica. Por tal razón, el tipo penal 154 B del CP genera problemas de impunidad ante conductas que son merecedoras de una sanción, pues como se observa, la sanción dirigida al que obtiene el contenido sexual con consentimiento de la víctima no es suficiente para proteger la intimidad de la víctima en su totalidad, por lo que conviene añadir a este precepto legal dicho hecho punible para evitar que se siga vulnerando este bien jurídico.

Es necesario la incorporación de esta conducta en el tipo penal 154 B, para frenar la cadena de difusión del material íntimo y con ello garantizar una adecuada protección del derecho a la intimidad, por cuanto la práctica de difundir mensajes que contengan fotografías, audios o videos pertenecientes a la esfera privada de una determinada persona, haciendo uso del internet, genera una expansión de este material, llegando a manos de personas a las que no ha consentido la víctima para la obtención de la misma, advirtiéndose no solo el menoscabo de la intimidad de la

víctima, sino además otros derechos fundamentales vinculados a ella, como es el derecho al honor, a la libertad sexual, a la buena imagen, entre otros.

Así pues, como lo señalábamos en el apartado 2.3.4 de la presente investigación, respecto al caso contenido en la Sentencia N.º 126-2020 (Corte Superior de Justicia de Lima Este, 2020, Sentencia N.º 126-2020), que como bien se advertía en la sentencia, el juez absuelve a la querellada, la cual habría difundido el material íntimo de la querellante con contenido sexual sin que exista consentimiento por parte de la querellante, actuando la querellada como segundo difusor del material con contenido sexual.

La intimidad, por tanto, como derecho fundamental requiere de total protección por parte del derecho penal como persecutor de los delitos y como protector de bienes jurídicos, esto mediante la incorporación de la conducta del que obtiene material de contenido sexual de cualquier persona sin el consentimiento de esta y lo difunde o cuando se configura cualquiera de las acciones previstas en el art. 154 B del CP.

No obstante, resulta ser un obstáculo para las víctimas si no se considera tal conducta en mención, como un supuesto que agravia el derecho a la intimidad de quien la sufre, ya que, en el caso de que la víctima lograra identificar a los demás que han obtenido el material de contenido sexual sin su consentimiento, al no estar regulada aquella conducta, el detrimento de la intimidad de la víctima se va incrementando cada vez que personas ajenas a su fuero íntimo, siguen obteniendo y compartiendo dicho material, afectando con ello además, la integridad psíquica y moral de la víctima.

En ese sentido, es notable la necesidad de ampliar la regulación del tipo penal 154 B del CP debido a que una conducta típica no debe quedar impune frente a la vulneración de un bien jurídico protegido como es la intimidad, es así que se requiere incorporar la conducta del que difunde material con contenido sexual sin la anuencia de la víctima, mediante una modificación del tipo penal del art. 154 B del CP, para que tal conducta pueda ser sancionada, ya que como bien se sabe, aquel que ocasione menoscabo en los derechos de otro, debe responder por dicha acción.

De este modo resulta necesario e imprescindible realizar una revisión y posterior modificación al texto de este tipo penal para que la sanción no se vea limitada a aquel que difunde el contenido sexual obtenido con la anuencia de la víctima y exista una adecuada protección del derecho a la intimidad personal de las víctimas.

Asimismo, indicar la importancia que tiene actualmente de que las personas puedan gozar de este derecho fundamental en su plenitud y con ello permitir además la efectividad de aquel derecho para las generaciones futuras, en el sentido de que el derecho a la intimidad se proyecta sobre asuntos que se mantiene o es reservado para una persona, existiendo un límite intransferible del respeto a la soledad de la persona.

3.2. SATISFACCIÓN DEL FIN PREVENTIVO GENERAL POSITIVO DE LA PENA

Como bien es de saber, una de las funciones primordiales del Derecho Penal es el de tutelar bienes jurídicos centrándose en aquellas conductas que considera que son de mayor lesividad y que atentan contra tales bienes jurídicos alterando el orden social; en virtud de lo cual, para prevenir o evitar resultados lesivos contra tales

bienes, el Derecho Penal desempeña además una función represiva, mediante la aplicación de penas como un modo de castigar aquel comportamiento que lesiona u ocasiona la puesta en peligro de un bien jurídico, tal medio empleado se ejecuta bajo una fundamentación racional para su aplicación y con ello preservar la paz social.

Así pues, la intimidad como bien jurídico dentro del Derecho Penal, viene a ser el fundamento de la imputación penal frente a aquella conducta que quiera transgredir la misma, siendo la pena una manera propicia de defenderlo, por lo que el Derecho Penal como persecutor de delitos cumple con la función de salvaguardar este bien jurídico mediante la prevención de delitos, ello en virtud de que el bien jurídico intimidad es un interés vital que adquiere reconocimiento jurídico.

Para amparar el bien jurídico intimidad, el Derecho Penal se apoya del principio de lesividad, dado que esta rama se orienta exclusivamente hacia la defensa de bienes jurídicos, como lo es la intimidad, debiendo ser reprimidos como delitos únicamente aquellas conductas que perjudiquen estos bienes jurídicos. La conducta de aquel sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima no es ajena a esta represión, dado que se está frente a una conducta lesiva que tiene como finalidad vulnerar el derecho a la intimidad de la víctima, al mediar en el espacio íntimo de aquella apoderándose del material íntimo que esta posee.

Entonces, para velar por la protección de la intimidad cuando esta es transgredida por la intrusión de un extraño a la esfera privada de una persona al obtener contenido sexual de aquella sin su consentimiento, se requiere de la intervención

del derecho penal, y esto mediante el poder punitivo; desempeñando la pena un rol importante ante la comisión de un delito, como en el caso del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual del art. 154 B del CP para amparar el bien jurídico intimidad, pues la pena siempre será impuesta frente a la realización de una conducta jurídicamente reprochada, así como la conducta de aquel sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima que lesiona este bien jurídico.

Cabe resaltar que, para un Estado Constitucional de Derecho la base del régimen jurídico es la Constitución, cuya norma de máxima autoridad despliega una fuerza normativa, conllevando a que normas inferiores a él o con rango de ley sean ejercidas conforme al contenido que aquel dispone, consagrando reconocimiento a los derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el derecho a la intimidad; y asimismo incorporando mecanismos y garantías imprescindibles para aseverar el efectivo cumplimiento y respeto de estos derechos.

Uno de estos mecanismos considerado por el Estado Constitucional de Derecho, para garantizar la protección y respeto hacia los derechos fundamentales, es el Derecho Penal, el cual valiéndose de la potestad punitiva del Estado, hace de estos derechos fundamentales su objeto de tutela, considerándolos como bienes jurídicos dentro de su campo, estableciendo por lo tanto sanciones a aquellas conductas o acciones perniciosas por la idea de riesgo o peligro inminente que puedan causar a estos bienes jurídicos.

Es así que, este vínculo entre un Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Penal, parte del valor que posee el derecho a la intimidad como bien jurídico en el delito previsto en el art. 154 B del Código Penal Peruano, dado que, mediante la construcción de normas jurídicas penales bajo las concepciones establecidas por la Constitución, ha permitido al legislador incorporar conductas lesivas que han atentado contra diversos bienes jurídicos, como en el caso de la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima que transgrede el bien jurídico intimidad, conducta que no debe ser ajena a la incorporación en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, en virtud de que el derecho fundamental a la intimidad viene siendo lesionada a partir del grado de desarrollo que ha logrado alcanzar la tecnología en la vida de las personas y el uso indebido que algunas personas le proporcionan, poniendo en peligro la seguridad de los ciudadanos, ya que a través de estas herramientas virtuales se ha generado que cierto contenido que es considerado íntimo para una persona, sea exteriorizado consiguiendo que demás personas tengan acceso a este.

En ese sentido, la necesidad de la represión penal frente a la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima, surge de la realidad abarcada que padecen las víctimas a quienes se le ha afectado el derecho a la intimidad por la apropiación de su contenido íntimo que preservan para sí mismas por parte de personas que son ajenas a su ámbito privado, dado que la eficacia del Derecho Penal como última *ratio*, se encuentra condicionada por la convicción de que sus medidas de reacción operen cuando sus prohibiciones son

transgredidas, logrando mediante ello la preservación pacífica en un marco de bienestar y seguridad para la comunidad.

La pena impuesta a un determinado sujeto frente a la lesión de un bien jurídico protegido, como la intimidad, se origina a partir de la consecuencia del hecho cometido por ser autor de su culpabilidad, en tanto la pena tiene como finalidad garantizar el respeto de los derechos fundamentales y sobre todo por el valor que estos disponen. Puesto que, la lesión del bien jurídico individual como la intimidad, proveniente de una acción delictual acarrea como consecuencia la tipificación de conductas dañosas, para que posteriormente estas sean merecedoras de una sanción por el daño causado a aquel.

Es así que, este deber de protección penal del bien jurídico intimidad se deriva del orden de valor que ostenta este derecho fundamental; por lo que, ante conductas negativas, como la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima, cabe un reproche ético - social de la culpabilidad de quien lesiona este bien jurídico.

Sin embargo, la medida coercitiva impuesta por el poder punitivo, frente a conductas lesivas, como lo es la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima que lesiona el derecho a la intimidad de la misma, debe realizarse conforme a un criterio de proporcionalidad, tomando en consideración los pormenores de quien cometió el hecho punible, en cuanto el Derecho Penal solo actúa frente a aquellos comportamientos que componen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos.

En ese sentido, la protección del bien jurídico intimidad frente a la conducta del que difunde contenido sexual sin consentimiento de la víctima, no se puede lograr mediante la teoría absoluta, esto en virtud de que esta teoría considera a la pena como un fin en sí mismo, es decir, solo busca castigar a quien muestra una conducta lesiva frente a un bien jurídico, sin tener en cuenta su influencia futura, esto es, generar un efecto de intimidación o corrección sobre el sujeto.

De ello podemos señalar, que imponer una pena a aquel sujeto que obtuvo el material con contenido íntimo de la víctima sin su consentimiento, solo para retribuir el mal causado a la misma, no contribuye a una utilidad social, al contrario, atenta contra la esencia de un Estado democrático, pues lo que se busca mediante la imposición de una pena es prevenir la comisión de delitos y con ello evitar que conductas punibles, afecten derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad. Por ello, para alcanzar el amparo de este bien jurídico frente a aquella conducta perniciosa procedente de aquel sujeto ajeno a la esfera privada de la víctima, no se puede lograr con el mero hecho de castigar al sujeto.

De igual forma, referimos a la teoría de prevención especial como fin de la pena para salvaguardar el bien jurídico intimidad frente a la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima, no logra dicha protección; en tanto, esta teoría nos señala que, si bien va dirigida al plano individual, esto es, que la pena va dirigida directamente al sujeto que comete el delito, generando intimidación en este mediante la ejecución de una pena. Empero, si tal sanción no logra la intimidación en el sujeto, esta teoría nos señala que la pena optará por la corrección hacia el sujeto o se procederá a la inocuización del mismo.

Es así que, para esta teoría el fin de la pena opera neutralizando los actos del sujeto cuyo objetivo se basa en excluir al sujeto del sistema social, a través del aislamiento, la neutralización, la exención, entre otros, medidas que no logran un resultado positivo para prevenir un delito, como el delito previsto en el art. 154 B del CP. Del cual podemos advertir entonces, que el manipular en un tratamiento individual la conciencia del sujeto que vulnera el derecho a la intimidad de la víctima al difundir contenido sexual obtenido sin el consentimiento de aquella, no cumple con la utilidad social que se quiere lograr para el resguardo de este derecho fundamental.

Por otro lado, tenemos a la teoría de la prevención general negativa, para la cual la pena es vista como instrumento de amenaza para motivar a la comunidad de no vulnerar bienes jurídicos, esto es, que para la presente teoría la pena impuesta al sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima que lesiona el bien jurídico intimidad, sea vista como un factor de inhibición psicológica por los demás ciudadanos generando un efecto de convencimiento en ellos para que no se vuelva a lesionar este bien jurídico. (García, 2006)

Sin embargo, esta medida resulta poco idónea para poder generar un efecto disuasorio en el sujeto que transgrede el derecho fundamental a la intimidad de la víctima al obtener material con contenido íntimo sin su anuencia; en tanto, no se logra establecer un límite concreto a la intimidación que se pretende conseguir en el sujeto que vulnera un bien jurídico, pues para que una medida así sea aplicada, se debe fijar un punto de equilibrio entre criterios de prevención y de limitación de la potestad punitiva, además que la prevención general que se busca mediante esta teoría no puede perseguirse únicamente a través de la mera intimidación; por lo

que, mediante esta teoría, no se puede lograr la protección del bien jurídico intimidad.

Por su parte, la teoría mixta o de la unión, de igual forma que las anteriores teorías, no logra el objetivo que se quiere con respecto a la tutela del bien jurídico intimidad frente a la conducta del sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima, pues si bien esta teoría busca la unión entre la teoría absoluta y relativa, esto es, que la pena cumpla una función tanto retributiva, preventiva como resocializadora; no obstante, esta unión implicaría que los operadores jurídicos impongan sanciones arbitrariamente debido a las diferentes políticas criminales que se maneja dentro de un sistema penal, dado que tanto el juez como el legislador podrían recurrir a cualquiera de estas teorías de la pena en función a las decisiones que tomen al momento de tener en cuenta la lesividad de la conducta del sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima frente a la lesión del bien jurídico intimidad.

En ese sentido, la función que cumpliría la pena impuesta al sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima, sería de acuerdo a tres momentos, esto es, en el momento de la conminación de la pena, en la imposición judicial de la pena y en el momento de la ejecución de la misma. (Roxin, 1976)

Es así que para salvaguardar la intimidad como bien jurídico protegido por el Derecho Penal, en el artículo 154 B del CP frente a la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima; la teoría de la

prevención general positiva sí cumple con tal propósito, dado que este fin preventivo no se enfoca en el sujeto que comete el delito sino en todos aquellos que conforman la sociedad, con la finalidad de garantizar la confianza general en la norma penal, ya que la efectiva aplicación de la pena frente a la conducta del infractor va a conllevar a que la confianza depositada en la norma genere la estabilización de la sociedad.

Lo que garantiza la pena frente a la vulneración del derecho a la intimidad, mediante la teoría de la prevención general positiva, es prevenir los efectos negativos que se pueden generar a partir de la comisión del delito difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, dado que el aspecto preventivo supone que la pena persigue el fin de conservar la fidelidad hacia la norma penal; asimismo su aspecto general, se debe a que el fin va ir dirigido a toda la comunidad y su aspecto positivo es que mediante la aplicación de la pena no se busca la intimidación.

Esto es, que mediante el fin preventivo general positivo se va a motivar a los ciudadanos generando persuasión sobre la intangibilidad del bien jurídico intimidad, cuya motivación no será guiada empleando la intimidación, sino confirmando la pena al Derecho como orden ético, es decir, la pena impuesta al sujeto que vulnera el bien jurídico intimidad en el delito difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, al difundir dicho contenido sin el consentimiento de la víctima, será dirigido como un modo de reforzar la vigencia de la norma penal y de los valores de la comunidad.

El fin preventivo general positivo de la pena, permitirá prevenir la desintegración del orden público mediante la imposición de una sanción sobre aquellos sujetos que difunden el contenido íntimo obtenido sin el consentimiento de su autor, perteneciente a la esfera íntima de una determinada persona, de modo tal que con la imposición de la pena se logrará obtener la garantía de la norma penal frente a la conducta que transgreda el bien jurídico intimidad, para una convivencia pacífica.

Mediante esta teoría, por lo tanto, se logrará integrar la culpabilidad que surge de la conducta de aquel sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima al quebrantar el derecho a la intimidad de la víctima, a través de la prevención del delito, dado que con la afirmación del derecho por medio de la imposición de la pena al sujeto se derivará una eficacia que impedirá a los demás ciudadanos la comisión del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual. (Donna, 1996)

Ahora bien, para constatar si con la incorporación de la conducta del que obtiene el material íntimo de la víctima sin que exista de por medio el consentimiento de la misma y lo divulga, en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual tipificado en el art. 154 B del CP, se logra el amparo total de la intimidad como bien jurídico protegido, partimos de la satisfacción del fin preventivo general positivo de la pena.

Así pues la incorporación de la conducta del sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima al art. 154 B del CP fortalece el tipo penal en el sentido que aquel que tenga acceso al material con contenido sexual de

la víctima y lo propala sin su autorización, su conducta dejaría de ser impune por cuanto también sería merecedor de una pena por el hecho lesivo que comete en agravio de la víctima, contribuyéndose mediante ello con el absoluto amparo del derecho a la intimidad, en tanto la sanción opera como una forma represiva contra aquella injerencia lesiva que atenta contra el derecho a la intimidad de la víctima, logrando la tutela efectiva del ámbito privado de la persona.

Por lo que, imponer una sanción a aquel que incurre en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual del que difunde por la obtención de contenido sexual sin el consentimiento de su autor, significaría que el Estado ha respondido frente a dicho delito, y por ende se reestablecería la seguridad en aquella persona que padeció el daño. Por lo que la pena impuesta al infractor, propicia la confianza de la sociedad y de esta forma facilita el respeto hacia el ordenamiento jurídico y el derecho fundamental a la intimidad.

En tal punto, la pena aplicada al sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima, *per se* estaría generando una confianza racional hacia el tipo penal 154 B como un modelo de orientación de conducta, es decir, una existencia de expectativa segura por parte de la sociedad.

Cabe sostener entonces, que la necesidad de la incorporación de la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima en el art. 154 B del CP, permite un mejor resguardo del derecho a la intimidad de aquellas personas que percibieron el resquebrajamiento de la misma mediante la intromisión de sujetos ajenos en su esfera íntima, en el sentido que, a través del fin preventivo

general positivo de la pena resulta ser útil para lograr el amparo íntegro del bien jurídico intimidad en el delito previsto en el art. 154 B del CP, teniendo en cuenta que para esta teoría la pena aplicada a aquel que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima, no se justificaría como pura respuesta retributiva frente al delito cometido por aquel, sino como una herramienta para prevenir la comisión de este delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual con respecto a la sociedad en general.

En este aspecto, con la pena impuesta al sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima que quebranta el derecho a la intimidad de la víctima, lo que se busca es la concientización en la sociedad respecto de la norma penal, específicamente del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, o de una actitud de respeto hacia los bienes jurídicos, como lo es el derecho a la intimidad de la víctima.

En tal sentido, se logra la satisfacción del fin preventivo general positivo al integrar aquella conducta lesiva derivada del sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima al art. 154 B que lesiona el bien jurídico intimidad, por cuanto contribuiría en la vida social, esto es, que tal conducta al ser sometida a una sanción se podrá generar una clase de advertencia a los demás que conforman la sociedad respecto a lo que está prohibido o que conductas están prohibidas y de que existe un deber de hacer, el de respetar los derechos fundamentales de los demás, así como también crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos el acatamiento hacia las norma penales, de manera que, en virtud a ello el derecho a la intimidad sea amparada en su totalidad.

Bajo ese criterio, al ser considerada la conducta de aquel sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima como un hecho punible dentro del tipo penal 154 B, ya adquiriría la calidad de conducta típica y, por ende, merecedora de una pena.

3.3. AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA

Cabe señalar que, las personas al gozar del derecho a la intimidad, implica el goce de un derecho autónomo privado, pues la autonomía se vincula estrechamente con la voluntad del individuo, permitiéndole el disfrute de una libertad inherente a él, limitándose de esa manera la voluntad de otros sujetos que quiera incidir en el ámbito privado de la persona.

La autonomía privada posibilita a que los individuos regulen las relaciones que se originan dentro de su ámbito privado manifestándose a través de la libertad de elegir que vínculos van influenciar dentro de su fuero privado. Parte del reconocimiento a las personas de disponer de una autonomía privada, se evidencia en el respeto a la vida privada de aquellas, un aspecto que es inherente únicamente al titular de ese derecho, lo cual conlleva a que su esfera íntima no adolezca de intromisiones arbitrarias, en cuanto nos referimos a un derecho que encuentra amparo en el ordenamiento jurídico.

En ese marco, la autonomía al cobrar gran significación en el desarrollo de la personalidad individual de las personas, permite a aquellas poseer de un control sobre las situaciones que forman parte de su vida privada. En esa perspectiva, la autonomía de una persona se ve lesionada cuando se irrumpe el ámbito reservado

de la misma al mediar la participación de sujetos ajenos en aquel sin manifiesta autorización de la persona titular del ámbito privado.

Partiendo de ello, una de las maneras de transgresión hacia la autonomía de la persona se evidencia en la captación de contenido de tipo sexual sin la autorización del titular, mediante el uso de medios o redes sociales, pues a través de estas plataformas virtuales, los sujetos tendientes a perjudicar la intimidad de la víctima, desarrollan distintas habilidades para tener acceso a contenidos considerado íntimos para la persona afectada.

Por la sencillez que existe en el manejo de estas herramientas, se ha generado una gran capacidad de intromisión de conductas nocivas en la vida privada de las personas, pues basta que el contenido de tipo sexual de la víctima llegue a manos de sujetos ajenos a la misma, para que aquellos divulguen este contenido y de esa manera se extienda la cadena de difusión del mismo, menoscabando así la autonomía de quien sufre el daño.

La intromisión en el ámbito que reserva la persona para sí misma, por tanto, demanda un extenso carácter ofensivo hacia la autonomía de la víctima, en cuanto el material con contenido sexual ha sido exteriorizado, quedando este a disposición para que más personas tengan acceso al mismo, obtención realizado por parte de aquellos sin el consentimiento del titular, de tal manera que aquella conducta contraría la voluntad expresa de la víctima titular del material.

En atención a lo precisado, esta situación respecto a la obtención de contenido sexual sin la anuencia de su titular frente a la vulneración de la autonomía de la

víctima, se configura como un impedimento de persecución penal en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual previsto en el art. 154 B del CP a quienes realizan tal conducta, y esto se debe a que la norma es muy limitativa en cuanto al reproche penal, pues la misma solo se restringe a sancionar a aquel sujeto que propala contenido sexual obtenido con la autorización o anuencia de la víctima, quedando en impunidad la conducta de aquellos que obtienen dicho contenido sin la anuencia de la víctima.

Al respecto, frente a los modos de invasión en el fuero privado de una persona, como la conducta señalada en el párrafo anterior, es claro que la autonomía de la víctima en relación con su derecho a la intimidad, este último goza de protección en el marco del derecho penal concebido como bien jurídico protegido; sin embargo, dicha protección no se evidencia en el caso de aquellas personas que perciben la violación de su autonomía privada por la intervención de sujetos ajenos en su esfera de reserva y obtienen su material con contenido sexual sin que se haya expresado el consentimiento para la obtención.

De ello entonces, se puede constatar que, de la situación abarcada en el presente acápite, resulta ser un obstáculo frente a la defensa de la autonomía de la víctima en el delito regulado en el art. 154 B del CP, dado que la obtención de contenido sexual sin que haya mediado la aprobación del titular, es un hecho punible no reglamentado en el delito en mención, no existiendo una tutela penal adecuada del ámbito privado de la víctima. Dado que el conocimiento de aspectos que forman parte de la vida íntima de una persona, no es tolerable siempre que el titular impida que aquellos aspectos estén a disposición del público, en cuanto la garantía de la

vida privada constituye una protección frente a las indiscreciones ajenas que quieran afectar la esfera privada de una persona.

El problema en torno a la existencia de obtención de contenido de tipo sexual de una persona sin su anuencia, se manifiesta en el hecho de que el contenido ha sido adquirido de manera ilícita, extendiéndose esta ilicitud al momento de que el sujeto ajeno a la esfera privada de la víctima, realiza las acciones típicas previstas en el art. 154 B del CP, esto es, difundir, revelar, publicar, ceder o comercializar el contenido sexual.

La injerencia en la vida íntima de las personas, ha ido tomando lugar a partir de la obtención de contenido íntimo de aquellas, mediante el empleo de dispositivos tecnológicos, lo que conlleva a la necesidad de incorporar la conducta de aquel sujeto que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de su autor, en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, con la finalidad de imposibilitar que el contenido de la víctima se siga extendiendo a conocimiento de otros sujetos.

En base a lo precisado, cabe recalcar que la autonomía de una persona siempre será considerada como aquel valor intrínseco del derecho a la intimidad del cual goza su titular, en cuanto es un derecho dotado de un alto rango constitucional, y por poseer tal rango, impide que la autonomía de una persona sea lesionada. Por lo tanto, para evitar efectos negativos frente al ejercicio de la autonomía privada de aquella persona que preserva contenido sexual en su esfera íntima, se impone a los operadores jurídicos la necesidad de administrar el *ius puniendi* del Estado teniendo en consideración que la aplicación de un tipo penal no debe ser desproporcionada

frente a la protección de un bien jurídico protegido, al momento de evaluar si una determinada conducta resulta perjudicial o transgrede este bien jurídico.

En ese sentido, el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual previsto en el art 154 B del CP, no debe desvincularse de un correcto resguardo de la intimidad de la víctima y con ello preservar la autonomía de aquella, considerada esta última como aquel factor indispensable que ampara la voluntad en la toma de decisiones individuales de la persona; ello en virtud de que, ningún contenido considerado íntimo para una persona debe ser objeto de divulgación sin que haya mediado la voluntad del titular para realizar tal acción, incluso para la obtención del mismo por parte de otras personas.

CAPITULO IV**4.1. PROPUESTA LEGISLATIVA****PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE INCORPORA LA CONDUCTA DEL QUE DIFUNDE CONTENIDO
SEXUAL OBTENIDO SIN LA ANUENCIA DE LA VICTIMA EN EL ARTICULO
154º B DEL CODIGO PENAL PERUANO**

ARTÍCULO 1º: OBJETO DE LEY

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 154º B del Código Penal, referido al delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, a fin de incorporar la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima.

**ARTÍCULO 2º: INCORPORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL QUE DIFUNDE
CONTENIDO SEXUAL OBTENIDO SIN LA ANUENCIA DE LA VÍCTIMA AL ART.
154º B DEL CODIGO PENAL PERUANO.**

Incorpórese la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima como agravante, al artículo 154º B del delito de difusión de imágenes,

materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ART. 154º-B.- DIFUSIÓN DE IMÁGENES, MATERIALES AUDIOVISUALES O AUDIOS CON CONTENIDO SEXUAL

“El que, sin autorización, difunde, revela, publica, cede o comercializa imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de cualquier persona, que obtuvo con su anuencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con treinta a ciento veinte días-multa. La pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

Cuando la víctima mantenga o haya mantenido una relación de pareja con el agente, son o han sido convivientes o cónyuges;

Cuando para materializar el hecho utilice redes sociales o cualquier otro medio que genere una difusión masiva; y

Cuando el material con contenido sexual de cualquier persona es obtenido sin su anuencia”.

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA: La norma entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario “El Peruano”.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Fundamento de la propuesta

La aparición del entorno virtual y conforme el desarrollo tecnológico, y el acrecentamiento de relaciones en el espacio virtual, ha fomentado nuevas formas de dominación y de poder que se tiene sobre la información personal de una persona. Todo ello ha provocado que comportamientos aparentemente inocuos y muchas veces no perseguibles penalmente por su poca lesividad para bienes jurídicos fundamentales, como es la intimidad, hayan adquirido una artificiosidad suficiente como para alcanzar el grado de lesión al bien jurídico.

Si bien es cierto, el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, fue incorporado al Código Penal Peruano con la finalidad de proteger justamente a las víctimas de casos de acoso, sobre todo cibernético; esto no ha sido suficiente para lograr la protección del bien jurídico intimidad en su totalidad, ya que, si bien el tipo penal 154 B reprime la conducta del que difunde contenido sexual obtenido con la anuencia del autor, no sucede lo mismo con aquellos que obtienen el material con contenido sexual sin el consentimiento de la víctima, quedando impunes, por cuanto el tipo penal no precisa la sin anuencia con respecto a la obtención del material, siendo sometido a riesgo el derecho a la intimidad de la víctima.

Por esta razón es que hemos considerado, que la incorporación de la conducta de aquel que obtiene el material con contenido sexual sin el consentimiento de la víctima al tipo penal 154 B del Código Penal Peruano, resulta hacedero para

salvaguardar el derecho fundamental de la intimidad personal de la víctima y con ello evitar que demás difusores que lograron obtener el material con contenido sexual de la víctima sin su anuencia, queden impunes y sean sancionados debidamente.

EFEECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La aprobación de la presente iniciativa legislativa incorporará la conducta de aquel que difunde contenido sexual obtenido sin el consentimiento de la víctima al artículo 154 B del Código Penal Peruano como un hecho punible, lo que permitirá combatir la lesión del bien jurídico intimidad y una protección sistémica de la misma.

ANÁLISIS DE COSTO Y BENEFICIO

El presente proyecto de Ley no genera gasto alguno para el Estado Peruano, al contrario, tendrá un impacto importante a merced de la víctima que ha visto quebrantado su derecho a la intimidad por medio del uso de los distintos medios sociales.

Se reglamentará la conducta en la cual no existían límites en la difusión del material con contenido sexual de la víctima que ha sido obtenido sin consentimiento de la víctima, para evitar la lesión del derecho a la intimidad de quienes lo padecen.

CONCLUSIONES

1. Se ha logrado establecer en la presente investigación que los fundamentos jurídicos para incorporar la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual del Código Penal Peruano son: la transgresión de la intimidad como bien jurídico protegido, la satisfacción del fin preventivo general positivo de la pena y la autonomía de la víctima, en cuanto un bien jurídico como la intimidad en el marco del Derecho Penal toma gran relevancia como manifestación directa del principio de lesividad, pues frente a una conducta lesiva que genera un riesgo concreto para la sociedad al quebrantar el derecho a la intimidad, amerita que esta sea reprochable penalmente, ya que esta conducta al ser merecedora de una pena produciría una convicción en la comunidad de abstenerse de lesionar el bien jurídico intimidad, confirmando que la norma penal 154 B se aplica y que las reglas sociales tienen plena vigencia, posibilitando de esa manera el libre desarrollo de la personalidad del individuo.
2. La intimidad como bien jurídico protegido, integrada en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual sigue siendo quebrantada, al no ser estimado como un hecho punible la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima dentro de este delito, ya que las acciones típicas de difundir, revelar, publicar, ceder y comercializar previstas en el artículo 154 B del Código Penal solo alcanzan al que difunde el contenido sexual que obtuvo con el consentimiento de la víctima,

por lo que aquel que obtiene el contenido sin anuencia de la víctima, al encontrarse su conducta exento de sanción pone en riesgo este bien jurídico; por tal razón la incorporación de esta conducta lesiva a dicho tipo penal asegura una correcta protección del bien jurídico intimidad y un adecuado balance en la esfera íntima de la víctima.

3. En relación con la satisfacción del fin preventivo general positivo de la pena, se ha llegado a la conclusión que con la imposición de la sanción penal a aquel sujeto que difunde el material íntimo de la víctima, afianzamos la confianza de la sociedad en las normas penales, toda vez que aquella conducta que ha quebrantado el derecho a la intimidad adquiere la calidad de hecho punible y por tanto perseguible penalmente, y asimismo posibilitando una mejor eficacia en la regulación del artículo 154 B del CP.
4. El no considerarse como una conducta típica la obtención de contenido íntimo sin autorización de la víctima por parte de sujetos ajenos a ella, vulnera la autonomía de la misma en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual establecido en el art 154 B, en cuanto la autonomía se traduce en aquel poder asignado a la voluntad de la persona para que aquella tenga el libre albedrío de consentir qué conductas y qué sujetos pueden incidir en su ámbito privado y tengan conocimiento de aquellos aspectos que preserva en el mismo.
5. Se deduce a partir del análisis comparativo con la legislación extranjera, que el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, también es objeto de persecución por parte de dichas legislaciones, lo

cual permite a los operadores jurídicos como parte del sistema de justicia tener un mayor criterio para la conservación de la esfera privada de la víctima y con ello un mejor resguardo de su derecho a la intimidad.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar al Poder Legislativo para que se incorpore la conducta del que difunde contenido sexual obtenido sin la anuencia de la víctima en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual tipificado en el artículo 154 B del CP.
2. Recomendar a las entidades públicas que se implemente mecanismos o protocolos que coadyuven a las víctimas al momento de denunciar el hecho ilícito que ha lesionado su derecho a la intimidad para evitar la revictimización.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alvarado, J. (2019) *Vademécum Penal*. Grijley.
- Atienza, M. (2005) *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas DR. <http://bitly.ws/Df7s>
- Bacigalupo, E. (1999) *Derecho Penal. Parte General (2da Edición)*. EDITORIAL HAMMURABI SRL.
- Bacigalupo, S., Bajo, M., Basso, G., Cancio, M., Díaz, J., Fakhouri, Y., Lascurain, J., Maraver, M., Mendoza, B., Molina, F., Peñaranda, E., Pérez, M., Pozuelo, L., & Rodríguez, D. (2019) *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. <http://bitly.ws/BCsP>
- Cabanellas, G. (2006) *Diccionario Jurídico Elemental*. EDITORIAL HELIASTA S.R.L
- Carrasco, B. (2019) *Afectación de la intimidad en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual – Distrito Sullana*. Repositorio Universidad César Vallejo. <https://bit.ly/3rYxkuH>
- Castillo, S. (2009) *Lagunas del derecho y el dogma de la plenitud del sistema jurídico*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal.

Chanamé Orbe, R. (2015) *LA CONSTITUCIÓN COMENTADA VOLUMEN 1.*

EDITORIA Y DISTRIBUIDORA EDICIONES LEGALES E.I.R.L

Cobos, A. (2013). *El contenido del Derecho a la intimidad. Cuestiones Constitucionales*, 79. <https://bit.ly/3Tm7goQ>

Código Penal Español. Ley Orgánica 10/1995 de 2023. Artículo 197.7. 28 de abril del 2023. <http://bitly.ws/E6KU>

Código Penal Federal de México. Decreto 165 de 2023. Artículo 211 Bis. 06 de enero del 2023. <http://bitly.ws/E6LC>

Código Penal del Estado de Yucatán. Decreto 253 de 2023. Artículo 243 Bis 3. 21 de abril del 2023. <http://bitly.ws/E6M6>

Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla. Artículo 225 I. 11 de abril de 2023. <http://bitly.ws/E6V5>

Código Penal del Estado de San Luis Potosí. Decreto 793. Artículo 187. 27 de marzo del 2023. <http://bitly.ws/E6VM>

Congreso Nacional de Brasil. (2018) *Ley Federal 13718 de 2018*. Por lo cual se expide Ley para que el abuso sexual basado en imágenes sin consentimiento sea considerado como un delito. <http://bitly.ws/E6WA>

Congreso de la República de Perú. (1996, 24 de abril) Decreto Legislativo 822. Por la cual se expide la Ley sobre el Derecho de Autor. Diario Oficial El Peruano 139104. <http://bitly.ws/Jdqu>

Corte Superior de Justicia de Lima Este, Juzgado Penal Unipersonal de Cascanueces, Sentencia del Exp. 00122-2020-0-3208-JR-PE-01, 04 de diciembre de 2020. <http://bitly.ws/Crtx>

Cueva, A. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental (3ra Edición)*. A.F. Editores importadores S.A.

Donna, E. (1996). *Teoría del delito y de la pena (2da Edición)*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L

Eguiguren, F. (2000) *La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano*. IUS ET VERITAS Núm. 20. <http://bitly.ws/lvSF>

Espinoza, N. (2018) *Las redes sociales y la vulneración del derecho a la intimidad personal en las denuncias presentadas en la fiscalía penal corporativa de Chachapoyas, región Amazonas, 2014 – 2016*. Repositorio de Tesis – Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza. <https://bit.ly/3EM2gpD>

Ferrajoli, L (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta S.A. <https://bitly.ws/38vaY>

Ferrajoli, L (2016) *Los derechos y sus garantías*. Editorial Trotta S.A. <http://bitly.ws/Lugs>

Gamero, L., Rodríguez, M., Schonbohm, H., & Ugaz, A. (2012) *MANUAL DE CASOS PENALES. LA TEORIA GENERAL DEL DELITO Y SU IMPORTANCIA EN EL MARCO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL (Segunda Edición)*. AMBERO Consulting Gesellschaft mbH.
<http://bitly.ws/BKyy>

García, P. (2006) *Acerca de la Función de la Pena*. Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. <http://bitly.ws/P8Tz>

Gómez, B. (2018) *La venganza sexual: el nuevo fenómeno para violar la intimidad personal*. <https://bit.ly/3S6p86c>

Gonzales, J. (2008) *Teoría del Delito, Poder Judicial – Costa Rica, Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública*, p.16. <http://bitly.ws/AzhF>

Guadarrama, R (2015) *Argumentación, Interpretación y Raciocinio Jurídico*. Revista de Investigación Jurídica – Técnico Profesional.
<http://bitly.ws/luFU>

Ibañez, V & Liñán, M (2020) *La afectación al derecho fundamental a la intimidad ante la no tipificación de la conducta de compartir materiales audiovisuales de contenido sexual por redes sociales*, 2019. Repositorio Universidad César Vallejo. <http://bitly.ws/F5rq>

Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. (2011) *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*. <http://bitly.ws/E6Hv>

- Martínez, M. (2006) *La Investigación Cualitativa (Síntesis Conceptual)*.
Revista IIPSI, Volumen 9 (N° 1), p.6. <https://bit.ly/3gdNzkO>
- Muntané, J. (2010) *Introducción a la Investigación Básica, Revista RAPD,*
Volumen 33 (N° 3), p. 1.
- Muñoz, L. (2018) *Protección penal de la intimidad personal en las redes sociales. Repositorio Universidad Nacional Del Altiplano.*
<https://bit.ly/3z8JKnZ>
- Olaechea Urquiza, J. (2010) *Código Penal TOMO I.* Editorial Moreno S.A
- Peña Cabrera, A. (2009) *DERECHO PENAL Parte Especial Tomo I.* Editorial Moreno S.A
- Peña Cabrera, A. (2019) *DERECHO PENAL Parte Especial Tomo I,* Quinta Edición. Editorial Moreno S.A.
- Peña, O. & Almanza, F. (2010) *TEORIA DEL DELITO MANUAL PRÁCTICO PARA SU APLICACIÓN EN LA TEORIA DEL CASO.* Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC.
<http://bitly.ws/Aziy>
- Prieto, L (1990) *ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.* Editorial Debate S.A.
- Ramos, J. (2017) *LAGUNAS DEL DERECHO Y POSITIVISMO JURÍDICO.*
Un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourròn y E.

Bulygin. Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho, 40.

<http://bitly.ws/E8Cr>

Reategui, J. (2019). *CODIGO PENAL COMENTADO Volumen 1*. EDITORA Y DISTRIBUIDORA EDICIONES LEGALES E.I.R.L p. 472

Rodríguez, D. (2019) *Pena (Teoría de la)*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. <http://bitly.ws/BCiv>

Rodríguez, V. (2019) *Consecuencias Jurídicas y revictimización en las jóvenes víctimas del delito de difusión ilícita de imágenes íntimas en el municipio de San Luis Potosí. Repositorio de Tesis – Universidad Autónoma de San Luis Potosí.* <http://bitly.ws/GHjc>

Roxin, C. (1976). *PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL*. Editorial REUS S.A.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas S.A.

Ruiz, A. (2016) *LOS DELITOS CULPOSOS*. Ius Inkarri. <http://bitly.ws/BKAP>

Salinas Siccha, R. (2015). *Derecho penal Parte Especial*. Grijley.

Sánchez, E (2008) *LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACION Y COMUNICACIÓN (TIC) DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIAL*. Revista Electrónica Educare Vol. XII, 155 – 162. <http://bitly.ws/LhkM>

- Sánchez, K (2021) *Modificación del artículo 154-B del Código Penal y su incidencia en la correcta protección del derecho a la intimidad de la víctima – Lambayeque. Repositorio Universidad Señor de Sipan.* <http://bitly.ws/F5vX>
- Tantaleán, M. (2015) *El alcance de las Investigaciones Jurídicas, Revista Derecho y Cambio Social, p.6.*
- Tantaleán, M. (2016) *Tipología de las investigaciones jurídicas, Revista Derecho y Cambio Social, p.4.*
- Torres, J. (2018) *“Análisis en torno a la tipificación del delito del Sexting a propósito de la incorporación del Artículo 154° B Código Penal Peruano”. Repositorio Universidad César Vallejo.* <http://bitly.ws/F5wc>

ANEXO

#HechosSonAmores

LEY OLIMPIA

TIPO DE VIOLENCIA DIGITAL	CONSISTE	SANCIÓN EN PRISIÓN
PORNOVENGANZA	Difundir imágenes y vídeos íntimos sin consentimiento	3 años, y hasta 4 años con fines de lucro
VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD SEXUAL	Difundir imágenes de una persona total o parcialmente desnuda o en pose erótica	De 4 a 7 años
ACOSO SEXUAL DIGITAL	Difundir material sexual (fotos, videos, audios)	Mínimo de 3 años, aumentando cuando hay una relación de confianza y/o afectiva
ROBO DE MATERIAL SEXUAL	Robo de material sexual	De 3 a 6 años. Hasta 7 años si hay difusión
PROTECCIÓN A NIÑOS Y ADOLESCENTES	Contactar, pedir contenido o solicitar un encuentro con menores de edad	De 4 a 8 años
ACOSO SEXUAL EN TRANSPORTE PÚBLICO	Comentarios sexuales, toma de fotografías, o videos, masturbarse y/o contacto físico ofensivo	De 1 a 3 años
VIOLENCIA DIGITAL	Se ejerce a través de correos electrónicos, redes sociales e internet	3 años