



LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE MENORES Y PORNOGRAFÍA INFANTIL

Tesis Doctoral que presenta la
Doctoranda NORMA ISABEL BOUYSSOU
para optar al título de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel POLAINO NAVARRETE

Facultad de Derecho
Universidad de Sevilla
Curso académico 2014/2015

A Chichita, mi mejor maestra.

A María Paula y Sebastián,

que fueron la luz y la fuerza

para seguir adelante

ÍNDICE

INTRODUCCION	13
CAPÍTULO I.- EL DERECHO PENAL SEXUAL DE MENORES FRENTE A LA CORRUPCION DE MENORES Y LA PORNOGRAFÍA INFANTIL	
I.- Concepto de corrupción de menores	21
A. Planteamiento	21
B. Antecedentes históricos y doctrinales	22
C. Concepto legal	25
D. Delimitación jurisprudencial	27
II.- Pornografía infantil	29
A. Delimitaciones generales	29
B. Antecedentes históricos y criminológicos	49
C. Legislación penal internacional y pornografía infantil	52
D. Pornografía infantil y delincuencia organizada	81
E. Pornografía infantil y criminalidad informática	95
F. Territorialidad y desterritorialización	99
G. La pornografía infantil en Internet y su masificación en la Red	106
III.- La irrupción de Internet en el Derecho penal sexual de menores	109
A. La injerencia de Internet en el moderno Derecho penal	109
B. Tutela penal de los menores ante las nuevas formas de comisión de ciberdelitos	114
C. El delito de <i>grooming</i>	115
D. El delito de <i>sexting</i>	132

CAPÍTULO II.- LA CORRUPCIÓN DE MENORES Y PORNOGRAFIA INFANTIL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

I.-	Sistemática legal	137
II.-	Modelo legislativo en Argentina	137
III.-	Antecedentes nacionales y comparados de ambas figuras	140
IV.-	Bien jurídico protegido en el Título III del CP: “Delitos contra la integridad sexual”	142
V.-	Corrupción de menores	144
VI.-	Pornografía infantil	151
VII.-	Ley 25.087	152
VIII.	Ley 26.388	154
	A. Organización de espectáculos pornográficos	161
	B. Posesión con fines	164
	C. Facilitación de acceso a espectáculos	166
IX.-	El delito de <i>grooming</i> en la legislación argentina	174
X.-	Multiterritorialidad de las acciones típicas	189
XI.-	Competencia y jurisdicción internacional	189

CAPÍTULO III.- CORRUPCIÓN DE MENORES Y PORNOGRAFIA INFANTIL EN LOS MODELOS LEGISLATIVOS DE ESPAÑA

I.-	Distintas rúbricas del Título VIII del CP español	195
II.-	Reformas legislativas efectuadas en el CP desde 1995 hasta 2015	196
III.-	La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre	198
	A. Consideraciones generales	201
	B. La pornografía infantil en el Código penal de 1995	202
IV.-	La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril	204
	A. Consideraciones generales	204
	B. El retorno de la corrupción de menores	210
V.-	La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre	215
	A. Consideraciones generales	215

	B.	Redacción de los tipos penales	221
VI.-		La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio	223
	A.	Consideraciones generales	223
	B.	Medidas de seguridad	228
	C.	Incorporación del Capítulo II bis al Título VIII del Libro II	233
	D.	Delitos sexuales contra menores de trece años	235
	E.	Modificaciones del art. 189 del CP	236
	F.	Redacción de los tipos penales	242
VII.-		La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo	244
	A.	Consideraciones generales	244
	B.	Modificaciones introducidas en los artículos 183 bis, ter y quater	249
	C.	<i>Grooming</i> : art. 183ter.1 del CP	251
	D.	Embaucamiento de menores y <i>sexting</i> : art. 183.2 del CP	252
	E.	Modificaciones del art. 189 del CP	253

CAPÍTULO IV.- ACCIÓN TÍPICA

I.-		Sistemática legal	261
II.-		Corrupción de menores. Análisis de la figura del art. 183 bis del CP	262
III.-		Pornografía infantil. Análisis de las distintas figuras	273
	A.	Captación o utilización pornográfica de menores(art. 189.1.a)	275
	B.	Producción y tráfico de pornografía infantil (art. 189.1.b)	281
	C.	Tipos cualificados (art. 189.2)	297
	D.	Tipo hipercualificado (art. 189.3)	327
	E.	Concurrencia a espectáculos pornográficos (art. 189.4)	331
	F.	Adquisición o posesión de pornografía infantil (art. 189.5)	333
	G.	Omisión de deberes específicos (art. 189.6)	342
IV.-		Acción: objeto y sujetos	348
	A.	Conducta típica	348
	B.	Objeto material	350
	C.	Sujeto activo	355

D.	Sujeto pasivo	367
V.-	Imputación subjetiva	371
A.	Análisis de las conductas típicas en relación al dolo	371
	1. Corrupción de menores	372
	2. Pornografía infantil	373
B.	Culpa o imprudencia típica	380

CAPÍTULO V.- ANTIJURIDICIDAD

I.-	Consideraciones previas	385
II.-	Bien jurídico protegido	386
A.	Caracterización normativa	386
B.	Rúbrica legal	388
C.	Desvalor de la lesión al bien jurídico protegido	394
D.	Libertad sexual	396
E.	Indemnidad o intangibilidad sexual	402
F.	Intimidad	410
G.	Dignidad	411
H.	La problemática de la Moral sexual colectiva	414
I.	Derecho al desarrollo, formación y educación sexual adecuados	415
J.	Referencia al art. 189 del CP español	416
III.-	Causas de justificación	431
A.	Planteamiento	431
B.	Legítima defensa	433
C.	Estado de necesidad justificante	433
D.	Cumplimiento de un deber o legítimo ejercicio de un derecho, oficio o cargo	434
E.	Consentimiento	440
F.	Valor de acción y valor de resultado en las causas de justificación	442
IV.-	Criterios axiológicos de valoración	443
A.	Fundamentos dogmáticos y político-criminales	443

B.	Toma de posición personal	449
----	---------------------------	-----

CAPÍTULO VI.- CULPABILIDAD

I.-	Responsabilidad por el hecho	455
II.-	Causas de inculpabilidad	456
A.	Error de tipo	456
B.	Error de prohibición	459
C.	No exigibilidad de la conducta adecuada	460
D.	Miedo insuperable	461
E.	Estado de necesidad exculpante	461
III.-	Causas de inimputabilidad	462
A.	Minoría de edad	462
B.	Alteraciones o anomalías psíquicas en general	463
C.	Estado de inconsciencia	464

CAPÍTULO VII.- PUNIBILIDAD Y PENALIDAD

I.-	La punibilidad en la teoría del delito	469
A.	Razones político-criminales de necesidad y posibilidad de la protección penal	469
B.	Corrupción de menores	471
C.	Pornografía infantil	471
D.	Especial referencia crítica al tipo de posesión para uso propio	481
E.	Adelantamiento de las barreras de punibilidad	486
F.	Ilegitimidad de la tipificación de posesión de pornografía infantil	489
G.	Finalidad de la pena en el delito de posesión para uso propio	494
H.	El Derecho penal del enemigo en la posesión simple de pornografía infantil	495
I.	Nuestra postura	497
II.-	Penalidad: singularidades legales	500
A.	Perseguibilidad	500
B.	Perdón del ofendido	500
C.	Agravante específica por la cualificación del sujeto activo	500

D.	Filiación y fijación de alimentos	501
E.	Clausura de local o establecimiento	501

CAPÍTULO VIII.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I.-	Autoría	505
II.-	Participación	508
	A. Inducción	509
	B. Cooperación necesaria y complicidad	511
III.-	Deberes de garante	513
IV.-	Responsabilidad de las personas jurídicas	516

CAPÍTULO IX.- ITER CRIMINIS

I.-	Planteamiento	525
II.-	Actos preparatorios punibles	526
II.-	Tentativa	528
IV.-	Desistimiento	529
V.-	Análisis de la consumación en las singulares figuras típicas	531
	A. Corrupción de menores	531
	B. Pornografía infantil	532
	C. Referencia a los tipos autónomos	533

CAPÍTULO X.- CONCURSOS DE DELITOS Y NORMAS

I.-	Concurso de delitos	543
II.-	Concurso de leyes	546
	A. Corrupción de menores	548
	B. Pornografía infantil	549
	C. Agresiones o abusos sexuales	551
III.-	Delito continuado	552

CONCLUSIONES

557

BIBLIOGRAFÍA

567

INTRODUCCIÓN

La existencia de la corrupción de menores y la pornografía infantil no son hechos recientes, pues han estado presentes a lo largo del tiempo y son manifestaciones criminales casi tan antiguas como el hombre; con mayor o menor conocimiento y reconocimiento por parte de la sociedad.

Los menores, personas en formación, desvalidas por su grado de inmadurez y labilidad, deben ser protegidos en orden a impedir estos abusos. Es preciso entonces analizar los delitos y aplicar las sanciones pertinentes, así como evitar las revictimizaciones de niños, niñas y adolescentes.

La pornografía que utiliza como víctimas a niños y niñas destruye vidas porque el circuito que apela a la inhumanidad para cernirse sobre ellos en pro de la mercantilización, de la distribución de material pornográfico, así como el reclutamiento de víctimas de explotación sexual comercial, tiene garantizada su permanencia, y aún su incremento, en tanto y en cuanto los seres humanos insistan en valorizar lo humano, mediante la apropiación y destrucción de vidas infantiles y adolescentes. Este modelo horroroso impregna la cotidianeidad de los países denominados civilizados, y viola todos y cada uno de los derechos, de esos niños y jóvenes, sus derechos, y sus personas.

El avance de la ciencia y la tecnología han permitido la creación de nuevas técnicas de información así como las formas de comunicación instantánea entre individuos de cualquier parte del mundo, lo que no solo ha originado el progreso de la comunicación y con ello el acceso a la cultura, sino también como todo descubrimiento, la aparición de nuevas tipologías delictivas, o modernización de las ya existentes relacionadas con el tema que se trata. Se ha realizado¹ una interesante descripción de las consecuencias positivas y negativas de Internet²,

¹ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “*Impactos sociales y jurídicos de Internet*”, en “Argumentos de razón técnica”, n° 1, 1998, p. 33.

poniendo énfasis en pretendidas virtudes del sistema (libertad sin restricciones), que ya no son tales y que demandan por ende una necesaria regulación jurídica.

La pornografía infantil ha existido siempre, con la particularidad que los medios utilizados han cambiado. Antes se limitaban al uso de papel o videos. La aparición de Internet ha disparado cualitativa y cuantitativamente el fenómeno de la creación, y posterior distribución de materiales pornográficos elaborados utilizando a menores. La causa que produce tal efecto consiste en que Internet ofrece al delincuente un campo operativo mayor, resultando muy difícil detectarlo, el descubrimiento de la persona que se halla atrás de la Red, resulta pues muy complicado. La pornografía infantil, ha pasado de ser una actividad casi residual a adquirir indudable relevancia, tal como demuestran las estadísticas policiales y judiciales³ lo que implica la explotación sexual de niños a nivel mundial, que abarca desde la exhibición de sus cuerpos hasta la violación y la tortura.

Paradójicamente, la proliferación de la pornografía infantil en la Red –utilizada como uno de los más poderosos argumentos por partes de los detractores de Internet– ha posibilitado la detención y posterior juzgamiento de agresores sexuales de menores⁴ que, en otro caso, hubieran podido permanecer ocultos durante mucho tiempo⁵.

² El término ha sido definido por la Real Academia Española como “red informática mundial, descentralizada , formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación” Diccionario de la Lengua Española, 22º ed., <http://www.rae.es>

³ ANESVAD, al final del año 2001 puso en marcha una campaña de investigación y sensibilización sobre la pornografía infantil en *Internet* denominada “*Nymphasex*”. Se publicó una falsa página pornográfica, en la que se ofreció a una serie de servicios con menores, la cual se promocionó a través de distintos canales gratuitos disponibles para cualquier usuario (*chats*, foros, etc.). A los quince días 6000 personas habían visitado el sitio; 542 visitantes accedieron en forma irregular, con el fin de comprobar si la web ofertaba nuevos servicios y cerca de 200 usuarios dejaron incluso su dirección de correo electrónico para que se le informaran sobre las novedades <[HTTP:// WWW.ANESVAD.ORG/NYMPHASEX](http://WWW.ANESVAD.ORG/NYMPHASEX)> (cibersulta 1 de marzo 2007).

⁴ LÓPEZ, A., “*La investigación policial en Internet: estructuras de cooperación internacional*”, en III Congreso de Internet, Derecho y Política. Nuevas Perspectivas, publicado en revista de Internet Derecho y política (IDP) N° 5, UOC, 2007, p. 66. Disponible en :www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/lopez.pdf (accedido el 9/2/2011)

⁵ “*Trece detenidos en cuatro operaciones contra la pornografía infantil*”. La Policía Nacional ha detenido a 13 personas e imputado a otras siete por distribución y tenencia de pornografía infantil en cuatro operaciones que se han desarrollado simultáneamente en distintas provincias españolas. Los agentes han realizado 17 registros en Valencia, Madrid, Tarragona, Murcia, Cáceres, Vigo, Logroño, Barcelona y Asturias, en los que se han intervenido tres ordenadores, 27 discos duros, 295 CD y DVD, una tarjeta de memoria y numerosos archivos con contenido pornográfico. La operación se inició gracias a las denuncias de varios ciudadanos que encontraron contenidos pedófilos en Internet. En algunos de los equipos examinados se detectaron programas de intercambio donde se

Es de destacar que la pornografía infantil es difundida a través de diversos medios, si bien Internet es el medio por antonomasia, también se transmite por videos, fotografías de revistas, pornografía escrita –apología de violencia sexual que puede acompañar imágenes, relacionadas o no, con el relato– y aun telefónica –teléfonos que funcionan las 24 horas cuyo tema es infantil-adolescente y que se anuncian en revistas o periódicos bajo ciertas frases identificadoras, cual suerte de *hot line infanto-juvenil*–. Cuando todo esto sucede dentro de una sociedad, podemos seriamente esperar un incremento del delito relacionado con el tema.

En una primera aproximación al tema, debo manifestar que son varios los hechos relacionados con la corrupción de menores y la pornografía infantil que a través de los avances tecnológicos han provocado la creación de nuevas figuras delictuales, que la legislación se ha visto en la obligación de plasmar en la ley. La tecnología ha ido llevando a que los niños estén cada vez más expuestos a distintos tipos de abusos, primero a través de internet conectándose con desconocidos, quienes los cooptan muy de a poco, y los van llevando por distintos caminos donde ellos son la única víctima. *Grooming, sexting, stalking* y hasta *bullying* en otro ámbito, así como muchos otros nuevos nombres; para definir conductas cuyos perfiles no son fáciles de delimitar; nos demuestran el estado de indefensión en que se encuentran los pequeños.

En la actualidad, la constante utilización de la red para la difusión de mensajes de carácter delictivo, y en particular para la propagación de pornografía infantil, corrupción de menores y abusos sexuales contra niños, ya es un hecho. La preocupación por el progresivo aumento de conductas atentatorias de la libertad sexual e indemnidad sexual de los menores ha motivado diversas iniciativas internacionales. Así se ha expresado el Parlamento Europeo en la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Comité de las Regiones sobre la aplicación de las medidas de lucha contra el turismo sexual que afecta a niños, al señalar que

ofrecían archivos con contenidos pedófilos, a los que se accedía a través de palabras clave de las que eran conocedoras las personas cercanas a esta actividad. Además, los implicados prestaban especial atención a cómo se llegaba a los archivos a través de Internet, con accesos para usuarios con ciertos conocimientos, lo que permitía el anonimato en las comunicaciones y el uso de programas para evitar ser hallados. Ver: elpais.com 19-09-2011.

“*Desarticulada una tupida red de pornografía infantil con miles de usuarios en todo el mundo*”. La operación de la policía austriaca ha desenmascarado a sospechosos en 77 países, entre ellos España. Los contenidos se alojaban en una página de Internet rusa, entre los usuarios había funcionarios, jubilados, estudiantes e incluso escolares, suman 2.360 personas sospechosas de intercambiar pornografía infantil por Internet. Sólo 23 sospechosos están en Austria. A cerca de 600 les sigue la pista el FBI estadounidense, y otros 400 han sido interrogados por las autoridades alemanas. En total hay usuarios de 77 países. (elpais.com 01-02-2007).

“la imposibilidad de controlar Internet favorece la comisión de reales crímenes, que a través de la red se puede difundir gratuitamente material de pornografía infantil”, de manera que cualquiera puede obtener la información sobre la oferta de lugares de turismo sexual, que además es de presentación incontrolada y sin escrúpulo en prácticas perversas que no sólo conduce a la trivialización de los crímenes cometidos contra los niños, sino que además elimina tabúes, animando así a potenciales clientes a la pederastia.

Pese a la dificultad del cómputo, se estima que ya en el año 2005 existían más de cuatro millones de sitios de internet con material sexual con menores, los cuales recibirán más de dos mil millones de visitas anuales. Este tipo de materiales están alojados principalmente en servidores de países de la antigua Unión Soviética y en algunos de América Latina, donde la legislación es mucho más permisiva, lo que plantea importantes dificultades a las autoridades judiciales y policiales españolas en virtud de la vigencia de una serie de principios como el de territorialidad. Se estima que España alberga el 2% del total de sitios que contienen material sexual con menores: desde el punto de vista del consumo de estos materiales y también en base al estudio de investigación que *ANESVAD* realizó durante el año 2002, España sería el segundo país del mundo y el primero de Europa que más pornografía infantil consume.

Como respuesta a la pornografía infantil y al abuso sexual de menores a través de Internet se ha creado la *Virtual Global Taskforce*⁶, una alianza mundial de organismos encargados de la aplicación de la ley de distintos países. El Salón *Virtual Global Taskforce (VGT)* busca construir una asociación eficaz e internacional de las fuerzas del orden, las organizaciones no gubernamentales y la industria para ayudar a proteger a los niños del abuso infantil en línea y otras formas de explotación sexual infantil transnacional.

Los objetivos de la *VGT* están constituidos por las siguientes finalidades:

- para hacer de Internet un lugar más seguro
- para identificar, localizar y ayudar a los niños en riesgo

⁶ En ella participan los siguientes miembros: Australian Federal Police; Child Interpol, Italian Postal and Communication Police Service; United Kingdom; Europol, Interpol, National Child Exploitation Coordination Centre, como parte de la Royal Canadian Mounted Police, New Zealand Police, Ministry of the Interior of the United Arab Emirates y U.S Immigration and Customs Enforcement. Disponible en www.virtualglobaltaskforce.com. Accedido 5/4/2011.

- para mantener autores debidamente para tener en cuenta

El logotipo *VGT* reafirma el propósito de la *VGT*: que el niño es el centro clave de la *VGT* y el ojo está siempre vagando por Internet, a través de fronteras internacionales, velando por nuestros hijos para mantenerlos seguros en línea.

El mal de la pornografía afecta a la generalidad del colectivo de menores de dos maneras primordiales, y que en algún punto terminan confundándose hasta unirse en una sola cadena de mutua causación. Por un lado, es observable la conducta de explotación directa de millares de infantes, en los más distantes puntos del mundo, para la efectiva confección del material (fotos, videofilmaciones, grabaciones, etc.).

Desde otro sector, ese mismo material invita constantemente a sus consumidores a una mayor demanda, por adicción, o por mera novedad más, y para una porción de éstos es también una constante incitación a llevar al terreno de la realidad sus fantasías en celuloide o iones.

Tan nefasta maquinaria permanentemente se retroalimenta, buscando nuevas víctimas para explotar y poniendo a la vez en riesgo aun a aquéllos niños que ni siquiera se hallan en una situación caracterizable como de peligro o marginación.

Aparece como un área gobernada por el imperio de la ley económica de oferta y demanda, amoral, fría, matemática y distante de lo humano.

La Ley dentro de su neto carácter pragmático debe afianzar y ayudar a la prevención, persecución penal, y erradicación de estas infracciones con el establecimiento de normas específicas sobre controles interestatales, extradición, ejercicio efectivo de la jurisdicción del estado, adopción de medidas sancionatorias contra personas jurídicas que pudiesen haber tenido injerencia en la comisión de esas ilicitudes, el cumplimiento de disposiciones internacionales, facilitamiento de asistencia entre países en relación con la investigación y los trámites consecuentes a fin de paliar este flagelo que lesiona a futuras generaciones.

CAPÍTULO I

*EL DERECHO PENAL SEXUAL DE MENORES FENTE A LA
CORRUPCIÓN DE MENORES Y LA PORNOGRAFÍA INFANTIL*

I.- Concepto de corrupción de menores

A. Planteamiento

El concepto de corrupción de menores ha sido siempre muy problemático, por ser el término “corrupción” vago, muy impreciso y por sus referencias moralizantes. Se ha afirmado⁷ que “se trata de un delito de contornos imprecisos, modelado de espaldas a las exigencias del principio de taxatividad, y de tufillo moralizante, cuya delimitación por fuerza queda en manos de los jueces y tribunales con el consiguiente quebranto de la seguridad jurídica”.

Según el diccionario de la Real Academia Española, es –sig. Derecho– un “delito consistente en promover o favorecer la prostitución de menores o incapaces, su utilización en actividades pornográficas, o su participación en actos sexuales que perjudiquen el desarrollo de su personalidad”. Podría definirse como un estado en el que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega a captar como normal –para su propia conducta– la depravación de la actividad sexual⁸. Según SOLER⁹, es aquella acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad.

La indeterminación del concepto es evidente, y la inseguridad jurídica que provoca es aún mayor. Es por ello que nos acercaremos a este concepto, acudiendo a distintas fuentes, histórica, doctrinal, legislativa y jurisprudencial.

⁷ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Derecho penal, Parte especial*”, Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 302 y sgts.

⁸ CREUS-BUOMPADRE, “*Derecho Penal. Parte especial*”, t. I, p. 224.

⁹ SOLER, Sebastián, “*Derecho penal argentino. Parte especial*”, 5ª ed., Ed. Tea, t. III, p. 329.

B. Antecedentes históricos y doctrinales

El delito de corrupción ha estado presente en la legislación española desde el año 1822, hasta la actualidad, con la breve interrupción cuando fue derogado por el CP de 1995¹⁰, concretamente, en el ámbito de los delitos relativos a la prostitución. Tras la aprobación de la Constitución española de 1978, la doctrina dominante se había mostrado muy crítica para con el mismo, lo que determinó su supresión.

En el Código Penal de 1822 se tipifican los delitos de corrupción y prostitución en los arts.536 a 542 dentro de “Los delitos contra las buenas costumbres”.

En el Código Penal de 1848, los delitos de prostitución y corrupción se regulan en el art. 357 dentro de “Los delitos contra la honestidad”, e inclusive en la reforma de 1959, el delito cambia de número de artículo, pero se mantiene dentro de “los delitos contra la honestidad”, para luego en 1870 pasar a conformar el art. 459, pero también bajo el mismo título.

En el CP de 1928 el delito de corrupción de menores se divide en dos preceptos, en el art.609 cuando la víctima es mayor de 18 años pero menor de 23, y en el art. 77, cuando la víctima es menor de 18 años, ambos dentro de los delitos contra la honestidad.

En el Código de 1932 aparece descripta la acción típica en el art. 440 y en el CP de 1944 en el art.438, siempre bajo la denominación legal de “Delitos contra la honestidad”.

El texto de 1963 sustituye el 438 por el 452 bis b),1º. Finalmente la reforma de 1989, con el fin de adaptar el CP a la CE del 78, realizó un cambio importante al reemplazar por primera vez la rúbrica “delitos contra honestidad” por la de “delitos contra la libertad sexual” y además bajo la edad del sujeto pasivo de 23 a 18 años en la reforma del art. 14 apartado 2 de la LO 3/1989 de 21 de junio.

Antes de la reforma de 1989 los autores conciben a la corrupción de menores en forma muy amplia, iniciar al menor corrompido, o no, en el camino de la perversión, vicio o

¹⁰ L.O. 11/1995, de 23 de noviembre.

depravación sexual. Esta definición no es objeto de críticas pues es coherente con la configuración del delito de corrupción como un delito contra la moral pública, la honestidad o las buenas costumbres, que son los bienes jurídicos protegidos en los Códigos Penales antes de la reforma del 89¹¹.

A partir de esa reforma, en coherencia con la nueva Constitución y con el cambio de rubrica efectuado, comienzan a criticarse esas definiciones, pues contienen referencias morales que son contrarias a valores como la libertad y el pluralismo reconocidos en la Constitución del 78. Así se ha advertido con las siguientes palabras: “por corrupción se suele entender fomentar en el menor comportamientos o actitudes sexuales que se alejan de las pautas sociales mayoritarias, o sea de la moral social colectiva, sin atender si ello supone un atentado a la libertad sexual o no”¹².

Es por ello que varios autores aportan definiciones más restrictivas que intentan borrar las connotaciones morales del concepto y adaptarlo en lo posible al nuevo bien jurídico protegido en el título VIII del CP, es decir, la libertad sexual. Es por ello que la corrupción se define como la realización de uno o varios actos¹³, de naturaleza sexual, con un menor de edad (corrompido o no), que le causen un perjuicio en su desarrollo sexual” –se evitan en el concepto todas aquellas referencias moralizantes como “vicio”, “perversión”, o depravación–”.

La doctrina por su parte ha tratado de diferenciar la prostitución, de la corrupción, pues son conceptos próximos pero distintos, al decir de GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA¹⁴. El concepto de corrupción es más amplio que el de prostitución, dado que la primera implica actos de naturaleza sexual –sean de prostitución o no– que perjudiquen o puedan perjudicar el

¹¹ Para GROIZARD, corromper es “alterar y trastocar la forma de alguna cosa, echar a perder, depravar y, en sentido figurado pervertir o seducir a una mujer. Ver GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, “*El Código penal de 1870, concordado y comentado*”, Salamanca, 1893, p. 180. En el mismo sentido, VIADA Y VILASECA, S., “*Código penal reformado de 1870*”, Madrid 1890, p. 142; ANTON ONECA, José, y RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo, “*Derecho penal*”, t. II, Madrid, 1949, p. 269; RODRIGUEZ DEVESA, “*Corrupción de menores*”, NEJ, 1953, ps. 187 y sgts.

¹² Ver DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*”, Barcelona, 1985, p. 172, en AGUADO LÓPEZ, Sara, “*El delito de corrupción de menores: art.189.3 CP*”, Ed. Tirant lo Blanch, p. 24.

¹³ Ver BLANCO LOZANO, Carlos, “*Delitos relativos a la prostitución: conceptos de prostitución y corrupción de menores. Perspectivas jurídico-incriminadoras ante el nuevo código penal de 1995*”, en CPC, N° 61, 1997, p. 170.

¹⁴ Idem nota 11.

desarrollo de la personalidad del menor. De este modo, el concepto de corrupción puede comprender al de prostitución, pero no al revés, es decir, la prostitución puede implicar corrupción; ahora bien, la prostitución no es la única forma de corromper, ya que se puede perjudicar el desarrollo sexual del menor con la práctica de cualquier acto de naturaleza sexual que no implique prostitución¹⁵. La corrupción sería el género y la prostitución la especie¹⁶.

Esta relación de género–especie entre corrupción y prostitución era más estrecha en el art. 452 bis b) 1º. Como ese precepto se ubicaba dentro de los delitos relativos a la prostitución se entendía que la corrupción era una especie de prostitución¹⁷, o era un estadio previo a la prostitución, es decir dirigido a ella¹⁸. Tal vinculación entre la corrupción y la prostitución servía además para restringir el amplio concepto de corrupción.

En el marco de la reforma de 1995, de signo liberalizador en los delitos relativos a la prostitución, se deroga la corrupción de menores como infracción penal, ello fue visto por parte de la doctrina como uno de los mayores aciertos de la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual¹⁹.

La subsistencia del delito de corrupción resultaba cuestionable por la amplitud de esa figura respecto de otros tipos de contenido sexual, de modo que hacía las funciones de tipo residual en la que acababa siendo resumida una amplia variedad de conductas de naturaleza sexual, con la única característica común de tener a un menor como sujeto pasivo. Esa naturaleza residual y polimorfa de la figura resultaba político-criminalmente inoportuna, pues traía aparejados, además de problemas concursales, una práctica que hacía depender la

¹⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, “*Corrupción de menores*”, ob. cit., p. 821.

¹⁶ Idem nota anterior.

¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Manual de Derecho penal, Parte especial*” (dirigido por M. Cobo del Rosal), Madrid, 1993 p. 334.

¹⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, José M^a. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “*Derecho penal español. Parte especial*”, Madrid, 1995, p. 209.

¹⁹ La expresión de DEL ROSAL BLASCO es representativa de la opinión doctrinal dominante, en “*Estudios sobre el Nuevo Código penal de 1995*”, Valencia, 1997, p. 178; en TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*”, Ed. Aranzadi, Navarra, España, 2002, p. 112.

punibilidad de los contactos sexuales con menores, de circunstancias ajenas a la afectación de bienes jurídicos merecedores de protección.

Tras la reforma de la LO11/1999, se introduce un nuevo tipo penal que supone la recreación del antiguo delito de corrupción de menores, y cobra mayor autonomía, aunque la configuración del tipo y su ubicación sistemática se apartan de sus antecedentes legislativos.

La corrupción ya no se configura como un delito relativo a la prostitución, sino que cobra mayor autonomía al tipificarse en un precepto distinto al de la prostitución, aunque ambos estén en el capítulo V, “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”. En la Ley orgánica del 15/2003, el delito de corrupción no es reformado en su contenido, solo se lo cambia de ubicación sistemática pasando del art.189.3 al art. 189.4 del C.P.

Posteriormente en la reforma del 2010, se lo mantiene en el mismo artículo y con el mismo contenido. Y finalmente, en la LO 1/2015²⁰, se modifica la rúbrica del capítulo V por la de “Delitos relativos a la prostitución y explotación sexual y corrupción de menores”, quedando comprendido en el art. 183 bis CP con algunos cambios, a los que haremos referencia en el capítulo correspondiente.

C. Concepto legal

El art. 182 bis 2 del Proyecto de Ley orgánica de 1999, de modificación del Título VIII del CP de 1995, proporciona un concepto auténtico de corrupción; pretendiendo definirla en un doble sentido; que comprende tanto los “actos de corrupción”, como aquellos “encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual precoz o prematura, así como los actos de naturaleza sexual cuya intensidad, persistencia o continuidad puedan alterar al proceso normal de formación o desarrollo de la personalidad de aquellos”²¹.

²⁰ En la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, mediante la cual se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

²¹ TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*”, Ed. Aranzadi, Navarra, España. 2002, pp. 60 y sgts.

Esta definición ha sido muy criticada por ser demasiado amplia, y por su contenido moral, ya que castiga cualquier forma de iniciar al menor en el sexo, por ejemplo, a través de enseñanzas desviadas, sin necesidad de que se practiquen actos de naturaleza sexual²². Según como más adelante se analizará, la opción finalmente plasmada en el Código Penal, se aleja bastante de este modelo pues no fue recepcionado por la LO 11/99 del 30 de abril.

Finalmente en el art. 189.3 de la mencionada reforma, la conducta se describe en los siguientes términos: “El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual, que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses”.

Este es, pese a no aparecer el “*nomen criminis*” en el citado precepto, el delito al que hace referencia la nueva rúbrica del capítulo “De los delitos de prostitución y corrupción de menores”, definiendo auténticamente ambos conceptos, y al que alude la Exposición de Motivos²³ al señalar como una de las necesidades que da origen a la reforma, la alarma social provocada por el déficit de protección con respecto al punto y, de otro lado, la necesidad de adaptar la legislación a la normativa europea e internacional²⁴.

No pretendemos en este momento determinar la conducta típica de la corrupción de menores, cosa que desde el punto de vista metodológico sería incorrecto antes de analizar el bien jurídico protegido, sino sólo conocer las conductas que se ha pretendido incluir en el delito, para luego determinar el bien jurídico y la naturaleza del precepto para concluir finalmente en la conducta tipificada en torno a éste.

²² Ver MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “*La incorporación del ‘antiguo’ delito de corrupción de menores en el ‘nuevo’ Código penal*”, en CPC, n° 68, 1999, p. 325, en AGUADO LÓPEZ, Sara, “*El delito de corrupción de menores*”, ob. cit., p. 27.

²³ Ver Exposición de Motivos de la LO 11/99: “Todo ello determina al Estado español a modificar las normas contenidas en el Código penal ... relativas a los delitos contra la libertad sexual, las cuales no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas, ni en la conminación de las penas correspondientes a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego...”.

²⁴ Conforme a lo afirmado por DÍEZ RIPOLLÉS, esto no sería tan así porque la legislación española ya cumplía con la exigencias de la normativa internacional, excepto lo que se refiere al polémico castigo de la posesión de material de pornografía infantil y al aumento de la pena en los abusos sexuales. Ver DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*Trata de seres humanos y explotación de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*”, en Revista Penal, N° 2, 1998, pp. 20 y 21.

D. Delimitación jurisprudencial

La evolución de la jurisprudencia, a partir de los años ochenta, se había producido de un modo más tímido en la aplicación de este tipo delictivo que en los otros ámbitos del Derecho Penal sexual, sin sustraerse del todo a la inercia histórica en la interpretación de la corrupción²⁵.

En esta concepción aparecían consideraciones de carácter moral o de una mentalidad sexofóbica, e incluso aunque fuera implícitamente homofóbica. Esta figura obligaba a plantearse la forma en que debía valorarse la corrupción de menores, y ofrecía serias dificultades para acometer semejante valoración en el plano psicológico, sin entrar en cuestiones morales en las que se impondría tener que tomar partido, por una de las diversas opciones que se abren al individuo en una sociedad pluralista para la vivencia de la sexualidad.

Ante la dificultad de toda evaluación técnica de los efectos psíquicos sobre el menor, derivados de una relación sexual con un adulto se optaba por ceder al inaceptable prejuicio según el cual, determinado tipo de actos, por su contrariedad a las pautas de comportamiento socialmente dominantes, comportan necesariamente consecuencias negativas para el desarrollo de la personalidad del menor.

Esta tendencia ha sobrevivido incluso después de la reforma de 1995. Así en STS del 16 de setiembre de 1996 (RJ1996, 592) se introducía a propósito del tipo del delito, la siguiente consideración: “Aún cuando no se busque, directamente, la perversión sexual el sujeto pasivo, se consumaba anticipadamente la infracción, en tanto que basta con que de la conducta del

²⁵ Resulta reveladora la STS de 17 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4142): “El precepto legal trata de dispensar su protección a quienes, por razón de su edad, se encuentran en proceso madurativo de su personalidad, sin aquella madurez psicológica y ética y suficiente carga de experiencia para precaverse de la denigrantes y perniciosas influencias de quienes, faltos de todo escrúpulo moral, no reparan, en aras de satisfacer sus impulsos lúbricos en instrumentar a menores para la realización de aberrantes práctica sexuales, o presididos por reprobables fines, situar al menor en el plano inclinado de su prostitución o corrupción, en un envilecimiento y extravío de difícil reversibilidad. Semejante deformación o degeneración seguramente ha de dejar una huella profunda e la psiquis del menor, sin que exija, cual si fuera entitativamente mensurable, un comprobación cuantitativa del efecto corruptor generado, en el ánimo del joven, o la constatación de unos datos concretos a cuyo través se colija el propiciado índice de degradación de aquél, o el grado de desviación causado en la normal línea de honestidad que a su edad corresponda”. Ver TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “*La protección penal...*”, ob. cit., pp. 111 y ss.

sujeto activo se derive o se pueda derivar, de forma natural, la corrupción de menor mediante la vida sexual prematura, envilecedora, degradante que con estos actos delictivos se producen”²⁶.

Tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en la de las Audiencias provinciales, no se puede hallar un concepto unívoco y exento de contradicciones con respecto a la corrupción. Es la propia jurisprudencia la que reconoce que “la corrupción es un concepto indeterminado y difícil de precisar”²⁷.

El concepto de corrupción que se maneja es muy amplio, comprende no sólo la práctica de cualquier acto de naturaleza sexual con, o ante el menor de 18 años, sino también el inicio del mismo en el camino del vicio o perversión sin necesidad de que se practiquen actos de naturaleza sexual. Bastaría con proporcionar al menor, conocimientos o enseñanzas que le puedan corromper. Así se afirma en muchas sentencias²⁸, por lo que—en la práctica—volveríamos al concepto del proyecto.

Compartimos con Miguel POLAINO-ORTS la consideración de que sólo se puede aceptar la denominación “corrupción de menores” si se la desprende de su significado moral, y se la liga a un bien jurídico digno de protección penal²⁹.

Después de la Constitución de 1978, sólo se puede defender un concepto restrictivo de corrupción de menores que se desprenda de las referencias morales que ha venido arrastrando históricamente.

Es por ello que se debería hablar de corrupción de menores únicamente cuando por medio de actos de naturaleza sexual se perjudique la formación del menor en materia sexual, o el normal desarrollo sexual del menor en libertad. Expulsando la moral dominante del concepto, e interpretándolo como un bien jurídico digno de protección penal.

²⁶ Ver TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “*La protección...*” ob. cit., p. 112.

²⁷ SAP Barcelona 3/12/90.

²⁸ En la STS de 30-9-1993 se condena a un sujeto que imparte educación sexual a unos menores, sin estar autorizado para ello.

²⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, “*Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995 (especial referencia a la Ley Orgánica 11 /1999, de 30 de abril)*”, en CPC, N° 67, 1999, p. 196.

Nuestro interés es delimitar *de lege lata* el concepto de corrupción de menores volcado en el Código penal español., y para ello tendremos que determinar cuál es el bien jurídico protegido en dicho precepto, pues un concepto correcto desde el punto de vista constitucional, depende fundamentalmente del bien jurídico protegido.

La reacción de la Jurisprudencia ante la situación creada con la aprobación del Código de 1995 provocó cierta intranquilidad. El análisis de las sentencia dictadas con posterioridad, revela las dificultades que ha tenido que atravesar el Tribunal Supremo para hacer frente a la ausencia del precepto. Por ejemplo en muchos casos los hechos anteriormente constitutivos del delito de corrupción han pasado a ser calificados, con un sentido favorable al condenado, como abuso sexual del art.181.3 CP (versión de 1995), con una pena muy insuficiente si se tiene en cuenta la entidad de los abusos³⁰. En otros casos el tribunal consideró que no eran típicos.

Si analizamos los distintos casos de jurisprudencia podríamos advertir dos grupos, por una parte, aquellas conductas cuya condición de atípicas se debe asumir tanto desde el punto de vista normativo con o en el discurso de política criminal que inspiró el Código de 1995 –que giran en torno a la limitación de la intervención penal a la protección de la libertad sexual–; por otra parte hay otra clase de hechos en que la impunidad resulta discutible e inconveniente, por ejemplo el comportamiento del cliente de prostitución de menores.

II.- Pornografía infantil

A. Delimitaciones generales

Son varios los conceptos de pornografía infantil que podemos ensayar y analizar, ya sea en instrumentos internacionales, o nacionales de diversos países, unos más amplios, y otros más acotados, pero que finalmente culminan en un factor común que consiste en actividades relacionadas con el sexo de niños.

³⁰ Así, en la STS de 16 de septiembre de 1996 -referida ut supra- los hechos habían sido castigados según el art. 452 bis b) CP 1973) a la pena de cuatro años, nueve meses y once días de prisión, se imponen meramente penas de multa e inhabilitación especial con base en el art. 181.3 CP. En la misma dirección ver STS 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6844) o, con variaciones, la STS 28 de Enero de 1997 (RJ 1997, 321), la STS 7 de febrero 1997 (RJ1997, 658) o la STS 26 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2514). Ver TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., ídem nota anterior.

En la más reciente normativa internacional, advertimos determinadas características comunes en orden a definir el concepto³¹:

a) Cualquier material que describa o represente de manera visual a un niño participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada; o

b) Cualquier descripción o representación de los órganos sexuales de un niño con fines eminentemente sexuales; o

c) Cualquier material que describa o represente a una persona que parezca ser un niño participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier descripción o representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un niño, con fines eminentemente sexuales; o

d) Imágenes realistas de un niño participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un niño, con independencia de la existencia real de dicho niño, con fines eminentemente sexuales”.

Una definición amplia de pornografía infantil se contiene en la Ley 25.763, que aprueba el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía”, de la Asamblea General de la Naciones Unidas del 25 de mayo del año 2000. En su art. 2º.c establece que “por pornografía infantil se entiende toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales” –este concepto alude a las imágenes pornográficas–.

En el art.3.1.c del mismo documento, se obliga a los Estados a adoptar medidas para que la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados de pornografía infantil, en el sentido en que se define el art. 2º, queden comprendidos en su legislación penal “tanto si se han cometido dentro o fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente”.

³¹ GÓMEZ, Leopoldo, “*El delito de pornografía infantil*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2012, p. 42.

La frase “toda representación y por cualquier medio”, a la que alude el art. 2, resulta sumamente amplia, permitiendo la inclusión de supuestos que en algunas legislaciones positivas aparecerían de vidriosa y discutible persecución. Por ejemplo, el caso de las grabaciones fonográficas, ya que pareciera que hasta el momento solo podían incluirse las imágenes visuales. La proliferación de líneas telefónicas que ofrecen servicios de excitación erótica, tanto en América, como en países europeos, pueden llegar a ofrecer conversaciones y relatos de experiencias de neto contenido pornográfico, llevadas adelante por menores, que deberían ser consideradas como ilícitas, ya que en su base la acción nociva corruptora y atentatoria contra la integridad psicológica de los mismos debe ser considerada.

En Argentina, finalmente la Ley 26.388³² adopta una definición más acotada que en proyectos anteriores, que abarcaba además de la pornografía infantil propiamente dicha, la que se conoce como “pornografía infantil técnica”, o sea la alteración de imágenes de adultos que participan en actos sexuales para que parezcan menores, “la pseudopornografía infantil”, esto es la realización de fotomontajes con imágenes de menores para asemejarlas a actos sexuales, y la “pornografía virtual” que consiste en la exhibición de contenidos sexuales a través de representaciones virtuales, como dibujos animados, que impliquen una referencia implícita o explícita a menores de edad en actos sexuales, en esta forma se aplicaba el Protocolo Facultativo referido “*ut supra*”.

La Ley 26.388 del 4 de junio de 2008, sobre “Delitos informáticos” restringe la definición, y referido al concepto de pornografía infantil, el art. 128 primer párrafo del CP argentino dispone: “Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años, dedicado a actividades sexuales explícitas, o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en las que participaren dichos menores”.

³² Sancionada el 4 de Junio de 2008 y promulgada el 24 de junio del mismo año.

Adopta de esta forma la definición amplia del Protocolo, excepto las actividades sexuales explícitas simuladas³³. Con ello la ley ha intentado determinar los límites del concepto y favorecer la comprensión de la figura penal, definiendo su objeto material.

Al respecto, se ha sostenido³⁴ que, “corresponde considerar pornográficos a los actos de exhibición (actuaciones en vivo), o al material (de todo tipo: en papel, digital, filmaciones, etc.) de contenido propiamente obsceno³⁵, lascivo, lubrico y provocador, carente de otro fin de conseguir la excitación sexual del lector o del espectador³⁶ y exento de valor literario, artístico, científico o pedagógico”³⁷.

³³ En contra, CARRANZA TORRES, M., PEREYRA ROZAS, M. y BRUERA, H., “La ley de delitos informáticos 26.388”, JA, 2008-III-647. Los autores sostienen que en el término “representación” se encuentran comprendidas las imágenes simuladas.

³⁴ BLANCO, Luis, “La prostitución infantil, tráfico de menores y turismo sexual”, Ed. Ad Hoc, Junio 2008, p. 102.

³⁵ En BLANCO, Luis, “Prostitución.....”, ob. cit., p.103. Si bien gramaticalmente obsceno es aquello que es impúdico, torpe, ofensivo al pudor”: cfr. Diccionario de la lengua española. Ver DONNA, Edgardo, “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, ps.167/172. Más allá de ciertos conceptos morales y de la concepción adusta de la vida de los puritanos de todas las confesiones, y aun de la mojigatería, es de advertir que, guste o no, en lo obsceno -de acuerdo con RATTNER, ob. cit., pp. 129/130- siempre reside una alusión franca e intencionada de la posibilidades sexuales de nuestro cuerpo y de nuestra existencia; en la mayor parte de los casos falta toda música de acompañamiento, lo sexual se impone como un fin en sí sin referencia a una situación, como si normalmente no se integrase en un contexto situacional total de amor, cariño, confianza, simpatía. Esto resulta especialmente claro en la imágenes pornográficas, mientras en una auténtica obra de arte una figura desnuda o incluso la alusión a posibilidades sexuales aparecen integradas en una concepción artística total, el “artista obsceno” renuncia a todo rodeo, presenta “a gritos” el motivo sexual, en lugar de dulcificarlo en su sensualidad mediante la atmósfera de una obra de arte.” De ahí que la pornografía infantil, en cuanto carece por definición de toda referencia sexual o erótica afectivamente contextualizada y consensuada, es imposible de acontecer con niñas víctimas de explotación sexual, perversión y perversidad mediante resulte groseramente obscena. Lo mismo ocurre con las producciones pornográficas llamado “sado”, al igual que las de zoofilia.

³⁶ En BLANCO, Luis, “Prostitución...”, ob. cit., p. 103. Empleamos estos adjetivos, incluso el término obsceno sin la menor intención moralizante, sino como descriptivos de las características de las producciones pornográficas, por lo cual vale recordar que, según el Diccionario de la Lengua española, “lascivo” es lo perteneciente o relativo a la lascivia (a) Propensión a los deleites carnales (b) Apetito inmoderado de algo o que tiene este vicio; “lúbrico”, “propenso a un vicio particularmente a la lujuria” y también “libidinoso, lascivo (sólo en esta acepción es sinónimo de lascivo y provocador”, “que provoca, incita estimula o excita”. En este caso, la excitación sexual del lector o espectador de tales producciones. Además, como “morbo” quiere decir enfermedad” o “interés malsano por personas o cosas”, sus acepciones son: 1. “enfermo”. 2. “Que causa enfermedad o concierne a ella”. 3. Que provoca reacciones mentales moralmente insanas o que es resultado de ellas. 4. Que manifiesta inclinación al morbo (Diccionario de la lengua española), en general no nos parece que quepa requerir a esa excitación sexual que se pretende lograr sea o deba ser morbosa, ni que el contenido de la producción pornográfica de que se trate, para ser tal, esté dirigido a algún interés morboso del lector o espectador (que aquí se presume *a priori*), dado que la curiosidad o el interés (que incluso puede ser científico) hacia dicho material, o su consumo, no necesariamente han de deberse a algún interés enfermizo del usuario, que (más allá del voyerismo) podrá tenerlo o no, lo cual es propio de su subjetividad, no requiriendo que la excitación sexual que pueda llegar a provocarle deba responder a algún parámetro, con lo cual se limitaría de algún modo el concepto de pornografía.

Sin perjuicio de lo expuesto, refiriéndose a la pornografía infantil simulada, se ha apreciado³⁸ que “el tipo proyecta la idea sobre la “utilización del menor,” y no sobre la estricta actividad de creación de un material calificable objetivamente como de pornografía alusiva a menores”, aunque el Derecho penal pueda tutelar estos hechos como un interés relativo a una difusa moral sexual colectiva fundamentada en el grado de incitación directa a la desviación sexual o pedofilia, en los términos acontecidos en otros ordenamientos jurídicos como Alemania o Francia.

Desde la reforma del 2003 en España se penalizó, en el art.189.7 del Código Penal, la llamada pornografía infantil virtual o pseudopornografía. La norma parece estar orientada a la tipificación como conductas más frecuentes de material pornográfico infantil aparecido, principalmente en la Red, ya que modificar una fotografía de cualquier persona es una tarea fácil de realizar con cualquier programa de diseño gráfico. Sin embargo, se ha considerado³⁹ considera que al carecer de bien jurídico protegido, por ser una conducta aparentemente desarrollada por un menor, pero cuyo verdadero autor es una persona mayor de edad, debiera ser considerada atípica⁴⁰.

En la pantalla se crean personajes ficticios que mantienen relaciones sexuales con niños también virtuales, y si bien voces de expertos alertan sobre lo negativo de esta prácticas sociales, ya que pueden contribuir a consolidar fijaciones perversas, y aumentar la probabilidad

Ello sin perjuicio de que la pornografía infantil sea en sí morbosa, y de que pueda afirmarse que sus consumidores portan algún grado de psicopatía o sociopatía.

³⁷ Cfr. el criterio del Tribunal Supremo español, recordado por *Save the Children* en HORNOS-SANTOS-DEL MOLINO, ob. cit., p. 56, que textualmente dice que “el carácter pornográfico de una obra vendrá determinado por la confluencia de dos elementos: de una parte, la obra habrá de consistir en la obscenidad más grosera, recreándose en ella sin otro fin que conseguir la excitación sexual del lector o del espectador y, de otra, estar exenta de valor, literario, artístico, científico o pedagógico”.

³⁸ MORALES PRATS, Fermín, “*Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código penal español*”, en “Cuadernos de Derecho judicial”, Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, Madrid, 2000, p. 187.

³⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., “*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil (Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet)*”, Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2005, p. 142.

⁴⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 143.

de que éstas sean llevadas a la práctica en la vida real, donde constituyen un tipo penal, en la actualidad esta conducta es impune⁴¹.

La finalidad de la nueva redacción del art. 128 del CP argentino fue cumplir de manera más precisa con el Protocolo mencionado, y es por ello que tanto los verbos típicos como los objetos de éstos, las llamadas representaciones, son transvasadas directamente desde ese instrumento a la ley penal. El inconveniente surge a la hora de determinar la extensión de la palabra representación, más allá de lo expresado en los fundamentos de la ley, que ya veremos.

Se advierte⁴² que, como en la redacción del presente tipo se ha suprimido la frase “reales o simuladas” que señala el Protocolo, resulta evidente que esta tarea la deberá realizar el Poder Judicial al determinar la connotación de representación apreciando si la misma constituye, idea, figura o imagen.

Desde otro lado, el término pornográfico vuelve a aparecer en el párrafo 3° del art.128 del CP. En este caso se entiende “como toda representación de una persona dedicada a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales” –la que está contenida en el párrafo 1°, aunque no expresamente, y sólo circunscrita a menores de dieciocho años–.

Los elementos normativos de los tipos penales requieren necesariamente de esta operación interpretativa para establecer su sentido concreto y significado. Lo decisivo para establecer si se configura una infracción al principio de legalidad, en relación a la “*lex stricta et certa*”, radica en que el vocablo utilizado por el legislador permita conocer y concretar con precisión el núcleo y esencia de la conducta típica, o sea la verdadera identidad del tipo delictivo, vinculándolo con el correspondiente bien jurídico protegido y del otro lado que las fórmulas legales no resulten de una vaguedad tal que impida motivarse en forma acorde con sus imperativos⁴³.

⁴¹ GIL RUBIO, J., “*Pedofilia virtual*”, LL España Año XXIX, N° 6961, Sección Tribuna, 5/6/2008, disponible en www.laleydigital.es, pp. 3-4.

⁴² CUETO, M., “*La ley 26388 de delito informáticos, el art. 128 del Código penal y los Tratados internacionales*”, en DJ 4/8./2010, 2116.

⁴³ CSJN Fallos, 316:1190,316:1239, y 319:1524.

En Italia la norma no define el concepto de pornografía por lo que se debe hacer una interpretación hermenéutica del tema, y la definición aproximada a la misma sería “cada imagen en la cual el niño realiza actos sexuales explícitos sobre sí mismo, u otras personas, que inducen a pensar “*iuris et de iure*” en un peligro personal para el desarrollo de su persona”⁴⁴.

Se ha señalado⁴⁵ que “la pornografía infantil es una forma más de explotación sexual comercial infantil, intrínsecamente vinculada con sus demás variables con las cuales forman un todo. Y que debemos cuidar el término con el que se la convoca puesto que la expresión pornografía infantil no alude a infantes que se dedican a la pornografía, sino a las actividades pornográficas en las cuales se hace participar a niños, niñas y/o jóvenes”.

En la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo del 2015⁴⁶, en el CP español, se suprime al artículo 189.7 sobre pornografía virtual, incluyéndose su concepto en el de pornografía infantil del art. 189.1.b, *in fine*, donde se define y establece qué debe entenderse por material pornográfico, de la siguiente manera:

Art.189 b), último párrafo, del CP dispone:

“A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o

⁴⁴ MENGONI, Enrico, “*Delitti sessuali e pedofilia*”, Ed. Giuffrè, Milano, 2008, p. 247.

⁴⁵ BLANCO, Luis, ob. cit., p. 105.

⁴⁶ BOE-A-2015-3439, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, Núm. 77, martes 31 de marzo de 2015, Sec. I, pág. 27123.

cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”.

Finalmente, aunque no existe un concepto unánime y con consenso a nivel mundial sobre el concepto de la pornografía infantil⁴⁷, puede decirse⁴⁸ que el mismo es constituido por “aquel material que incorpore a un menor real en una conducta sexual explícita”, entendiéndose que hay características que están presentes en las definiciones propuestas que pueden ser sistematizadas de la forma siguiente:

- 1) La edad de las personas que participan;
- 2) Representación visual;
- 3) Representación real;
- 4) Conducta sexualmente explícita y erótica.

Antes de pasar a considerar lo relativo a si se trata de una representación real o virtual, o si la conducta sexual debe ser explícita, pasamos a considerar lo que consideramos la característica esencial como lo es la referida a la edad.

a) Edad para ser considerados menores

Constituye el elemento a partir del cual los organismos e instrumentos internacionales y las legislaciones internas diferencian entre la pornografía y la pornografía infantil. Más aún, es

⁴⁷ La LO 1/2015 brinda un concepto de material pornográfico, que ha quedado expresado en el art. 189.2 (último párrafo) de la reforma y que está vigente desde julio de 2015.

⁴⁸ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Pornografía infantil en la red*”, Ed. Ubijus, México, D.F., México, 2008, p. 29.

aceptado como criterio socio/criminológico para establecer el límite entre la pornografía infantil y la pornografía común (cuyo consumo no es ilegal), y quedaría fijado en los dieciocho años.

Como veíamos en la mayoría de los instrumentos internacionales revisados anteriormente, se referían a menor como todo ser humano que no haya alcanzado los 18 años de edad; sin embargo, en las legislaciones internas⁴⁹, esa edad varía dependiendo de aspectos culturales, sociales y político criminales. En consecuencia, desde el punto de vista jurídico y entre los mismos países miembros de la Comunidad Europea, no puede sostenerse una edad determinada para considerar la pornografía infantil, pues la misma dependerá de las disposiciones legales vigentes. El asunto se torna más espinoso si se amplía el radio a países de otros continentes, marcados por otras culturas, variables demográficas y costumbres, que definen la edad a partir de la cual se considera adulto⁵⁰.

Tanto en los Códigos civiles como penales, casi la gran mayoría de países poseen un apartado dedicado exclusivamente a penalizar la existencia, consumo y distribución de este tipo de contenidos. Sin embargo, la edad límite para que tal pornografía sea considerada como infantil, no es la misma en todos ellos (por ejemplo, países como Austria o Alemania establecen que el tope para ser reconocida como tal, es hasta los 14 años, mientras que algunas regiones de los Estados Unidos a los 15 años, pasando a Italia, Holanda o España, los cuales estiman como pornografía infantil a todo material donde se incluyan menores de 18 años.

Esta diferencia en el establecimiento de la edad, conlleva al problema principal y más común en torno a la definición de pornografía infantil. Esto es: ¿a partir de qué edad la filmación o grabación de tales imágenes dejan de ser actos de pornografía infantil?⁵¹. Una de las situaciones puntuales a resolver tiene que ver cuando se fija los 18 años de edad como límite

⁴⁹ España, por ejemplo, elevó la edad a dieciséis años para otorgar consentimiento sexual, conforme a la LO 1/2015. Antes de la reforma, en la LO 5/2010, la edad era establecida en 13 años.

⁵⁰ En PARRA GONZÁLEZ, Ana, “*La pornografía infantil en la Red...*”, Universidad de Salamanca, España, 2011, <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/115602/1/DDPG>, p. 172.

⁵¹ En el Derecho comparado hay muchas diferencias en cuanto la edad contemplada en cada legislación en materia de pornografía infantil. Así, en Alemania son los 14 años, en Australia 16; Austria 14; Bélgica 16; Dinamarca 15; Finlandia 15; Francia 15; Grecia 18; Islandia 18; Irlanda 17; Italia 18; Luxemburgo 18; Holanda 18; Portugal 18; España 18; Suecia 18; Reino Unido 16; Estados Unidos 18 años.

de edad de la persona que aparece en el material pornográfico, pero la edad no coincide con el consentimiento sexual, por ejemplo los 13 años⁵².

Como se ha expresado, existe consenso en los documentos y la doctrina internacionales sobre la edad límite contemplada en materia de pornografía infantil, esto es, los 18 años. Sin embargo, la Convención de Cibercrimen realizada en Budapest⁵³, celebrada el 23 de noviembre de 2001 en el seno del Consejo de Europa, en su artículo 9.3, establece la posibilidad de reducir hasta los dieciséis años la edad límite en la consideración de actos de pornografía infantil.

Esta política de armonización europea debería contribuir a asentar la doctrina al respecto en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros sobre todo en cuestiones tan relevantes como la pornografía infantil siendo, como hemos anotado antes, las asimetrías legales un recurso aprovechado por la delincuencia organizada o la cibercriminalidad para escurrir la vigilancia y la regulación.

Naciones Unidas aborda el problema de cuando no está determinada la edad del menor, o se presentan dudas al respecto. En este sentido, establece en el artículo 8.2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵⁴ que el hecho de haber dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima. Así, el desconocimiento de la edad del sujeto pasivo debe entenderse en positivo en relación a la adopción de las medidas necesarias para detener la distribución o circulación del referido material⁵⁵.

⁵² En España, la reforma de la LO 1/2015, en vigor desde el 1 de julio, eleva la edad para prestar consentimiento a 16 años.

⁵³ Solicitada por el Consejo de Ministros. Su borrador puede hallarse en el Documento 8875 de 9 de abril de 2001, mientras su Informe explicativo fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su sesión 109 celebrada el 8 de noviembre de 2001.

⁵⁴ A/54/1.84, de 16 de mayo de 2000.

⁵⁵ Advierte MORILLAS FERNÁNDEZ como una alternativa de solución a cuando ocurra un evento similar es la contemplada en la legislación estadounidense, la cual, en la sección 2257 del US Code, establece la obligatoriedad de llevar a cabo un registro de todos los sujetos intervinientes en cualquier tipo de producción donde se representen imágenes que contengan hechos sexuales explícitos. Sección 2257. —Registro obligatorio. (a) El que produzca cualquier libro, revista, periódico, película, cinta de vídeo o cualquier otro material que contenga una o más

La jurisprudencia española también se pronuncia sobre los 18 años como la edad abarcada en el delito de pornografía infantil. Así, la STS nº 803/2010 de 30 de septiembre afirma que “las conductas descritas en el art. 189 tienen en común que el sujeto pasivo es un menor de 18 años (o incapaz), y que su consentimiento es no válido al existir una presunción legal en el sentido de que no concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de estos, cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines pornográficos o exhibicionistas, lo que implica que un sector doctrinal considera, en cuanto a cual sea el bien jurídico protegido, que no es tanto la indemnidad sexual de la personalidad del menor, como su dignidad como menor o su derecho a la propia imagen, lo que justifica esa irrelevancia del consentimiento de los menores de 18 años que deciden intervenir en la elaboración del material pornográfico, incluso sin mediar abuso de superioridad o engaño, cuando ese consentimiento, por el contrario, si sería válido para la práctica de relaciones sexuales cuando no mediasen tales circunstancias”. En la misma línea se pronuncia la STS nº 796/2007, de 1 de octubre⁵⁶.

Una de las dificultades que se presenta a menudo tiene que ver con la determinación de la edad de la persona que participa en la imagen o video cuando no está identificada, y por tanto se desconoce la edad real de la misma. En esta situación se puede recurrir a especialistas que aplican la escala de Tanner para identificar las fases de desarrollo en niños en la fase de pubertad, desde los 13 a los 18 años. No obstante, la jurisprudencia española revela que en la mayoría de los casos basta que el juez a través de la observación directa del material, determine que se trata o no, de un menor de edad y si la edad es menor de 13 años (que reúne la condición de agravante)⁵⁷.

imágenes visuales realizadas después del 1 de noviembre de 1990 en donde se desarrollen conductas sexuales explícitas; y sea producido de forma íntegra o parcialmente con materiales enviados por correo o transportados interestatalmente o destinado al comercio internacional, o simplemente enviados o transportados o su tentativa; deberá crear y mantener unos archivos identificativos de forma individual donde se contemplen los datos referentes a todos los sujetos que aparezcan en la referida imagenl. Ver MORILLAS FERNÁNDEZ, David. L., “Análisis ...”, ob. cit., pp. 74 y ss.

⁵⁶ PARRA GONZÁLEZ, Ana V., “La pornografía infantil en la Red”, <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/115602/1/DDPG>, p. 174.

⁵⁷ Idem nota anterior, p. 175. Aunque luego de la reforma del CP, por la LO 1/2015, la edad se eleva a 16 años.

Así se declara⁵⁸ que “en lo referente a la prueba de localización e identificación de los menores para determinar su edad exacta, es claro que se trata de una diligencia prácticamente imposible de realización y que, además, el dato en cuestión ha podido ser establecido en la sentencia por propias fotografías que no dejan lugar a dudas”. Igualmente se pronuncia la STS⁵⁹, cuando señala que “es suficiente con examinar tales fotografías para percatarnos, por los rasgos infantiles de la mayoría de los que allí aparecen, que en la elaboración de este material pornográfico fueron utilizados personas menores de trece años⁶⁰”.

Siempre que existan dudas sobre la determinación de la edad de las personas que participan en el material pornográfico deberá resolverse a favor del reo. La SAP Alicante, sec. 1ª nº 58/2006, de 30 de enero señala que “no pudiéndose establecer con absoluta certeza que en efecto se trate de niños, es decir menores de 18 años, refiriéndose el informe pericial (...) en todo momento a posibles menores (...) procede la absolución del procesado por este segundo delito.

b) *Representación visual*

En la difusión de pornografía infantil se hace referencia a todos los documentos susceptibles de ser representados tales como: fotografías, video o *DVD*, telefonía móvil. Casi todos los supuestos de pornografía infantil en la actualidad son a través de Internet. Este medio se ha convertido en el principal vehículo de difusión de imágenes, fotografías, videos, con esta iconografía. Resulta idóneo puesto que su adquisición es rápida, más o menos anónimo, el

⁵⁸ STS nº 292/2008, de 28 de mayo (Pte: Ramos Gancedo, Diego)

⁵⁹ STS nº 739/2008, de 12 de noviembre (Pte.: Sánchez Melgar, Julián)

⁶⁰ A nivel de la Audiencia Provincial también existe mucha jurisprudencia donde el juez determina que no hace falta más evaluación que la observación directa para determinar la edad de las personas que participan en el material pornográfico. Véase SAP Coruña, sec. 2ª, nº 28/2009, de 6 de julio, que declara que algunas de las menores que aparecen en las fotografías enviadas son menores de 13 años se deduce de la constatación directa de este tribunal tras el visionado de las mismas; SAP Barcelona, sec. 2ª, nº 188/2009, de 16 de marzo, que afirma que se trata de niños -lejos algunos de la pubertad-, lo que se evidencia no sólo de su aspecto sino claramente del desarrollo de sus órganos genitales externos, por lo que ninguna otra prueba era precisa de lo que integra un hecho notorio: que los menores utilizados lo eran efectivamente y que algunos de ellos tenían menos de trece años; La SAP Madrid, sec. 6ª, nº 52/2010, de 3 de febrero estima que basta con examinar a las fotografías para inferir que todos los intervinientes en las mismas son inequívocamente menores de edad, a la vista de su incipiente desarrollo de los denominados caracteres secundarios (pechos o vello pubiano); la SAP Barcelona sec. 2ª, nº 35/2009, de 26 de enero afirma que ninguna otra prueba era precisa de lo que integra un hecho notorio: que los menores utilizados tenían menos de trece años”. En PARRA GONZÁLEZ, Ana, “La pornografía infantil en la red”, <http://gredos.usal.es/jsptui/bitstream/10366/115602/1/DDPG>

procedimiento es sencillo y no existe distancia geográfica puesto que todo está al alcance de un clic.

Los métodos más usados son la utilización de *chats*, donde los pedófilos dialogan entre sí y acuerdan intercambiarse a través del correo electrónico el referido material, la compra directa de este elemento por medio de alguna página web o la simple descarga de archivos⁶¹. La adquisición física de fotografías o video ha quedado reducida a un evento marginal. Toda la difusión como el tráfico y la distribución, y la misma comunidad de adeptos, se constituyen hoy alrededor de la red virtual. Ahora bien, que la representación sea visual no significa que las imágenes sean de niños reales, por lo que resulta necesario explicar la siguiente característica.

La voz del menor sin representación visual no sería pornografía infantil, por cuanto no hay una utilización directa de un menor real en una conducta sexualmente explícita. Aun cuando el artículo 189.7 del CP⁶², contemplaba la utilización de la voz del menor,(sería relevante sólo en la pornografía virtual, puesto que se mencionaba la voz en el apartado señalado), pues se requiere de una imagen para que realice el tipo. No obstante, en la doctrina existe una versión más amplia, con la que estamos en un todo de acuerdo. Al respecto, se ha planteado que “con independencia de las dificultades que tales propuestas conllevan puede defenderse “*de lege ferenda*” la tipificación de la difusión de relatos explícitos pornográficos de sexo con menores, y la tipificación de la apología⁶³ de la corrupción de menores⁶⁴. Asimismo se ha considerado que una cinta magnetofónica y hasta una representación pictórica o fotográfica, realizada sobre un modelo menor de edad, puede constituir material pornográfico infantil⁶⁵. Nos resulta llamativo que en la definición de pornografía infantil que incluye la reforma de la LO 1/2015, nada se dijera sobre la voz del menor ni las cintas magnetofónicas.

⁶¹ Véase MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., ob. cit., págs. 67 y ss.

⁶² Conforme a LO 5/2010.

⁶³ Ver DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “*Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

⁶⁴ Es más, la LO 1/2015 cuando define material pornográfico agrega esta circunstancia.

⁶⁵ GÓMEZ TOMILLO considera que la pornografía infantil puede estar conformada por cintas magnetofónicas, películas de video o cualquier otro formato; el mero empleo del menor o incapaz como modelo fotográfico o, incluso pictórico. Ver GÓMEZ TOMILLO, M., “*Derecho penal sexual y reforma legal*”, en “Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología” RECPC, N° 07, 2005.

c) ***Representación real***

En este caso, las imágenes plasmadas y reproducidas deben ser verdaderas. En esta categoría quedan excluidos los materiales que muestren a menores de edad irreales o virtuales creados a través de ordenador u otras técnicas⁶⁶, estimándose que en esta categoría –la representación real– se concentran las figuras de la conducta sexual explícita filmada o exhibida, en la que participa de forma directa un menor de edad o incapaz.

En este sentido, cuando los que participan en la representación visual no fueran menores reales, entra en la clasificación de lo que se conoce como *pornografía virtual*, es decir, los protagonistas no reúnen la condición de menor e incapaz, en realidad se trata, o bien de mayores de edad que simulan ser menores (pornografía técnica), o de imágenes creadas a través de las tecnologías. A su vez, en esta categoría –pornografía virtual– pueden ubicarse la pornografía técnica, la artificial y la pseudo/pornografía⁶⁷.

Se entiende por *pornografía técnica* la protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios o procedimientos (retoque de fotografías o filmaciones consistentes en eliminación de vello púbico o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes)⁶⁸. Compartimos la opinión según la cual “para este caso no cabe hablar de pornografía infantil, en tanto que no reúne las características propias de esta tipología delictual ya que, entre otros elementos, adolece de bien jurídico protegido para ser considerado delito amén de las cualidades del sujeto interviniente⁶⁹.”

⁶⁶ MORILLAS FENÁNDEZ, David, “Análisis...”, ob. cit., pág. 69.

⁶⁷ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Artículo 189”, pág. 531.

⁶⁸ MORALES PRATS, Fermín; GARCÍA ALBERO, Ramón, “Artículo 189...”, ob. cit.; BOLDOVA PASAMAR incluye esta terminología para identificar los supuestos en los que se representa a los menores a través del dibujo u otra clase de animación circunscribiéndola, junto con la pornografía técnica, a una manifestación de pseudo/pornografía conforme al criterio de la representación de pornografía infantil falsa. Ver BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Artículo 189...”, ob. cit., p. 531.

⁶⁹ MORILLAS FENÁNDEZ, David, ob. cit., pág. 69.

Además de la pornografía técnica, se ha hecho mención de una *pornografía infantil artificial*⁷⁰ para identificar los supuestos en los que se representa a los menores, a través del dibujo u otra clase de animación, de forma que tanto la pornografía artificial como técnica son una manifestación de pseudo-pornografía⁷¹ conforme al criterio de la representación de la pornografía infantil falsa⁷².

En la *pseudo-pornografía*⁷³ o pornografía infantil *virtual*, este supuesto de la imagen que se reproduce, no es de una escena con menores reales. Se trata de un montaje o creación ficticia en la que se introducen caracteres parciales identificables de menores reales como la cara, el cuerpo o la voz.

En la doctrina son más comunes las referencias a esta categoría con el nombre de pornografía virtual. Así se la ha definido como “la realización por agentes de montajes de naturaleza pornográfica a través de la manipulación de imágenes o sonidos de menores o incapaces”.

De igual forma, ha sido caracterizada como aquella en la que se inserta a un menor o incapaz real (su rostro o cuerpo) mediante un montaje, lo que supone la utilización de una persona⁷⁴. Tal categoría es una manifestación intermedia entre la pornografía técnica, y la artificial en la que no puede hablarse de pornografía infantil en términos absolutos, al no

⁷⁰ BOLDOVA PASAMAR incluye esta terminología para identificar los supuestos en los que se representa a los menores a través del dibujo u otra clase de animación circunscribiéndola, junto con la pornografía técnica, a una manifestación de pseudo/pornografía conforme al criterio de la representación de pornografía infantil falsa. Véase BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Artículo 189...*”, ob. cit., pág. 531.

⁷¹ BOLDOVA PASAMAR, M. Ángel, ob. cit., pág. 531.

⁷² MORILLAS FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 69, estima que en la pornografía artificial se agruparía todo aquella representación pornográfica en la que participa un menor o incapaz creado íntegramente a partir de un patrón irreal, por ejemplo un dibujo animado.

⁷³ MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO la han identificado con fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas, animadas o no, en la que no han intervenido realmente -bien insertando sólo el rostro, bien todo el cuerpo-. Véase MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Artículo 189...*,” op. cit., pág. 982.

⁷⁴ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, ob. cit., en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y Otros, “Comentarios al Código penal, Parte especial”, tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 532.

aparecer el sujeto pasivo íntegramente representado sino a través de elementos característicos⁷⁵. A efectos de este trabajo nos referiremos a ella como *pornografía virtual*.

La introducción de este precepto en el art. 189.7 de la LO 15/2003 de 25 de noviembre ha sido polémico, y rechazado por parte de la doctrina por considerar que no se afecta al bien jurídico indemnidad sexual. Sin embargo, algún autor considera que no debe eximirse de responsabilidad penal al creador o traficante de semejante iconografía, puesto que, si bien no parece conveniente identificar el bien jurídico aquí protegido con la indemnidad sexual (...), no es menos cierto que otros objetos tutelables como la intimidad, en el sentido del derecho a la propia imagen, o la dignidad pudieran verse afectados, lo cual lleva implícito un tratamiento independiente de los supuestos de pornografía infantil en términos absolutos. En la LO 5/2010 continúa la mención a la pornografía virtual o pseudo-pornografía en el art.189.7, y en la LO 1/2015 se han incorporado las definiciones de pornografía infantil y material pornográfico dentro del art. 189.1,b *in fine*, suprimiéndose el inciso 7 del art. 189 CP que tipificaba la producción venta, distribución, exhibición o facilitación de material pornográfico realizado mediante pornografía virtual la cual, a nuestro criterio, queda comprendida en el concepto de material pornográfico que brinda la última reforma.

4) *Conducta sexualmente explícita y erótica*

Respecto de las conductas sexualmente explícitas, en las que las imágenes infantiles han de aparecer inmersas, se ha estimado⁷⁶ que las mismas deben incluir al menos el acceso carnal mediante contacto genital-genital, bucal-genital, genital-anal o bucal-anal; el bestialismo; la masturbación; la violencia sadomasoquista, y la exhibición obscena de los genitales o de la región pubiana⁷⁷. Se incluyen también aquellas imágenes en las que la actividad sexual ha sido simulada. Así lo entiende el Consejo de Europa, en el Informe Preparatorio de la Convención

⁷⁵ Ver MORILLAS FENÁNDEZ, D.L., ob. cit., pág. 70.

⁷⁶ CABRERA MARTÍN, M., “*La pornografía infantil: Nuevos retos para el Derecho penal*”, en “Jornadas sobre Derecho de los menores”, en LAZARO GONZÁLEZ, I., MAYORAL NARROS, I. (Coords.), Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, págs. 402 - 405.

⁷⁷ En el caso de los desnudos o semidesnudos –que, por sí solos, no tienen por qué tener connotaciones pornográficas- parece que lo adecuado será atender al contexto y a la finalidad que se persiga con la imagen para establecer si tiene la consideración de obscena, esto es, si está exclusiva o primordialmente dirigida a provocar la excitación sexual del que la contemple. Ver CABRERA MARTÍN, M., ob. cit., págs. 402-404; en iguales términos, MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., ob. cit., pág. 66.

sobre delincuencia en la red del citado órgano, adoptado el 8 de noviembre de 2001⁷⁸. En relación a este tema se ha planteado la interrogante de si un simple desnudo constituye una imagen pornográfica. La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁹ considera que “la imagen de un desnudo –sea menor o adulto, varón o mujer– no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse, y que no consta cual fuese en la ocasión de autos”.

En la misma línea la STS⁸⁰ cuando determina que “la imagen de un desnudo sin más no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse”. También coincide la STS⁸¹, que concluye que por “elaboración de cualquier clase de material pornográfico” podemos entender tanto fotografías como videos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiendo por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos⁸².

Un sector de la doctrina ha planteado que con cierta frecuencia los materiales que se intercambian en la red son fotografías de menores desnudos, que sin embargo no realizan actos o gestos obscenos con connotación sexual. El precepto se refiere a material pornográfico y en principio, lo pornográfico indica (...) la realización de actos de carácter sexual. En coherencia con lo expuesto habrá que concluir que en tales supuestos no cabe sanción penal, al faltar un

⁷⁸ Documento 8875 revisado, ETS N° 185.

⁷⁹ Así lo confirma en la STS n° 1342/2003, de 20 de octubre (Pte.: Jiménez Villarejo, José).

⁸⁰ La STS n° 376/2006, de 8 de marzo, RJ 2003/7509 (Ponente: Saavedra Ruiz, Juan). Más recientemente este criterio se reafirma en la STS n° 373/2011, de 13 de mayo, RJ 2011/3871, y STS n° 105/2009, de 30 de enero (Pte.: Sánchez Melgar, Julián).

⁸¹ STS n° 803/2010, de 30 de septiembre (Pte.: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)

⁸² PARRA GONZÁLEZ, Ana, “*La pornografía en la Red, especial referencia a la posesión simple*”, ob. cit., p. 174.

elemento del tipo, en concreto, la cualidad de pornográfico⁸³. Queda claro que una simple fotografía de un desnudo de un menor no puede ser considerada como pornografía infantil⁸⁴.

Este aspecto deja abierto la delimitación entre la pornografía infantil y el erotismo, respecto del cual abundan los disensos. Inicialmente se acota el término conducta sexual explícita para diferenciar la pornografía infantil de otras manifestaciones sexuales. El asunto adquiere junto al tema de la edad perfiles determinantes en la delimitación de las conductas ilícitas a la luz del orden legal. Siguiendo en este punto a LANNING⁸⁵, cabría entender que la pornografía infantil comprendería la reproducción de imágenes de conductas sexuales explícitas de un menor, mientras que el erotismo abarcaría cualquier tipo de material de naturaleza sexual que incluya a menores y no desarrolle aquéllas.

En suma, es de tener en cuenta en orden a la relevancia típica, como ha señalado el profesor GARCÍA VALDÉS, que el ánimo libidinoso va inscrito en el propio concepto de lo pornográfico, por lo que corresponde en puridad al aplicador del Derecho, y no al legislador, concretar en cada caso si el acto es de naturaleza erótica o pornográfica, elemento normativo del tipo de carácter jurídico *versus* elemento normativo del tipo de carácter socio-cultural⁸⁶.

La STS⁸⁷ afirma que “...es cierto que la distinción de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores”.

En una sentencia más reciente⁸⁸ el TS estima que “el concepto de material pornográfico sería el resultado de la combinación de dos criterios: el contenido exclusivamente libidinoso del

⁸³ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “*La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: Cuestiones claves*”, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Boletín de la Facultad de Derecho, N° 20, 2002, pág. 262.

⁸⁴ En este sentido se pronuncia la STS 10.10.2000 (RJ 2000/9151).

⁸⁵ LANNING, K., “*Child Molesters: A Behavioural Analysis*”, Washington D.C., 1992, págs. 24-26, citado por MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., ob. cit., p. 75.

⁸⁶ GARCÍA VALDÉS, Carlos, “*Acerca del delito de pornografía infantil*”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / GURDIEL SIERRA, Manuel / CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “*Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 417.

⁸⁷ STS n° 1058/2006, de 2 de noviembre (Pte.: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón).

⁸⁸ STS n° 803/2010, de 30 de septiembre.

producto tendiente a la excitación sexual de forma grosera y la carencia de valor literario, artístico o educativo”.

En la misma línea la STS⁸⁹, afirma que “la pornografía, en relación con su difusión a menores e incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia (...), las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil⁹⁰.

Siguiendo los argumentos expuestos anteriormente, no todo material sexual producido donde participen menores posee naturaleza pornográfica. Al respecto existe una clasificación de las imágenes que pueden encontrarse en cualquier reportaje de estas características:

a) Indicativo. Representado por aquel material que muestra a menores vestidos, sugiriendo un interés sexual por los niños.

b) Indecente. El menor aparecería desnudo, aludiendo un interés sexual por los niños.

c) Obsceno. Describiría a un infante desarrollando actos de naturaleza sexual explícita⁹¹.

Estando más o menos claras las dos últimas, es obvio que el debate se centra en las circunstancias por las cuales apreciar que el tono o carácter indicativo de una representación de un menor es erótico o pornográfico. La dinámica mediante la cual los Estados fortalecen su voluntad de perseguir cualquier manifestación ilícita en materia sexual; cuando el sujeto pasivo sea un menor; apunta a que no serán pocas las representaciones en las que la duda sea aplicada, alineada con dicha pretensión, en consecuencia siendo objeto de censura y sanción.

Al respecto se ha cuestionado: ¿qué debemos entender por erotismo infantil? Inicialmente no existen manifestaciones sobre su contenido. No obstante, dentro del Proyecto *COPINE*, se recoge una clasificación del contenido de las colecciones del material más común

⁸⁹ STS nº 1553/2000, de 10 de octubre (Pte.: Sánchez- Malgar, Julián).

⁹⁰ Ver PARRA GONZALEZ, Ana, ob. cit., p. 181.

⁹¹ 368 TAYLOR, M., HOLLAND, G., QUAYLE E., “*Typology of Paedophile Picture Collections*”, COPINE Project, “The Pólice Journal”, 74, 2001, p. 98.

utilizado por los pedófilos donde se hace expresa mención a los componentes erótico y pornográfico, los cuales vendrían representados por las siguientes conductas:

a) Todo aquel material de niños tomado clandestinamente en áreas de recreo y diversión, que muestren al menor semi-desnudo o desnudo.

b) El que deliberadamente muestre imágenes de niños total o parcialmente vestidos o desnudos siempre y cuando de las mismas se derive un componente sexual, entendiéndose por éste cualquier manifestación externa, tales como poses provocativas o incitantes (...).

c) Aquellas en las que se haga un especial énfasis a las áreas genitales del menor independientemente de que se muestren.

d) Imágenes de menores desnudos o semi-desnudos destinadas a escenas nudistas cuya procedencia sea legítima⁹².

Este último caso es relativo pues dependerá de la naturaleza o finalidad de la iconografía, siendo necesario entonces atender a las circunstancias y el contexto en el que aparece la imagen⁹³.

Es totalmente distinta la exhibición de un menor de edad desnudo en una revista médica, que en una página *web* dedicada exclusivamente a un contenido pornográfico⁹⁴. En este sentido, se ha entendido que deben quedar fuera del tipo todas las representaciones respaldadas por un carácter científico, cultural, informativo y divulgativo. Propone el autor que se incluya en la descripción de esta conducta la especificación con fines sexuales, con el propósito de excluir las anteriores⁹⁵.

⁹² TAYLOR, M., HOLLAND, G., QUAYLE, Ethel, “*Typology of Pedophile*”..., ob. cit., p. 101.

⁹³ El ejemplo más común o los de cualquier empresa que anuncie productos para bebés (pañales o toallitas de aseo), obviamente, el contenido de estos clips publicitarios es meramente informativo o divulgativo, por lo que no pueden ser considerados como manifestaciones de pornografía infantil pese a cumplir el requisito enunciado.

⁹⁴ URIARTE VALIENTE, L. M., “*Delitos relativos a la pornografía infantil y corrupción de menores*”, Centro de Estudios Jurídicos, pág. 4.

⁹⁵ MORILLAS FENÁNDEZ, D.L., ob. cit., pág. 77.

Sin embargo, la vocación controladora del Estado, o la cultura del control social, tienden a englobar bajo la terminología pornografía infantil tanto comportamientos donde se desarrolla una conducta sexual explícita, como los denominados comportamientos eróticos, lo que conllevaría a una errónea sobrevaloración conceptual. Claro está que mientras se mantenga la inexactitud terminológica de la acepción “exhibición lasciva de los genitales” o “el área pública de un menor”, caracterizadora de la pornografía, frente a la imagen desnuda o semi-desnuda del infante, de la que se derive un comportamiento sexual susceptible de calificar de erotismo infantil, será difícil la distinción entre uno y otro, por lo que habrá que recurrir al contexto para identificar elementos calificadores al respecto⁹⁶.

Queda claro que las actividades sexuales tienen que ser explícitas, y que no basta una fotografía de un niño desnudo sin más, puesto que el contexto o circunstancias donde se realiza son determinantes.

B. Antecedentes históricos y criminológicos

La historia de la pornografía infantil desgraciadamente es muy conocida, y ha estado “viva” durante muchos siglos. Los primeros intentos en imprimir literatura erótico-pornográfica tienen lugar en Europa en el siglo XVI durante el Renacimiento, tras la aparición de la imprenta un siglo antes y su difusión comienza a generalizarse a partir del siglo XVII. Modernamente los medios de imprenta contribuyen a la extensión de la pornografía infantil por medio de revistas y libros ilustrados. Por si fuera poco, desde finales del siglo XX el video ha conducido a dar a la pornografía una dimensión todavía muy superior en cifras de material disponible, que actualmente y a través de Internet puede decirse que se encuentra al alcance de cualquier internauta un poco avezado y que disponga de un mínimo económico para sufragar los costes derivados de la conexión a la Red.

La pornografía en general y en sus formas más modernas ha sido objeto del Derecho Penal y de censura gubernativa en todos los estados en algún momento de su historia. Su producción y difusión se ha castigado tradicionalmente como un delito contra la moralidad

⁹⁶ Idem nota anterior.

pública o contra las buenas costumbres referidas al honor y pudor sexuales. En España, tales conductas podían sancionarse con sus códigos tradicionales a través de las figuras delictivas del escándalo público hasta que fueron derogadas tras el establecimiento del Estado democrático constitucional. Así es en los Estados democráticos de derecho la cuestión se fue resolviendo en la segunda mitad del siglo XX, a favor de la pornografía entre adultos por considerar que en la confrontación de intereses primaba el derecho de expresión (de conciencia, de producción y creación literaria o artística, de comunicar y recibir libremente información, etc.), frente a la moral sexual colectiva. En España ello tuvo lugar a fines de los ochenta. Estos derechos y libertades tienen su límite en el respeto a otros derechos, entre los que se destacan expresamente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 de la Constitución española. Por el contrario cuando se trata de pornografía infantil, los derechos a la libertad de expresión y creación ceden de forma absoluta ante los derechos de la protección de la juventud y de la infancia, por lo que estamos ante una conducta que es ab initio ilegal, e incluso la misma puede implicar la realización de otros delitos de naturaleza sexual concurrentes o acompañantes a la creación de la obra o del material pornográfico, como por ejemplo abusos o agresiones sexuales⁹⁷. Fue en países como Holanda o Dinamarca, entre la década de los años 60 y 70, y dentro del contexto de la revolución sexual, en donde aparecieron revistas diversas con pornografía infantil, amparándose en el vacío legal que, en aquellos momentos existía.

El crecimiento de Internet, una cuestión realmente positiva para lo que concierne a la libertad de expresión, ha supuesto, por desgracia, un aumento en el consumo de este tipo de contenidos, facilitándose a la población en general el acceso al mismo. Y es que, actualmente, se tiene constancia de que existen más o menos 4 millones de espacios virtuales.

El acercamiento de muchos usuarios al diseño *web*, o a programas de edición de páginas simples, ha provocado un aumento de este tipo de contenidos, especialmente, porque en tan sólo unos minutos puede poner a disposición de millones de usuarios contenidos de dudosa legalidad.

⁹⁷ BOLDOVA PASAMAR. Miguel Ángel, “*Pornografía en la Red; Fundamento y límites de la intervención del Derecho penal*”, Ed. Ubijus, México, D.F., 2008, pp. 21 y sgts.

Este es un hecho que ha sido contrastado por Parry AFTAB⁹⁸, quien estima que se crean al día alrededor de 500 nuevas zonas virtuales destinadas a la difusión de este contenido. Una cifra que sin duda alarma sobre la problemática que supone en la actualidad para Internet. También calcula que alrededor del 60% de los sitios web existentes dedicados a esta temática son de acceso privado, con una cuota que ronda los 40 euros mensuales de promedio. Un cálculo estimado arrojaría cifras escalofriantes: alrededor de 1000 millones de euros mensuales genera este mercado que expone sexualmente a niños desprotegidos, sin su consentimiento y de manera ilegal. Y es que ya no sólo se trata de páginas de acceso tanto público como privado; pues, con el paso del tiempo, se comenzaron a utilizar correos electrónicos, *chats*, foros, *FTP*... y, recientemente, espacios como *MySpace*, o tanto la distribución de archivos mediante programas *P2P*, como el envío de este tipo de material mediante la telefonía móvil. Se ha demostrado que los usuarios consumidores de este tipo de material, además de poder producirlos por sí mismos, tratan de aumentar su colección, de tal forma que unos y otros, se envían todo tipo de archivos.

Otros datos importantes a destacar son los siguientes:

Más de dos millones de niños y niñas en el mundo son tratados como mercancías (Fuente *OIT*). El 30% de los consumidores de pornografía infantil en Internet termina poniendo en práctica lo que ve en estos contenidos (Fuente: *Asociación Americana de Psiquiatría*).

Según ANESVAD⁹⁹, en su informe del año 2005, se indicó que en Internet había aproximadamente 4 millones de direcciones con material sexual infantil. De éstas, 1 millón 600 mil páginas son gratuitas. El resto, el 60%, son accesibles mediante el pago de cuotas. Esta cifra, al año 2007 ha aumentado a casi 5 millones. Cada día se crean un promedio de 500 páginas y foros pederastas en todo el mundo, lo que hace inviable basar toda la lucha contra la pornografía infantil tan sólo en el bloqueo o anulación de dichas páginas. El punto principal es la prevención.

⁹⁸ *Abogada estadounidense que publicó su primer libro sobre la protección de los menores en Internet en 1997 y que además funda y dirige la mayor organización de ayuda y seguridad en Internet del mundo, *WiredSafety.org*, y que en España, colabora con Fundación EDEX e Integral de Medios en la iniciativa Pantallas Amigas. Es considerada una líder mundial en la materia, cuenta con numerosas publicaciones, colabora con varias ONG en esta tarea y es consultora para organismos legislativos tanto en Europa, como en los Estados Unidos.

⁹⁹ (www.anesvad.org)<http://www.lanacion.com.ar/962608-internet-tan-necesaria-y-tan-riesgosa>

Estados Unidos es el mayor productor de pornografía en Internet, le sigue Corea de Sur, y en Latinoamérica Brasil es el país más afectado.

Un dato es muy significativo, en este sentido. Según el FBI, el 75% de los chicos ofrece en línea voluntaria o involuntariamente información personal (teléfono, dirección postal, colegio al que asiste). En 2005, en la misma encuesta del FBI, el 25% de los chicos manifestó haber recibido solicitudes sexuales en línea. A esto se suma la intimidación virtual –o *cyberbullying*–, estimándose que en Estados Unidos más del 34% de los niños han sufrido esta clase de acoso.

Los delitos relacionados con distribución, difusión y venta de pornografía infantil en Internet son el 50% de los delitos cometidos en la Red. Así se indicó en la XVII Reunión del grupo de policía internacional INTERPOL, especializado en dicho problema. En el año 2005 se calculó un incremento del 70 % de sitios pederastas comparado con el año anterior, según los informes policiales recopilados en todo el mundo por la organización RAINBOW PHONE, con sede en Roma. Estos datos a escala mundial se reflejan también en menor medida en nuestro país.

Como podemos observar, los delitos de pornografía infantil han aumentado considerablemente en estos últimos años, a partir del año 2000 ha crecido menormente este tipo de delitos, comparados con los años posteriores al 2003 (único año en el que se observa un pequeño descenso). A partir de entonces se produjo un incremento sorprendente, sobretodo entre los años 2004-2005 (con un crecimiento alrededor del 208%) y 2006-2007 (con un incremento del 173% en este tipo de delitos) y como veremos posteriormente en el 2008 seguirán en aumento. Sin embargo, la pornografía infantil no es el único delito contra los menores q ha ido creciendo en los últimos años; pues como podemos apreciar en la gráfica expuesta a continuación, la corrupción de menores, de forma general, ha experimentado un crecimiento casi exponencial excepto entre el año 2000-2001 que ha descendido.

Nos referimos a la corrupción de menores –encontrándose entre muchos otros la pornografía infantil– como el hecho de “corromper” a menores de edad de uno u otro sexo por medio de engaño o empleando violencia, amenaza o intimidación o coerción por abuso de autoridad o siendo el autor ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de su

educación o guarda o que hiciere con ella vida marital, y aunque se lleve a cabo, sin violencia o coerción, aún mediando el consentimiento de la víctima. Tiene una esencia psicológica y moral, por lo que la acción corruptora afecta al psiquismo de la víctima.

C. Legislación penal internacional y pornografía infantil

La evolución normativa internacional respecto de la explotación sexual infantil que progresivamente se viene construyendo desde finales de la década de los años ochenta del siglo pasado, y de manera acelerada desde comienzos de este siglo. Sin dudas ha significado un enorme avance principalmente por tres razones:

- La primera de ellas es haber formulado el problema de la pornografía infantil en un contexto global determinado por el impacto que las altas tecnologías de información y comunicación ejercen sobre ella, potenciando enormemente su alcance y favoreciendo su aprovechamiento por la delincuencia organizada.
- La segunda es haber trazado líneas de orientación comunes, especialmente dentro del ámbito comunitario europeo, con miras a alinear las legislaciones nacionales tras unas pautas doctrinarias comunes, que contribuyeran a ordenar un espacio normativo homogéneo proclive a la identificación, combate y control del delito de pornografía infantil. Seguramente la síntesis del esfuerzo llevado a cabo representa el mismo concepto de pornografía infantil –“toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas”–, cuyos rasgos característicos se delimitan en orden a los contornos que lo forman de forma flexible a fin de encajar dentro del mismo aquellas nociones que convenga el legislador nacional respectivo.
- La tercera es haber sensibilizado a los Estados firmantes de tantos convenios contra el delito de pornografía infantil sobre la necesaria cooperación policial, judicial y de todo orden que trascienda los marcos de la soberanía territorial, horizonte en el que hay que combatir el delito.

Sobre las limitaciones de los documentos, convenios internacionales y directivas europeas apuntamos, de un lado su vocación punitiva, pretendiendo la regulación de la pornografía infantil a partir de la clasificación de conductas tipificadas, desdeñando la tradición de políticas de bienestar europeas que reconocen la dimensión social del problema y en ese sentido disponían de actuaciones administrativas con zonas con un ideal político criminal: el de la resocialización del delincuente.

Ciertamente en algunos documentos de los revisados aquí, se dictaban pautas en el sentido de recuperar el control social de la sociedad sobre el hecho que aquí seguimos; pero sea porque el acento estaba puesto en la dimensión penal, sea porque el acomodo en las legislaciones nacionales influenciadas por el ideal de la seguridad se ha sustraído a ésta, se ha erigido un marco normativo cuyo cerrojo penal se ha impuesto sobre toda la cadena, incluida la posesión para el autoconsumo. De manera que si en algún aspecto las normas que sugiere u ordenan los documentos o Directivas Europeas analizadas ha sido seriamente rebatido por la doctrina nacional, ha sido el que corresponde al delito de posesión de pornografía infantil¹⁰⁰.

Distintos instrumentos internacionales han ido creándose, a medida que se incrementaba en el mundo la pornografía infantil, como forma de poder prevenirla, detenerla y erradicarla finalmente, pero aún es muy largo el camino que queda por recorrer.

El primer documento que encontramos creado a fin de proteger a los menores es la Declaración de los Derechos del Niño, realizada en Ginebra en el año 1924, compuesta por cinco principios básicos orientados a asegurar las condiciones esenciales para el pleno crecimiento del menor. Ellos eran: desarrollo, atención, ayuda, formación y educación.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, era un texto orientado a reconocer los derechos y libertades de la personas en el que únicamente se hace mención expresa a la infancia en el art. 25.2 al señalar: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales, Todos los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen derecho a igual protección social”. Haciendo una interpretación extensiva del texto, podemos pensar que esa protección se extiende

¹⁰⁰ Ver PARRA GONZÁLEZ, Ana, “*El delito de pornografía infantil en la red*”, http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/115602/1/DDPG_Parra_Gonzalez_AnaV_LaPornografiaInfantilRed.pdf, p. 178.

también a los menores. Las mismas pretensiones se persiguen con el *chat* secreto de *telegram*, aplicación de mensajería instantánea que gana en seguridad a *whatsapp*, pero a la que se le puede hacer las mismas objeciones que a *snapchat* desde el punto de vista de la posibilidad de realizar capturas de pantalla.

En Noviembre de 1959, es actualizada la Declaración de Derechos del Niño de 1924, dictándose 10 principios básicos y se lo denominó Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹⁰¹, en la misma se amplían los principios de desarrollo, atención, formación y educación ya contemplados en 1924 y se incluyen los de protección, tratamiento y unidad familiar.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰², de 16 de Diciembre de 1966, ya comienzan a reconocerse expresamente derechos básicos de la infancia frente a los genéricos. El art. 24 del texto mencionado introduce los principios de no discriminación, inscripción y nacionalidad, en los siguientes términos:

“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰³ fue adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1989, como una compilación de todos los derechos y libertades enunciados en los diversos textos legales, con la característica que tratan exclusivamente sobre menores de edad. Es el tratado internacional que reúne mayor número de Estados participantes, entre los que se encuentra Argentina y España y su contenido consta de 54 artículos en los que se reconocen muchos derechos, como por ejemplo, la igualdad, el bienestar, la unidad familiar,

¹⁰¹ Res. 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁰² Res. 2200 (XII) de la A.G.N.U.

¹⁰³ Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

la formación, la libertad de expresión, de pensamiento o de religión, la protección contra formas de explotación, etc.

En su art. 34 dispone:

“Los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin los estados Partes tomarán en particular todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales
- c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

Este documento en la Argentina tiene rango constitucional, pues ha sido incorporado conforme al Art. 75, inc.22¹⁰⁴, de la Constitución Nacional, luego de su reforma en el año 1994.

Una vez que se han establecido los derechos básicos de los menores, los distintos textos internacionales se preocupan por evitar cualquier tipo de contradicción con ellos. A tal efecto, la Recomendación 91(11) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, habla ya de figuras delictivas como la pornografía infantil, de la que se dice que es necesario adoptar medidas tendientes a castigar la producción y distribución, estudiar si es lícito tipificar la mera posesión, buscar la cooperación entre Estados para perseguir tales actos e introducir nuevas medidas de control social como por ejemplo una especialización de diversos sectores en la materia, la prostitución y el tráfico de niños y adultos.

¹⁰⁴ Ver Constitución de la Nación Argentina, Art. 75: “Corresponde al Congreso” (inc. 22): “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos de la santa sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación”.

En Estocolmo se celebra en el año 1996 la primera gran reunión internacional para tratar esta temática. En el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, se reunieron 122 Estados, donde se aprobó una Declaración y un Programa de Acción destinado a fortalecer la cooperación entre los Estados y la adopción concreta de medidas legales de carácter nacional, para establecer la responsabilidad criminal de los proveedores de servicios, clientes e intermediarios en la prostitución, tráfico y pornografía infantil en la red.

En ese documento se resolvió conceder una gran prioridad a la acción contra la explotación comercial de niños, y asignar recursos para ese fin, promover una cooperación más sólida entre los Estados y todos los sectores sociales para proteger a los menores, promulgar el carácter delictivo de la explotación sexual comercial de niños, condenar y castigar a todos los delincuentes implicados y garantizar un marco de protección para las víctimas, examinar y revisar la legislación, la políticas, los programas y las prácticas vigentes con el fin de eliminar la explotación sexual, comercial de niños, desarrollar y aplicar planes y programas integrales que incluyen las diferencias de “género” a favor de la prevención, resaltar el papel de la participación popular en la prevención y eliminación de esta tipología delictiva, entre otras.

A partir de allí es una constante la referencia hacia la utilización de los menores en la pornografía infantil, en todas las declaraciones y documentos internacionales relacionados con niños, que se fueron creando.

De otro lado, será la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en el año 1996, la primera en iniciar reformas legislativas en materia de pornografía infantil en los distintos estados miembro, cuyo art. 12 señala: “a) incluir en su legislación penal el principio de la persecución extraterritorial y la condena por delitos; b) prever una limitación legal lo suficientemente largo para el enjuiciamiento de los delitos contra menores de edad” (por lo menos veinte años, y un límite de tiempo para iniciar un procedimiento que se extiende por lo menos cinco años más allá de la mayoría de edad); c) la creación de nuevos tipos penales que castiguen: 1) la posesión de material pornográfico, como videos, documentos, o fotografías de menores; 2) la creación transporte y distribución de material pornográfico que muestre menores; 3) la difusión o grabación de imágenes pornográficas de menores; d) clasificar todos los delitos según la gravedad del hecho; e) armonizar tan rápido como sea posible en el ámbito europeo el tratamiento que han de recibir los delincuentes sexuales sobre todo en lo referente a

la libertad condicional el tratamiento psicológico y demás controles sociales; f) incorporar dentro de las legislaciones el principio de que un menores de menos de quince años no pueda dar su consentimiento para mantener relaciones sexuales con un adulto; g) permitir que asociaciones de protección de menores y organizaciones no gubernamentales actúen en forma complementaria en los casos de abusos sexuales a menores”.

De igual forma, el 24 de febrero de 1997, el Consejo de la Unión Europea aprobó la Acción Común K.3 contra la Trata de Seres Humanos y la Explotación Sexual de Niños, donde se calificó estas prácticas como un grave atentado contra los derechos humanos fundamentales y contra la dignidad humana, advirtiendo que ellas pueden constituir una forma grave de delincuencia internacional organizada. Este texto, a pesar de sus aportes, ha terminado siendo demeritado, por considerarlo insuficiente en lo que se refiere a la territorialidad del delito, dejando en manos de los Estados miembros la recurrencia al principio de punibilidad en el país de comisión del delito, siendo que se había venido consolidando el principio de protección a los niños con independencia de su nacionalidad y lugar de residencia, y a la luz de la doctrina de la Unión Europea no son menos dignos de protección aquellos a quienes sus propios países les denieguen la protección. Tales documentos concluyen en la necesaria revisión de la mencionada Acción Común de 1997, con la finalidad de blindar la garantía de que no haya refugio seguro para aquellas personas sospechosas de haber explotado sexualmente a niños en un país distinto al de su origen¹⁰⁵.

En mayo de 2000, el Consejo de Europa también adoptó una decisión relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, en la que instó a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para incentivar la denuncia, garantizar la investigación y sanción de estos delitos, conformar unidades policiales especializadas y establecer nuevas obligaciones para los proveedores de servicios de internet, en cuanto a información, eliminación y creación de sistemas de control de material pornográfico infantil.

En el año 2000 Naciones Unidas acuerda dos documentos de especial relevancia para el desarrollo actual del panorama legislativo, cultural y social en el ámbito de la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil.

¹⁰⁵ Ver MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., ob. cit., pág. 39.

El primer Documento se concretó el 8 de febrero de 2000 cuando el Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional formaliza la “Nota de la Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y la Organización Internacional para las Migraciones sobre los Proyectos de protocolo relativos al tráfico de migrantes y la trata de personas”¹⁰⁶, en la que se definen los términos de *trata de personas* y *trata de niños*¹⁰⁷, en esta última categoría se incluye la producción de pornografía.

El segundo Documento se concreta con la aprobación de los Protocolos¹⁰⁸ facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en conflictos armados y a la Venta de niños, la Prostitución infantil y la Utilización de niños en pornografía¹⁰⁹.

En ese documento en el párrafo tercero apartado 1º letra c) declara: “Todo Estado parte deberá tipificar en su legislación penal la producción, distribución, divulgación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados de pornografía infantil, en el sentido en que se define el art. 2”. Del mismo modo, las secciones segunda, tercera y cuarta del mencionado precepto señalan que deberá castigarse respectivamente “la tentativa de cometer cualquiera de estos actos, y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos”, con penas proporcionales a su gravedad, y cuando proceda declararán responsables a las personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1º del presente artículo”¹¹⁰.

El resto del articulado abarca distintas cuestiones de mucha importancia práctica como son la jurisdicción de los Estados. En el caso que el presunto delincuente sea nacional de ese estado o tenga residencia habitual en su territorio o cuando la víctima sea nacional de ese

¹⁰⁶ A/AC.254/27.

¹⁰⁷ Por trata de niños entiende el Documento de Naciones Unidas la abducción, el transporte, el traslado, el cobijamiento o la recepción de un niño o el ofrecimiento de pago u otros beneficios para lograr el consentimiento de una persona a cuyo cargo esté un niño para los fines señalados en el párrafo 2 supra, así como con el objeto de utilizar, adquirir u ofrecer a un niño para la explotación sexual, incluida la producción de pornografía, o para que preste servicios pornográficosl.

¹⁰⁸ España lo suscribió el 18 de diciembre de 2001.

¹⁰⁹ Asamblea General de Naciones Unidas, A/54/L.84.

¹¹⁰ En MORILLAS FERNANDEZ, David L., ob. cit., pp. 43 y ss.

Estado pudiendo solicitarse la extradición invocando el Protocolo –art. 4 a 6– así como la adopción de medidas de incautación y confiscación de todos aquellos bienes a través de los cuales se cometa o facilite la comisión del delito, o sin de la sutilidades obtenidas por el hecho ilícito y decretar el cierre, temporal o definitivo, de los locales utilizados para cometer estos delitos art. 7, ejercitar todas las acciones necesarias para proteger todos los derechos e intereses de los niños víctimas, justificando dichas actuaciones en el principio de interés superior del niño (arts. 8 y ss.); y el fortalecimiento del principio de cooperación internacional para la persecución de estas manifestaciones delictivas art. 10.

Desde aquella Convención de 1989, hasta la adopción del Protocolo Facultativo en el año (2000), se había generado a nivel mundial todo un movimiento regulador destinado a la persecución de los abusos y otras conductas de contenido sexual, que tienen como sujeto pasivo a los menores de edad, y que ha terminado consagrándose en diferentes instrumentos internacionales¹¹¹ y germinando modificaciones legislativas internas de muchos países. Estos instrumentos internacionales en materia de protección de derechos del niño con carácter general, junto con los resultados de los Congresos Internacionales, desembocan en el instrumento internacional específico en la materia objeto de estudio, que se adopta en desarrollo, como anunciamos, de la Convención para los Derechos del niño. Se trata del Protocolo Facultativo sobre los Derechos del niño relativo a la Venta de niños, Prostitución y la Utilización de niños en la Pornografía¹¹².

El Protocolo Facultativo recoge, en su artículo 2º, un glosario de términos que contribuye a la delimitación de su ámbito de aplicación. Las definiciones contenidas en el artículo son las siguientes:

a) Venta de niños: Todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

b) Prostitución infantil: la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o cualquier otra retribución,

¹¹¹ Que, por su parte, han servido de base para la adopción de dicho Protocolo.

¹¹² Ratificado.

c) Pornografía infantil: toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

d) Por representación se entienden fotografías, negativos, diapositivas, revistas, libros, dibujos, películas, cintas de vídeo y discos de computadora o archivos. La inclusión de estas definiciones en el Protocolo Facultativo contribuyó a cubrir importantes lagunas detectadas por la doctrina y que representaban un obstáculo a nivel internacional para la regulación de estas conductas.

En el año 2002 entró en vigor el mencionado Protocolo. En la Argentina fue aprobado en el año 2003, mediante la ley 25.763¹¹³. Este documento destaca la importancia que tiene concientizar a la sociedad y organismos de cooperación internacional en las actividades para combatir las conductas que se criminalizan. Allí se expone una amplia definición de pornografía infantil.

En este documento se penaliza la posesión de “pornografía infantil”, siendo el mismo un tema muy debatido en doctrina y con diferente tratamiento en la legislación penal de los distintos países.

En el año 2001, tiene lugar el II Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, que se celebra en Yokohama¹¹⁴, donde se unieron países de todo el mundo para tratar sobre pornografía infantil en la red.

¹¹³ Aprueba el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que consta de diecisiete (17) artículos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión plenaria del 25 de mayo de 2000, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley.

¹¹⁴ Este Congreso fue convocado por UNICEF, el Gobierno Japonés y ECPAT. Asistieron aproximadamente unos tres mil representantes de 138 países que suscribieron nuevos compromisos. Aunque, fue adoptado por consenso, varias delegaciones decidieron agregarle Notas Explicatorias. Así lo hicieron la Unión Europea, los Estados Unidos, la India, Irán y el grupo de Estados Árabes y africanos. Aunque estas adiciones desarrollan ciertos puntos de vista peculiares a países o regiones, todos ellos endorsan el Compromiso de Yokohama.

En este segundo Congreso se subraya la necesidad de proteger los derechos del niño contra la explotación sexual comercial bajo sus formas de prostitución infantil, pornografía infantil y tráfico de niños para fines sexuales. Puntualmente se compromete a tomar las medidas necesarias para enfrentar aspectos negativos de las nuevas tecnologías, en particular la pornografía infantil en Internet, reconociendo al mismo tiempo el potencial que tienen las nuevas tecnologías como instrumento de protección contra la explotación sexual comercial de niños debido a su capacidad de difusión, de intercambio de información y de conexión con otros organismos interesados. Para ello se proponen estrategias y planes de acción a nivel nacional e internacional, creación de nuevas leyes que criminalicen este tipo de explotación, incluyendo cláusulas con efecto extra-territorial.

En relación a la atención a los niños víctimas se compromete a la implementación de servicios especiales tales como líneas de ayuda telefónica, refugios y prácticas judiciales y administrativas destinadas a prevenir la violación de sus derechos y proveer remedios efectivos. Por último, declara la exigencia a los Estados que, la explotación sexual de niños no puede ser tolerada y promete poner todos los medios necesarios para erradicarla¹¹⁵.

No obstante la voluntad de erradicación de la explotación sexual infantil, los esfuerzos de sensibilización de la comunidad internacional y la emergencia progresiva de legislaciones nacionales que definen un marco normativo para el combate de estos delitos, los estudios realizados durante los años transcurridos entre un Congreso y otro, pusieron de relieve que especialmente los niños del tercer mundo continuaban siendo sacrificados para la explotación comercial. Igualmente, que ningún Estado estaba libre de explotación infantil, que ninguna sociedad es inmune y que ningún niño está totalmente protegido contra este tipo de prácticas.

Siete años más tarde (2008), se reunieron 137 países para celebrar en Río de Janeiro, Brasil, el III Congreso Mundial sobre la explotación de niños niñas y adolescentes. En este Congreso se firma la Declaración de Río de Janeiro y el Plan de Acción para prevenir y detener la explotación sexual de niños y adolescentes. Esta Declaración plantea la criminalización de las imágenes virtuales de pornografía infantil, difundiendo tal categoría en un sentido muy amplio. Además, se plantea la necesidad de responsabilizar a todos los actores que están

¹¹⁵ Ver Compromiso Global de Yokohama.

directamente involucrados con los servicios de Internet –proveedores de servicios, compañías de telefonía móvil, *cyber* cafés–, en la adopción de medidas de protección a los menores de edad.

Se aboga por modificar la terminología legal, sustituyendo el término de pornografía infantil, por el de imágenes de abusos a menores.

En resumen, la Declaración de Río en las formas de explotación sexual y sus nuevos escenarios, en un apartado dedicado a las imágenes de pornografía infantil o abuso infantil, exhorta a los Estados y las sociedades correspondientes a que:

a) Se criminalicen la producción, distribución, recepción y posesión intencional de pornografía infantil, incluyendo imágenes virtuales y la representaciones de niños, niñas y adolescentes con fines de explotación sexual, así como el consumo, acceso y visualización intencional de dichos materiales. Cuando no haya habido contacto físico con el niño, la responsabilidad legal debe extenderse a entidades como corporaciones y compañías por su responsabilidad o participación en la producción y/o difusión de dichos materiales.

b) Se realicen acciones específicas para prevenir y detener la pornografía infantil y la utilización de Internet y las nuevas tecnologías para la preparación de niños para abuso virtual o físico, y para la producción y difusión de pornografía infantil y otros materiales. La identificación de la víctima, el apoyo y la atención por parte de personal especializado deben ser una prioridad.

c) Se lleven a cabo campañas educativas y de concientización, que se concentren en los niños, padres, maestros, organizaciones juveniles y otras que trabajan con y para los niños, con el fin de mejorar su comprensión de los riesgos del uso de Internet, teléfonos celulares y otras tecnologías nuevas con fines de explotación sexual, incluyendo brindar información a los niños sobre cómo protegerse, conseguir ayuda y denunciar instancias de pornografía infantil y de explotación sexual en línea.

d) Se tomen las medidas legislativas necesarias para requerir que los proveedores del servicio de Internet, las empresas de telefonía móvil, los motores de búsqueda y otros actores pertinentes denuncien y retiren los sitios web de pornografía infantil y las imágenes de abuso

sexual infantil, además de desarrollar indicadores para monitorear los resultados y mejorar los esfuerzos.

e) Se urjan a los proveedores de Internet, las empresas de telefonía móvil, los cibercafés y otros actores pertinentes a que desarrollen e implementen Códigos de Conducta voluntarios y otros mecanismos de responsabilidad social corporativa junto con el desarrollo de herramientas legales para permitir la adopción de medidas de protección de los niños en sus empresas.

f) Se exhorten a las instituciones financieras a que tomen medidas para rastrear y detener el flujo de transacciones financieras realizadas a través de sus servicios que faciliten el acceso a la pornografía infantil.

g) Se confeccionen una lista común de sitios web, con el auspicio de Interpol, que contengan imágenes de abuso sexual, basándose en estándares uniformes, cuyo acceso será bloqueado; la lista deberá ser actualizada continuamente, compartida a nivel internacional y utilizada por el proveedor para bloquear el acceso.

h) Se realicen investigaciones y desarrollen, en el sector privado, tecnologías sólidas para identificar imágenes tomadas con dispositivos electrónicos digitales y poder rastrearlas y retirarlas para contribuir a la identificación de los perpetradores.

i) Se promuevan la asociación entre el sector privado y el público para mejorar la investigación y desarrollo de tecnologías sólidas para investigar y rastrear a las víctimas con el fin de detener de inmediato su explotación y brindarles todo el apoyo necesario para su total recuperación.

j) Se logren que se pueda acceder a las tecnologías con facilidad, que sean económicas y que padres y otros cuidadores las encuentren sencillas de utilizar, además de asistir en el uso de filtros para bloquear las imágenes de niños que sean dañinas o inapropiadas¹¹⁶.

Vale destacar el hecho de que si en los dos Congresos anteriores las advertencias respecto del poder de las tecnologías de información ya eran relevantes por la dinámica que generan sobre la creación, producción, tráfico y consumo de iconografías asociadas a la

¹¹⁶ III Congreso Mundial sobre la explotación de niños, niñas y adolescentes. Declaración de Río de Janeiro y Plan de Acción para prevenir y detener la explotación sexual de niños y adolescentes, 2008.

pornografía infantil, en este la naturaleza digital adquirida por las manifestaciones de pornografía infantil ya están instaladas en el corazón de las instituciones internacionales que observan su desarrollo.

Aunque con menos realce que los dos Congresos Mundiales mencionados anteriormente, conviene mencionar por su ocurrencia y participación de Estados y voceros de la comunidad europea, el Encuentro Internacional de Expertos celebrado en Lyon en mayo de 1998¹¹⁷, y la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet celebrada en Viena en 1999. En la Conferencia de Viena se proclamó la tolerancia cero y la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, trasmisión, importación, posesión intencional y propaganda de pornografía infantil, señalando la necesidad de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de Internet.

En el Encuentro de Lyon de 1998, se reunieron expertos internacionales en pornografía infantil. Los representantes de diecinueve países y varias organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa del menor efectuaron una serie de recomendaciones para luchar contra la difusión de contenidos sexuales con menores. Se efectuaron las siguientes recomendaciones:

a) la necesidad de adopción en la legislación de los ordenamientos nacionales de medidas legislativas que incriminen la producción, distribución, comunicación, importación, exportación y posesión de pornografía infantil, incluida la pseudo-pornografía, a través de Internet;

b) la armonización internacional en cuanto al límite de edad en la conceptualización de los menores y en cuanto a la definición de pornografía infantil;

c) el incremento de la cooperación policial y judicial, tanto en cuestiones relativas a la aplicación de la ley penal como con relación a la asistencia técnica;

¹¹⁷ Este Encuentro contó con la asistencia de 19 países e importantes Organizaciones no Gubernamentales.

d) la promoción del desarrollo de programas similares a los antivirus, que permitan filtrar o bloquear la pornografía infantil en Internet (PSI), mediante una base de datos central actualizada regularmente con impresiones de imágenes de pornografía infantil¹¹⁸.

En una reunión promovida por la UNESCO en París (1999) con la participación de cuarenta países aproximadamente, trescientos especialistas se abocaron a analizar los retos que plantea y las formas de combatir el uso creciente de Internet para la pedofilia y la pornografía infantil. Allí se informó del incremento en el número de niños que son ubicados por este medio con el propósito de ser abusados sexualmente y de los millones de fotografías de niños que circulan y se difunden a través de él. Se señaló que tan sólo en Japón se habían contabilizado más de 1300 sitios de pornografía con imágenes de menores disponibles. Se emitió una declaración y se acordaron diversas medidas para hacer frente al problema¹¹⁹.

Desde la perspectiva exclusivamente infantil, en el marco del vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, Naciones Unidas elabora el Informe del Comité Especial Plenario¹²⁰. Se aprueba el Documento “*Un mundo apropiado para los niños*” en el que se reitera la necesidad de proteger a los niños, entendiendo por éstos a todos los seres humanos menores de dieciocho años, de todas las formas de explotación sexual, incluida la pedofilia, la trata de personas y los secuestros. Naciones Unidas reconoce como elementos clave a los fines de su eficacia: la promulgación de leyes, la facilitación y asignación de recursos financieros y su supervisión.

En relación a la pornografía infantil, se compromete entre otros cometidos, a:

a) tomar medidas con carácter de urgencia, a nivel nacional e internacional, para erradicar la venta de niños y de sus órganos, impedir que se les haga objeto de explotación y abusos sexuales, incluida su *utilización con fines pornográficos*, de prostitución y *pedofilia*, y luchar contra los mercados existentes en esa esfera;

¹¹⁸ MARCOS MARTÍN, T., “*Pornografía infantil en...*”, ob. cit., pág. 331.

¹¹⁹ 243 ESTES R.J., AZAOLA E. (Coords.), “*La infancia como mercancía sexual*”, Ed. Siglo veintiuno, México D.F., 2003, pág. 23.

¹²⁰ Asamblea General, vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones, Suplemento No. 3(A/S-27/19/Rev. I). Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

b) crear conciencia de la ilegalidad y las consecuencias nocivas de la explotación y el abuso sexuales, incluso por conducto de la Internet;

c) tomar las medidas para tipificar como delito y sancionar efectivamente, de conformidad con todos los instrumentos internacionales pertinentes y aplicables, la prostitución infantil, la pedofilia, la pornografía infantil, el turismo sexual con participación de niños, la trata, la venta de niños y de sus órganos y la utilización de niños en trabajo forzoso y cualquier otra forma de explotación, al tiempo que se vela por que, en el tratamiento por el sistema de justicia penal de los niños que son víctimas, la consideración primordial sea el interés supremo del niño;

d) combatir la utilización ilícita de las *tecnologías de la información, incluida la Internet*, a los fines de la venta de niños, la prostitución infantil, la pornografía infantil, el turismo sexual con participación de niños, la pedofilia y otras formas de violencia contra los niños y los adolescentes se tomaran las medidas que impliquen la cooperación entre los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales, el sector privado y las organizaciones no gubernamentales.

Llama la atención la utilización los usos asignados al término “pedofilia” en este Documento. En efecto, se propone perseguir y tipificar la pedofilia como conductas análogas o similares a las de pornografía infantil o prostitución. Hasta ahora la tipificación de esta tendencia sexual es rechazada por la mayoría de la doctrina, pues el pedófilo o *paidófilos* no realiza ninguna conducta que ponga en peligro bien jurídico alguno.

Las autoridades de la lengua española reconocen como *paidofilia* “la atracción erótica o sexual que una persona adulta siente hacia niños o adolescentes”. Obviamente la ambigüedad en los usos de términos no ayuda a la delimitación del problema; antes bien, extiende sobre ellos el mismo tratamiento estigmatizando uno y otro, y legitimando la punibilidad generalizada.

En ese sentido, cabe advertir de las limitaciones de los documentos y congresos internacionales, puesto que en cuanto se refiere a la doctrina española las diferencias entre pedofilia o paidofilia y la pederastia están fuera de dudas, como también lo está que la primera no constituye delito alguno.

En cualquier caso, el documento “*Un mundo apropiado para los niños*” –que comentamos– abunda en la misma línea de los instrumentos anteriores de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Se propone recabar el apoyo del sector privado, incluido el sector del turismo, y de los medios de comunicación para llevar a cabo una campaña contra la explotación sexual y la trata de niños; determinar y combatir las causas subyacentes y los factores fundamentales, incluidos los factores externos, que llevan a estos flagelos.

Aplicar estrategias de prevención contra la explotación sexual y la trata de niños; garantizar la seguridad y la protección de las víctimas de la trata de niños y de la explotación sexual y prestarles asistencia y servicios para facilitar su rehabilitación y reintegración social; y brindarle una protección especial a los niños más vulnerables como los indígenas que pertenecen a minorías que se encuentran en una inferioridad desproporcionada debido a todo tipo de discriminación, incluida la discriminación racial.

En la misma dirección del documento anterior, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos¹²¹ de las Naciones Unidas –2002– destaca la necesidad de luchar contra todas las formas de violencia sexual y trata de personas, e insta a los Gobiernos a que tipifiquen como delito tales conductas y alienten a quienes prestan servicios de Internet para que adopten o hagan más estrictas las medidas de autorregulación que promuevan una utilización más responsable de estos servicios.

Aunque no proviene emanado de la misma fuente, no puede dejar de mencionarse el texto que acuerda la Organización Internacional del Trabajo (OIT), titulado *El Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*¹²², que se convierte en un referente en las sucesivas manifestaciones de las distintas instituciones nacionales, regionales e internacionales. Aporta una conceptualización necesaria

¹²¹ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/51. Naciones Unidas.

¹²² ESTER, J., AZAOLA, E. (Coords.), “*La infancia como mercancía sexual*”, Ed. Siglo veintiuno, México D.F., 2003, pág. 23.

en la definición de menor¹²³ y un reconocimiento claro de las peores formas de trabajo infantil entre las cuales identifica –en su artículo tercero– las siguientes:

(a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.

(b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas (...).

(c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal y como se definen en los tratados internacionales pertinentes.

(d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleve a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

El hecho de que los organismos internacionales como la OIT y Naciones Unidas reconozcan expresamente que la pornografía infantil es una de las peores formas de trabajo infantil, muestra la inmensa preocupación que existe a nivel internacional sobre este fenómeno delictivo que se ha redimensionado con la eclosión de las altas tecnologías de información y comunicación. Al ser objeto de los pronunciamientos y denuncias, así como de las recomendaciones de prácticas y políticas de parte de estas entidades, ha significado que en cuanto es al Derecho internacional el problema de la pornografía infantil ha llegado a un máximo de sensibilización de los organismos internacionales.

Sin embargo, para el caso de la OIT tal reconocimiento y pronunciamiento lleva implícito el compromiso de los Estados firmantes a prohibir y eliminar tales prácticas. Como ya se advierte, a diferencia de otros documentos que representaban solo una declaración de intenciones de los países firmantes de los acuerdos, este Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, y la acción inmediata para su eliminación se convirtió en un

¹²³ A tal efecto, el artículo 2 identifica “niño” con toda persona menor de dieciocho años.

referente internacional muy presente en las sucesivas resoluciones, tratados e informes relacionados con menores.

Por lo demás, enmarca el problema dentro del mundo del trabajo lo que abre una óptica más amplia y plural para considerarlo especialmente desde la perspectiva socio-criminológica para encuadrar su tratamiento en la situación de extrema pobreza de muchos países.

En el interregno de los documentos principales que hemos enumerado hasta aquí, reconociendo como hitos la *Convención de los Derechos del Niño* de 1989, y el establecimiento de los *Protocolos Facultativos* que desarrollan lo relativo a la participación de niños en conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, del año 2000, se generó en Europa todo un compendio de resoluciones, acuerdos, comunicaciones, recomendaciones y otros que, en el marco de las competencias de las instituciones comunitarias, abonaron el terreno para los avances que se han alcanzado en materia internacional.

Este apartado pretende dar cuenta de ello, no sólo con fines de apreciar su significado en la construcción de un cuerpo doctrinario y de políticas que luego influyeron en el concierto internacional, sino que también lo hacemos como marco propiamente dicho del desarrollo legislativo y doctrinario que en la materia se ha consagrado en el Derecho español que será objeto de un tratamiento especial en el capítulo correspondiente.

Un apunte importante de realizar antes de iniciar la revisión de cada documento en detalle, es que la actividad de producción y aprobación de instrumentos referidos a la pornografía infantil ha sido profuso y abundante en la Unión Europea. El avance de las TIC y la aparición de nuevas formas de difusión han hecho que se trasponga un Documento tras otro en forma de Resolución, Directiva, Comunicación, Dictamen, Documento, Recomendación, etc.

Gradualmente comienzan a ser reconocidos de manera expresa los efectos del Internet sobre la pornografía infantil, y el contenido de los Documentos comunitarios cada vez con más énfasis, abunda en las recomendaciones a los Estados miembros para atender el problema en el marco de su medio masivo y eficaz de propagación como lo es Internet.

A ello hay que adicionar que la mayoría de esos documentos no tienen una vinculación jurídica directa, lo que, sin embargo, no menoscaba su importancia en el farragoso proceso de formación de normas de la Unión Europea, y en su traducción con el paso de los años en documentos que alimentan la doctrina. Este aparte solo pretende a grandes rasgos precisar aquellos que podemos tratar como hitos referenciales para la doctrina y su influencia en los marcos normativos comunitarios. Para ello nos servimos de la investigación minuciosa y sistemática realizada por la doctrina española en especial.

Decisión Marco de la Comisión de la Unión Europea (2001)

En febrero de 2001, una Decisión marco de la Comisión de la UE definió el marco de referencia legal sobre la pornografía infantil. De acuerdo con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, estableció que el término “niño” es aplicable a cualquier menor de 18 años, a no ser que la legislación de cada Estado miembro determine lo contrario. Igualmente, especificó que los comportamientos punibles son la producción, distribución, difusión, transmisión, ofrecimiento, facilitación, adquisición o posesión de pornografía infantil. También estableció que la pena máxima de privación de libertad por esos actos no sea inferior a cuatro años. Si se dan circunstancias agravantes que aumenten el carácter cruel del delito (edad inferior a diez años, menosprecio de la salud, la integridad física y mental de la víctima...), especifica que la prisión no será inferior a ocho años.

Decisión Marco de la Comisión de la Unión Europea (2002)

En octubre de 2002, los ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea aprobaron la Decisión marco de la Comisión que tipifica los delitos de pornografía infantil, a la vez que refuerza las penas previstas para este tipo de conductas. Describe la pornografía infantil como todo material que represente de manera visual conductas sexualmente explícitas realizadas por menores, por personas simulando ser menores o en imágenes virtuales. En cuanto a las sanciones, aunque el nivel básico contempla entre uno y tres años de prisión para todas las conductas graves, serán castigadas con penas privativas de libertad de duración máxima de cinco a diez años.

Decisión Marco del Consejo de la Unión europea (2003)

La Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil queda aprobada en virtud de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Esta disposición introduce una aproximación mínima de las legislaciones de los Estados miembros para tipificar las formas más graves de explotación y abusos sexuales contra los niños, ampliar la competencia nacional y prestar una asistencia mínima a las víctimas. En general sus requisitos se han cumplido, pero la Decisión marco presenta una serie de deficiencias, ya que sólo aproxima a las legislaciones pero para un número reducido de delitos, y no trata las nuevas formas de abusos y explotación que utilizan la tecnología informática, no suprime los obstáculos a la persecución de los delitos fuera del territorio nacional, no cubre todas las necesidades específicas de las víctimas infantiles, y no contiene medidas adecuadas para prevenir delitos.

Se trata de un compendio de normas reales, proporcionales y que eliminan la práctica totalidad de problemas jurídicos concediendo a las legislaciones nacionales de una flexibilización, conforme a sus propias leyes internas, necesaria para la correcta legislación de una materia tan ardua como la aquí presentada (...) un texto paradigmático en la evolución normativa del asunto que tiene la bondad de respetar, en mayor o menor medida, la autonomía legislativa de los Estados integrantes y al mismo.

Entre otros aspectos, esta Decisión marco tipifica las infracciones relacionadas con la pornografía infantil: Producción, distribución, difusión o transmisión, ofrecimiento o suministro de pornografía infantil, adquisición o posesión. Además, se considera a las víctimas de este tipo de delitos como “especialmente vulnerables” y se establece que las investigaciones o el enjuiciamiento de las infracciones no estén supeditados a la denuncia o acusación de la víctima.

Es importante subrayar que cuando hay un delito de pornografía infantil –artículo 189 del CP–, puede haber una concurrencia de delitos ya que es común que haya también abusos sexuales o violación¹²⁴.

Dentro de las iniciativas que se han desarrollado, para promover la cooperación internacional en la lucha contra la ciberdelincuencia un importante esfuerzo, finalizó

¹²⁴ GARCIA VAZQUEZ, P., “*Pornografía infantil*”, Revista USC, N° 12, Año 2009.

exitosamente el 23 de noviembre de 2001, cuando el Consejo de Ministros de Europa, compuesto por los Ministros del Interior de los Estados que conforman la Unión Europea, junto con los EE.UU., Suráfrica, Canadá y Japón, firmaron en Budapest, Hungría, la “Convención sobre Cibercriminalidad”, se trata del primer instrumento internacional sobre delitos en Internet y está en vigor desde el 1º de julio del 2004¹²⁵.

Aun cuando haya sido una iniciativa de la Unión europea, fue firmado por numerosos países extracomunitarios. La Argentina se adhirió en el 2010, pudiendo mencionar del costado latinoamericano a Costa Rica, República Dominicana, México y Chile.

En la Convención del ciberdelito¹²⁶, en el Título III dedicado a las “Infracciones relativas al contenido”, se prevé un solo artículo, el 9º, que trata “de las infracciones relativas a la pornografía infantil” que incluye, no sólo una serie de conductas que propone tipificar, sino también conceptos que precisan lo que para nosotros sería elementos normativos del tipo, y se insta a los Estados Parte a legislar las conductas descriptas, en aquéllos casos que sean cometidas con dolo y sin autorización.

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización:

a. La producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;

b. El ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;

¹²⁵ Ver MORALES GARCIA, F., “*Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre Cyber-crime*”, en AA.VV, “Delincuencia informática, Problemas de responsabilidad”, Dir.9, 2002, P.17. No obstante, algunos prefieren situar el germen del convenio aún más atrás, en 1983, cuando una reunión de expertos encomienda a la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) la necesidad de armonización en los delitos informáticos, lo que materializa tres años después, punto en el cual el Consejo de Europa toma la iniciativa y publica en 1989 la Recomendación 89º, mostrando la tendencia que desembocará en el Convenio de Budapest. Cfr. DÍAZ GÓMEZ, “*El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de la solución: El Convenio de Budapest*”, en “Revista electrónica de Derecho”, nº 8, dic., 2010, pág. 195, la cual se encuentra disponible en www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/diaz.pdf.

c. La difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;

d. El hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático;

e. La posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

2. A los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la «pornografía infantil» comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual:

a. Un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

b. Una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

c. Unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

3. A los efectos del párrafo 2 arriba descrito, el término «menor» designa cualquier persona menor de 18 años. Las Partes podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años.

4. Los Estados podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte los párr. 1º (d) y 1º(e) y 2º (b) y 2º (c)¹²⁷.

En la memoria explicativa del Convenio¹²⁸ se indica que el art.9 tiene como finalidad reforzar las medidas de protección de los menores, incluida su protección contra la explotación sexual, mediante la modernización de las disposiciones del Derecho penal con el fin de

¹²⁷ ROVIRA DEL CANTO recuerda que la propuesta fue reafirmada mediante la Decisión Marco 2004/687/JAI del Consejo del 22/12/2003, relativa a la Lucha contra la Explotación Sexual de los Niños y la Pornografía Infantil, cuyo art.2| indica que los Estados miembros del Consejo adoptarán las medidas necesarias para la punibilidad como infracciones relacionadas con la explotación sexual de niños, de las conductas intencionales siguientes en ROVIRA DEL CANTO, E., “*Delincuencia informática y fraudes informáticos*”, Granada, 2002,

¹²⁸ La memoria explicativa puede ser obtenida desde la página web del Consejo de Europa: Informe Explicativo del Convenio sobre Ciberdelincuencia (CETS 185).

circunscribir de manera más eficaz la utilización de los sistemas informáticos en relación con la comisión de delitos de índole sexual contra menores.

La propuesta del Convenio con relación a la pornografía limita la intervención penal a los casos que compromete a menores por lo que, desde esta perspectiva, la conflictividad con los ordenamientos locales –en principio– no existe. La salvedad corresponde, en general, porque resulta inevitable la verificación de discrepancias al momento de interpretar los alcances de un elemento normativo teñido fuertemente por condicionantes culturales como es la “pornografía” (al igual que, por ejemplo, “obscenidad”) y, en particular porque la punición de casos en los que efectivamente no hay intervención de menores en el material pornográfico, sino de una persona que aparece como menor o se trata de imágenes realistas que representan un menor(inc. 2º “c” y “b”), por lo que quedarían comprendidos casos de imágenes puramente virtuales sin ninguna base real.

Tal alcance jurídico de “pornografía infantil” viene delineado por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, tal como habíamos manifestado “ut supra”.

En Latinoamérica, tanto en la Argentina como en Brasil (en su primera aproximación en el 2003, en la discusión parlamentaria de sus respectivas leyes modificatorias internas), se optó por excluir las meras simulaciones de los tipos penales por su conflictividad constitucional, ya sea por contraposición con la libertad de expresión (representaciones artísticas, por ejemplo), o por posible derecho penal de autor (punición de la tendencia pederasta). No obstante, conforme al inc. 4º, se trata de los dos casos en que los Estados pueden formular reservas. Corresponde señalar que en Brasil en el año 2008 cambió de posición, y se incluyó a la pornografía virtual y también a la simple tenencia de imágenes como los referidas. Los otros casos que admiten reservas son, el procurarse o procurarle a otro, y la simple posesión de material prohibido¹²⁹.

La mayoría de los Estados ya han establecido como delito la producción tradicional y la distribución física de la pornografía infantil, pero a pesar de ello debido al uso creciente de

¹²⁹ Ver RIQUERT, Marcelo, “*Repensando cómo funciona la ley penal en el ciberespacio*”, en Ciberdelitos, Ed. Hammurabi, Bs. As., 12/2014.

Internet como principal instrumento para el comercio de tales materiales, se consideró que era necesario establecer disposiciones específicas para combatir esta nueva forma de explotación sexual en un documento jurídico internacional. Es que tales materiales y prácticas en línea; como el intercambio de ideas, fantasías y consejos entre pedófilos; desempeñan un papel para apoyar, alentar o facilitar los delitos de índole sexual contra menores.

En el año 2007 el Consejo de Europa realizó una Convención sobre la Protección de Niños contra la Explotación y Abuso sexual (CETS 201) en las que se adoptaron medidas complementarias para combatir abusos sexuales y pornografía infantil.

Artículo 12 – Comunicación de presunta explotación o abuso sexual:

“1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para garantizar que las normas de confidencialidad impuestas por el derecho interno a determinados profesionales que, por su trabajo, están en contacto con niños no obstaculicen la posibilidad de que esos profesionales comuniquen a los servicios responsables de la protección de la infancia cualquier caso en el que tengan sospechas fundadas de que un niño está siendo víctima de explotación.

2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para alentar a toda persona que tenga conocimiento o sospeche, de buena fe, de un caso de explotación o abuso sexual de niños a comunicarlo a los servicios competentes”.

La Comisión Europea, en 29 de marzo de 2010, adoptó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo, y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004(68/JAI). La definición de pornografía infantil se modifica para acercarla a la del Convenio del Consejo de Europa y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde el punto de vista del contenido, la propuesta incluye elementos tales como garantizar la aplicación en el conjunto de la Unión Europea de la prohibición de actividades con niños que se impone a los delincuentes, el bloqueo del acceso a la pornografía infantil en Internet, la tipificación del delito de coacción a un niño para que mantenga relaciones sexuales con terceros, los abusos sexuales de niños en espectáculos pornográficos en línea, y la cláusula de no aplicación de sanciones a los niños víctimas.

Asimismo la normativa propone tipificar las nuevas formas de explotación u abusos sexuales que utilicen las TICs¹³⁰. Ello incluye los espectáculos pornográficos en línea o la obtención de acceso a sabiendas a pornografía infantil, con el fin de incluir aquellos casos en los que la visión de pornografía infantil partir de los sitios de Internet sin descargar ni almacenar imágenes, no equivale a posesión ni a adquisición del material.

La producción de pornografía infantil, que suele implicar la captación y el contacto sexual con el niño, es más grave que los delitos de distribución o de ofrecimiento, que a su vez son más dañosos que la posesión o el acceso. Es por ello que habría que fijar pautas para la fijación de las penas de las distintas conductas.

Por otra parte, se introducen modificaciones a través de medidas centradas en antiguos delincuentes, y destinadas a prevenir la reincidencia y limitar el acceso a la pornografía infantil en Internet, mediante ello se pretende reducir la circulación de pornografía, dificultando la utilización de la *web* accesible al público, aunque esto de ninguna forma sustituye a la acción de retirar el material de circulación o enjuiciar a los autores de los delitos¹³¹.

En España, se reforma el Código penal, mediante la LO 5/2010, en la que se contemplan novedosos avances en materia de pornografía infantil, en la necesidad de proteger el bien jurídico que adquiere mayor dimensión en orden al contenido del injusto que representan estas conductas, ya que no se lesiona solo la indemnidad sexual, sino también la formación y desarrollo de la personalidad, y sexualidad del menor. Por ello se incorpora en el Título VIII, del Libro II del CP, el Capítulo II bis denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años.

También se incorpora el nuevo delito de *seducción de niños* con fines sexuales (*childgrooming*), en el art.183 bis –183 bis en la actualidad–, previéndose penas agravadas cuando el acercamiento al menor se produzca mediante coacción, intimidación o engaño.

Además la traslación de la Decisión marco al ordenamiento español genera la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños que queda incorporada en la

¹³⁰ Tecnologías de la Comunicación de la información.

¹³¹ GOMEZ, Leopoldo, “*El delito de pornografía infantil*”, Ed. Ad-Hoc, pp. 23 y ss.

regulación del art. 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien lucra con la participación de niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el art.189.1.a).

A fin de lograr una mayor protección para los menores, se crea la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las comunidades autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas por el art. 39, fijándose su contenido en el art.46 CP. Esta nueva pena tendrá el carácter de principal en los supuestos previsto por el art. 192 y el de pena accesoria de acuerdo con lo establecido en los arts. 55 y56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

Posteriormente la LO 1/2015¹³² introduce modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo “la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo”, con el siguiente criterio:

“La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor. En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la

¹³² BOE-A-2015-3439, Boletín Oficial del Estado, núm. 77, martes 31 de marzo de 2015, Sec. I, pág. 27070.

protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”... “En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años– pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual, la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima” ... “Por otra parte, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas, y se prevé la imposición, en estos casos, de penas de hasta tres años de prisión”.

Se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil. En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida. En relación con la pornografía infantil, se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía. Por esta misma razón, se faculta expresamente a los jueces y tribunales para que puedan ordenar la adopción de medidas necesarias para la retirada de las páginas web de internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a dichas páginas. La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.

Actualmente en los países europeos se continúa debatiendo a nivel político y legislativo sobre aquéllas reformas legales que deben seguir adoptándose para prevenir y combatir la pornografía infantil en aras de promover una investigación penal efectiva.

En Argentina, el citado Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, ha sido incorporado al derecho interno por ley 25.763, sin perjuicio de lo cual la actividades simuladas fueron excluidas. También lo ha sido la simple posesión, bajo consideración de tratarse de un tipo que merece un debate amplio que, por un lado conlleva el problema de la polémica acerca de su posible incursión en ámbitos de reserva moral sexual en equiparación con otras conductas mucho más graves y de directa lesividad y, por otro, no difiere demasiado del genérico alrededor de las figuras de tenencia punibles y los delitos de peligro abstracto.

Previo a la sanción de la ley 26.388 en el año 2008 –que no se trata de una ley especial de delitos informáticos sino de una modificación difuminada del Código Penal–, puesto que sustituye e incorpora figuras típicas a diversos artículos del Código Penal actualmente vigente, con el objeto de regular las nuevas tecnologías como medios de comisión de delitos previstas en la legislación penal, se puede observar la aparición de normativa local en la que se obliga a los propietarios de los establecimientos que brindan acceso a Internet a la instalación de filtros de datos sobre los quipos informáticos o bien se fijan y limitan los horarios de atención a menores con el fin de restringirles el acceso a contenidos perjudiciales tanto sean violentos o pornográficos.

Prueba de ello resulta la ley 863 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sancionada y promulgada en el año 2002, en su art. 1º dispone: “Los establecimientos comerciales que, en el ámbito de la Ciudad de Buenos aires, brinden acceso a internet, deben instalar y activar en todas las computadoras que se encuentren a disposición del público, filtros de contenido sobre páginas pornográficas”.

Dicha ley hace las reformas pertinentes en el articulado de la Ley 451 (Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires), disponiendo: “El/la titular o responsable de un establecimiento comercial que brinde acceso a Internet que desactive las computadoras que se encuentran a disposición del público, los filtros de contenido sobre las páginas pornográficas a

menores de 18 años, será sancionado con una multa de doscientos pesos(\$200) a pesos (\$1000) y/o clausura del local o comercio hasta cinco días”.

Hasta el año 2008, a pesar de no existir una norma específica para la pornografía infantil en el ámbito de Internet, el art. 128 del CP argentino, reformado por la ley 25.087, se punía “al que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores” u “organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren menores de 18 años”. También al que “distribuyere imágenes pornográficas en que participaren menores de 18 años “al momento de la creación de la imagen”, y al que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de 14 años.

Finalmente por ley 26.388¹³³ se modificó el art. 128 del CP, que es mantenido en el Anteproyecto de 2014 en su art. 131. En la Exposición de Motivos, se aclara que, siendo su redacción actual de pésima técnica legislativa, se ha optado por suprimir el exceso de verbos y precisar y sistematizar su contenido, elaborar fórmulas claras y evitar la aglomeración de hipótesis¹³⁴. Respecto al acceso a espectáculos y el suministro de material pornográfico, se amplía el espectro de casos al elevarse la edad del destinatario, en lugar de los catorce del texto vigente.

D. Pornografía infantil y delincuencia organizada

El análisis efectuado en relación al impacto que sobre el Derecho penal han causado las tecnologías de información y comunicación, así como la nueva dimensión adquirida en tanto realidad criminal por la pornografía infantil, potenciada por sus usos desde la Internet, nos llevan a considerar la importantísima relación que surge entre la pornografía infantil y la criminalidad organizada o delincuencia organizada. En principio, y partiendo de eventos similares que desde otras realidades criminales se han trazado para dar cuenta de cómo se han transformado a partir de Internet, vamos a apreciar las características que presenta la nueva

¹³³ Fue promulgada de hecho el 24/6/2008 y se publicó en el BOE el 25/6/2008. Utilizó como fuente las recomendaciones del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño, relativa a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía.

¹³⁴ RIQUERT, Marcelo y Otros, “*Ciberdelitos*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2014.

criminalidad organizada de acuerdo con el marco normativo europeo, y la doctrina española para luego señalar dentro de ella la realidad existente en España.

La relación entre la criminalidad organizada y las tecnologías de información y comunicación cada vez se aprecia y entiende con mayor claridad, sea en el desarrollo doctrinal que se va decantando pasadas las limitaciones de comprensión iniciales con ocasión de las primeras reflexiones en el ámbito jurídico sobre el advenimiento de la sociedad de la información, sea en la conciencia asumida respecto de la necesidad de entenderlos –e intervenirlos– imbricados a los fines de su confrontación mediante políticas públicas.

En relación al uso de la informática por parte de la criminalidad organizada, se ha advertido que el llamado ciberespacio abre los horizontes a nuevas posibilidades de comunicación entre las organizaciones criminales dedicadas a programar y ejecutar actividades ilícitas. Esta posibilidad resulta aún más atractiva debido al hecho de que se pueden efectuar comunicaciones a través de formas cifradas que garanticen la información y anulen el riesgo de que sean interceptadas por los investigadores. No es difícil predecir que esta última posibilidad tendería a incrementarse debido a la facilidad de acceso a las técnicas de cifrado y descifrado¹³⁵. Lo que es igual, siguiendo con la tesis central planteada al inicio: la dimensión actual que caracteriza a la delincuencia global le viene del uso a sus fines e intereses de la revolución informática que vivimos.

Los recursos de variado orden propiciados por las tecnologías de información y comunicación susceptibles de uso con fines ilícitos, contribuyen a que la delincuencia que actúa como criminalidad organizada multiplique sus posibilidades delictivas, extienda su alcance y, al mismo tiempo, actúe con absoluta impunidad en la medida que recurre entre otros recursos a los lenguajes cifrados o encriptados de los sistemas informáticos.

Podemos afirmar que la *ciberdelincuencia* es la delincuencia moderna organizada que ha sacado máximo rendimiento al desarrollo y expansión de las nuevas tecnologías, y que se ha hecho para sus fines del *espacio virtual*, un espacio poco regulado, ilimitado e incontrolado¹³⁶.

¹³⁵ MILITELLO, V., “*Iniciativas supranacionales en...*”, ob. cit., pág. 183.

¹³⁶ GUTIÉRREZ FRANCÉS, María L., “*Reflexiones sobre...*”, loc. cit.

Esto, además, se ve potenciado por el acceso fácil, económico e inmediato a las redes de telecomunicaciones y por la irrupción del ordenador personal como bien doméstico de uso cotidiano infaltable en los hogares modernos, conectado al mundo virtual mediante la amplia gama de ofertas de medios de conexión a la Internet.

En el marco de las instituciones comunitarias la delincuencia organizada y su tipificación aparecen reguladas en la Acción Común de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo con base en el Título VI, artículo K.3, del Tratado de la Unión Europea (98/733/JAI)¹³⁷. Se trata de una norma breve de apenas siete artículos y cuyas motivaciones se sustraen a la necesidad de un enfoque o marco común de la delincuencia organizada y de fundar las bases de la necesaria cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra ella.

De allí que se esfuerce en delimitar una definición y de dictar orientaciones de políticas alineadas con la adecuación o compatibilidad de las normas nacionales y un marco de cooperación.

Allí se define una organización delictiva (art. 1) como “...una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad con un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

El artículo segundo que seguidamente transcribimos ahonda en la definición mediante la ampliación de la responsabilidad de quienes participen en este tipo de organizaciones. El art.2º.1 dispone:

“Para facilitar la lucha contra las organizaciones delictivas, los Estados miembros se comprometerán, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 6, a garantizar que uno o los dos comportamientos contemplados a continuación estén sujetos a sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias:

¹³⁷ DOLZ 351 del 29712/1998, pp. 1 y 2, en MORILLAS FERNÁNDEZ, D., ob. cit., pp. 113 y ss.

a) el comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objetivo y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente:

i) en las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1, aun cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del Derecho Penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución;

ii) en las demás actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1”;

b) “el comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad.

2. Independientemente de si han elegido tipificar penalmente el comportamiento contemplado en la letra a) o el de la letra b) del apartado 1, los Estados miembros se prestarán la mayor asistencia mutua posible en lo que se refiere a las infracciones contempladas en el presente artículo y a las infracciones contempladas en el apartado 4 del artículo 3 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, celebrado por el Consejo el 27 de septiembre de 1996”.

Poco más se dice en el cuerpo de la norma de relevancia al interés nuestro, salvo el mandato de coordinación policial y judicial mencionado en el artículo cuarto cuando se tratare de delitos transnacionales. Como no podía ser de otra manera, la noción que se puede extraer de los dos primeros artículos apenas despertaba aceptación en la doctrina.

La doctrina criminológica, aunque sin consenso al respecto, no se muestra partidaria de definir la delincuencia organizada, hay resistencia a convenirse sobre su definición, la advierten ambigua y de escasa utilidad práctica. Es por esta razón que se muestran más partidarios de definirla a través de caracteres que ha de reunir una determinada conducta para poder incluirla

en el concepto, permitiendo de ese modo diferenciarla de otros delitos en grupo como las bandas o la codelinuencia.

Así, se define como “...un tipo de actividad criminal que implica la existencia de grupos con una reglas de actuación, con un propósito definido (que puede ser político en el caso del terrorismo o económico en las mafias) y que tiende a transmitir sus normas y pautas a los nuevos allegados a la organización”¹³⁸.

En el análisis doctrinal que se desarrolla posteriormente los autores se detienen fundamentalmente en dar cuenta de aquello que se conoce en la opinión pública como “sindicatos del crimen”, que en el marco de la globalización y las posibilidades que otorga Internet, más allá de los estereotipos clásicos conocidos de Italia y Estados Unidos representativos de la mafia organizada del siglo XX, en no pocos casos, sobrepasan el poder de muchos Estados nacionales convirtiéndose en una amenaza para el orden internacional.

En todo caso, desde la misma Criminología se establecen los siguientes rasgos o características que permiten identificar cuando se está en presencia de ella¹³⁹:

- 1) Realizar la actividad por medio de un grupo o asociación criminal.

Ello permite la diferencia más primaria al excluir las acciones aisladas personales. No obstante, hay también que diferenciarla de la delincuencia de grupo o las bandas juveniles¹⁴⁰.

¹³⁸ GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S., “*Principios de Criminología*”, Valencia, 2001, pág. 667; HERRERO HERRERO, C., “*Criminología*”, Madrid, 2001.

¹³⁹ Seguimos aquí fundamentalmente a ANARTE BORRALLÓ, Enrique, “*Conjeturas sobre la criminalidad organizada*”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, ANARTE BORRALLÓ, Enrique, “*Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*”, Huelva, 1999, págs. 22-33; HERRERO HERRERO, C., “*Criminología*”, ob. cit., págs. 538 y 539; MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., ob. cit.; MEDINA ARIZA, Juan José, “*Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado*”, en ANARTE BORRALLÓ, Enrique, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “*Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*”, Huelva, 1999, págs. 111-114.

¹⁴⁰ Para ANARTE BORRALLÓ, algunas de las diferencias son las siguientes: en la delincuencia organizada es el cliente quien determina primaria y fundamentalmente el delito, a diferencia de las bandas que suelen actuar por una suerte de identidad grupal; en su extensión grupal las bandas suelen ser de acceso reducido aunque asequible; las bandas tienen una vida más breve que las organizaciones; la estructura, jerarquía, cohesión y estabilidad organizativas, suelen tener un ámbito local, mientras que la internacionalización es hoy una de las notas características de los grupos criminales organizados. Ver ANARTE BORRALLÓ, Enrique, “*Conjeturas...*”, ob. cit., págs. 21 y ss.

2) Estructura organizativa, disciplinada y jerárquica.

Cada miembro de la organización debe tener asignada una función específica o general, dentro de un organigrama más o menos diseñada, y estar sometido a unas reglas o códigos de comportamiento compartido, funcionales y de sobrevivencia.

Se ha señalado que la organización resulta esencial en toda definición de crimen organizado. Sin embargo, organización no significa ordenación jerárquica, ni una clara delimitación de funciones y competencias en un esquema rigurosamente estructurado¹⁴¹.

Algunos autores italianos¹⁴² entienden, sin embargo, que “...no es necesaria una organización propia con jerarquía interna y distribución específica de cometidos, ni tampoco llena de medios, siendo suficiente una unidad mínima embrionaria, rudimentaria no estructurada”.

Asimismo se han señalado dos concepciones de delincuencia organizada. En primer lugar, y de manera muy general, la contemplada como “...la actividad delictiva, metódicamente planificada y ejecutada, generalmente por individuos que viven del crimen”. En un sentido más restringido, aquella que “...se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hecho antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y la coacción con relación a sus miembros y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos”¹⁴³.

En cuanto al concepto de jerarquía, el mismo ha sido entendido¹⁴⁴ como una manifestación de la organización, siendo ineludible la existencia de un organizador de las

¹⁴¹ MEDINA ARIZA, Juan José, “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, ANARTE BORRALLA, Enrique, “Delincuencia...”, ob. cit., pág. 113.

¹⁴² GARGANI, A., “L'adeguatezza della struttura organizzativa”, en DE FRANCESCO, G., “La criminalità organizzativa: le esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale”, Torino, 2001, pág. 57. De la misma opinión, ARDIZZONE, “Associazione per delinquere e criminalità organizzata”, en MILITELLO, V., PAOLI, L. y AMOLD, J., “Crimine organizzata come fenomeno transnazionale”, Friburgo-Milán, 2000, pág. 193, en MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., ob. cit., pág. 116.

¹⁴³ Ver HERRERO HERRERO, C., “Criminología”, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, págs. 534-536.

¹⁴⁴ Ver MORILLAS FERNANDEZ, D., ob. cit., pp. 116 y ss.

actividades, sujetos que las desarrollen, dependiendo de la naturaleza de las mismas, y finalmente una estructura organizativa que tácita o expresamente responda a un organigrama de trabajo, sin ser necesario que cada organización, para tener ese carácter, deba responder a parámetros rígidos de control y funciones jerárquicas determinadas.

3) Carácter permanente y autorrenovable.

Esto es, sus miembros deben tener vocación de permanencia y estabilidad en el tiempo, por lo que habría de observarse una continuidad temporal manifiesta, y excluir del concepto a aquellas asociaciones o grupos de carácter transitorio.

Sin perjuicio de ello, es de destacar que el Código Penal español de 1995 contempla la figura de la organización o asociación criminal de carácter transitorio, en diversos tipos penales, verbigracia el tráfico de drogas; el nuevo artículo 189.3 e) establecido en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, referente a la pornografía infantil. y el art. 189.2 f) en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

En relación con la agravante en el caso de pornografía infantil, todos reconocen el carácter transitorio de la organización, por lo que debemos colegir que, si se detentaran expresamente tal carácter, también debemos interpretar que estamos frente a una organización o asociación criminal.

a) *Internacionalidad y movilidad*

Este rasgo se ha potenciado con la globalización y el uso de las TICs a sus fines. Su ámbito de actuación debe sobrepasar las fronteras del país donde su origina, por cuanto son delitos que se producen en el ciberespacio. Varios autores han destacado esto como una consecuencia indeseada de la globalización, y en particular se han apuntado las ventajas que ofrece la globalización económica en la medida que:

- (a) posibilita el acceso a mercados de bienes ilícitos muy lucrativos;
- (b) se incrustan en espacios territoriales de fragilidad institucional en diferentes sociedades, principalmente aquellas que se hallan en la llamada fase de desarrollo y las democracias emergentes;
- (c) lo que permite cierta seguridad frente a la persecución penal, sea por la carencia de legislación en esta materia, o porque amparados en el principio de soberanía territorial se limita la cooperación judicial internacional;
- (d) hacen uso del sistema financiero global que, con la eliminación de controles, hace cada vez más difícil el rastreo de los mismos;
- (e) recurren a paraísos fiscales en los que es posible ocultar e invertir los fondos de origen delictivo con el propósito de blanquearlos para preparar su retomo a la economía.

b) Objetivos

La obtención o afán de lucro económico es el objetivo primordial y fundamental. Ello le otorga una orientación empresarial y capitalista cuyo radio de acción termina siempre asociándose a fines sociopolíticos, por ej. el terrorismo, narcotráfico.etc.

La expansión de los mercados ilegales a nivel mundial ha influido profundamente en la estructura de las organizaciones criminales, de modo que estas ahora (...) trabajan según criterios económicos, esto es, con una planificación de sus actividades orientadas por la demanda de bienes y servicios ilegales, con división del trabajo y con la finalidad de obtener ganancias¹⁴⁵.

En los orígenes de este tipo de criminalidad, como se sigue de las grandes transformaciones en el mundo de las comunicaciones y del comercio mundiales que hemos apuntados en los párrafos anteriores, está la nueva trama globalizada de la realidad de nuestro días. Viene originada por los grandes procesos y cambios contemporáneos: entre ellos, la “...globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión de la criminalidad a nivel mundial. Las grandes organizaciones criminales tienen una

¹⁴⁵ Idem, p. 21.

gran habilidad para aprovechar las ventajas que ofrece el nuevo espacio mundial, con la creación de zonas libre de comercio en algunas regiones del mundo, en las que se produce una permeabilización económica de las fronteras nacionales y se reducen los controles”.

La habilidad para utilizar las condiciones y recursos que ofrece el nuevo espacio mundial explica la extraordinaria expansión de las grandes organizaciones criminales.¹⁴⁶

Hay, sin embargo, amplio consenso en la doctrina de los peligros que representa la asunción generalizada de la doctrina de la seguridad anglosajona, que homologa terrorismo con delincuencia organizada. Esto, además de confundir conceptualmente la identificación de una y otra, simplifica la complejidad adquirida por la delincuencia organizada para reducir su lucha a la actuación policial y judicial contra los actos y organización del llamado terrorismo integrista o fundamentalista.

Buena parte de la responsabilidad de los miedos colectivos han sido agravados hasta el paroxismo por ésta doctrina de la seguridad mundial, que se ha extendido como mancha de aceite sobre los Estados nacionales desde el desgraciado ataque a las Torres Gemelas en Nueva York en septiembre de 2001.

Así, se ha señalado que “tras el 11 de Septiembre se ha producido un retroceso impresionante de los derechos de los ciudadanos, especialmente respecto de la persecución penal y policial: secuestros en traslados ilegales a Guantánamo, y otros lugares por conocer, ejecuciones extrajudiciales, entregas o extradiciones ilegales, vulneración del derecho internacional humanitario, consagración de la tortura como método de averiguación de la verdad y como prueba penal, etc.”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Hay, sin embargo, amplio consenso en la doctrina de los peligros que representa la asunción generalizada de la doctrina de la seguridad anglosajona que homologa terrorismo con delincuencia organizada lo que además de confundir conceptualmente la identificación de una y otra, simplifica la complejidad adquirida por la delincuencia organizada para reducir su lucha a la actuación policial y judicial contra los actos y organización del llamado terrorismo integrista o fundamentalista.

¹⁴⁷ Ver ARROYO ZAPATERO, L., “Política criminal y Estado de derecho en las sociedades contemporáneas”, en AA.VV, “Derecho penal de la empresa. Del Derecho penal económico del Estado social al Derecho penal de la empresa globalizado”, Luis ARROYO ZAPATERO, Carlos LASCANO, Adán NIETO MARTÍN (Dir), 2012, p. 25.

Bajo estos parámetros, la alternativa más eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada parece debe descansar sobre dos actuaciones complementarias: la creación de leyes penales que asienten un marco regulatorio de derecho, la actuación cooperativa de los Estados en la persecución de tales estructuras organizativas mediante el intercambio de información, creación de organismos policiales conjuntos tanto para coordinar actividades como para actuar contra el crimen, entre otros, tal como apuntaba la dirección de la Acción Común del 21 de diciembre de 1998 que citamos antes. Lo más simple sería lograr cooperación entre los Estados, y lo más complejo es alcanzar el extremo de la unificación legislativa, los unos intermedios los constituyen la asimilación y la armonización.

Desde el punto de vista jurídico, no obstante el marco común europeo que traza la norma revisada, existen tantas definiciones y diferencias como leyes nacionales, sobre las que no vamos a entrar en su revisión, dado que no es el objeto central de este trabajo.

Ahora bien, las características que hoy día presenta la pornografía infantil ajustada a lo que en el marco jurídico y criminológico hemos descrito como la delincuencia organizada, permiten ubicarla y conceptualizarla dentro de ella.

La eclosión de *Internet* y las nuevas tecnologías han permitido que este tipo de delincuencia ocurra fundamentalmente a través de esta vía. Si se considera que las principales fuentes de difusión de la pornografía infantil –el intercambio de videos, fotos e iconografías relacionadas a través del correo electrónico por parte de los propios consumidores, o en los últimos dos o tres años mediante la transferencia instantánea que ocurre a través de las redes sociales– lo hacen a sus anchas desde la red digital a través de *Internet*, no es descabellado afirmar que su producción y distribución se encuentra en gran medida en manos de una delincuencia organizada, que se ha estimado¹⁴⁸ tiene las siguientes características:

a) Realiza su actividad a través de *redes asociativas*, agrupadas o no en formas de empresas, generalmente encubiertas. Advierte el autor que no obstante la dificultad para hallar a las personas responsables de la creación, mantenimiento y actualización de las páginas, “...tales acciones lleva aparejada lo innecesario de encubrir tales actos, siendo bastante frecuente, para la localización de las mismas, el único requisito de introducir en cualquier buscador de Internet

¹⁴⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., ob. cit., págs. 119 y ss.

alguna palabra relacionada con el material pornográfico deseado –las más comunes son “*teens*” (adolescentes), “*nude teen*” (adolescente desnudo), el término “lolitas” o algún personaje de dibujos animados de moda seguido con las siglas XXX (...)– e inmediatamente el ordenador mostrará una serie de resultados en los que, una vez pinchado sobre la página deseada, ésta se redirigirá a otra en la que se halle el contenido ilícito”.

Como se entenderá, la tarea de identificar el origen de la página *web* de donde emana o bien la fuente principal de envío de material pornográfico es una tarea ardua y compleja por la especialización que demanda la pericia de quien investiga.

b) Aunque el trabajo de indagación, acopio y manejo suele ser sencillo, y no demanda más que la interrelación entre el ordenador y quien procede a través de él, lo más común es la integración de un equipo de personas cada una de las cuales ostenta algunas funciones atribuidas –captación de niños, filmación de imágenes, fotografiado, publicidad, edición– y supervisadas por un *organizador* o responsable. En cualquier caso, generalmente se asume que existe una relación directa entre la calidad del producto en la *web*, y la organización que lo genera: a menor número de miembros de la organización se corresponde trabajo más artesanal; a mayor número mayor calidad del producto¹⁴⁹.

c) Operan de forma *permanente*, hecho que viene dado por la actualización de la página. A veces, sea porque han sido descubiertos, o bien como pauta de actuación para evitar que lo sean, cambian regularmente de dirección o de servidor esquivando así el seguimiento.

d) *Internacionalidad* de su actuación. Lo que antes era una limitación al tener que disponer físicamente de material y cruzar fronteras, hoy ha pasado a ser un atributo que lo potencia como nunca, por todas las bondades, alcance y gratuidad que facilita *Internet*.

e) Su objetivo es meramente *económico*. A estos efectos y para no dejar rastro suelen usarse los mecanismos comerciales y financieros de productos legales. Es preciso apuntar aquí tal como manifestáramos *ut supra* que el legislador español con la intención de combatir la delincuencia organizada alrededor de la pornografía infantil agrava (art. 189.2 e) la pena en grado cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter

¹⁴⁹ Idem.

transitorio, que se dedicare a la realización de actividades relacionadas a la producción, venta, distribución, difusión o exhibición de pornografía infantil. Obsérvese que se trata con énfasis a la organización criminal que trafica con la pornografía infantil, por lo que atinadamente el legislador identifica la dimensión organizativa asociada al delito tipificado, incorporando la siguiente redacción legislativa.

Art. 189.2 e): “Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de actividades”.

Tal figura legal ha sido considerada¹⁵⁰ como un tipo agravado del delito de prostitución de menores en el art. 187.3, cuyo fundamento reside en el mayor desvalor de la acción y concretamente en la mayor peligrosidad de la conducta que deriva de que el culpable realice sus actividades delictivas al amparo de la criminalidad organizada, con especial incidencia internacional.

Para tener una idea de la dimensión alcanzada por la delincuencia que opera estas redes de tráfico, producción, difusión y venta de pornografía infantil, baste citar las actuaciones policiales de renombre de las que comúnmente se hacen eco los medios impresos de comunicación que, además, ponen en evidencia la necesidad de la cooperación internacional para luchar contra ella: “Desarticulada una tupida red de pornografía infantil con miles de usuarios en todo el mundo. La operación de la policía austriaca ha desenmascarado a sospechosos en 77 países, entre ellos España (139): con el nombre de Operación “Koala” –una operación coordinada por Europol y Eurojust desmantela una red mundial de pornografía, con 92 detenido en 19 países por poseer porno infantil (140)–; 63 detenidos en cinco redadas en toda España contra la pornografía infantil; cinco operaciones (Operación “Malkone”), (“Lolita E-10yo”), (Operación “Nokian”), (Operación “Naruto”)¹⁵¹.

Para finalizar, la criminalidad informática no es un problema exclusivo de los países con desarrollo económico y tecnológico; se trata de un fenómeno globalizado que carece de

¹⁵⁰ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Art. 189”, en AA.VV, “Comentarios al Código penal, Parte especial”, tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 524.

¹⁵¹ “El País”, 17 de diciembre de 2007.

fronteras espaciales, territoriales cuyas más graves expresiones ocurren en el espacio virtual. Por tal motivo se requiere de respuestas de carácter supranacional que trascienda la UE¹⁵² y al primer mundo para frenar y reprimir criminalidad.

Esta situación exige una conjunción de las diferentes legislaciones penales y una flexibilización de los mecanismos de cooperación internacional. A partir de la segunda mitad de los años ochenta y, sin dudas, desde la década de los noventa se pone de relieve la necesidad de algún tipo de cooperación entre los Estados para atender a los alcances de una delincuencia informática globalizada. No obstante, la lucha contra la delincuencia a nivel internacional se ve reducida a convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados y cuya efectividad depende de la voluntad política y de los arreglos institucionales para recogerlo en las legislaciones internas.

¹⁵² Es conveniente referir el itinerario a partir del cual se han tejido las diferentes iniciativas internacionales en materia de delincuencia informática, que han terminado configurando un marco normativo que empuja hacia escenarios más vinculantes en términos de legislación común, voluntad política de aplicación y cooperación en su administración judicial. Entre ellas tenemos: 1) Entre las actuaciones iniciales deben resaltarse las reuniones de expertos que originaron documentos o acuerdos que precedieron a los convenios posteriores como: (a) Recomendaciones de la comisión de expertos de la OCDE, firmada en París en 1986. (b) Recomendaciones de la AIDP tras el encuentro sobre *computer crimen* en Würzburg 1993. Existía la idea errónea de que los instrumentos clásicos de los principios de eficacia de ley penal en el espacio, con la legislación interna ya adaptada, eran adecuados para resolver problemas de posible impunidad. 2) Iniciativas en materia de cooperación internacional en la Unión Europea. (a) Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000. (b) La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden Europea de detención y entrega. En este Instrumento jurídico nace la versión informática del delito de terrorismo. (c) Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea EUROJUST para reforzar la lucha contra formas de delincuencia más graves.

Con estos Instrumentos jurídicos se apostaba por superar en el ámbito de la UE, al menos en teoría, las dificultades para poner en marcha la cooperación para las formas más graves de delincuencia. Respecto de las (3) Medidas específicas orientadas a la lucha contra el cibercrimen en el ámbito de la Unión Europea, vale enumerar: (a) Plan de acción contra la criminalidad organizada. Parlamento Europeo, resolución de 28 de octubre de 1997. (b) Consejo de la Unión Europea del 18 de diciembre de 1997 que daba cuenta de la necesidad de combatir el uso de las altas tecnologías con fines delictivosl y de que éstas sean utilizadas eficazmente contra la criminalidad. (c) Consejo de Tampere, Finlandia, 16 de octubre de 1999 (una versión nueva del tratado de Ámsterdam), sobre libertad, seguridad y justicia, en reunión de 28 de febrero de 2003. Se acordó la necesidad urgente de aproximar las legislaciones internas a los Estados miembros con el fin de evitar lagunas legislativas, al mismo tiempo se fijan criterios para establecer la competencia jurisdiccional en casos de ciber/delitos de carácter transnacional. (d) Consejo Europeo (CE) 1999/364/JAI de 27 de mayo de 1999, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones del proyecto de convenio sobre ciber/crimen del Consejo de Europa. En su mayoría resultan acuerdos de ordenes declarativas o llamadas de atenciónl respecto de la necesidad de facilitar la cooperación internacional ante las modernas formas de delincuencia. (e) Reglamento interno de la Eurojust relativas al tratamiento y a la protección de datos personales, aprobado por el Consejo el 24 de febrero de 2005/C 68/OI). (f) La Decisión N° 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de mayo de 2005, relativa al interés de fomentar un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea. (g) Parlamento Europeo y del Consejo del 10 de marzo de 2004, Reglamento (CE) N° 460/2004. Se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información.

En los últimos años son muchas las iniciativas acordadas en la comunidad internacional para atender la dimensión global adquirida por la delincuencia organizada. No pocas de ellas repetitivas, redundantes, yuxtapuestas, sobre crimen organizado, terrorismo internacional y legitimación de capitales, especialmente. Sin embargo, las diferencias culturales, sociales y políticas dificultan la creación de iniciativas de cooperación a nivel mundial en la represión penal, amén de las dificultades que afronta la comunidad internacional con respecto al principio del *Ius puniendi* como expresión de la soberanía territorial de los Estados, lo que relega el ámbito de validez espacial de la ley penal a un papel secundario.

Puede vislumbrarse que, siendo hoy día bastante extendida la actividad de cooperación, los defectos propios de asimilación –en cuanto se remite al plano local para tender a lo comunitario– hacen que el esfuerzo mayor este focalizado en avanzar en propuestas de armonización, mientras que la unificación aparece como una suerte de aspiración de imposible alcance, tópica en la escala global y muy difícil a nivel regional, por la confluencia de diversos factores como ser, matices de grado y de forma con que se consolida en cada país ese impulso político criminal internacional (cooperación, armonización o unificación normativa) que vienen condicionados naturalmente por una serie de filtros valorativos propios de los que intervienen factores de distinta naturaleza (ideológicos, políticos económicos y culturales. En última instancia, no hacen más que exteriorizar las dificultades en alcanzar consensos ante la convergencia de intereses disímiles aunque no necesariamente contrapuestos en forma absoluta.

Sin perjuicio de ello, la dificultad de la tarea de armonización se advierte –tal como se ha enfatizado– en que el proceso de armonización como tal es susceptible de algunas críticas que pueden sistematizarse como procedentes de cuatro direcciones:

1) La relativa a su extensión; en cuanto este proceso estaría propiciando una expansión del Derecho penal dudosamente compatible con el principio de “*ultima ratio*”;

2) La concerniente a su “legitimidad”, en cuanto contribuiría a erosionar el principio de legalidad;

3) La referida a la intensidad, ya que la armonización debiera ceñirse en su pretensión de tipificaciones y sanciones a lo mínimo imprescindible, dejando un amplio juego al legislador nacional;

4) La relativa “calidad en virtud de que bajo una premisa armonizante se minaría la calidad del Derecho penal, por el uso de conceptos excesivamente vago y penas desproporcionadas que romperían la armonía de los códigos penales nacionales. Esto sin olvidar la tradicional y genérica inconveniencia del riesgo de uniformar lo diverso y el fenómeno de petrificación legislativa (en cuanto impide a los legisladores nacionales el ensayo alternativo de la política criminal distintas a las armonizadas)”¹⁵³.

Desde la Unión Europea recientemente se han producido avances con la eliminación de los mecanismos de extradición dentro de países miembros. Con el propósito de lograr la cooperación judicial, policial y legislativa, se implantó *la Decisión Marco* del 17 de julio de 2000 para hacer efectivo el Espacio Judicial Único, para la represión de un importante número de delitos en los que se incluyen delitos de altas tecnologías específicamente aquellos que aquí encerramos dentro de los criminológicamente llamamos delincuencia informática. El mayor logro ha sido la sensibilización en todas las instancias nacionales internas, a quienes compete directamente el ejercicio de *Ius puniendi* (policía, jueces, juristas, legisladores) sobre los riesgos de las TICs.

E. Pornografía infantil y criminalidad informática

Una de las peores consecuencias de la modernización de las comunicaciones y el auge de las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas, sin duda, ha sido el fraude y los delitos electrónicos. Ello permite que se abran nuevas puertas de comunicación entre los seres humanos y, con ello nuevas formas delictivas. Este nuevo escenario permite que se cometan

¹⁵³ NIETO MARTIN, Adán, “*El Derecho penal europeo, una aproximación a sus problemas actuales*”, en “Piratas, mercenarios, jueces y policías: Nuevos desafíos del Derecho penal europeo internacional”, en ARROYO ZAPATERO / NIETO MARTIN (Dirs.), 2010, p. 229.

delitos, unos relacionados específicamente con los sistemas informáticos y otros delitos clásicos que se realizan utilizando el medio informático, como instrumento comisivo.

En la actualidad, vemos que mucho se habla del cibercrimen y pocas son las definiciones que se conocen del término. Expertos en la materia señalan que “el cibercrimen es la transformación de la delincuencia en medios informáticos o electrónicos”¹⁵⁴.

Así, los expertos en aseguramiento de información explican que el cibercrimen es “cualquier acto ilegal que se comete a través de computadoras, como robo de identidad, acceso no autorizado a sistemas, cambio de información, estafas, robo de dinero; hasta crimen organizado que utiliza medios electrónicos para delinquir (pornografía infantil, trasiego de personas, etc.)”. El más común es el uso de los virus que pueden borrar, desaparecer, descomponer y/o facilitar el acceso de los criminales a la información personal.

A pesar de que no existe una categorización clara del término “cibercrimen”, los expertos en Derecho penal, criminalistas, jueces, fiscales y agentes policiales lo utilizan para designar todos aquellos delitos informáticos cometidos a través de *Internet*.

Se ha significado que los delitos informáticos o cibercrimen “son todas aquellas acciones típicas, antijurídicas que se cometen sobre informaciones de tipo confidencial”: epistemocrítica de la e-Comunicación; elementos para una etnografía virtual de las prácticas científicas de la era digital integral, de seguridad pública y propiedad común que están contenidas en sistemas informáticos, sobre los que operan las maniobras dolosas.

Al respecto, podemos describir al cibercrimen como “el uso de herramientas tecnológicas o informáticas que emplea una persona, grupo u organización para cometer actos delictivos que atentan contra la integridad, confidencialidad, disponibilidad e información de terceros en la red”.

Además se evidencian otras amenazas como: el espionaje industrial, los robos de identidad, la distribución de pornografía infantil en la red, los abusos contra la propiedad

¹⁵⁴ PINOCHET CANTWELL, Francisco, “*Cibercrimen y ciberterrorismo: dos amenazas emergentes*”, texto publicado en http://www.virusprot.com/SeguridadInformatica-J.Cano_Cibercrimen%20y%20Ciberterrorismo.htm. Visitado en julio de 2009.

intelectual, los *hackers*, el terrorismo, los daños informáticos, atentados, el terrorismo, la violación a la intimidad, entre otros.

Existe una clasificación que distingue entre los delitos informáticos y los delitos computacionales. Los delitos informáticos están estrechamente vinculados con aquellas acciones delictivas que no están contempladas en las normativas penales nacionales, debido a lo novedoso que resulta el ilícito.

Un ejemplo claro de ello lo representa la ciberpornografía infantil, que desde fines de la década del 80 ha venido aumentando su distribución, a través de una variedad de redes informáticas, utilizando los servicios de Internet, incluidos los *sitios web*. Asimismo, una proporción no despreciable de la distribución de pornografía infantil, se ha vinculado a la delincuencia organizada transnacional.

La explotación y el abuso sexual se encuentran entre las peores formas de violencia contra los niños. Según UNICEF, aproximadamente dos millones de niños son utilizados en la “industria del sexo” anualmente. Más de 1 millón de imágenes de entre 10.000 y 20.000 niños víctimas de abuso sexual circulan por Internet. Pocos de ellos han sido identificados. La mayoría permanecen en el anonimato, abandonados y probablemente siguen siendo víctimas de abusos.

No existen estadísticas sobre el alcance del abuso sexual de menores en Europa, pero es bien sabido que el número de casos denunciados dista mucho del número de casos reales. Los datos disponibles muestran que en Europa la mayoría de los abusos sexuales de menores se cometen en el ámbito familiar, por parte de personas cercanas al niño, o pertenecientes a su entorno social.

La protección del menor contra la violencia, especialmente la violencia sexual, ha sido, desde hace mucho tiempo, una cuestión prioritaria para el Consejo de Europa¹⁵⁵.

Y es que el incremento de delitos en internet se debe en gran medida a las características propias del ciberespacio, donde se garantiza el anonimato, se reportan altas ganancias y donde la presencia física no es totalmente necesaria para cometer un delito en red.

¹⁵⁵ www.coe.int/children (último acceso 10/5/2015).

Muchos de los problemas que se presentan devienen del profundo desconocimiento individual que se tiene de las tecnologías de la información, y las telecomunicaciones aunadas a las profundas desigualdades tecnológicas presentes en los países menos desarrollados, y a la falta de una normativa legal internacional que permita la regulación de este medio de comunicación.

Cabe destacar que desde sus inicios la *Internet* no consideró la creación de parámetros de seguridad acordes a las exigencias de esta era moderna. No se contaba con la rápida emancipación de la red, ni de su masificación. Esta realidad ha traído consigo sistemas, servicios y protocolos insuficientes y vulnerables.

A esto le sumamos que el mundo virtual permite una liberalización total de pensamientos e inquietudes, es en definitiva el individuo solo ante el ordenador, oculto tras la pantalla, no mostrando su persona y sus condicionantes, el individuo anónimo que encuentra una válvula de salida en el mundo virtual, donde se libera, más aún en delitos como el que estamos tratando.

Este comportamiento propio de los espacios virtuales hace que cualquier esfuerzo por parte de los Estados para regular la Internet sea entendido por los cibernautas como un atentado a la libertad de expresión y de pensamiento.

No obstante, en la actualidad se observan distintas iniciativas que se han hecho para detener el cibercrimen y preservar a los menores de estas prácticas delictivas de abusos sexuales y para evitar la propagación de pornografía infantil.

Esta constatación social no había tenido un reflejo expreso en el Derecho penal hasta hace muy poco, pues no existía ningún título en el Código penal dedicado a la conocida expresión “Delitos informáticos”. Tampoco existe una regulación expresa por ley especial; sin embargo, la reforma de la LO 5/2010 dio comienzo a algunos cambios que parecen imparables, conforme el Proyecto de reforma del Código penal del 2013 presentado por el Ministerio de Justicia¹⁵⁶. Y en la reforma por LO 1/2015 del CP se incorpora un Título sobre “Delitos

¹⁵⁶ Conforme se va ampliando el uso de la informática y de las nuevas tecnologías en general, aparecen nuevas necesidades de tipificación para acciones que no se ven cubiertas por los delitos tradicionales como es el caso de *sexting*, que como se explica más adelante, obliga a reconducir conductas a tipo que no siempre están diseñados para castigar dichas acciones. En el Proyecto se hace referencia a los delitos informáticos de la propuesta de

informáticos”, y se amplían las acciones típicas referidas a la pornografía infantil, cuya vigencia comenzó el 1 de julio de 2015.

Sin embargo, estas iniciativas han sido insuficientes. Recordemos que el Derecho penal y procesal vigente y presente en cada país, así como los principios garantistas inherentes a ambos, fueron construidos, en esencia, sobre la base de un modelo de criminalidad física, marginal, individual. Frente a ello, con la aparición de Internet, los distintos organismos encargados de su represión se han debido enfrentar a un cauce.

Se detecta también que la demanda de los usuarios de pornografía infantil va en aumento, y que se trata de un fenómeno cuya dinámica avanzaba a pasos agigantados hacia un estado de complejidad que las medidas esporádicas no pueden resolver.

Por otra parte, se identificó acertadamente que la irrupción del SIDA como endemia generalizada, había empujado hacia el aprovechamiento sexual de menores, razón por la que se explica que un mayor número de niños, cada vez de más corta edad, eran víctimas de la prostitución infantil.

Los pedófilos creen que cuanto menor sea el niño, menor será el riesgo de infectarse con el VIH. Obviamente se trata de una percepción errónea que las organizaciones internacionales han tratado de rebatir. En todo caso la mayor trascendencia de los resultados de estos Congresos se resumen en la creación de foros globales que han hecho concienciar a diferentes sectores en el plano internacional y haber promovido la adopción de medidas a nivel nacional¹⁵⁷.

modificación del art. 127 inc.1197 2 y3 y al art. 264 aparecen como delitos relacionados con el entorno digital los siguientes: delito de hostigamiento(*stalking*), art.172 ter), acoso a menores y pornografía infantil (*childgrooming*), art 183 ter9, divulgación in consentida de imágenes o grabaciones (art. 197.4), entre otros.

¹⁵⁷ El Congreso de Yokohama tuvo una gran influencia en Latinoamérica donde se elaboró un diagnóstico coordinado y publicado por el Instituto Interamericano del niño, con sede en Montevideo, (IIN 2000) que contiene un análisis de la situación con diez países de la región, con el apoyo de UNICEF.

F. Territorialidad y desterritorialización

La regulación de la red ha supuesto profundos problemas en los ordenamientos jurídicos de cada país, pues a pesar de que muchos gobiernos han hecho reformas en el ámbito penal para castigar los delitos en red, muchos países presentan leyes inconsistentes debido a que han sido elaboradas sobre la base de un modelo de criminalidad tradicional, físico e individual, y ajeno a los principios de aterritorialidad, propios del ciberespacio.

De igual forma, la *Internet* es una red que conecta a personas de todo el mundo, por lo que cuando se comete un ciberdelito se observa un carácter transnacional de la conducta delictiva, que trae consigo serios problemas para determinar la competencia jurisdiccional que permita castigar al responsable del hecho punible, ya que para poder aplicar la ley se debe determinar el lugar donde se cometió el delito y la *Internet* es un lugar que no tiene fronteras, ni límites, ni una ley que explícitamente regule este tipo de delitos.

En este sentido, notamos que la conducta delictiva puede tener su origen en uno o varios países, y los resultados producirse, sin embargo, en otro u otros. Incluso puede resultar difícil afirmar donde tiene lugar dicha acción, pues tal y como se ha apuntado, la conducta delictiva navega por la red.

Existe un pensamiento que cada vez goza de mayor aceptación entre los cibernautas, según el cual el ciberespacio es libre y no pertenece a ningún Estado, con lo que se afirma que toda jurisdicción penal o administrativa que pretenda alcanzarlo, es esencialmente injusta. Eso puede traducirse en la atipicidad de muchas conductas por el solo hecho del “*locus commissi delicti*”.

Esto plantea muy serios problemas para determinar la competencia jurisdiccional del enjuiciamiento, debido a que para castigar a alguien se debe tener claro el principio de territorialidad, cuestión que es difícil cuando se cometen delitos en la red.

En este sentido, tenemos a un ciberespacio que no posee distancias físicas ni territorios fijos. Un espacio virtual que reúne, convoca y organiza a toda una “comunidad” que se siente atraída por las *Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación*, y que a pesar de que

no tiene un lugar de referencia estable, posee un entorno donde imperan las interacciones sociales. Un mundo que no tiene fronteras, ni límites, ni mucho menos una normativa legal internacional eficiente que regule la conducta delictiva que genera la red.

La imposibilidad de señalar un lugar de comisión de los hechos en el sentido penal tradicional, que es un problema central en la relación entre Internet y el Derecho, propicia esa clase de posicionamientos. Las dificultades se incrementan si se tiene en cuenta que en el movimiento de Internet aparecen, el proveedor de la red, el proveedor de acceso y servicio y el proveedor de contenidos, cada uno de los cuales puede actuar desde un Estado distinto y sometido a leyes diferentes lo que genera un fenómeno parecido al “*forum shopping*”¹⁵⁸.

Al respecto, se ha ilustrado¹⁵⁹ sobre el tema de lo virtual describiéndolo como “fuera de ahí”, abriéndose indirectamente una polémica sobre la filosofía *heideggeriana* del “ser ahí”. “Ser ahí” es la traducción literal del alemán *Dasein*, que significa existencia y en la obra de HEIDEGGER, existencia humana –ser un ser humano–. Pero, precisamente, no ser de ningún “ahí”, aparecer en un espacio inasignable (¿dónde tiene lugar la conversación telefónica?), no actuar más que entre cosas claramente situadas o no estar solamente “ahí” (como todo ser pensante), no impide existir. Aunque la etimología no pruebe nada, señalemos que la palabra existir procede precisamente del latín “*sistere*”, estar situado, y del prefijo “*ex*” = “fuera de”. ¿Existir es estar ahí o salir de? ¿*Dasein* o existencia? Todo sucede como si la lengua alemana subrayara la actualización y el latín de la virtualización¹⁶⁰.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a pensar que lo virtual es existencia, así se encuentre en un espacio inasignable, por lo que “cuando una persona, una colectividad, un acto, una información se virtualizan, se colocan ‘fuera de ahí’, se desterritorializan” y esa acción impide que los Estados-nación puedan controlar plenamente el ciberespacio.

¹⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Problemas de perseguibilidad de los ciberdelitos*”, en “*Ciberdelitos*”, Ed. Hammurabi, Bs. As., pp. 176 y 177.

¹⁵⁹ SERRES, Michel, “*Atlas*”, Editions Julliard, 1994, Ediciones Cátedra S.A. Madrid, 1995, p. 39.

¹⁶⁰ BARROSO TOLEDO, R., “*Delitos en Internet. Un enfoque de la pornografía infantil en la red*”, en *Rev. F@ro*, Valparaíso, Chile, N° 13 (2011), pp. 59-71; e-ISSN 0718-4018 64; Epistemocrítica de la e-Comunicación. Elementos para una etnografía virtual de las prácticas científicas de la era digital.

Por su parte, se ha planteado¹⁶¹ que la desterritorialización es “una especie de desconexión que separa a la persona, colectividad e información, del espacio físico o geográfico ordinario y de la temporalidad del reloj y del calendario. Una vez más no son totalmente independientes del espacio-tiempo de referencia, ya que siempre se deben apoyar de soportes físicos y materializarse aquí o en otro sitio, ahora o más tarde”.

Este devenir espacio-tiempo, propio de la virtualización, ha traído consigo un problema en los ordenamientos jurídicos de cada país, puesto que a pesar de que se han hecho reformas en el ámbito penal, la determinación del lugar o territorio en donde se ha realizado el delito es esencial para poder aplicar la ley. Cada nación posee una normativa jurídica particular, donde convergen leyes y reglamentos propios, por lo que no siempre se tiene bien tipificado el delito cuando es de tipo aterritorial.

El tema se complica más, porque en las comunidades virtuales se encuentran personas de distintas nacionalidades que viven en un determinado país y cometen delitos en otro, ejemplo claro, la producción y distribución de pornografía infantil en Internet.

Si bien el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de niños en la Pornografía, agrupa distintos países del mundo en la lucha contra la Explotación Sexual Infantil, no siempre es clara la sanción cuando se cometen delitos en la red, debido a que algunas legislaciones tienen más actualizadas y adecuadas sus normativas legales en torno a los espacios virtuales que otros países y, además, no siempre se establecen los mismos criterios de penalización, lo que para algunos es un delito para otros podría no serlo. Asimismo, no todos los países del mundo están suscritos a este protocolo.

Cabe recordar que los Estados poseen características políticas, culturales, económicas e ideológicas particulares, que no siempre corresponde con los intereses de la Sociedad Internacional y que a la hora de emprender una lucha común se presentan enfrentamientos debido a la diversidad de criterios.

¹⁶¹ LEVY, Pierre, “¿Qué es lo virtual?”, Ed. Paidós Ibérica S.A., Barcelona, Madrid, 1999, p. 17.

Sin embargo, algunos países se encuentran agrupados para luchar en contra de la Explotación Sexual Infantil, especialmente cuando se utilizan medios tecnológicos modernos. “Muchos países han revisado y reforzado su legislación, y más de 21 países aplican leyes penales extraterritoriales, que permiten procesar a los nacionales que exploten a un niño con fines sexuales en otro país. Además en 34 países se han adoptado programas de acción nacionales contra la explotación sexual comercial de los niños, y entre otros 26 está en curso la elaboración de programas similares. Sin embargo, con todo ello, solo hemos rozado el problema”.

Ante esto, vemos que no es suficiente la buena fe, y la disposición de los Estados para atacar el *ciberdelito*, por lo que, surge la necesidad de traer un nuevo fenómeno jurídico: el “Derecho de *Internet*”, ya que “lo que hoy conocemos y estamos escribiendo de *Internet* tiene, como principal característica, que mañana ya estará atrasado. Cada día, es necesario hacer un “*upgrade*” (actualización) si queremos seguir su velocidad”.

La expansión y crecimiento de las redes de telecomunicaciones trae consigo nuevos delitos y situaciones carentes en la actualidad de regulación, por lo que es indispensable la intervención del Derecho en *Internet*.

Las constantes actualizaciones propias de las tecnologías de la información y la comunicación supera la creación de normativas legales penales. Por esa razón, se observa un vacío legal y vulnerabilidades a la hora de sancionar delitos en *Internet*.

De igual forma, no existe una respuesta inmediata cuando se emprenden acciones delictivas que involucran a varias personas que están ubicadas en diferentes lugares y que han sido víctima de un delito en red.

La competencia jurisdiccional

Los Estados Europeos han realizado importantes avances en materia de unificación de política criminal contra el ciberdelito, aunque haya que reconocer que ha habido más reuniones que decisiones traducidas en acuerdos formales, especialmente en relación con el problema central: la competencia jurisdiccional para juzgar este tipo de delitos. Pero, aun no habiendo alcanzado un criterio unificado sobre este punto, tanto los Estados europeos como los

Estados Unidos de América –aunque otras posiciones– son conscientes de que la lucha contra la cibercriminalidad solamente puede ser una lucha común y compartida, en la que los Estados deben renunciar al nacionalismo jurisdiccional y trazar estrategias a través de las organizaciones supraestatales, tarea que no es fácil ni sencilla.

En Europa, el primer paso fue la Convención sobre Lucha contra la Cibercriminalidad, adoptada por el Consejo de Europa en Budapest, el 8 de Noviembre de 2001, y suscrita por 30 Estados, la última iniciativa ha sido la conferencia celebrada por el Consejo de Europa los días 23 a 25 de marzo de 2010 en Estrasburgo con el título de “Seguridad y derechos fundamentales ¿qué formas deben regir en Internet?”, en la que se ha tratado la necesidad de colaboración entre el sector privado y el público en la lucha contra la ciberdelincuencia y, especialmente, un proyecto judicial común para ésta¹⁶².

La Unión Europea, paralelamente, y no sólo para los ciberdelitos, y más aun tras la aprobación del Tratado de Lisboa realiza esfuerzos de unificación penal que desconocen otras regiones del mundo, y muestra de ello son Eurojust o la implementación de la “Euro-orden de arresto y entrega”, en la que la criminalidad informática es expresamente incluida en la lista de eurodelitos que ofrece la ley 3/3, del 14 de marzo, respecto de los cuales es posible solicitar la detención inmediata, más allá de los problemas de la ejecución del arresto, si los delitos se han expandido por diferentes Estados.

Con ello no podemos ocultar la gran cantidad de obstáculos que todavía existen para la aplicación de una política criminal común y de una eficacia judicial absoluta, pues aún no se ha superado el nivel de la colaboración¹⁶³. Además la UE a través de la cooperación creciente con los terceros países y las organizaciones internacionales, intenta facilitar la retirada efectiva de los sitios web que contengan pornografía infantil por parte de las autoridades del tercer país en cuyo territorio se encuentren esos sitios¹⁶⁴

¹⁶² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Problemas de la perseguibilidad de los ciberdelitos”, en “Ciberdelitos”, ob. cit., pp. 184 y ss.

¹⁶³ Idem nota anterior.

¹⁶⁴ El *Safer Internet Programme: Empowering and protecting children on line* ha creado una red de líneas directas cuyo objetivo es recoger información y garantizar la cobertura y el intercambio de informes sobre los principales

Una de las grandes virtudes que se le atribuye al ciberespacio, es la de potenciar la libertad del individuo, que gracias a ella vuela por encima de cualquier limitación territorial o cultural. Una prueba de ello lo da la “normalidad” con que regímenes ideológicamente cerrados impiden a sus ciudadanos el acceso a la red para que no se “contaminen”. El ciberespacio es el territorio de las personas y no de los Estados o los grandes grupos de poder”. Esa hermosa idea ha de ser meditada y limitada en sus justos términos, pues no es posible minimizar a despreciar el poder que los estados y esos grupos tiene en el control sobre la red. Basta pensar en sucesos conocidos como los protagonizados por adolescentes que se han introducido en bases de datos secretos de estados o han podido manipular la información circulante en el mercado financiero, la red se muestra como una inmensa pradera en la que los individuos corren como quieren y hacia donde quieren, lo cual confirma la tesis de que la lucha por conseguir el control en la red está condenada al fracaso¹⁶⁵, o casi.

Sería muy ingenuo pretender unificar a todo el planeta en una política común sobre el ciber-espacio, sin tener en cuenta las abismales diferencias, entre las culturas, desarrollo, educación, economías y políticas que existen entre los diferentes Estados, que lo hacen imposible en la práctica.

Si a todo esto le sumamos la brecha digital presente en cada país y el profundo desconocimiento que se tiene de las nuevas tecnologías. Aun siendo expertos en nuestras propias áreas de especialización, desconocemos el funcionamiento intrínseco de Internet, ignoramos las sutilezas de la cultura digital y carecemos de bagaje tecnológico para llegar al fondo de muchos procesos y protocolos. La ignorancia nos conduce a sobredimensionar y mitificar las cosas.

La ignorancia se masifica en distintos sectores, no sólo en el ámbito judicial y policial. Vemos como muchos usuarios, en especial menores de edad, son ignorantes de la ley, y de los ordenamientos jurídicos acerca de los usos de Internet, por lo que cometen ilícitos por desconocimiento. Y es que la evolución de Internet ha traído consigo nuevas formas delictivas.

tipos de contenidos en línea, que se encuentra disponible en http://ec.europa.eu/information-society/activities/stp/index_en.htm(accedido el 5/4/2011).

¹⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Problemas de perseguibilidad de los ciberdelitos*”, en “Ciberdelitos”, Ed. Hammurabi, Bs. As., pp. 176 y 177.

Cualquier usuario puede “desde su propia habitación cometer un delito grave, incluso sin pretenderlo o sin ser consciente de ello, en apenas 20 segundos”.

La ignorancia muchas veces se manifiesta en la inmadurez, en la impericia, imprudencia y adolescencia ante el peligro. Por ello, se observa un sin número de jóvenes cometiendo delitos en red. Ante este panorama compuesto por agentes incapaces (adultos y adolescentes, con profundo desconocimiento), leyes insuficientes y un sustrato resbaladizo, el problema está claro.

G. La pornografía infantil en Internet y su masificación en la Red

Hoy en día, la explotación sexual de menores de edad a través de internet se incrementa aceleradamente, por lo que ocupa el tercer lugar del mundo en la lista de delitos cibernéticos, después de los fraudes y las amenazas, según la policía Federal Preventiva de México.

Según un informe que elaboró la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia en Asunción, Paraguay, en el 2004 sobre la situación de la pornografía infantil en Internet en el Paraguay realizado por la Interpol de ese país, el principal sitio de intercambios de pornografía infantil lo constituye el chat debido a que es un medio accesible y económico.

Este informe también plantea que en su mayoría la pornografía infantil “es distribuida por particulares que desde su propio ordenador entran en los ‘chat’ de contenido erótico, y tras ponerse en contacto con otros usuarios intercambian las fotografías o películas con contenido pedófilo”.

Asimismo, este tipo de material se localiza en los distintos portales web ‘camuflado’, y es difundida de forma indiscriminada. Según datos de la Revista FORBES, la pornografía mueve 60 mil millones de euros en el mundo, lo que expresa que alrededor de 250 millones de personas en el mundo son consumidoras de esta clase de entretenimiento.

En España durante 1997 a 2004, el número de menores afectados durante los ocho años del periodo analizado fueron 339, de los cuales 188 fueron mujeres (55%) y 151 varones (45%). Por tanto, bien puede afirmarse que en lo que respecta a la pornografía infantil, ajustado a las

cifras del informe en cuestión, afecta a ambos sexos por igual. La media de víctimas recogidas en las denuncias por año asciende a 42 menores, si bien la incidencia anual ha variado considerablemente. De hecho, a partir del año 1999 prácticamente se duplica el número de casos denunciados, identificándose al Internet como una de las causas principales de este aumento al ser utilizado como medio y vehículo de distribución. Durante los años 2002, 2003 y 2004, el 57% de los casos correspondían a menores de 13 años.

Los datos presentados en el Balance 2010 sobre la evolución de la criminalidad muestran que los delitos detectados y perseguidos de Corrupción de menores en España desde el año 2000 han ido en aumento. Así en el año 2000 se registraron 76 casos; 59 en años 2001; 93 en año 2002; 112 en el año 2003; 157 en el año 2004; 161 en el año en el año 2005; 201 en el año 2006; 255 en el año 2007; 270 en el año 2008; 264 en el año 2009; 301 en el año 2010¹⁶⁶.

La pornografía infantil se consolida día a día a través de un mercado sexual que impone la globalización y el capitalismo, donde se incita constantemente al consumo, con independencia de si se tiene la edad, y se cuenta con la concreta física o la madurez sexual.

Ahora bien, hoy en día nos encontramos con diversas formas de pornografía que se han alejado de su función erótico-sexual, llegando a la criminalidad sexual, que en cuanto tal, independientemente de que exista un poder económico-político de trasfondo, merece ser atendida, pues están en juego los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Y es que a inicios del 2006 existían más de 100 sitios de pornografía infantil en Internet y se estima que en la actualidad existen alrededor de 4 mil páginas con contenido sexual infantil.

Según datos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA), “México ocupa el noveno lugar del mundo en explotación sexual infantil con una cifra estimada en 25 mil menores involucrados en actividad ilícita”.

Ante el problema de la pornografía infantil en la red surge la necesidad de elaborar propuestas concretas en materia de políticas públicas para disminuir esta actividad ilícita que día a día afecta a miles de niños, niñas y adolescentes.

¹⁶⁶ Ministerio del Interior del Gobierno de España, Balance 2010. Evolución de la Criminalidad.

Una de las acciones inmediatas que deben ponerse a prueba desde el ámbito nacional e internacional para fortalecer el Derecho en Internet y combatir la pornografía infantil, es la creación de una política comunicacional que tenga como base concientizar a la población acerca de los peligros y previsiones respecto al uso de la Internet.

La mejor manera de combatir este fenómeno social es prevenir informando y por esa razón, lo principal es que cada país establezca acciones conjuntas entre las instituciones, las unidades policiales, los proveedores de servicios, expertos en tecnologías, educadores y el ciudadano común, de modo que se pueda desarrollar un Plan de Acción en contra de la pornografía infantil, enfocado en un primer momento desde la jurisdicción nacional, para luego extender el concepto de políticas públicas al ámbito internacional, mediante la cooperación, armonización, asimilación, y si fuera posible la unificación normativa.

Hoy en día en que se encuentra bastante extendida la cooperación, los defectos propios de la asimilación –en cuanto remite al plan local para atender el comunitario– hacen que el esfuerzo mayor esté dirigido en avanzar propuestas de armonización, mientras que la unificación aparece como una suerte de aspiración de imposible alcance, utópica en escala global, muy difícil a nivel regional, por la confluencia de todos los factores aludidos¹⁶⁷.

Quienes pertenecen a países con una estructura de organización política federal son plenamente conscientes de lo arduo que puede resultar plasmar un proceso de unificación tan siquiera en el mínimo marco de la propia nación, sin olvidar el ingrediente extra que genera el reconocer que varias naciones pueden conformar un solo país.

Basta pensar en la compleja situación del estado plurinacional de Bolivia en nuestra región, al tratar de atender en u sistema jurídico diversidad cultural¹⁶⁸.

¹⁶⁷ RIQUERT, Marcelo, “*Repensando cómo funciona la ley penal en el ciberespacio*”, en Ciberdelitos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Diciembre 2014, p. 27.

¹⁶⁸ Ensayo realizado por Raúl ZAFFARONI, con motivo de la presentación del “Anteproyecto de Reforma del Código penal de Bolivia”, producto de la labor de una comisión oficial integrada por Luis Arroyo Zapatero, Matías Bailone, Elías Carranza, Adán Nieto Martín, Moisés Moreno Hernández, José Saez Capel, JanSimon y el propio Raúl Zaffaroni, “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”, en AA.VV, “La emergencia del miedo”, 2012, pp. 14 a 35. En el mismo libro, también BASILICO, Ricardo, “Sistema penal y diversidad cultural, la comprensión de la norma como garantía en el sistema penal actual”, pp. 179 a 236.

Este Plan de Acción debe estar orientado hacia el fortalecimiento de la participación ciudadana, en especial la de los niños, niñas y adolescentes, para que de manera conjunta, sirvan de agentes multiplicadores de información y sean capaces de fiscalizar, denunciar y combatir la pornografía infantil en la red.

La idea es fomentar un mayor compromiso, pues están en juego los derechos y libertades sexuales de los niños, niñas y adolescentes de muchas naciones, que serán los ciudadanos del futuro.

III.- La irrupción de Internet en el Derecho penal sexual de menores

A. La injerencia de Internet en el moderno Derecho penal

La utilización de Internet ha provocado en el Derecho penal sexual de menores una ampliación de los tipos penales, a fin de contemplar nuevas conductas, que sin la existencia de la redes no podrían haberse producido jamás.

Los cambios son necesarios sobre todo en algunos ámbitos puesto que no siempre los instrumentos tradicionales del Derecho penal son válidos para resolver las cuestiones que surgen a propósito de las lesiones a bienes jurídicos nuevos, o ala afectación de los tradicionalmente tutelados con una mayor intensidad.

El nuevo paradigma de la red social ha permitido generar un espacio virtual donde los pedófilos pueden vincularse con menores de edad, y así se plantean nuevas formas de comisión de delitos que van más allá de los delitos de contenido.

Numerosos reportes de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de la infancia, indican el incremento sostenido de los delitos relacionados con la pornografía infantil y las políticas y estrategias que se llevan adelante a nivel mundial.

La Unión Europea, a través de la cooperación creciente con los terceros países y las organizaciones internacionales, intenta facilitar la retirada efectiva de los sitios web que

contengan pornografía infantil por parte de las autoridades del tercer país en cuyo territorio se encuentren dichos sitios¹⁶⁹.

En lo que respecta a la cooperación internacional¹⁷⁰, se ha producido una permanente interacción del derecho represivo de distintos países con la finalidad de perseguir la producción, publicación y difusión de imágenes de paidofilia. Un ejemplo de ello ha sido la operación “Azahar”, iniciada en España en el curso del Congreso de Cibercrimen realizado en Sevilla en el año 2005, que ha tenido consecuencias en la Argentina, consistente en la detención de varias personas y la incautación de material pornográfico que involucraba a menores.

En el año 2011, en España se ha creado una Fiscalía especial a través de la denominada sala de Criminalidad Informática, cuya existencia se justifica por el número de delitos que se cometen en ese ámbito y las especiales características que reúnen, pues requieren cierta especialización en su análisis y persecución.

De la lectura de la memoria de la Fiscalía general de estado 2012 se pone de manifiesto, que los delitos que más aumentan son los económicos y los de pornografía infantil.

El uso de las redes sociales, incluyendo la mensajería instantánea ha hecho que se incremente el número de denuncias sobre conductas muy concretas, y, de manera mayoritaria sobre dos grupos sociales muy específicos., los menores y las parejas.

En el citado documento la sección de Valencia, desglosa diversas modalidades delictivas cometidas por medio de la informática en la que resultan afectados menores.

Sin duda, la cada vez mayor relevancia de las nuevas *tecnologías*, sobre todo en lo que respecta a internet y las redes sociales, ha provocado que el legislador preste por fin atención a esta nueva modalidad de delito, que por otra parte ya había sido tipificado como tal en algún país europeo durante la pasada década¹⁷¹. Evidentemente estos nuevos medios informáticos,

¹⁶⁹ El *Safer Internet Programme: Empowering and Protecting Children on line* ha creado una red de líneas directas cuyo objetivo es recoger información y garantizar la cobertura y el intercambio de informe sobre los principales tipos de contenidos ilegales en línea. Disponible en http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/index_en.htm (accedido el 5/4/2011).

¹⁷⁰ Ver capítulo correspondiente a Documentos internacionales (Cap. I.D).

¹⁷¹ Que tengamos constancia, el primer país europeo en criminalizar esta conducta fue el Reino Unido, en la *Sexual Offences Act* del año 2003.

basados en la inmediatez, la abundante transmisión de datos y el anonimato implican una clara posibilidad de convertirse en un contexto con alto riesgo en la comisión de un gran número de delitos; un grupo social especialmente proclive a sufrir no sólo el delito de *grooming*, sino cualquier otro cometido a distancia, es el de los *jóvenes* y en especial los *menores* de edad. Ello no sólo por su propia vulnerabilidad mental y psíquica, sino también porque ellos son los que más frecuentemente participan en la utilización de internet y el ciberespacio.

Se pretende así evitar el ataque y acceso directo de los llamados “depredadores sexuales”, que de nuevo a través del mundo *telemático* pueden contactar fácilmente con los menores a través de las redes sociales, aunque también por medio de foros, chats, o programas IRC, que además en los últimos tiempos frecuentemente incluyen la posibilidad de llamadas o conversaciones en tiempo real¹⁷².

Así se dan casos de suplantación de identidad, “*sexting*” –obtención de fotografías en poses eróticas para luego coaccionar a la víctima–, “*grooming*” –tipificado actualmente como delito contra la libertad sexual en el art. 183 bis del CP–, pornografía infantil, delitos contra la libertad, amenazas a través del *Messenger*, o grabación de palizas u otros hechos delictivos, y posterior difusión de las imágenes, etc.

Tal como señala la sección de Pontevedra, los menores se han convertido en uno de los objetivos preferidos de los ciberdelincuentes. El Equipo de Investigación Tecnológica de Comandancia de aquella provincia, estima que al menos un 30% de los menores que utilizan Internet han sufrido en alguna ocasión una situación de acoso por parte de algún adulto¹⁷³.

En el caso de los menores, las conductas más habituales son las prácticas de *ciberacoso* que se producen por parte de un adulto, y que suelen tener como finalidad realizar actos de connotación sexual. Lo más habitual es que se inicie un contacto virtual mediante engaño en relación con la edad y sexo del adulto que se suele presentar como menor también. Una vez establecido ese contacto se gana la confianza del niño y a partir de allí , es sencillo que se

¹⁷² Sobre la figura del pedófilo en internet, véase MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil (Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet)*”, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2005, pp. 193 y ss.

¹⁷³ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, en www.fiscal.es/cs

realicen prácticas de exhibicionismo e incluso *ciberacoso* que es convenientemente grabado por el adulto, bien para su disfrute personal, bien para su comercialización, bien para amenazar al menor si decide finalizar el contacto y conseguir de esta forma que continúe la relación o no denuncie al infractor.

Estas prácticas traen consigo aparejadas la comisión de delitos contra la libertad (“*sextorsión*”), libertad sexual del menor, y su corrupción en la medida en que pueden llegar a constituir también delitos de pornografía infantil.

Para evitarlo en la LO 5/2010, ha introducido una nueva conducta punible, denominada “*childgrooming*”. En la Exposición de Motivos el legislador justifica la introducción de la figura en la necesidad de castigarlas conductas que los adultos desarrollan para ganarse la confianza de los menores a través de internet. La reforma ha introducido un nuevo Capítulo el II bis del Título VIII en el que ubica el nuevo precepto bajo el art. 183 bis –ahora 183 ter– y castiga al que “a través de *Internet*, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información u la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión, o multa de doce a veinticuatro meses sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante, coacción, intimidación o engaño”¹⁷⁴.

De este modo, se castiga al acto preparatorio punible, el de acercamiento al menor con intención de mantener contacto sexual sin necesidad de que este se lleve a cabo.

Además, las imágenes que se obtienen mediante el *cyberchantaje* o por la mera publicación en abierto o el etiquetado pueden llevar a conductas de pornografía infantil –es

¹⁷⁴ Los delitos a los que hacen referencia los arts. Mencionados en el precepto son los relativos a agresiones y abusos sexuales. Estudios sobre estas figuras se pueden consultar en BOIX REIG, Javier (Dir.), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en “Derecho penal, Parte especial”, VIII, “La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas del 2010), 2010, pp.356 a 359. También CUGAT AMURI, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LLORIA GARCÍA, Paz, “Delitos y redes sociales, los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral” en La Ley Penal, N° 5, p. 222.

frecuente que mediante técnicas de *photoshop*–, se utilicen imágenes de menores extraídas de la red para conformar lo que se conoce como pornografía infantil virtual, que se encuentra tipificada en el CP español, en el art. 189, así como delitos de exhibicionismo y provocación, cuando por ej. el menor sea obligado a ver determinadas imágenes por la *web-cam*.

En suma, el crecimiento de Internet, y la evolución en sí a distintas nuevas formas de comunicación, ha provocado que el consumo y distribución de la pornografía infantil, haya desgraciadamente aumentado con el paso de los años, la rapidez con que se adquieren los software (gratuitos en muchos casos) y su fácil uso, inclusive por menores de edad, la tecnología de punta (cámaras digitales, celulares y cámaras *web*), que ofrece equipos que se caracterizan por ser cada vez más pequeños y fáciles de transportar y que ya no necesitan de proceso alguno para poder utilizar lo producido, la inmensa rentabilidad que produce hoy en día la pornografía infantil y la explotación sexual comercial de menores que generan mayores ganancias que el tráfico de armas y el tráfico ilícito de drogas.

Se calcula que sólo la pornografía infantil genera 12 mil millones de dólares al año en ganancias en todo el mundo. El supuesto anonimato de sus autores y las pocas o nulas posibilidades de reconocer plenamente la verdadera identidad de aquel que envía, reproduce o descarga material de pornografía infantil (mayormente utilizando herramientas tecnológicas) hace que las labores para dismantelar este tipo de delincuencia sean aun más complicadas y crea la necesidad de abrir nuevas vías de investigación, recurrir a nuevos métodos, formas de actuación y prevención.

Millones de páginas y la existencia de archivos para descargar en programas *P2P*, o muchas otras formas posibles, han provocado que muchos sean los usuarios vigilantes sobre este tema. La lucha contra la distribución de pornografía infantil a través de Internet, se centra en detectar canales de comunicaciones que sean utilizados por los pederastas. Para esto se cuenta con las denuncias que se presentan ante la Guardia Civil y el Cuerpo de Policía Nacional, así como con la experiencia de los Agentes Investigadores, quienes rastrean la Red de manera continua buscando las páginas *web*, foros y los demás servicios en donde se pongan en contacto los pederastas. Una vez identificados a los pedófilos se instruyen las necesarias diligencias policiales que son inmediatamente puestas a disposición de la Autoridad Judicial,

quien dirige las investigaciones garantizando que se lleven a cabo ajustándose a la legislación española.

No sólo la lucha directa contra la pornografía infantil, únicamente la pueden desarrollar los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, los usuarios también poseen una importancia vital sobre la misma, dado que, sin informaciones o denuncias, prácticamente no se podría hacer nada.

Se recomienda que a la más mínima sospecha de la existencia de tales contenidos en cualquier espacio de la red, (bien sea a través de portales o páginas en sí, foros, o incluso mediante programas *P2P*), que el usuario lo ponga en conocimiento de las distintas autoridades pertinentes, los cuales comenzarán a llevar a cabo las investigaciones oportunas; bien a través de una denuncia física –mediante la cual directamente ya se puede actuar–, o informando sobre dicha existencia –ya que durante la mayoría de las operaciones contra estos delitos comenzaron con este tipo de denuncias–.

En definitiva, el usuario puede hacer, y mucho. El inconveniente más importante son las diferencias que existen entre las legislaciones con las que cuentan los países en donde se originan las distribuciones de pornografía infantil que investigamos. Esto dificulta la efectividad de la lucha contra los pedófilos, ya que demora y complica su persecución por lo que debería solventarse urgentemente, ya que supone el mayor obstáculo que ralentiza esta lucha.

Debemos hacer concientizar a los ciudadanos, que no se tratan de simples imágenes de menores sin ropa posando de manera sexualmente explícita, sino que detrás de cada fotografía se hallan niños a los que se ha sometido a prácticas, que les ha marcado tanto física como psíquicamente. Por lo general, la explotación sexual comercial infantil afecta a 100 millones de niños y niñas en todo el mundo, víctimas de la prostitución, del turismo sexual, del tráfico y de la pornografía creándoles enormes secuelas que mortifican y destruyen lo más importante que tiene el ser humano...las puras ilusiones de su niñez.

En relación a los delitos mencionados, serán tratados particularmente en el capítulo correspondiente.

B. La tutela penal de los menores ante las nuevas formas de comisión de ciberdelitos

La variedad de comportamientos descritos, originados en la utilización de medios electrónicos y nuevas tecnologías, ha provocado la necesidad de reforzar la tutela penal de los menores, quienes aún no han alcanzado la edad de la madurez sexual.

Con la reforma 5/2010, en el capítulo II bis, art. 183 bis –ahora ter–, por primera vez el legislador inserta la figura del “*childgrooming*” en el ordenamiento penal español, por la necesidad de tutelar la indemnidad sexual y de los menores. Este tipo penal consiste en la difusión de imágenes de contenido íntimo –generalmente de naturaleza erótica–, que se han obtenido mediante una relación de confianza, con o sin consentimiento, y que en determinado momento se difunden con o sin el conocimiento del protagonista de las mismas.

Finalmente la reforma por LO 1/2015, con algunos cambios, lo inscribió en el art. 183 ter, en el Libro VIII, Libro II, Capítulo II bis, agregando el art. 183 quater como cláusula exoneratoria de responsabilidad penal.

C. El delito de *grooming*

Son muchos los nombres que se le han dado a este delito, sin que ninguno de ellos haya obtenido reconocimiento legal o consenso doctrinario. El nombre de “*childgrooming*” u “*online grooming*” no aparece en el texto de la ley. No obstante ello, el hecho de que la expresión “*grooming informático*” se utilizara en la justificación de la Enmienda de adición origen del delito¹⁷⁵, así como en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 del 22 de Junio¹⁷⁶; que finalmente lo introdujo el novedoso Capítulo II bis (“De los abusos y agresiones sexuales a

¹⁷⁵ Enmienda n° 351 presentada por el Grupo Popular en el Congreso al ap. 39 del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal, presentado el 19/11/09, BOCG, 19/3/2010.

¹⁷⁶ Exposición de Motivos de la LO 5/2010, ap. XIII.

menores de trece años”) dentro del Título VIII del Libro II CP¹⁷⁷; y en la Exposición de Motivos de la LO1/2015, que lo menciona y lo mantiene, le concede un valor orientativo para el intérprete que, sin gozar del mismo valor vinculante que una disposición normativa positiva, no puede ser despreciado.

Debemos estar prevenidos de no utilizar esta figura con denominaciones que puedan ampliar o restringir su contenido típico sin el necesario apoyo legal.

Antecedentes de la figura

El legislador advierte que los nuevos tipos responden a la necesidad de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Sin embargo, una lectura detenida de esta Decisión pone de manifiesto que sus exigencias no se compadecen con el Capítulo II bis, y menos aun con el contenido que el legislador español ha dado al art. 183 bis CP. La mencionada normativa pretende contribuir a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, estableciendo unos elementos de Derecho penal comunes a todos los Estados miembros. Así, exige que se adopten las medidas necesarias para castigar determinadas conductas relativas a la prostitución y pornografía infantil, pero no contempla una infracción como el *childgrooming*, en la que se castiga la utilización de las nuevas tecnologías para contactar con el menor con la finalidad de realizar actividades sexuales. El art. 2 c) de la Decisión Marco¹⁷⁸ contiene alguna referencia a

¹⁷⁷ Sobre la evolución de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP español, véase, entre muchos otros, DE VICENTE REMESAL, Javier / GARCÍA MOSQUERA, M., “Abusos sexuales”, “Acoso sexual”, “Agresiones sexuales”, “Delitos contra la libertad sexual”, “Exhibicionismo y provocación sexual”, “Prostitución favorecimiento y explotación”, en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Enciclopedia Penal Básica”, Comares, Granada, 2002, pp. 23-27, 30-33, 45-48, 416-419, 694-696, 1044-1049; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Delitos contra la libertad sexual ¿Libertad sexual o moral sexual?”, en MIR PUIG, Santiago / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.), GÓMEZ MARTÍN, V (coord.), “Política criminal y Reforma penal”, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 335-379; DURÁN SECO, I., “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008 (1)”, La Ley Penal, n.º 63, 2009, p. 2; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en La Ley Penal, N.º 80, 2011, pp. 1-18.

¹⁷⁸ El art. 2 c) de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, dispone: “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales siguientes: (...) c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes:

i) hacer uso de la coacción, la fuerza o la amenaza, ii) ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales, iii) abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño”.

conductas entre las que podría tener cabida la anteriormente señalada, pero consideramos que no constituye en absoluto el objeto principal de intervención de esta norma.

Lo que parece ocurrir es que aunque el legislador apela formalmente a la Decisión Marco 2004/68/JAI para justificar la introducción del art. 183 bis del CP, materialmente este artículo contiene casi de forma literal lo establecido en el art. 23 del Convenio nº 201 del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la explotación sexual y abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, y ratificado por España el 22 de julio de 2010¹⁷⁹.

Se podría decir que el legislador penal español se adelanta al mandato dirigido a los Estados firmantes del Convenio de Lanzarote, en materia de protección de los menores frente a ataques sexuales empleando las nuevas tecnologías de la información y comunicación, por cuanto incluye un artículo de esta índole en el CP, antes incluso de que el citado Convenio de Lanzarote entre en vigor en España.

Recordemos que la reforma legal que introduce el art. 183 bis en el CP es de 22 de junio de 2010, mientras que el Convenio de Lanzarote es publicado en el BOE el 12 de noviembre de 2010, fecha en la que conforme al art. 96.1 CE pasa a formar parte del ordenamiento interno.

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre –en adelante, Proyecto CP¹⁸⁰–, prevé entre otras cuestiones la transposición de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a La lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía

¹⁷⁹ Art. 23 del Convenio de Lanzarote: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro”. Conforme al art. 18.2 del Convenio de Lanzarote la edad quedará fijada por cada estado, teniendo en cuenta que a los efectos de este Convenio, conforme a su art. 3, “por «niño» se entenderá toda persona menor de 18 años”. Por su parte, el art. 18.1 a) se refiere a los abusos sexuales, mientras que el art. 20. 1 a) se refiere a la pornografía infantil. En el mismo sentido, VALVERDE MEGÍAS, R., “*El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático*”, *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, 2012, n.º 66, pp. 13-24, 15.

¹⁸⁰ Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁸⁰, publicado en el BOCG el 4 de octubre de 2013.

infantil¹⁸¹, que en relación con el conocido como *child grooming* se expresa con mucha mayor claridad que la Decisión Marco 2004/68/JAI, a la que sustituye. Concretamente, la Directiva 2011/93/UE establece la obligación de los estados miembros de tipificar como delito “el embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las redes sociales y salas de *chat* en línea”¹⁸², para proponer en el art. 6 la redacción de la norma penal aplicable a esta conducta y que, como veremos, coincide con la redacción del todavía vigente art. 183 bis del CP¹⁸³.

El Proyecto del Código Penal traslada el contenido de este artículo al 183 ter, modificando parcialmente su redacción actual e incorporando, además, una nueva conducta, la relativa al embaucamiento del menor a través de medios tecnológicos, con el fin de que facilite material o muestre imágenes pornográficas que cuenten con su participación, respondiendo a lo exigido por la Directiva 2011/92/UE¹⁸⁴.

Así pues, el art. 183 ter del Proyecto CP dispone:

“1. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga

¹⁸¹ Dos normas internacionales que constituyen auténticos referentes en esta materia, tal y como expresamente se reconoce en el considerando nº 5 de la Directiva 2011/93/UE son: por un lado, el ya citado aquí Convenio de Lanzarote y, por otro, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General de la ONU en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (Asamblea General-Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000), y ratificado por España por Instrumento de 5 de diciembre de 2001.

¹⁸² Considerando nº 12 de la Directiva 2011/92/UE. Véase también los considerandos nº 19 y 20, así como el art. 1 de la Directiva 2011/92/UE.

¹⁸¹ El art. 6.1 de la Directiva 2011/92/UE dispone: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”. El art.6.2.” Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”.

¹⁸² El art.6.2.” Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”.

concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

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

Pues bien, el apartado 2. del citado artículo constituye una de las principales novedades respecto al vigente CP. Para ello analizaré, en primer lugar, el actual art. 183 ter, apartado 1, del CP, para en segundo lugar referirme al apartado segundo de este último artículo.

Bien jurídico protegido

Se afronta el examen del bien jurídico protegido y la naturaleza jurídica del art. 183 ter del Código Penal conforme a la reforma introducida por la LO 1/2015.

El bien jurídico protegido en el art. 183 ter del Código Penal es la indemnidad sexual y la integridad moral del menor, pasando por la seguridad de la infancia en el uso de las tecnologías de la información y comunicación.

Una de las cuestiones más controvertidas en torno al art. 183 ter CP, y que sin duda condiciona su interpretación y justificación, es la referida al bien jurídico protegido.

Las diferentes posiciones doctrinales vertidas sobre este objeto se puede agrupar¹⁸⁵ en tres líneas claramente diferenciadas.

¹⁸⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., “*El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de la tecnologías de la información y la comunicación*”, en “Revista electrónica de Ciencia penal y criminología”, ISSN 1695-0194, p. 6.06. GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “*El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 31, 2011, pp. 207-258, 242; GUNDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, Faustino, “*Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming*”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 842, 2012, pp. 1-3, 2. Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “*La regla concursal*

En primer lugar, nos encontramos con un sector doctrinal que considera que se trata de un delito pluriofensivo ya que se ven afectados dos bienes jurídicos. Como bien jurídico individual e inmediatamente protegido; la indemnidad sexual del concreto menor, sobre el que el sujeto activo realiza la conducta descrita en el tipo; y como bien jurídico colectivo y mediatamente protegido, la seguridad de la infancia en la utilización de las TICs.

En segundo lugar, se pueden mencionar aquellos autores que consideran que nos encontramos ante un delito que afecta a un único bien jurídico pero que no se identifica con la indemnidad sexual. Así, parece que el bien jurídico protegido por este delito no pertenece al ámbito de la sexualidad, sino que se identificaría con el derecho a la dignidad o a la integridad moral del menor, que resultaría lesionado en el momento en que el sujeto activo completa la conducta descrita por este tipo penal.

En tercer lugar, se pueden agrupar los autores que entienden que el único bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor, y que a través de la conducta descrita en el art. 183 bis del CP se pone, todo lo demás, en peligro, pudiendo calificarse éste de abstracto, hipotético o concreto, según los casos¹⁸⁶.

Desde el primer punto de vista acogiendo la primera postura relacionada con el bien jurídico, se niega la naturaleza de acto preparatorio, se defiende su carácter pluriofensivo, otorgándole autonomía y permitiendo una salida razonable a la previsión concursal contenida

expresa en el delito de asechanza telemática”, Estudios penales y criminológicos, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 395.unicación”.

¹⁸⁶ TAMARIT SUMALLA, Joseph María, “*Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)*”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), “La reforma penal de 2010: análisis y comentarios”, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 165-172, 171 s.; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “*Artículo 183 bis*”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), “Comentarios al Código penal”, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 730-732, 731; BOIX REIG, Javier, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”, en: BOIX REIG, Javier (Dir.), “Derecho penal, Parte especial”, vol. I, “La protección penal de los intereses jurídicos personales” (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal), Iustel, Madrid, 2010, pp. 351-360, 351; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “*El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado*”, Diario La Ley, n.º 7746, 2011, pp.1-17, 6; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “*La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática*”, Estudios penales y criminológicos, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 406; PÉREZ FERRER, Fátima, “*El nuevo delito de ciberacoso o childgrooming en el Código penal español (art. 183bis)*”, Diario La ley, n.º 7915, 2012, pp. 1-20, 5. Llegando a esta conclusión pero criticando el concepto de “indemnidad sexual” que se utiliza, véase ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)*”, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Derecho penal, Parte especial”, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 255-278, 265.

en el propio art. 183 ter del CP, que contempla el concurso, parece que real, entre este tipo y aquellos otros contra la indemnidad sexual que, en grado de tentativa o consumados, pudiera llegar a cometer el autor¹⁸⁷.

Desde la segunda postura señalada, el delito pasa a ser entendido como autónomo, pues el bien jurídico afectado sería perfectamente diferenciable de aquel otro, que pudiera llegar a lesionarse si finalmente se materializase el ánimo específico del injusto del art. 183 ter CP. Así, a través de una vía diferente, también se busca una solución propicia a la cláusula concursal introducida por el legislador en el art. 183 bis del CP.

Se ha entendido que estaríamos ante un concurso real de delitos, pues la conducta del art. 183 ter CP, pone en peligro el bien jurídico supraindividual “infancia”, mientras que la agresión, el abuso sexual o la captación de la víctima con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico, lesiona sólo la indemnidad sexual del concreto menor afectado, de modo que el desvalor de este segundo hecho no abarca el desvalor del primero¹⁸⁸. A la misma solución debería llevar el planteamiento según el cual se sostiene¹⁸⁹ que, siendo individual el bien jurídico atacado por la conducta descrita en el art.183 ter del CP, al identificarse con la dignidad o integridad moral del menor, es perfectamente diferenciable del bien jurídico protegido por los delitos tipificados en los arts. 178 a 183 y 189 del CP.

Sin pronunciarse sobre el bien jurídico protegido y la naturaleza de este tipo penal, la escasísima jurisprudencia existente sobre esta materia considera la posibilidad de apreciar un

¹⁸⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en “Estudios penales y criminológicos”, vol. 31, 2011, pp. 207-258, 242; a pesar de entender que se trata de un delito pluriofensivo, GUNDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 842, 2012, pp. 1-3, 2, considera que este delito es un “acto preparatorio tipificado *ad hoc*” y califica la cláusula concursal de una mala técnica legislativa.

¹⁸⁸ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito de childgrooming. Entre los delitos de pederastia”, Diario La Ley, n.º 7575, 2011, pp. 1-7, 3 s.

¹⁸⁹ CUGAT MAURI, M., “La nueva modalidad incriminadora del llamado ‘child grooming’ o ‘ciberacoso’”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs), Comentarios a la reforma penal de 2010, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

concurso real entre el art. 183 ter y el art. 183 del CP, cuando el sujeto activo llega a materializar los actos de abuso o agresión sexual¹⁹⁰.

Desde la tercera de las posiciones doctrinales referidas, la identificación sin ambages de la indemnidad sexual, en cualquiera de sus formulaciones, como único bien jurídico protegido, da lugar a que se considere que el art. 183 bis del CP, tipifica un acto preparatorio de los tipos penales referentes del ánimo subjetivo. En esta línea interpretativa la especial regla concursal contenida en este artículo no puede ser calificada más que de mala técnica legislativa, pues en caso de que el autor haya intentado o consumado, alguno de los delitos referidos en el art. 183 bis CP, sólo éstos resultarán de aplicación, y no el art. 183 bis del mencionado ordenamiento.

Siendo loables los intentos por identificar en el art. 183 bis CP bienes jurídicos distintos al de la indemnidad sexual, buscando así una justificación al tipo y a la cláusula concursal en él contenida, considero que no alcanzan a proporcionar una solución convincente. En primer lugar, atendiendo a una interpretación sistemática, ha de decirse que la ubicación del tipo es inequívoca, pues se sitúa en el Capítulo II Bis, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, que a su vez se integra en el Título VIII, bajo la rúbrica de los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” del Código penal español.

Desde una interpretación teleológica, se puede acudir a la propia exposición de motivos de la LO 5/2010. Se señala aquí la necesidad de proteger el normal desarrollo de la sexualidad del menor, para que en el futuro, en el momento en el que alcance la capacidad de decidir, pueda hacerlo libremente.

¹⁹⁰ Véase SAP Barcelona 19-7-2013 (Pte. Eduardo Navarro Blasco) (A 331671), SAP Cádiz 14-5-2012 (Pte. M. Inmaculada Montesinos Pidal) (A 389670). En la SAP Ourense 4-10-2013 (Pte. Manuel Cid Manzano) (Tol 3972492) se condena al acusado, de diecisiete años de edad, por un delito del art. 183 bis CP, sin llegar a apreciar relación concursal alguna pues no se producen otros tipos penales. No obstante, esta resolución judicial es, en mi opinión, criticable pues en la conducta del acusado no se dan todos los elementos de la parte objetiva del tipo del art. 183 bis CP, como se revela en la propia motivación del fallo: “El propósito normativo a que responde la exigencia de concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento está ligada a la constatación de la seriedad de la proposición; o dicho de otro modo, tratando de descartar la punición de proposiciones poco serias. En el caso, el contenido de la propia secuencia comunicativa pone de relieve lo veraz y auténtico de la proposición, a lo que debe unirse la foto del pene que el acusado acompañó finalmente a uno de sus mensajes con indisimulado ánimo de respaldar sus sugerencias libidinosas. La Sala aprecia, por tanto, que el menor recurrente (próximo a la sazón a la obtención de mayoría de edad) conjugó con su conducta el verbo núcleo del tipo penal examinado, realizando actos evidentes de proposición sexual con innegable intención de concretar encuentro de tal naturaleza con la víctima, menor de trece años.

La atención se centra en las TICs en cuanto instrumento especialmente peligroso para afectar al objeto de protección referido, pero en ningún caso se identifica la comunicación o la seguridad de las comunicaciones con intervención de menores como el fin mismo de protección. Se trata de crear instrumentos, en este caso penales, para que la indemnidad sexual de los menores no se vea afectada a través de uno de los flancos más débiles, como es el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Acudiendo a una interpretación gramatical del art. 183 ter del CP, es complicado defender que se trate de una conducta que atenta contra un bien jurídico.

Generalmente se define el *grooming* de manera genérica, como la acción encaminada a establecer una relación y control emocional sobre un menor de edad –a veces incluso de edades tempranas– cuya finalidad última es la de abusar sexualmente del mismo, ya sea prevaliéndose de la confianza ganada o incluso de manera forzada; ello incluyendo en algunas variantes delictivas actitudes de acoso o auténtica coacción hacia el menor.

En la versión criminológica del delito, según la cual el abusador se vale de los medios informáticos o telemáticos, se viene a considerar el *grooming* como “el conjunto de acciones tendientes a conseguir, por parte de un acosador adulto, que un menor de edad, con quien pretende alcanzar una relación de confianza mediante los modernos medios de comunicación, se desnude, realice actos sexuales para su satisfacción, le envíe imágenes de lo anterior, o acceda a un encuentro directo donde mantener relaciones sexuales”¹⁹¹. Es esta última variante del delito, más grave y agresiva (acercamiento a través de medios telemáticos que desemboquen en un encuentro), la que ha sido tipificada en el CP como delito, en un nuevo precepto, art.183 bis¹⁹² –luego de la reforma por LO 1/2015, art. 183 ter del CP–.

La expresión “*grooming*” –que se traduce al español como acicalamiento o aseo y en el contexto sexual como “*acoso*”– recoge dos notas que suelen estar presentes en los supuestos de

¹⁹¹ Ver, por todos, MAGRO SERVET, “*El grooming o ciberacoso infantil: el nuevo artículo 183 bis del Código penal*”, en *Diario La Ley*, n.º. 9530, de 20 de octubre de 2010, p. 10; y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “*Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming*”, en “*Actualidad Jurídica Aranzadi*”, núm. 842, 2012, p. 5.

¹⁹² SANCHEZ LINDE, “*Delito de grooming: reflexiones sobre el bien jurídico protegido*”, que está disponible en <http://penal.blogs.lexnova.es/2013/01/22/delito-de-grooming-reflexiones-sobre-el-bien-juridico-protegido> (Último acceso 26/5/2015).

aproximación al menor a través de Internet, la seducción y la persecución. Pero debemos tener presente que una cosa son las características usuales y otras las legales. De hecho, a la vista de la letra de la ley podría apreciarse la figura delictiva sin la fase de acicalamiento previo, cuando se recurriera directamente a la violencia –que el tipo no excluye–, o no mediara un acoso persistente en el tiempo –que el tipo no exige–¹⁹³. Ocurre lo mismo con otras denominaciones del delito, como “*ciberseducción*”¹⁹⁴ o “*embaucamiento*”¹⁹⁵, que siendo afines a la idea de acicalamiento incorporan una nota de engaño¹⁹⁶.

Evidentemente no hay duda de que en muchos casos la seducción con ocultamiento de las verdaderas intenciones¹⁹⁷, o el engaño acerca de la propia identidad¹⁹⁸ –en especial, sexo y edad¹⁹⁹–, será un eficaz medio de aproximación a menor o de conseguir que se someta a los designios de su agresor²⁰⁰.

¹⁹³ En contra de la introducción de una connotación de acoso, entre otros, VAZQUEZ RAMON, “*El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado*”, LL española, ejemplar N°7746, noviembre 2011.

¹⁹⁴ Para el Diccionario de la Lengua española, “seducir” significa “engañar con arte y maña”, “persuadir suavemente para algo malo”.

¹⁹⁵ Para el Diccionario de la Lengua española, “embaucar”: “engañar, alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado”.

¹⁹⁶ Así, HORTAL IBARRA, “*El nuevo delito de online childgrooming (art. 183bis CP) ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?*”, en “Garantías penales y Derecho penal europeo”, en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO (dir.), 2012, p. 427, siguiendo a QUERALT, Joan Josep, “*La tutela penal de los menores ante el online grooming*”, en CUGAT MAURI, M., ob. cit., pp. 258 y ss.

¹⁹⁷ En este sentido. PEREDA-ABAD-GUILERA, “*Victimización de menores a través de Internet, descripción y características de las víctimas de online grooming*”, en “Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas Ciencias penales: Memoria del II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores de Ciencias Penales”, L.M. CORTÉS, F. PÉREZ ALVAREZ (Coords.), 2012, p. 95, que incluyen como elemento definidor del fenómeno el hecho de establecer una relación de aparente amistad.

¹⁹⁸ Según los datos aportados por ACPI-PROTEGELES, para el Defensor del Menor en la comunidad de Madrid, seguridad Infantil y costumbres de los menores en internet, 2002, p.17, entre los/las menores de diez años de edad, un 13% de los niños encuestados afirma haber concurrido a una cita a ciegas con alguien conocido a través de Internet, encontrándose en un 8% alguien distinto al esperado, cifras que en el caso de los de 11 años de edad se elevan a un 10% más los que acuden a las citas, un 3% los que se encuentran con una persona inesperada y un 1% a un adulto en lugar de un menor, p. 28 y ss., y en los doce años de edad, 10%, 7%, y 5% respectivamente, p. 38 y ss. En CUGATMAURI, ob. cit., p. 259.

¹⁹⁹ LLORIA GARCIA, Paz, “*Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y a la integridad moral*”, en “La Ley penal”, N° 5, p. 3.

²⁰⁰ Ver DOLSZ LAGO, “*Un acercamiento al nuevo delito de “childgrooming”, entre los delitos de pederastia*”, en La Ley española, ejemplar N° 7575 del 23/2/20177, que describe como técnica tipo del groomer la consistente en ingresar en un *chat* público, en el que, a través de un *Nick*, que oculta la verdadera identidad, se establece contacto

Sin embargo, elevar la seducción o engaño a requisito típico es mucho más que eso. Supondría negar la posibilidad de dejar fuera del ámbito del delito, los supuestos en que la relación entre el agresor y el menor no se hubiera producido de modo fraudulento, cuando este elemento no es propio del tipo básico sino del cualificado²⁰¹. Por ejemplo, cuando la relación hubiera sido en apariencia deseada por ambas partes, o se hubieran obtenido subrepticamente imágenes del menor—mediante un acceso ilegal, a su ordenador o el de sus contactos— para a continuación relacionarse con él en términos puramente violentos, sin pasar nunca por un período de seducción del menor.

En la tipología de los *groomers*²⁰² se han distinguido tres especies de ellos en función de la distinta intención con la que abordan el suceso, y en función de si actúan en modo más o menos sistemático o personalizado con el menor. Se distinguen:

1) El “*distortedgroomer*”, que actúa creyendo estar construyendo una relación con el menor; circunstancia que deja a un lado cualquier componente de seducción fraudulenta al que pudiera aludir el concepto de embaucamiento.

2) El “*adaptable online groomer*”, quien se relaciona con otros *groomers*.

3) El “*hyper-sexualisedmen*”, quien posee pornografía infantil.

Además, parece absurdo exigir un componente de engaño cuando por definición, por debajo de la edad de dieciséis años²⁰³, el consentimiento de los menores en materia sexual se considera irrelevante.

con el menor, al que se le pide la dirección del *Messenger*, ingresando en el mismo e intentando obtener imágenes de éste a través de la *webcam*; amenazar con mostrar imágenes ya obtenidas a amigos y conocidos, bajo condición de conseguir otra más. Sobre casos concretos, ver la noticia publicada en “El País”, ejemplar del 30/11/2013, acerca de quién, simulando ser menor, pudo haber utilizado el correo electrónico para contactar con menores, obteniendo de ellos imágenes en ropa interior, primero, y desnudos e imágenes de más alto contenido sexual, después, bajo amenaza de difundir las primeras. Asimismo la noticia publicada en el mismo diario, ejemplar del 25/11/2007, en la que se relata un caso que sigue distinto esquema comisivo, consistente en conseguir las claves del *Messenger* de la víctima para continuación amenazar con utilizarlo, bajo condición de recibir imágenes de contenido sexual del menor, o conseguir imágenes de la cara del menor que se yuxtaponen a cuerpos desnudos ajenos con el fin de proferir el mismo tipo de amenazas.

²⁰¹ Art. 183 bis, *in fine*. Reformado por la LO 5/2015 183 ter, *in fine*: “Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

²⁰² Ver KOOL, en “*Prevention by All Means? A legal Comparison of the Criminalization of ON line Grooming and its Enforcement*”, en “*Utrecht Law Review*”, oct. 2011, p. 4.

Finalmente la Directiva de la UE²⁰⁴ ofrece un sostén muy débil a la negada posibilidad, la idea de embaucamiento aparece sólo en la versión española de la citada Directiva UE (art-6), pero no así en su correspondiente inglesa, que literalmente habla de “*solicitation of children for sexual purposes*”, es decir, solicitud o propuesta sexual, sin más adjetivos, lo mismo que ocurre en la propuesta alemana, en la italiana y en la francesa, utilizadas en el Convenio de Lanzarote en 2007.

En resumen, el tipo penal puede tener distintas lecturas, por lo que resulta importante prevenir sobre el peligro de confundir el nombre con la cosa. Sin duda, el *nomen iuris* que utilicen los Convenios, o el significado usual o sociológico del término, pueden y deben ser tenidos en cuenta para aproximarse a los hechos. La interpretación del delito no puede ampliarse ni restringirse en virtud de criterios carentes de suficiente respaldo legal, premisas desde las cuales deberá abordarse la aplicación del delito conforme al art. 183 ter del CP español de 2015²⁰⁵, así como también la correspondiente figura en otros ordenamientos. Incluida la Directiva 2011/93/UE (art.6^o²⁰⁶, adoptada con posterioridad –2011–).

Tanto una como otra instan a la persecución y castigo de quienes utilizan las TICs, para proponer encuentros con menores con el fin de atentar contra su indemnidad sexual, la cuestión es si para ello bastaba con los tipos penales hasta entonces existentes, o si, por el contrario era preciso una reforma legal que incorporara una nueva figura delictiva como se hizo en 2010.

²⁰³ Según el art.183 ter, conforme a la LO 5/2015.

²⁰⁴ Directiva 2011/93 UE del Parlamento Europeo y del Consejo d l 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE, 17/12/11).

²⁰⁵ Conforme a la LO 5/2015, de 30 de marzo de 2015.

²⁰⁶ “Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos. 1.Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación , de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual con el fin de cometer una infracción contemplada en el art. 3°, ap. 4° y en el art. 5°, ap. 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de la libertad de una duración máxima de al menos un año. 2. los Estados miembros adoptarán las medidas necesarios para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de una adulto por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer la infracciones contempladas en el art. 5°, aps. 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”

De hecho, el vacío hasta la introducción del tipo referido no era completo, por cuanto se había condenado a través de otras figuras delictivas. En esta clase de supuestos, podrían apreciarse otro tipo de delitos como los atentados contra la intimidad; en caso de acceso ilícito a dispositivos electrónicos ajenos para sustraer información personal; o la usurpación del estado civil, cuando se hacen pasar por otra persona²⁰⁷, o delitos de exhibicionismo, difusión de contenidos pornográficos, corrupción de menores y favorecimiento de la prostitución –delitos en los que no se requiere de proximidad física– o, por ejemplo, delito continuado de abusos sexuales, elaboración de material pornográfico y amenazas, en un supuesto en que el autor, ocultando su verdadera identidad, contactó a un menor a través del *messenger*, del que consiguió fotografías en actitud sexualmente explícita a través de la *webcam*, para a continuación establecer una serie de encuentros sexuales reiterados bajo la amenaza de revelar las imágenes previamente obtenidas a terceros²⁰⁸.

¿Era necesario entonces incluir el nuevo tipo penal? Desde el punto de vista de los compromisos internacionales asumidos, evidentemente sí, más allá de que en las sentencias se hubiera podido condenar por otros delitos, tanto el Convenio de Lanzarote de 2007, como la Directiva 2011/93 UE exigían castigar una conducta con estructura de acto preparatorio de otro delito sexual, hasta entonces impune.

De la comparación entre los textos internacionales y el español, no puede afirmarse que haya dejado de sancionar nada de lo que se le pedía, al contrario:

- 1) Ha ampliado el círculo de autores, ya que puede ser cualquier persona,
- 2) Ha redondeado la conducta típica mediante la referencia al “contacto”, que presupone la propuesta sexual,
- 3) Ha incluido un tipo cualificado, mediante el empleo de coacción, intimidación o engaño, que prácticamente vacía de contenido al tipo básico, ya que muy pocos supuestos quedarán al margen de lo que recoge el tipo cualificado –tal vez aquella situación en la que se mantiene una relación de abuso de superioridad con el menor–,

²⁰⁷ LLORIA GARCIA, “Delitos y redes sociales”, ob. cit., p. 4.

²⁰⁸ STS 1143/11, 28-10.

4) Contempla la comisión de actos sobre un menor de 16 años (art.183 ter),

5) Con respecto a la finalidad, el Código Penal hace mención conjunta a todas las conductas comprendidas en los arts.183, en el Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años”, y 189 del mismo ordenamiento, que no sólo tipifica la producción de pornografía infantil, sino también otras como la venta, distribución, exhibición; puesto que no tiene sentido pensar que el legislador haya querido castigar a quien se reúne con el menor para que distribuya pornografía, ni cualquiera otra de las conductas descritas por el 189; se ha propuesto una interpretación restrictiva de la remisión normativa que se hace al mismo, limitándola a las conductas de producción de pornografía²⁰⁹ contenidas en la letra a) del art. 189.1 del CP²¹⁰.

Si bien el vacío más denunciado por la doctrina era el que se relacionaba con la protección a los menores mayores de 13 años, que quedaban excluidos del tipo, en la actualidad, y con la reforma 1/2015, este obstáculo se encuentra allanado puesto que se ha elevado la edad de madurez sexual a los dieciséis años²¹¹. Resulta importante destacar la ampliación en la tutela de los menores puesto que justamente los mayores de 13 años²¹², eran

²⁰⁹ TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “*Delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores, arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis del CP*”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, quien subraya que, limitando la Convención la remisión a los supuestos de producción de pornografía infantil, dejando fuera otros, como la oferta distribución y posesión, parece razonable realizar una interpretación restrictiva.

²¹⁰ El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

²¹¹ Ver Proyecto de CP 2013 y art. 183 ter de la LO 1/2015. Donde se eleva la edad de madurez sexual, de los trece a los dieciséis años. España era el único país europeo donde la madurez sexual se alcanzaba a los trece años, en todos los restantes países el límite es mayor. En Alemania, Italia, Portugal, Hungría, Austria, Bulgaria, Estonia, Serbia, Croacia, Bosnia, y Hercegovina, Albania, Macedonia, Montenegro Liechtenstein, y San Marino, la edad de consentimiento son los catorce. En Francia, Polonia, Rumania, Grecia, República Checa, Suecia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Islandia y Mónaco, a los quince, En Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bielorusia, Bélgica, Finlandia, Georgia, Kazajstán, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Países Bajos, Noruega, Rusia, Suiza, Ucrania, y reino Unido, a los dieciséis, En Irlanda y Chipre a los diecisiete, en Malta y Turquía, a los dieciocho.

²¹² “Según los datos correspondientes a la Encuesta sobre equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares 2013, elaborada por el Instituto Nacional de estadística, el porcentaje de uso de las TICs por parte de menores es del 26,1% a los diez años, 41,6 % a los once, 58,8 a los doce, ascendiendo al 75,8% a los trece, 4% a los catorce y ,2% a los quince”. En CUGAT MAURI, M., “*La tutela penal de los menores ante el online grooming. Cibercriminos*”, Ed Hammurabi, p. 271.

quienes más utilizan Internet y quedaban más expuestos, constituyendo el 81,8% del total de víctimas. Así, MIRÓ LINARES²¹³ manifiesta que, por lo general, el objetivo de los *groomers* no son los menores de trece años, sino los adolescentes en general, y chicas que han tenido experiencias sexuales en particular.

Otra circunstancia importante de destacar es aquella que se interpreta como contacto sin voluntad de encuentro físico. Lo que al legislador le inquietaba era que ... “cada vez es más frecuente que los pederastas sustituyan las visitas a los parques infantiles por las pantallas de los ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas”; sin embargo, se podría hipotetizar, que quien contacta a un niño a través del ordenador, no tenga por fin contactarlo personalmente, sino lo haga para huir de esta situación²¹⁴. Es lo que ocurre en casos de *groomers* asociales, quienes encuentran en los nuevos avances de las tecnologías de comunicación la forma de relacionarse sin necesidad de contactarse físicamente²¹⁵.

En esa hipótesis podríamos hallarnos²¹⁶ fuera del ámbito aplicativo del tipo, que exige la necesaria orientación a la comisión de un delito sexual posterior, con una salvedad, pues si a pesar de ello se pretendiera mantener una relación sexual online con el menor, además de los delitos relativos a la pornografía o amenazas, podría plantearse la posibilidad de apreciar también abusos o agresiones sexuales²¹⁷.

²¹³ MIRÓ LINARES, Fernando, “*El cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la delincuencia en el ciberespacio*”, 2012, p. 156.

²¹⁴ Es difícil saber el porcentaje de casos en los que no se llega a obtener la relación posterior “en persona” por propia decisión o por causas ajenas a la voluntad del *groomer*. Según el Documento de trabajo del Consejo de Europa “*Protecting children against sexual violence: The Criminal law benchmarks of the Budapest and Lanzarote Conventions*”, Discussion paper, 4/12/12, www.coe.int/cybercrime, p.40, el 25% de niños y jóvenes habría tenido encuentros *off line* con personas con las que previamente habían contactado *on line*.

²¹⁵ PEREDA-ABAD-AGUILERA, “*Victimización de menores a través de Internet: descripción y características de las víctimas de online grooming*”, en Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas Ciencias penales: Memorias II Congreso Internacional.

²¹⁶ CUGAT MAURI, M., “*La nueva modalidad incriminadora del llamado ‘child grooming’ o ‘ciberacoso’*”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), “Comentarios a la reforma penal de 2010”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

²¹⁷ LA STS 1029/96, 19-12, que considera que la conducta de quienes, teniendo bajo su custodia a su sobrino, le obligaron a masturbarse ante terceros, encaja en los tipos de los arts. 178 y 180, no obstante la ausencia de contacto físico entre autor y víctima del delito sexual. En el mismo sentido STS 1397/09, 29_12 que aprecia dos delitos de agresiones sexuales en quien, tras acorralar a sus víctimas, las sujetaba inmovilizándolas para que presenciaran cómo se masturbaba, sin para ello realizar tocamientos de carácter sexual sobre ellas.

El punto más criticado a la norma afecta su existencia, por cuanto si se concibe el delito como un acto preparatorio de un ulterior ataque sexual contra el menor, ello entra en conflicto con la regla general de impunidad de éstos, dando lugar a la duplicidad sancionatoria cuando entre en concurso con otros²¹⁸.

En relación a los sujetos activos, el texto español tiene un alcance más amplio que el establecido en los textos internacionales –ya que éstos se limitan a los adultos– y, por cierto, ello responde a una realidad, y es que muchos menores de dieciocho años incurren en estas prácticas. Y para el caso que no existiera diferencia de edad entre el autor y su víctima, la reforma por LO 1/2015 propone en el 183 quater una cláusula de exoneración de responsabilidad penal.

Críticas y conclusión

Si bien es cierto que el ordenamiento penal español y la Política criminal española tienden en los últimos tiempos a sentir la necesidad de incriminar específicas formas de *acoso*, así como de plantear cada vez *mayor penalidad* dirigida a la explotación de los menores con fines sexuales, tal vez la racionalidad de este delito se justificaría más si la conducta típica y espíritu del precepto se hubieran orientado en un sentido más práctico, es decir, penalizar los mismos tipos penales que atentan contra la libertad sexual (arts. 179, 183 y 189) cuando se cometan a través del recurso a las *nuevas tecnologías* de comunicación –y no sólo contra los menores indóciles–, debido a la gran expansión de estas tecnología en los últimos tiempos, así como la facilidad de movimientos y el anonimato que permiten al pedófilo.

Seguramente la intención legislativa, tomando conciencia de la difícil existencia de casos de *grooming* en la práctica relativos a menores de *dieciséis* años, debería haber sido evitar la existencia de un vacío de punibilidad general en este ámbito del que puedan aprovecharse pedófilos, pederastas o acosadores que actúan en la red²¹⁹.

²¹⁸ HURTADO IBARRA, “El nuevo delito de “online grooming” (art.183 bis CP) ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, en “Garantías constitucionales y Derecho penal europeo”, MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO (Dir.), 2012, pp. 431 y ss.

²¹⁹ A favor de la existencia del artículo 183 bis en el Código penal, sin embargo, CUGAT MAURI, basando su inclusión sobre todo en el alto riesgo de los modernos medios de comunicación y la peligrosidad intrínseca del tipo de agresores de los que se trata. Opina el autor que la idoneidad de tales medios -combinada con la ominosa

Ello permitiría igualmente una salvaguarda de la tranquilidad psíquica del menor, perturbada por la actitud acechante del acosador que le provoca el verse vigilado, así como el sufrimiento psíquico de sentirse como un objeto para la satisfacción sexual de otro.

Seguramente esta orientación sí se acercase a una protección efectiva y acorde con el principio de lesividad, y no el resultado final que ha supuesto el texto del más próximo a combatir una parafilia o proteger genéricamente la moral sexual²²⁰.

Se coloca al art. 183 ter del Código Penal como un precepto cercano a la barrera de la intervención mínima; ello no porque la indemnidad del menor no sea un bien jurídico incuestionable, y los pedófilos operen en la red, sino por la discutible existencia o urgencia en la protección penal de tales conductas lesivas (al menos tal y como las recoge la conducta típica), su limitado alcance y su escasa aplicabilidad en la práctica.

Probablemente regresamos de nuevo en esta sede, a la tradicional cuestión de elegir entre la represión penal, o la prevención y erradicación del delito por otros medios. Casi con seguridad en este supuesto, una prevención primaria destinada a los más jóvenes, y basada en la educación familiar y escolar, así como una potenciación de la seguridad en el control de acceso a los medios informáticos (ya fuera a través de impedimentos técnicos, o con un adecuado control paterno), evitaría el recurso a penalizar la conducta y los peligros a los que se refiere el tipo.

Encontramos así un precepto *a priori* extraño en el Código penal español—como posiblemente lo es todo el Capítulo II bis del Título VIII del mismo Libro— y con mejorable técnica legislativa. Seguramente debió haberse establecido como sujeto protegido por el delito a todo menor de dieciocho años, pues así se ampliaba el marco de protección y aún se respetaba el contenido de la Convención Europea de 2007. Además se hubiera debido incluir en el marco

actividad de los pederastas- puede dar lugar a una “situación de subyugación moral al agresor de particular intensidad”, y añade que “sólo ello reuniría ya gravedad bastante para afirmar la ofensividad de la conducta, con independencia de su orientación a la comisión de futuros delitos sexuales”. Ver CUGAT MAURI, “*La nueva modalidad incriminadora del llamado childgrooming o ciber acoso*”, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC [Dirs.], “Comentarios a la reformapenal de 2010”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 235. Y véase el mismo autor en cuanto a la posibilidad de cubrir igualmente un “vacío de punibilidad”, *ibidem*, p. 236.

²²⁰ Aunque bien es cierto que el artículo 183 bis no incluye en su tipo objetivo el acercamiento del acosador a efectos de cometer las conductas delictivas descritas en los artículos 185 y 186 CP, es decir, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual.

de protección del tipo penal a los incapaces, siguiendo la tradición jurídica, y el espíritu general del Título VIII, no limitándose sólo el legislador a cumplir con la obligación emanada de la mencionada Convención²²¹.

En España no se realizó un debate político criminal previo, y se aprobó el Convenio de Lanzarote sin reservas, lo mismo que sucedió con la directiva 2011/93, sobre la que se emitió un informe de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de trámite –muy distinto a otros países como, por ejemplo, Gran Bretaña–²²².

Evidentemente el debate sobre la necesidad de la norma, debió preceder y no suceder a su introducción: “La opiniones de la doctrina son muchas, y van desde la supresión del delito en virtud del adelantamiento de las barreras de punibilidad que comporta, a la de su tipo cualificado que vacía de contenido la modalidad básica, o la incorporación de nuevos elementos en la descripción del delito que exijan la prueba de continuidad y persistencia en el ataque al modo del delito contra la integridad moral del art. 173 del CP –que también comporta una reducción al ámbito aplicativo del mismo–”²²³.

D. El delito de *sexting*

Actualmente otra conducta asociada al uso de las nuevas tecnologías que trae aparejada una problemática con los menores es el “*sexting*”. Este fenómeno consiste en el envío de fotos o videos de contenido erótico o carga sexual, producidos por el propio remitente de manera consentida, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico. Ello se ha

²²¹ La no inclusión de los incapaces en el tipo como sujetos pasivos ha provocado varias críticas de la doctrina: entre otros, ORTS BERENGUER, quien acertadamente argumenta que los incapaces también pueden ser contactados por los medios informáticos o a distancia, y pueden resultar igual o incluso más débiles que los menores en los ataques de los pederastas. Ver ORTS BERENGUER, Enrique, “*Ciber acoso*”, en AA.VV., “Derecho penal. Parte especial”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 271.

²²² www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/select/cmeuleg/428-ix/42812.htm.

²²³ CUGAT MAURI, M., ob. cit., p. 276.

convertido en una práctica habitual y muy peligrosa, y es bastante frecuente en países como Estados Unidos.

En España, un 4% de los menores de entre 10 y 16 años reconoce haberse hecho a sí mismos fotos o videos en una postura sexy (no necesariamente desnudos ni en poses eróticas), utilizando el teléfono móvil y el 8,1% declara haber recibido en su teléfono imágenes de ese tipo de chicos o chicas conocidos²²⁴.

En Argentina los adolescentes de más edad son los más proclives a recibir *sexting*. Según encuestas, el 4% de los niños de 12 años han recibido un mensaje con imágenes sugerentes (desnudo o semidesnudo de una persona que conocen), con un incremento del porcentaje al 20% en adolescente de 16 años y que alcanzó un 30% en jóvenes de 17 años²²⁵.

Precisamente, existe el riesgo de que esas fotos o grabaciones sean difundidas porque a quien se envían ha hecho nacer una serie de aplicaciones como *snapchat*. Es una aplicación para terminales móviles que permite el envío de imágenes entre usuarios, con una peculiaridad: la imagen solo es visible durante un tiempo determinado, y no queda grabada en la terminal del receptor, con lo que se persigue que no se produzca la difusión²²⁶.

Normalmente esos contenidos se crean para enviarlos como regalo a la pareja o como herramienta de flirteo, con lo que el autor es el responsable del primer paso en su difusión. A partir de allí, la foto o el video puede entrar en una cadena de reenvíos, que hace que puedan ser conocidos de forma masiva y acabar en la Red, una situación que escapa al control del protagonista. Así, coincidimos con la opinión de que “el *sexting* es una nueva práctica sexual que hace furor entre la juventud estadounidense y británica, y que también ya empezamos a ver en estas latitudes”²²⁷.

²²⁴ Ver información relevada por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO): “Guía sobre la adolescencia y *sexting*: qué es y cómo prevenirlo” .

²²⁵ Idem nota anterior.

²²⁶ Ello no resulta del todo eficaz, pues bastan solo unos minutos para realizar una captura de pantalla y poder de esa forma conseguir la imagen de manera definitiva.

²²⁷ GRANERO, H., “No todos los contactos en las redes sociales con “amigos” grooming y sexting, los delitos no tipificados en el Código penal”, publicado en el Dial.com, Suplemento de derecho de Alta tecnología, DC142E, 13/10/2010.

Las fotografías o videos de contenido sexual, en manos de la persona inadecuada, pueden constituir un elemento para extorsionar o chantajear al protagonista de la imágenes Se llama “*sextorsion*” al chantaje en el que alguien (mayor o menor de edad) utiliza estos contenidos para obtener algo de la víctima, amenazando con su publicación.

El “*cyberbulling*” o ciberacoso entre iguales supone hostigamiento de un menor hacia otro menor en forma de insultos, vejaciones, amenazas, chantaje etc. utilizando para ello un canal tecnológico. En el entorno del “*sexting*” la humillación pública puede llegar a consistir en “*ciberbulling*”, en caso de que compañeros del menor utilicen estas imágenes para burlarse, hacer comentarios públicos y otros actos degradantes.

CAPÍTULO II

LA CORRUPCIÓN DE MENORES Y PORNOGRAFÍA INFANTIL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

I.- Sistemática legal

A fin de lograr una mayor claridad expositiva, explicaremos la metodología que vamos a seguir para el desarrollo de los temas.

Comenzaremos tratando los delitos de Corrupción de menores y de Pornografía infantil en el Código penal argentino. Luego analizaremos la sistemática legal en el Código Penal español, y las reformas efectuadas a la legislación en los últimos veinte años para finalizar efectuando un análisis dogmático de ambos delitos en la legislación española.

II.- Modelo legislativo en Argentina

En la versión original de la ley 23.077, el título que incluía los delitos mencionados, se rubricaba “Delitos contra la honestidad”, pero dicho rótulo ha sido modificado por la reforma de 1999, introducida por la ley 25087²²⁸, que lo denominó “Delitos contra la integridad sexual”. Como punto de partida, se eliminó la división del Título en capítulos (a través de la derogación de sus rúbricas), que era el modelo propio del sistema anterior, agrupando en forma esquemática las distintas figuras, en tipos progresivos constituidos por un tipo básico o genérico, a partir del cual se construye un esquema de subtipos agravados, que se singularizan en una escala penal variable, que se incrementa a medida que aumenta el desvalor de la conducta o del resultado, o por exigir en el autor una especial cualificación.

El Código penal argentino trata en el Título III los “Delitos contra la integridad sexual”, agrupando diversos tipos penales a partir de intereses de protección comunes²²⁹. El primer grupo de delitos es el referido al abuso sexual y sus figuras derivadas. El segundo grupo tipifica la corrupción (de menores en el art. 125, primer párrafo, y sus agravantes en el segundo y tercer párrafo). El tercer grupo se refiere a la prostitución, dentro del cual se comprenden los tipos de trata de personas. Un cuarto grupo regula los delitos atinentes a la pornografía (art. 128). Finalmente se regula la acción procesal penal, el avenimiento y la participación de sujetos calificados.

Generalidades

La nueva regulación impuesta por la ley 25.087 en materia de delitos sexuales relacionados con la corrupción y la prostitución de personas y la difusión de material pornográfico; en especial en lo relativo a menores de edad, constituye, sin duda alguna, una modificación de amplio calado respecto de las normas penales que estaban vigentes desde 1921, pero tampoco podría decirse que han significado un cambio sustancial en las estructuras básicas de ciertos tipos penales en cuanto a la redacción anterior.

²²⁸ Promulgada el 14/4/1999 y publicada en el B.O. el 14/5/1999.

²²⁹ Este título fue profundamente modificado por la ley 25087, promulgada el 14/4/99 y publicada en el B.O. el 14/5/99. Entre otras modificaciones sustanciales, la ley eliminó la división del título en capítulos.

Creemos fundamentalmente que el legislador ha tenido en mira la represión de la explotación sexual de menores se incapaces reclamada de manera insistente en el plano internacional, especialmente en el ámbito global de la prostitución y la pornografía.

La ley de reformas recoge en alguna medida estos lineamientos –como se verá en el apartado dedicado a la pornografía infantil–, pero desafortunadamente omite la creación de un eficaz instrumento de lucha contra la llamada “criminalidad organizada”, dedicada a la explotación de seres humanos, como ha hecho el Código penal español después de la reforma operada por la LO 11/99 pornografía infantil.

Precisamente, y tal como lo mencionáramos en el trabajo, en el ámbito internacional, el Consejo de la Unión Europea ha adoptado la acción común 96/7007JAI, de 29 de Noviembre de 1996, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinada a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y las redes de explotación sexual de menores²³⁰. En este acción común, se expresa entre otras consideraciones que la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños constituyen una grave violación de los derechos fundamentales de la persona, particularmente de sus dignidad.

La reciente evolución prueba que la trata de seres humanos y la trata de niños pueden constituir una forma importante de criminalidad organizada, cuyas dimensiones en el seno de la Unión Europea son cada vez más inquietantes, La naturaleza organizada e internacional de estos crímenes obliga a la adopción de medidas de lucha a nivel internacional, o como mínimo comunitario.

Lamentablemente, la ley 25.087 no ha privilegiado esta problemática, incorporando preceptos que puedan servir ni siquiera, como punto de partida de un plan de lucha mucho más eficaz y operativo, y a la vez ambicioso, frente a un flagelo terrible, que en la actualidad representa el fenómeno de abuso y la explotación sexual de menores.

²³⁰ CRESPO-SANZ HERMIDA, “*Problemática de las redes de explotación sexual de menores*”, en “Nuevas cuestiones penales”, p. 58. Para un completo panorama sobre los distintos instrumentos y organismos internacionales diseñados para la lucha contra la explotación sexual de personas, ver DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “*Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales, a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos*”, en “Estudios de Derecho judicial”, N° 21, pp. 235 y ss.

De este modo, se explicita que el legislador no ha dado cumplimiento a las directivas emanadas de la propia Convención sobre los derechos del Niño (incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22, luego de la reforma del año 1994).

En lo que aquí interesa, la nueva normativa ha separado en disposiciones diferenciadas y autónomas la promoción y facilitación de la corrupción de menores de dieciocho años (art. 125 CP), de la promoción y facilitación de la prostitución de menores de dieciocho años (art. 125 bis CP), estableciendo una escala penal variable agravada para ambas hipótesis, en razón de la minoridad de la víctima (menor de trece años) y de los medios utilizados por el autor.

Fue eliminado el delito de corrupción de mayores de edad que preveía el art.126 del texto derogado –sólo ha quedado prevista la figura para los supuestos de prostitución de mayores de dieciocho años en el nuevo art. 126, así como el elemento subjetivo (ánimo de lucro o satisfacción de deseos propios o ajenos–, contenido en el anterior art. 125 del CP.

El artículo 128 del CP, luego reformado por la ley 26.398 –en su nueva redacción–, creó *ex novo*, un grupo de infracciones relacionadas con la pornografía y la participación de menores de dieciocho años, mientras que en el art.129 se mantiene con ligeras variantes el delito de exhibiciones obscenas²³¹.

III.- Antecedentes nacionales y comparados de ambas figuras

En Argentina, los delitos relacionados con la corrupción y prostitución, han estado previstos, con diversas variantes a lo largo de todos nuestros precedentes legislativos.

Los Proyectos Tejedor, de 1881, de 1886 y de 1891, castigaron este delito siguiendo el modelo español, esto es, dando tratamiento conjunto a la corrupción y el estupro y haciendo expresa referencia a lenocinio.

²³¹ BUOMPADRE, Jorge, “*Tratado de Derecho penal, Parte especial*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, 3ª edición actualizada y ampliada, t. I, pp. 371 y ss.

Al parecer, las fuentes fueron no sólo el Código español de 1850, sino también los códigos del Perú, de Baviera y otras leyes romanas y españolas. El Proyecto 1891 siguió el texto de Tejedor, pero suprimió la habitualidad, y el abuso de autoridad o confianza, agravando la pena cuando la víctima fuera menor de doce años o el delito fuese cometido por ciertos parientes o guardadores, la ley 4189 copió literalmente el texto de 1891, no así el Proyecto de 1906, que innovó en la materia reprimiendo la promoción y facilitación de la corrupción y prostitución “para satisfacer deseos propios o ajenos”.

La fuente directa del código vigente fue el Proyecto de 1906 (art.133), que luego pasa al art. 128 del proyecto de 1917, ampliándose posteriormente los medios de lucha contra la prostitución y corrupción a través de la sanción de la ley 12.331, de 1936.

MORENO²³² cita como antecedente el Código penal de Italia, pero NÚÑEZ²³³ afirma que éste es distinto a nuestra ley.

En 1987, la ley 23.487 sustituyó la rúbrica original del capítulo, “Corrupción y ultrajes al pudor” por la de “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”. Como decíamos, la ley 25.087, no sólo suprimió las rúbricas de todos los capítulos, sino que introdujo modificaciones de importancia que iremos analizando más adelante en cada figura en particular.

Finalmente, la reforma introducida mediante la ley 25.087²³⁴, del año 1999, cambia la vieja rúbrica de “Delitos contra la honestidad” por la actual de “Delitos contra la integridad sexual”, que refleja una percepción más actualizada de las agresiones sexuales en nuestra sociedad: el crimen sexual es una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima.

En el Derecho comparado, en Italia, las normas del Código penal relativas a los delitos de corrupción, prostitución y trata de mujeres y menores, han sido sustituidas en su totalidad por la ley 75 de 1958. Más tarde la ley 66 de 1996, ha introducido importantes modificaciones

²³² MORENO, Rodolfo (h), “*El Código penal y sus antecedentes*”, H.A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, t. IV.

²³³ NÚÑEZ, Ricardo C., “*Derecho penal argentino*”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, t. IV, p. 338.

²³⁴ La Ley 25087, publicada en el B.O. el 14/5/1999, cambió la vieja rúbrica de “Delitos contra la honestidad” por la actual de “Delitos contra la integridad sexual”.

al Código Penal, transfiriendo la disposiciones relativas a los delitos sexuales, que se encontraban ubicadas en el Título IX, “De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres”, al título XII, “De los delitos contra la persona”.

Así, en el Capítulo III, denominado “De los delitos contra la libertad individual” Sección II, “De los delitos contra la libertad personal”, se ubica el art. 609 quinquies que reprime el delito de corrupción de menores con el siguiente texto “quien realiza actos sexuales en presencia de una persona menor de catorce años, con el fin de hacerla asistir, será castigado con pena de reclusión de seis meses a tres años.

Con respecto al Código Penal español, que es el que más influencia ha ejercido en la redacción del tipo, se trata en el capítulo respectivo, al que nos remitimos.

Por su parte, el Código penal de Portugal de 1982, trata la materia en el título 3, “De los delitos contra valores e intereses de la sociedad, Capítulo 1, “De los delitos contra los fundamentos ético-sociales de la vida social”, sección 11, “De los delitos sexuales, art. 215 (lenocinio), art. 216 agravantes, art. 217 (tráfico de personas) y art. 218 (suspensión de la patria potestad) a quien fuese condenado por alguno de estos delitos”.

IV.- Bien jurídico protegido en el Título III del CP: “Delitos contra la integridad sexual”

El legislador de 1999 fundamentó el cambio de bien jurídico protegido en el Título III²³⁵ del CP, sosteniendo que el mismo se ha redefinido, y que con ello pasa a ser la integridad sexual de la persona, y no un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima.

Bajo esta nueva perspectiva, lo que se reprime deja de ser lo obsceno que era considerado un concepto demasiado amplio y sujeto a criterios personales, el que es reemplazado por lo “pornográfico”, pero sólo con relaciona los menores de dieciocho años (pornografía infantil). El bien jurídico deja de ser el pudor público y comienza a tratarse como el normal desarrollo psíquico y sexual de quienes no han cumplido dieciocho años de edad, y por ende, no han alcanzado la suficiente madurez para protagonizar ese exhibiciones²³⁶.

En este sentido, se ha afirmado que “una percepción de la agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura, debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica, y a la libre decisión de la víctima, y no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón”²³⁷.

No obstante, cabe a la nueva rúbrica similar crítica a la que formuláramos al concepto de “honestidad”. No es aceptable un Derecho penal que no tutele bienes, sino normas éticas o morales, o lo que es lo mismo, que no garantice bienes jurídicos, sino indique la manera en que

²³⁵ Sustituido por la Ley 25.087, anterior: Delitos contra la honestidad.

²³⁶ NUÑEZ, Ricardo, “Contribución para la determinación del bien jurídico protegido por las disposiciones penales de la ley 24.051”, en “Ley, Razón y Justicia”, Año 1, N° 1, enero-julio, Alveroni, Córdoba, 1999, p. 215.

²³⁷ La Ley, Antecedentes Parlamentarios, N° 4, 1999, p. 1614.

habrán de usarse esos bienes, aun cuando de su uso diferente no derive afectación alguna de bienes jurídicos ajenos²³⁸.

Como ya se había hecho notar con anterioridad a la reforma de 1999, en realidad, el único punto que une a todos los delitos que trata el Título III del CP es lo sexual. Y esto es así porque no hay un bien jurídico único que aglutine a todas las figuras, por más que se lo intente buscar. Por ello, NÚÑEZ afirmaba que la protección se discierne a la fidelidad, a la reserva y normalidad sexuales de los individuos, y a la decencia sexual pública²³⁹.

Con respecto a la fidelidad, se refería al adulterio; la reserva sexual, a la violación, estupro, abuso deshonesto y el rapto. La normalidad sexual; a la corrupción y la decencia sexual, a todo lo referente a la conducta sexual obscena²⁴⁰.

Intentando definir el concepto de integridad, Villada destaca que, con la reforma, se comienza a reconocer que la mayor dañosidad de estos delitos, se verifica en el campo de la salud y especialmente la salud mental, con lo que se desplazado el nudo de la problemática de la esfera de la libertad al de la integridad y dignidad físico-sexual.

Por otra parte, se ha entendido,²⁴¹ que el punto de contacto de los delitos contenidos en el Título es su vinculación con el trato sexual entre los seres humanos, y está compuesto por delitos que atentan contra la reserva sexual.

En el mismo sentido BUOMPADRE ha sostenido que la imprecisión de los legisladores a la hora de dotar de contenido al bien jurídico creado es patente: “Todos los delitos –o, al menos, su gran mayoría– configuran una lesión a la dignidad de la persona humana, a su integridad

²³⁸ DONNA, Edgardo, sostiene que, en la anterior edición señalaron que el concepto era peligroso, ya que puede llevar a interpretaciones de tipo sectario, atentatorias del espíritu democrático-liberal que inspira la Constitución Argentina, que lleve a castigar conductas que están protegidas por el artículo 19 de la Norma Fundamental.

²³⁹ NÚÑEZ, Ricardo, “*Derecho penal argentino*”, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1961, t. IV, p. 213, en DONNA, Edgardo Alberto, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2000.

²⁴⁰ GAVIER, Enrique A., “*Delitos contra la integridad sexual*”.

²³⁷ NÚÑEZ, Ricardo, ob., cit., t. IV, ps. 213-214.

²³⁸ BUOMPADRE, Jorge, “*Delitos contra la integridad sexual: un paradigma de lo que no hay que hacer*”, *Algunas observaciones a la ley 25087 de reformas al Código penal*”, en “*Revista de Ciencias Penales*”, 1999, pp. 49 y ss.

física o psíquica o a su libertad personal, de manera que identificar el concepto de integridad sexual, con estos otros valores del individuo –que ya se encuentran, por otra parte, protegidos en el CP–, sólo consigue dotar al concepto de un contenido tan amplio, vago y complejo que a la postre resulta indefinible²⁴². Intentando encontrar cuál es el bien jurídico, el autor afirma que pareciera que la idea de la integridad sexual, es un aspecto de la libertad personal en su realización específica, como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad. Por lo tanto, cree que la integridad sexual hace referencia a la libertad sexual, entendida como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad.

El interés jurídico a proteger pasa a configurarse de manera genérica como la libertad sexual de los menores, y en forma específica su indemnidad sexual, frente a ataques tan aberrantes como la explotación sexual infantil a través de la pornografía, y en menor medida su normal desarrollo sexual para que una vez alcanzada la madurez puede elegir libremente su conducta en tales actividades.

A criterio de DONNA²⁴³, el bien jurídico integridad sexual no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir y menos aún, en quien no lo puede hacer.

V.- Corrupción de menores

La corrupción de menores está inscripta en el Título III, Libro II art. 125 del C.P. argentino, que fuera sustituido por el art. 5° de la ley 25.087, “Ley de delitos contra la integridad sexual”. B.O. del 14/5/1999, con el nombre de “Promoción o facilitación a la corrupción de menores de dieciocho años”. El art. 5 dispone: “Sustitúyese el artículo 125 del Código Penal por el siguiente texto”:

²⁴³ DONNA, Edgardo Alberto, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 9 y ss.

“El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda”.

Con la reforma, se separan las figuras relacionadas con la corrupción y la prostitución, que en la redacción anterior estaban agrupadas en una misma regulación, se redujo la edad máxima del sujeto pasivo en el art. 125 del CP, que antes era de 22 años, a dieciocho, estableciéndose una escala penal variable que se incrementa en razón de la edad de la víctima y de los medios empleados por el autor. Se han suprimido los elementos subjetivos contenidos en la figura anterior, y por último ha quedado derogado el delito de corrupción de mayores de edad que estaba previsto en el antiguo art. 126 del CP.

El problema de este delito consiste en la dificultad de dar una noción de lo que es la corrupción sexual. El concepto mismo es de difícil precisión, más allá de los cambios existentes en materia sexual a través de los tiempos. Es de mala técnica legislativa, y en este error ha caído el codificador, el dar conceptos y no describir conductas. Finalmente el de corrupción es un concepto vacío ya que queda absolutamente librado al intérprete darle un contenido. En este marco resulta necesario deslindar el problema de lo estrictamente moral o de las creencias personales del intérprete, e intentar dar un concepto lo más objetivo posible dentro de este tipo penal que, sin lugar a dudas, en la medida que se lo lleve a consideraciones religiosas o morales, será violatorio del art. 19 de la Constitución Nacional.

Este problema, sin que fuera manifestado expresamente, fue entendido por la doctrina mayoritaria argentina, que recurrió a la doctrina italiana a los efectos de limitar los tipos penales de corrupción, intentando definir que se entendía por ese concepto cuando se interpretaba la ley.

No hay duda pues que el concepto de corrupción que nuestros autores han brindado es heredero de la doctrina que ya habían fijado, y bien, en Italia, juristas tales como MANFREDINI,

FLORIAN, y MANZINI, entre otros²⁴⁴. Como ejemplo de esta aclaración, NUÑEZ²⁴⁵ define la corrupción “como la depravación de la conducta sexual en sí misma”. En base a esta idea afirma que la depravación puramente moral, de los sentimientos e ideas sexuales, no encuadra en el ámbito de los tipos penales en estudio, que se refieren al efecto de esos sentimientos e ideas sobre el comportamiento de la persona en el ámbito sexual²⁴⁶. Por ende la deformación de la práctica sexual de la víctima es la secuela de la deformación de los sentimientos e ideas sexuales. La tesis de NÚÑEZ podría llegar a ser explicitada de la siguiente manera: la corrupción moral de la persona sería un acto preparatorio, y solamente los actos de corrupción física encuadran en el artículo 125 del Código penal.

Por su parte, SOLER afirmaba que corromper significaba depravar y recurriendo al bien jurídico, que con anterioridad a la reforma de 1999 era la honestidad sexual, sostenía que tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que es corruptora la acción que deja una huella moral profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad. Pero en la nota afirma que “se suele acentuar demasiado el aspecto moral, olvidando el aspecto puramente psíquico y fisiológico”²⁴⁷. Recurre a MANZINI para sostener que la acción corruptora debe ser medida no ya con relación a un tipo perfecto de relación sexual monogámica y casta, sino con el tipo de pura relación sexual en sentido biológico natural. Por eso la acción para sea calificada de corruptora, debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea por inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas , o por actuarse en forma prematura sobre una sexualidad aún no desarrollada²⁴⁸.

²⁴⁴ MANFREDINI, Mario, “*Dei Delitti contro il buom costume e l’ordine delle famiglie*”, en VV.AA, “Tratatto di Diritto Penal”, 2da. ed., Francesco Vllardi Editor, Milano, 1921, vol. IX; ob. cit., vol. IX, pp.190 y ss., en especial, p. 196; MANZINI, Vincenzo “Trattato di Diritto penale”, Torino, 1947, t. VI, p. 589.

²⁴⁵ NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit., t. III, p. 342

²⁴⁶ SOLER, Sebastián, ob. cit., t.III, p. 330.

²⁴⁷ SOLER, Sebastián, ob. cit., t. III, p. 309.

²⁴⁸ Idem nota anterior.

A su vez, MOLINARIO²⁴⁹ y AGUIRRE OBARRIO se refieren a la corrupción que debe ser sexual, teniendo en cuenta que es echar a perder, depravar, dañar, pudrir, pervertir, estragar y viciar. De esta forma parecía lógica la fórmula de SOLER, en el sentido de que el acto sexual debe ser, a los efectos de la corrupción, perverso en sí mismo o en su ejecución. Prematuro, debido a la práctica lujuriosa habitual y precoz, despertada antes de lo que es natural. Lo que es prematuro a los ocho años puede no serlo a los 14.

El exceso finalmente expresa una lujuria extraordinaria. Se refiere a una anormal sucesión de actos que en sí mismos no implican corrupción, pero si por su acumulación. En este contexto es posible deslindar actos que no son corruptores, tales como el coito *inter femora*, un beso, un tocamiento impúdico ya que en sí mismos no pervierten el sentido de lo sexual. Se exige entonces que los actos corruptores hayan sido realizados sobre el cuerpo del menor, o que el menor los realice sobre su persona, o directamente que el menor asista a actos de terceros entre sí.

Tampoco es necesario que se logre la corrupción de la víctima, sino que es bastante que la dirección del acto que efectúa el sujeto activo, sea para ingresar a la víctima en el mundo de la prostitución o corrupción no tratándose por consiguiente de un delito de resultado, sino de un delito de pura actividad, en la cual basta que la conducta en sí sea corruptora o tendiente a la prostitución, en caso de que el autor logre el resultado, ello sirve como elemento para la individualización de la pena de la pena.

La jurisprudencia ha tenido opiniones encontradas sobre el tema, dado que, el tipo no describe conductas sino que definitivamente da un concepto valorativo.

Bien jurídico

Es la indemnidad sexual y el normal desarrollo psíquico sexual de los menores. O sea, el derecho de los individuos a la normalidad de su trato sexual (vida sexual normal), esto es, a realizarlo al margen de toda desviación sexual.

Concepto de corrupción

²⁴⁹ MOLINARIO, Alfredo; AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, “*Los delitos*”, actualizado Aguirre Obarrio, Ed. TEA, Buenos Aires, Argentina, 1996, t. I, p. 435.

Desde el plano de la sexualidad podría definirse como un estado en el que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal –para su propia conducta– la depravación de la actividad sexual²⁵⁰.

El artículo castiga todo acto de contenido sexual con aptitud para modificar o alterar la sexualidad natural-normal de la persona. El acto corruptor implica siempre la búsqueda de la depravación sexual de la víctima.

Por tratarse de un tipo de tendencia, el hecho que la ley castiga es el de volver corrupta a una persona, o facilitarle la permanencia en ese estado. No quedan comprendidas en el tipo las conductas del agente en las que hace intervenir al sujeto pasivo en actos perversos, objetivamente corruptos si no entra en sus planes la concreción de aquel estado, utilizando estas actividades como medios. No debemos olvidar que tanto la corrupción como la prostitución son estados de la persona que se logran mediante actos sexuales enderezados hacia ese fin, por ser perversos en sí mismos, prematuros y excesivos, como aclaramos más arriba.

Conducta típica

Las conductas típicas son dos, promover y facilitar la corrupción de un menor de dieciocho años de edad. El delito exige que se promueva o facilite la corrupción de otra persona. La autodepravación no es punible.

Promover significa gramaticalmente iniciar, impulsar, incitar o llevar inicialmente a la víctima hacia una actividad sexual depravada o desviada en sentido natural. El concepto abarca tanto el comienzo, como el mantenimiento o aumento del vicio ya existente.

Esto implica que la corrupción es susceptible de grados, vale decir que puede corromperse lo que ya está corrupto, postura que siguen NÚÑEZ, LÓPEZ-REY Y ARROJO, CREUSS, AROCENA²⁵¹ y DONNA²⁵². La tesis contraria rechaza esta conclusión y ha sido

²⁵⁰ CREUS / BUOMPADRE, “*Derecho penal. Parte especial*”, t. I, p. 224.

²⁵¹ AROCENA Gustavo, “*Acerca de la nueva regulación de los delitos sexuales*” (Ley Nacional 25087), en “*Semanario Jurídico*”, Comercio Justicia, Editores, Córdoba, t. 81, 1999-B”, p. 139.

sostenida fundamentalmente por SOLER²⁵³, quien sigue en esto a la doctrina italiana, MOLINARIO²⁵⁴ y FONTÁN BALESTRA²⁵⁵, entre otros.

Es aquí donde se conoce la tesis original de VIAZZI de que “no se corrompe lo que ya está corrompido, como no se rompe lo que ya está roto”. Esta posición fue seguida en Argentina por SOLER, que expresaba: “Una persona sólo una vez puede ser corrompida, los actos posteriores ya no pueden imputarse como corrupción. Si no son imputables a título de facilitar la corrupción, deberán considerarse impunes”²⁵⁶.

Por su parte, la jurisprudencia ha reconocido casi de forma unánime el primer criterio. Se ha resuelto que “la corrupción se promueve en dos supuestos, cuando se incita a quien no está corrompido a que se corrompa, o sea cuando se lo impulsa a que adopte una conducta sexual prematura o depravada, así como cuando se incita a quien ya puede considerarse corrompido o mantenerse en ese estado o aumentar la intensidad de su propia corrupción”²⁵⁷.

Es un delito de pura actividad, debe impulsarse a otro al vicio. La conducta admite acciones sobre el cuerpo de la víctima, o llevadas a cabo por ella misma.

Facilita quien hace más fácil o posible la corrupción del menor. Se facilita la corrupción cuando se suministran los medios para que el sujeto pasivo que quiere corromperse lo haga o para que quien esté corrompido desarrolle actividades propias de ese estado, manteniéndose en él o incrementándolo, o no las impida debiendo hacerlo.

La facilitación admite formas comisivas u omisiva, y omisión impropia. No es sólo posible a través de acciones positivas, sino que la propia omisión de quienes están obligados a proteger, amparar y defender a la víctima puede asumir caracteres tales que traduzcan una

²⁵² DONNA, Edgardo Alberto, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 126.

²⁵³ SOLER, Sebastián, ob. cit., t. III, p. 310.

²⁵⁴ MOLINARIO, Alfredo, “*Los delitos*”, ob. cit. p. 466.

²⁵⁵ FONTAN BALESTRA, “*Delitos sexuales*”, Abeledo Perrot, 1969, p. 153.

²⁵⁶ Idem nota anterior.

²⁵⁷ Corte Penal de Rosario, sala II, 17/2792. JA 1992-IV-54, secc. Índice N° 7.

ayuda, una remoción de obstáculos, un allanamiento de dificultades o una abstención complaciente.

Para que exista facilitación siempre la víctima tiene que buscar su autocorrupción, aunque con su actividad el autor contribuya a mantener o aumentar ese estado de envilecimiento.

Es un el tipo de peligro concreto, porque exige que el bien jurídico protegido entre en peligro efectivamente. Si la acción debe serlo suficientemente apta para producir la desviación de la conducta sexual del menor, es porque se debe interpretar que el bien jurídico protegido debe haber corrido peligro un verdadero peligro de lesión.

De carácter formal, de pura actividad, no requiere el logro sino la dirección de la acción, que por su propia naturaleza es idónea para la consumación; vale decir que para la perfección típica, no es suficiente con la relación de una acción potencialmente peligrosa para la sexualidad del sujeto pasivo, sino que ello debe sumarse una finalidad concreta, el logro de la corrupción de la víctima. Vale decir que la conducta del autor debe haber colocado al bien jurídico en una situación crítica, lo cual ocurre cuando el menor ve seriamente comprometida su salud psicosexual en este momento, siguiendo a Struensee, se oculta el requisito de la puesta en peligro concreto.

Si el sujeto ha perseguido una finalidad distinta, el hecho no quedará en grado de tentativa –porque el delito imperfecto requiere un autor con el ánimo de consumir el hecho–, sino que será un hecho atípico.

El delito de corrupción de menores es un delito subsidiario y residual, pues con él solo se persigue castigar conductas que no encuadran en otro atentado contra la libertad sexual. El tipo sólo sirve para caiga toda relación sexual consentida con menores de entre trece y dieciocho años de edad. Se convierte así en un cajón de sastre donde todo es posible, todo cabe, desde experiencias sexuales traumáticas hasta comportamientos que no dejan huella alguna en el psiquismo de la víctima.

Como se tiene dicho, se corre el altísimo riesgo de que la aplicación del precepto se funde simple pronóstico formulado el juez, este mejor o peor asesorado por los peritos, habrá

de decidir que un hecho sucedido en un momento dado de la vida de una determinada persona va a resultar perjudicial para el subsiguiente desarrollo de su sexualidad.

Ante un concepto tan impreciso y de difícil definición como lo es ciertamente el termino corrupción, se debe reconocer que históricamente la figura no ha funcionado –como se ha señalado– más que como un celoso guardián de la ortodoxia en materia de moral sexual, permitiendo meter en la cárcel a quienes se han arriesgado a proponer métodos de educación sexual o promover patrones de comportamiento sexual distintos de los mayoritarios, o por ser más exactos, distintos de los tradicionales²⁵⁸.

VI.- Pornografía infantil

Generalidades

El artículo 128 C.P. argentino fue reformado por la ley 25.087²⁵⁹ en el año 1999, y posteriormente por la ley 26.338 el 24 de junio de 2008. que sigue vigente en la actualidad. En la anterior redacción los artículos 128 y 129 legislaban los delitos relacionados con “lo obsceno”²⁶⁰, bajo el Título “Ultrajes al pudor público”. El nuevo texto especifica como destinatarios de la norma a los menores de 18 años en los párrafos 1º y 2º, mientras que en el 3º se refiere a las personas de 14 años. En consecuencia puede afirmarse que en el tipo penal del artículo 128 del CP, lo dañoso ya no es la imagen que recibe el adulto, sino que se refiere a los menores que están involucrados en las imágenes pornográficas, o a las imágenes que éstos reciban. Así, ya no se tiende la tutela de la decencia sexual pública, sino a la protección del menor de 18 años.

²⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, citado por GARCIA ALBERO, “*El nuevo delito de corrupción de menores*”, en BUOMPADRE, Jorge, “Tratado...”, ob. cit., p. 466.

²⁵⁹ Ver nota 234.

²⁶⁰ Art.128 de la Ley 23077: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular”.

Art.129: “Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 el que en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar por otro exhibiciones obscenas. La misma pena se aplicará cuando los actos tuvieren lugar en sitio privado, pero expuesto a que sean vistos involuntariamente por terceros”. (Texto originario con la modificación dispuesta por la ley 24286 en cuanto al monto de la multa).

VII.- Ley 25.087

El art. 9 de la Ley 25.087 dispone: “Sustitúyese el artículo 128 del Código Penal por el siguiente texto:

“Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores.

En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hiciere manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen.

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

En este sentido, el Informante de la Cámara de Diputados se expresó: “Se desincrimina la producción de imágenes y objetos obscenos en los que estuvieren en juego exclusivamente imágenes de personas adultas. El objetivo primordial de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas. Se ha colocado especial acento en evitar punir a quien no conoce el material que está distribuyendo, sino que quien sea pasible de sanción sea aquel que a sabiendas distribuye el tipo de material mencionado”.

Este precepto normativo también amplía la incriminación, a fin de abarcar los actos pornográficos que no sólo son filmados, grabados, o fotografiados, sino directamente actuados en vivo, a modo de espectáculos.

Se ha señalado²⁶¹ que el nuevo tipo penal ha dejado de ser un atentado al pudor público y es ahora un ataque al normal desarrollo psíquico y sexual de menores de 18 años.

²⁶¹ GAVIER, ob. cit., p. 89.

Por su parte, se ha afirmado que se tutela el pudor sexual y la moralidad de los menores²⁶².

Entendemos –con Díez Ripollés– que la protección de los menores es también protección de la libertad individual. En los preceptos de protección a la juventud se atiende, de modo inmediato, a la protección del individuo que, por ser inmaduro, todavía no puede decidir por sí mismo internándose, no lograr su desarrollo de acuerdo a las valoraciones éticas o necesidades sociales, sino garantizar un área de protección de modo que el acunamiento de las ideas sobre la conducta sexual del jóvenes quede reservado a él mismo una vez conseguida la madurez²⁶³.

Al respecto se ha pronunciado Polaino-Orts²⁶⁴, quien en relación al concepto normativo de lo pornográfico afirma que sólo entra en ese calificativo lo que produzca algún daño en el desarrollo de la psiquis de las personas inmaduras.

Sin perjuicio de lo expuesto, los legisladores se olvidaron de ampliar esta protección a los incapaces mentales, como si no fueran dignos de una especial protección, tanto o más que los menores.

La reforma de la ley 25.087 había dado un paso muy limitado, pero con cierta significación, en la represión de la explotación sexual individual del menor, olvidándose –al igual que la nueva legislación– de la explotación colectiva, la de las organizaciones. Si bien las nuevas normas han significado un gran avance en la incriminación de este tipo de delitos, han omitido abordar uno de los problemas que más preocupa a la comunidad internacional en la actualidad: el fenómeno de la explotación sexual de menores como forma de criminalidad organizada.

²⁶² VILLADA, ob. cit., p.106.

²⁶³ Díez Ripollés, José Luis, ob. cit., pp. 234/235.

²⁶⁴ POLAINO ORTS, Miguel, “*Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995. Especial consideración a la L.O. 11/1999*”, en Cuadernos de Política Criminal, N° 67, Instituto Universitario de Criminología Universidad Complutense de Madrid, 1999 p. 180.

VIII.- Ley 26.388

La Ley 26.388 fue sancionada el 4 de junio el 2008 y promulgada el 24 de junio del mismo año. Utilizó como fuente las recomendaciones del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños prostitución infantil y utilización de los niños para pornografía.

Es importante destacar que no se trata de una nueva ley de delitos informáticos, sino de una reforma difuminada del Código penal.

Entre las particularidades que presenta la nueva regulación de la ley 26.388, son de reseñar las siguientes:

1) Se pone especial acento –también en la ley anterior– en el sujeto pasivo que pasa a ser, en general el menor de dieciocho años;

2) Se modifica, sustituye e incrimina una serie de nuevos comportamientos que no estaban comprendidos en la norma derogada, con el objeto de regular las nuevas tecnologías como medios de comisión de delitos previstos en la legislación penal

3) Se sustituye la referencia a “material pornográfico” del tipo penal derogado, por el de representación de actividades sexuales explícitas–con excepción del último párrafo del artículo que mantiene el material pornográfico–.

4) Se sigue manteniendo la figura relativa a la organización de espectáculos pornográficos en vivo, o el acceso a ellos, así como el suministro de material pornográfico a menores de 14 años.

El art.2 de la Ley 26.388 establece:

“Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines

predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años”.

La nueva ley tiene un claro antecedente mediato en la reforma del Código penal español de 23 de noviembre LO10/1995²⁶⁵. La idea de la ley, acertada en este aspecto de respeto a la libertad de las personas, es la de incriminar en este tipo conductas en las cuales se vean afectadas personas menores, dejando de lado toda regulación sobre la exhibición de mayores de edad.

Introdujo importantes reformas en esta norma. El nuevo art. 128, a diferencia de la regulación original, siguiendo los lineamientos de la ley 25.087, tiende a la protección integral del menor de dieciocho años como probable sujeto de una explotación sexual, en el ámbito de la pornografía, haciéndose hincapié en la difusión de imágenes o espectáculos pornográficos en los que exhiban o representen escenas con dichos menores.

Al respecto, se afirma que “será necesario que las conductas incriminadas en este capítulo sean idóneas en el ámbito sexual con independencia de que se entienda que también aquí se trata de proteger la libertad sexual, o más bien el bienestar cíclico de las personas protegidas²⁶⁶.

Más allá de las particularidades apuntadas, en esta última redacción también se observan problemas semejantes a las anteriores como así también nuevas dificultades; porque el acto de producir, también implica registrar en algún tipo de soporte (papel, film, etc. Una

²⁶⁵ Ver capítulo de las reformas al Código penal español en este trabajo.

²⁶⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, “*Delitos contra la libertad sexual*”, p. 541. Igualmente CARMONA SALGADO, Concha, ob. cit., p. 339. También POLAINO ORTS, Miguel, “*Los delitos sexuales a la luz de la reforma de 1995. Especial referencia a la Ley Orgánica 11 de 30/4/99*”, publicado en “Cuadernos de Política Criminal”, N° 67, Madrid, 1999, p. 178.

situación semejante se observa con las palabras financiar y facilitar ya sea dinero o cosas, mientras que las demás acciones tienen que ver con que el producto sea conocido: publicar, divulgar, distribuir, ofrecer la representación y comerciar con ella. Además facilitar y suministrar son sinónimos cuyos alcances también abarcan el tercer párrafo.

En cuanto a los principales cambios introducidos en el Código Penal por la ley 26.388 desde la anterior reforma, por la ley 25.087, podemos citar²⁶⁷:

1) Se pasa de no mencionar ningún medio a explicitar que puede ser cualquiera.

2) El elenco de conductas típicas anterior (produjere, publicare, distribuyere y organizare), ha sido concentrado en el párrafo 1° del art. 128, en el que se agregan las de financiare, ofreciere, comerciare, facilitare y divulgare.

3) Se incorpora en el nuevo párr. 2° con pena atenuada la conducta de tenencia ...“con fines inequívocos de distribución o comercialización” de las representaciones pornográficas de menores.

Afirma PONT VERGÉS²⁶⁸ que la reforma del art.128 del CP realizada mediante la ley 26.388 “pretende atrapar todas las formas en que puede difundirse la pornografía infantil, en especial por Internet (correo electrónico, *newsgroup*, *blog*, página *web*, etc.)”, concluyendo: “en suma, la reforma pone a nuestra legislación en sintonía con los compromisos internacionales asumidos, permite una más amplia tutela de los intereses en juego, no conculca garantías constitucionales y al mismo tiempo posibilita una eficaz acción contra este tipo de delincuencia”²⁶⁹.

En cuanto a la organización de espectáculos en vivo, ésta sería la organización de los mismos independientemente de la cantidad de personas para las que estarían destinados. Empero, a diferencia de la ley anterior, ya no estamos ante una reproducción, porque la representación, es valga la redundancia en vivo.

²⁶⁷ GÓMEZ, Leopoldo, “*El delito de pornografía infantil*”, ob. cit. pp. 35 y sgts..

²⁶⁸ PONT VERGÉS, ob. cit., p. 125, en GÓMEZ, Leopoldo, ob. cit., p. 36.

²⁶⁹ GÓMEZ, Leopoldo., ob. cit., p. 36.

Consideramos adecuado examinar la norma en los diversos apartados que la misma integra:

1) *Análisis del concepto pornografía*

Una primera lectura de la redacción del art. 128 del CP permite advertir que, más allá de las sucesivas reformas, se mantuvo la reiterada falencia de las anteriores redacciones: se substituyó la palabra obsceno por pornografía o pornográfico y estos términos son sinónimos. Por lo tanto, si se utilizan para describir conductas, se puede caer en definiciones tan circulares como carentes de contenido²⁷⁰.

Sujeto activo puede ser cualquier persona que realice las conductas establecidas en la norma, por lo que se trata de un delito común, pudiéndose aplicar las reglas generales de la participación. No se ha contemplado agravante por calidad de autor.

Sujeto pasivo el menor de dieciocho años, que aparece en la imagen pornográfica. (en relación a la primera parte de la norma). El límite desciende a los catorce cuando se realicen las acciones del tercer párrafo. El precepto legal no hace referencia a incapaces.

Aun cuando el nuevo precepto legal ha reemplazado en cierto modo la anterior referencia a “material pornográfico”, por la de representación sexual explícita, el problema todavía subsiste, pues dicha expresión se mantiene en el párrafo 3°. Por ende, sigue siendo problemático determinar el concepto de pornografía, precisamente por el relativismo y por la propia vaguedad del término que ha llevado a la doctrina a distinguir entre pornografía blanda y pornografía dura que es aquella grosera representación de lo sexual que de un modo incita al deseo sexual y degrada al ser humano a un mero objeto., intercambiable de anhelo sexual²⁷¹.

Ello implica el incumplimiento de una de las exigencias básicas del principio de legalidad (art.18 C.N.); la taxatividad, o sea la orfandad descriptiva de la conducta perseguida penalmente. Quizás por esta razón los legisladores trataron de solucionarlo haciendo una norma basada en ejemplos de lo que podría ser el “soporte” de lo obsceno o lo pornográfico:

²⁷⁰ Tal como adelantáramos, al estar frente a un tipo legal abierto se requiere la adjudicación de un significado debido a las dificultades del lenguaje.

²⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*Exhibicionismo*”, ob. cit., p. 279.

“imágenes ya sean fotografiadas o grabadas”, “espectáculos en vivo” “espectáculos pornográficos”, “material pornográfico”.

El Derecho es un producto cultural instituido por el ser humano y la ley está en el orden del discurso. Justamente por eso, mal se puede perseguir penalmente aquello que no se logra describir con palabras. He ahí el problema de una norma basada en sinónimas que conducen a la ausencia para la descripción de la acción; y tal orfandad no se puede ni se debe, por los motivos ya expuestos, completar con ejemplos: “libros”, “objetos”, “espectáculos en vivo”, “espectáculos pornográficos”, “, material pornográfico”.

¿Qué es entonces la pornografía? Podríamos decir que es una manifestación cultural de origen sexual. Además tendría la adaptabilidad suficiente como para sostenerse más allá de los cambios culturales y del continua evolución tecnología.

2) *Individualización de las conductas abarcadas por el art. 128 del CP*

No debemos soslayar que en un primer análisis, el art. 128 CP permite advertir que estamos ante dos géneros de conductas distintas, tanto por las características de los hechos, el tipo de intervención del menor, y las diferencias de edad establecidas en cada una de las hipótesis que por ende, serán tratados separadamente.

La primera está desarrollada en los dos párrafos iniciales del artículo mencionado, y reprime penalmente la intervención de menores de 18 años en manifestaciones culturales de índole sexual, o sea los llamados “actos pornográficos”.

El delito previsto en el primer párrafo consiste en producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar divulgar o distribuir, por cualquier medio, representaciones (imágenes) de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus artes genitales (imágenes pornográficas), con fines predominantemente sexuales.

La extensa enumeración de acciones típicas que se aprecia en el texto legal responde a recomendaciones internacionales en la materia; en particular, el protocolo relativo a la Venta de Niños, l Prostitución Infantil y la Utilización de los niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, suscrito por la Argentina y aprobado por la ley interna 25.763: Según el art. 2º del citado Protocolo, por pornografía

infantil se entiende: “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales, simuladas o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”

Este concepto comprende no solo imágenes reales, sino también simuladas, pero el artículo 128 no ha receptado esta modalidad, si bien estuvieron incluidas en el texto de proyecto, finalmente no fue incorporado en el texto definitivo. Es por ello que la imagen representada debe corresponder realmente a un menor de dieciocho años y no a imágenes simuladas o virtuales., no reales, que no tienen existencia material pero muestran a menores involucrados en actos sexuales explícitos. En ésta modalidad específica no existen ni las personas representadas, ni las situaciones reproducidas, circunstancia que habrá de generar seguramente múltiples y complejas cuestiones de prueba en el procedimiento judicial.

Las acciones típicas son:

- *producir*, que significa hacer, crear, fabricar, imprimir, construir materialmente una cosa (la actividad comprende la reproducción y la reimpresión de la imagen así como otros comportamientos tales como editar, filmar, retratar, etc.;
- *financiar*, que debe entenderse como realizar los aportes, sufragar los gastos facilitar los medios –por lo general de carácter económico– para garantizar la realización de las representaciones sexuales de los menores;
- *ofrecer*, que quiere decir prometer la dación de una cosa, comprometer su entrega;
- *comerciar*, o sea, poner el producto en el comercio;
- *publicar* quiere decir difundir, hacer conocer a un número indeterminado de personas;
- *facilitar*, hacer más fácil, allanar obstáculos para el logro de los fines perseguidos, divulgar, hacer conocer la representación de la imagen;
- *distribuir*, hacer llegar, entregar, etc. a terceros la imagen o representación del menor en una situación de contenido sexual explícito.

A la luz de la definición de las acciones típicas efectuadas, se comprueba que la figura está dirigida contra todo aquel que permita el acceso a terceros de representaciones de pornografía infantil.

Se ha estimado²⁷² que existen, dentro de este largo enunciado de verbos típicos, dos clases de acciones: en primer lugar, los actos concretos de divulgación de pornografía infantil, como ofrecer, comerciar, publicar, divulgar o distribuir. Luego, los actos secundarios que ayudan indirectamente a cometer el delito del art. 128.

Los primeros ocho verbos se encuentran enumerados juntamente en la primera parte del párrafo, y antes de los dos objetos comunes a ellos: a) toda representación de un menor de dieciocho años dedicada a actividades predominantemente sexuales, y b) toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Todos estos verbos pueden realizarse por cualquier medio lo cual debe ser comprendido como por cualquier medio de materialización excepto a través de espectáculos en vivo, ya que esta modalidad se encuentra expresamente incluida al final de párrafo.

La conducta no abarca la mera exposición del material en un punto de venta, sino que requiere entre otras conductas, su distribución. La relación directa entre autor y sujeto pasivo excluye la exhibición del material y su posibilidad de venta a un número indeterminado de personas (ofrecimiento general). Las imágenes pornográficas de menores deben enviarse a diferentes personas. En “Sosa Fernando”, la CNACC afirmó: “si el imputado distribuía por e-mail fotografías pornográficas de menores de edad, queda demostrado que desconocía la identidad de los destinatarios y que la vía utilizada no restringe o limita el acceso a aquéllas, se cumple con el requisito de indeterminación al que hace alusión el bien jurídico protegido. Por tanto debe homologarse el procesamiento dictado en orden al delito previsto en el art. 128.2 del CP. Teniendo presente la jurisprudencia, puede entreverse que es el propio espíritu de la palabra distribución, la necesidad de que varios sujetos sean los destinatarios del envío de material prohibido.

El tipo penal exige que la imagen que se distribuya corresponda a menores de dieciocho años exhibiéndose en un contexto de naturaleza sexual, la facilitación, por ejemplo de una cita de video o de una revista pornográfica conteniendo imágenes de adultos a un menor de esa edad no tiene encaje en la tipicidad²⁷³. La distribución de material pornográfico que antes estaba

²⁷² PALAZZI, Pablo, “Los delitos informáticos en el Código penal. Análisis de la ley 26.388”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 44.

²⁷³ CREUS / BUOMPADRE, “Derecho penal. Parte especial”, ob. cit., t. 1, p. 250.

tipificada en el párrafo 2° el art. 128, actualmente está comprendida en la formulación general del párrafo 1° de la misma disposición.

El medio que utilice el autor es irrelevante (la norma dice: “por cualquier medio”, p. ej. a través del correo, haciendo entrega para su venta, correo electrónico, a través de internet, por celular). Si bien el tipo no hace referencia a que debe existir una relación directa entre el autor y el sujeto pasivo, entendemos que así debe ser interpretado, o sea que la conducta abarca sólo la “venta directa de material pornográfico”²⁷⁴: lo contrario implicaría la posibilidad de castigar toda distribución, comercialización, etc., de pornografía en forma circunstancial, y que casualmente puede ser percibida por menores (p. ej., la exhibición de revista pornográficas no precintadas en quioscos de venta de revistas en general, algo que parece no haber estado presente en la idea del legislador penalizar).

A. Organización de espectáculos pornográficos

En cuanto a la 2ª parte del párr. 1° del art. 128, es de entender que la conducta sigue consistiendo en “organizar espectáculos en vivo”, en los que se desarrollen escenas sexuales explícitas realizadas con menores.

El verbo “organizar” sólo se aplica a los espectáculos en vivo y comprende la generación y disposición de los medios necesarios para que el espectáculo se pueda efectivamente materializar. Es suficiente con que el menor intervenga en el espectáculo, aunque no es necesario que realice escenas pornográficas que pueden ser llevadas a cabo por terceros que actúen con él.

Lo que surge a primera vista es que el legislador habría utilizado el término “representación” con un alcance diferente del empleado en el delito tipificado en la primer parte del párrafo 1°.

En esta representación se refiere a una figura, imagen o idea (conforme definición) de la realidad. En el presente tipo penal, el termino representación posee otro concepto, ejecutar o

²⁷⁴ POLAINO ORTS, Miguel, “Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995 (especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril)”, en “Cuadernos de Política Criminal”, n° 67, p. 180.

interpretar una parte de una obra dramática (conforme una acepción del Diccionario de la real Academia española). De corresponder sólo la acepción del término utilizado en la primera parte, se estaría puniendo a quien organice espectáculos en vivo de imágenes sexuales explícitas de menores, pero se estaría dejando fuera de la prohibición a quien organizara espectáculos en vivo con menores de edad realizando escenas sexuales. Habría que entender que, en este caso, la protección penal ha ampliado el alcance del término representación y ambos supuestos podrían llegar a quedar comprendidos dentro de la figura penal.

Cabe interpretar que la prohibición entonces consiste en la participación menores de dieciocho años en la representación sexual explícita. La figura penal estaría orientada a proteger la no realización de espectáculos en vivo con menores efectuando representaciones sexuales explícitas de personas de cualquier edad. Es el caso de aquellas personas que obliguen a un menor de dieciocho años de edad a presenciar la realización de un acto sexual o de actividades de indudable contenido sexual por adultos del mismo o de diferente sexo. No obstante su redacción actual –toda vez que de ella no surge claramente si la participación de los menores de edad es en los espectáculos en vivo, o en la representaciones sexuales explícitas–, y a riesgo de no efectuar una indebida extensión del tipo penal, la participación del menor que se reprime penalmente en este tipo, es la representación sexual explícita, en tanto que la restante conducta ya encuentra tipificación en el art. 125 (corrupción de menores), o bien en la figura del párr. 3º del art. 128 a través del suministro, aunque en este caso, sólo de menores de 14 años.

El sujeto activo sólo puede ser el organizador quedando al margen de la incriminación el productor, el director del espectáculo, los colaboradores inmediatos, los actores e intérpretes de las escenas.

El espectáculo debe ser desarrollado en vivo, o sea actuado directamente ante el espectador y no la exhibición de un film, fotos grabaciones, etc. de escenas pornográficas donde participan menores de dieciocho años.

Se trata de un delito de pura actividad, de dolo directo, coincidiendo con la consumación con la realización de la conducta típica, o sea con la mero organización del espectáculo aunque se haya realizado o no. Este delito es un delito compuesto en dos actos: la organización del espectáculo y la participación de menores en el mismo de modo que la consumación requiere de

los dos actos típicos. La tentativa no parece probable aunque alguna doctrina la considera posible²⁷⁵.

El consentimiento prestado por un menor para la realización del comportamiento del sujeto activo (o para prestarse a ser retratado desnudo y que su imagen sea exhibida) carece de virtualidad para enervar la tipicidad de la conducta. Esta afirmación conduce, paradójicamente, a que, aún cuando el consentimiento de un menor entre una franja de trece a dieciocho años tenga relevancia para determinadas relaciones sexuales, cuando ellas son llevadas a cabo sin engaño, violencia, prevalimiento u otra clase de coerción, no la posea para asistir a un espectáculo pornográfico o para mirar una revista de características travestis.

Subjetivamente sólo puede cometerse a título de dolo directo, puesto que estamos en presencia de un delito de pura actividad, de peligro abstracto, la consumación coincide con la realización de las acciones típicas sin necesidad de que se produzca resultado material alguno. La tentativa aparece como de difícil constatación.

B. Posesión con fines

El tipo se encuentra redactado en el 2º párrafo de la norma del 128 del Código Penal, que recoge la previsión del protocolo aprobado por la ley 25.763, art. 3º²⁷⁶.

²⁷⁵ AROCENA, “Delito contra la integridad sexual”, en BALCARCE (Dir.), “Derecho penal, Parte especial”, t. I, p. 310, entiende que el delito es de resultado, no de peligro, como lo entendemos nosotros. En BUOMPADRE, Jorge, “Tratado de Derecho penal, Parte especial”, t. I., 3ª ed., Ed., Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 488.

²⁷⁶ “1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:

i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:

a. Explotación sexual del niño;

b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;

c. Trabajo forzoso del niño;

En el Derecho comparado su similar es el art. 189.1.b del CP español, que incluye con pena atenuada la mera posesión si es para uso propio (art. 189.5 y posesión con fines 189.1.b), si bien ofrece como dificultad la de probar la preordenación, esto es, un problema de índole procesal que nada tiene que ver con la razonabilidad del tipo.

Es un verdadero acto preparatorio, reprimido autónomamente convertido en delito compuesto fundamentalmente por un elemento subjetivo de carácter volitivo, que no necesita de la concreción del propósito para su configuración delictiva. Existe una intervención penal anticipada con la finalidad de otorgar mayor y mejor protección al bien jurídico en cuestión, en estrecha relación con el sujeto pasivo del delito, menores de edad en situación especial de vulneración de su libertad e indemnidad sexual.

El tipo penal no presenta dificultades ya que sólo contiene un verbo y tampoco genera confusiones con el objeto, ya que sólo se aplica al material pornográfico definido en el párr. 1º, sin embargo el inconveniente, se presenta con la frase “fines inequívocos de distribución o comercialización”, ya que es difícil de definir y determinar, y deja abierta a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial un espacio demasiado amplio de discrecionalidad.

Al respecto se ha entendido que “más allá que las circunstancias del caso serán las que definirán la presencia de esta finalidad, en ambientes digitales es muy fácil poseer un archivo y realizar copias en forma instantánea. Por ende, si se tiene la finalidad de distribuirlas, ello no surgirá de la cantidad de imágenes secuestradas, como podría pensarse en una primera lectura, sino de otros elementos y circunstancias que estarán presentes en el caso concreto. Sólo el caso concreto permitirá al juzgador determinar cuándo se está en presencia de tal intención”.

ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;

b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo N° 2”.

Ahondando en este aspecto la jurisprudencia española²⁷⁷ ha tomado cuenta la prueba indiciaria para lograr dilucidar la intención del sujeto que acopia pornografía infantil.

No es suficiente la mera tenencia o posesión del material, sin la concurrencia de estas finalidades, pues sería atípica, ellas son necesarias en la configuración del tipo delictivo.

El sujeto activo debe tener en su poder representaciones de menores en actividades sexuales explícitas, o de sus parte genitales, con la clara voluntad de distribuirlas o ponerla en el comercio, sin que importe el medio utilizado para lograr tales objetivos.

La simple tenencia de este material siempre que no se la difunda, divulgue, ofrezca, no es punible en la legislación argentina. Si bien tiene un antecedente importante en el Convenio de Budapest, ciertamente se trata de un tipo que merece un amplio debate²⁷⁸. Por un lado, conlleva el problema de su posible incursión en el ámbito de reserva de moral sexual en equiparación con otras conductas mucho más graves y de directa lesividad, y por otro no difiere demasiado de lo expuesto en relación a las figuras de “tenencia” punibles y los delitos de peligro abstracto que exceden el objeto de este trabajo.

Por su parte, se ha mantenido que, al no incorporar la ley este supuesto, se estaría obedeciendo a lo normado por el art. 19 de la CN (principio de reserva), por lo que no estaría cometiendo delito quien navega en páginas que contienen pornografía infantil²⁷⁹.

Se trata de un delito subjetivamente configurado, que sólo admite el dolo directo, de tendencia intensificada, de peligro abstracto y de resultado cortado. Se verifica la existencia de una ultraintencionalidad, ya que la tenencia demanda que sea con fines inequívocos de

²⁷⁷ La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, en Sentencia de 14/11/2008, rec. 55/2008, sostuvo: “Ciertamente la dirección hacia la cual se encaminará la voluntad del acusado pertenece a los más íntimo de sus pensamientos. Y obviamente, salvo reconocimiento de ello, la prueba de tal posesión encaminada a la facilitación para la distribución de este materia ha de obtenerse por la vía de los indicios. Vía que el tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional admiten sin reservas. Dicho en otros términos habrá de acudirse a la prueba indiciaria para conocer cuál fue la verdadera intención del acusado con tan numeroso e ingente acopio de material pornográfico de infantes. Pues solo de este modo podrá llegarse al convencimiento de si en el acusado albergaba una intención o no, de favorecer el consumo (o mejor), la difusión y distribución de tan execrable material entre terceras personas.

²⁷⁸ A fin de profundizar en el tema, y no incurrir en repeticiones, ver “Especial referencia crítica al tipo de posesión” en este trabajo.

²⁷⁹ RICO, “La interpretación del art. 2º de la ley 26.388 a la luz de las recomendaciones internacionales en materia de ciberdelitos”, en “Suplemento de Derecho y Altas Tecnologías”, www, elDial.com.ar, edición del 13/6/08.

distribución o comercialización. Es de pura actividad y se consuma con la sola posesión de las representaciones descritas en el primer párrafo de la disposición estos es representaciones de menores de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus parte genitales. La tentativa no resulta admisible.

Con respecto al *iter criminis*, si no fuese un caso de incriminación autónoma de acto preparatorio, podría constituir un supuesto de tentativa cuando, por razones ajenas a su voluntad, se lo sorprende al distribuidor o comercializador con la tenencia del material pero aun no lo ha puesto en circulación o no alcanzó a venderlo.

C. Facilitación al acceso de espectáculos

En la última hipótesis (párrafo 3º del art. 128 CP), se persigue la facilitación de acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico, a un menor de 14 años de material pornográfico.

La naturaleza de estas conductas es diferente a las de los dos párrafos anteriores, pues ya no es el menor quien interviene directamente en un espectáculo pornográfico representativo de un abuso sexual, exponiendo su cuerpo y su identidad, sino que participa como lector o espectador de objetos o espectáculos pornográficos.

El texto fue copiado del antiguo párr. 3º (versión ley 25.087), que se mantuvo incólume, salvo en la escala penal, lo cual puede llevar a confusión, pues rompe la lógica conceptual que se venía utilizando en los dos primeros supuestos. Merece la pena aclarar que en la facilitación del acceso a espectáculos pornográficos, y el suministro de material pornográfico a menor de 14 años, ha de considerarse incluida Internet como medio para su comisión.

Así, se ha entendido que la acción de suministrar alcanza a quienes crean y mantienen un sitio *web* (proveedores de contenidos), que ponen a disposición del público en general material pornográfico, siempre que no tomen los recaudos plausibles para que los menores de catorce años no ingresen en ellos. Se recuerda además que, en cuanto a los *ISP*, la vigencia de

la ley 25.690, que los obliga a ofrecer software de protección (filtros) que impidan al acceso de menores a sitios específicos para adultos, al momento de ofrecer su servicio²⁸⁰.

La figura está compuesta por dos conductas:

- 1) Quien facilita al menor de 14 años de edad el acceso a un espectáculo pornográfico.
- 2) Quien suministra al menor material pornográfico.

Facilita quien allana obstáculos, hace más fácil, para que el menor ingrese en un espectáculo pornográfico.

Suministra quien entrega, da, pone a disposición del menor un material de contenido pornográfico.

Por material pornográfico es de entender cualquier clase de objetos, consoladores, muñecas inflables que van más allá de la mera representación gráfica, escrita o videográfica de actos, susceptible de excitar o satisfacer instintos libidinosos y que deberían quedar extramuros de la incriminación pues de lo que se trata no es de proteger el mero tráfico, sino de proteger a una persona inmadura de contenidos que puedan distorsionar su proceso de aprendizaje, sin interferencias, ni hipotecas futuras y con un responsable ejercicio de su sexualidad

Sujeto activo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, e indiferenciado.

Sujeto pasivo son los menores de 14 años, hombre o mujer.

Subjetivamente el delito es doloso, y mientras para unos se requiere la presencia de dolo directo o de dolo eventual²⁸¹, para otros no podría admitirse el dolo eventual²⁸². El dolo debe abarcar el conocimiento de que se trata de la representación de un menor de dieciocho años de edad, dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales, con fines predominantemente sexuales en los que participaren dichos menores, y la

²⁸⁰ PONT VERGES, ob. cit., p. 8.

²⁸¹ RIQUELT Marcelo, “Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer), en Revista de Ciencias Penales, 1999.

²⁸² BUOMPADRE, Jorge, “Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal”, en Revista de Ciencias Penales, 1999.

voluntad de hacerlo. Por lo tanto, el error acerca de la edad del menor elimina la culpabilidad típica.

La incoherencia de la regulación existente es incomprensible pues mientras que por un lado, se le prohíbe al menor mirar una revista pornográfica, por otra lado se le permite tener relaciones hétero u homosexuales, a partir de los trece años; circunstancia esta que torna sumamente discutible la posibilidad de peligro de lesión al bien jurídico tutelado en casos de menores de dieciocho años; cuando es el propio Código Penal el que determina, el momento de iniciación sexual de los jóvenes a los trece años de edad, tampoco se protege al menor de dieciocho años, cuando se le pueden exhibir imágenes pornográficas realizadas por gente adulta, pues en ese caso la conducta sería atípica: lo mismo sucedería si se facilitara el acceso de ese niño a un espectáculo pornográfico.

El delito se consuma con la facilitación del ingreso del menor al espectáculo pornográfico, aun sin que lo vea, o con la entrega del material pornográfico, aunque este material se encuentre debidamente precintado. Carece de relevancia típica si el suministro es oneroso o a título gratuito. Admite la tentativa cuando por razones ajenas a su voluntad, se lo sorprende al distribuidor o comercializador con la tenencia del material pero aún no lo ha puesto en circulación o no alcanzó a venderlo.

También admitirá la tentativa el caso del menor al que se le facilita la revista con contenido pornográfico y no logra mirarla por razones ajenas a su voluntad (por ejemplo, llegan sus padres y le sacan el material). O el caso del menor al que entregan la entrada para un espectáculo pornográfico pero un tercero, que puede ser la persona encargada de recoger los boletos, exige la exhibición del documento de identidad y, por carecer de éste o haberse verificado su edad, se le impide la entrada²⁸³.

Se considera²⁸⁴ que se trata de un delito de mera actividad y de peligro concreto, puesto que se perfecciona aunque el menor no ingrese y contemple el espectáculo o vea el material pornográfico. La tentativa no nos parece admisible, aunque algunos autores la creen posible,

²⁸³ Ejemplo mencionado por AROCENA, “Ataques a la integridad sexual”, 2012, p. 116, en RIQUERT, F., “La ciber pornografía infantil en el Código Penal argentino”, Ed. Hammurabi, 2014, p. 297.

²⁸⁴ BUOMPADRE, Jorge, “Tratado de Derecho penal, Parte general”, ob. cit., pp. 488 y sgts.

cuando se facilita al menor una entrada para poder ingresar al espectáculo pero la intervención oportuna de un tercero lo impide, pero si atendemos a la propia naturaleza del delito veremos que la acción consiste en facilitar el ingreso, no en hacer ingresar, por lo que la entrega del billete sería un acto ejecutivo que consuma el delito.

Evidentemente, la situación es muy distinta a las anteriores del mismo artículo, convendría evaluar su lesividad teniendo en consideración las etapas vitales del ser humano en el período legal planteado (desde el primer día de vida hasta los 14 años), pues pueden implicar distintas repercusiones para la víctima según su edad cronológica.

La víctima (sujeto pasivo)

El sujeto pasivo en los delitos que analizamos son los menores de dieciocho años,(en los primeros párrafos), pues el legislador reconoció la labilidad del menor de edad para defenderse de una injuria sexual, criterio que resulta coherente con la realidad del ser humano y que se encuentra reflejada en lo tratados internacionales ya suscritos por la Nación, los cuales tienen rango de garantía constitucional

La minoría de edad permite presumir, tanto la ausencia de consentimiento válido, como así también la menor capacidad de defensa –que sí tiene un adulto– frente a una agresión, sea de la índole que sea. Ello resulta ser una presunción *iuris et de iure* acerca de la inexistencia de un consentimiento válido para tales prácticas. En tal sentido ROXIN sostiene que la difusión de pornografía, si es realizada por personas adultas, y con acuerdo recíproco entre las mismas, no menoscaba derechos individuales, ni bienes en el sentido de estados vulnerables protegibles y valiosos. En ella falta una “real causalidad lesiva”²⁸⁵. Pero la situación resulta ser diametralmente opuesta cuando se trata de menores de edad porque ya se verifica la causalidad lesiva²⁸⁶.

²⁸⁵ ROXIN, Claus, “Derecho penal. Parte general”, Civitas, reimpresión de la 1ª edición, Madrid, 1999, pp. 52 y 53.

²⁸⁶ VIALE, C.B., “El cambio de paradigma político-criminal del bien jurídico protegido del art.128 del CP en el período democrático”, en Revista de Derecho penal y Criminología. Dir. Eugenio Zaffaroni, Octubre, 2013, p. 78 y sgts.

De otro lado, se observa la presencia de una omisión en el tipo legal y es que no prevé la protección hacia los incapaces quienes también podrán resultar víctimas del delito, ello es una laguna que se mantiene luego de la última reforma de la ley 26.388.

Por otra parte, es de destacar que tampoco el legislador tuvo en cuenta la participación de ascendientes, tutores o guardadores en la perpetración del injusto penal como agravante de mismo.

Tanto el primer como el segundo párrafo del art. 128 del CP no sólo están relacionados con la paidofilia, sino también con la prostitución y el tráfico de menores, como así también con el turismo sexual.

En cuanto a la punibilidad de la tercera hipótesis del art. 128 CP, en orden a que el sujeto experimenta desde el nacimiento hasta los 14 años diversos períodos evolutivos, y la conducta descrita podría llegar a ser altamente nociva, tanto en la primera como en la segunda infancia, hasta el comienzo de la adolescencia, nos parece correcta, porque la situación representada en un objeto o en un espectáculo de índole sexual, no puede ser elaborada psicológicamente por un niño. Incluso puede llegar a ser el preámbulo de algunas de las hipótesis abarcadas por los arts. 119 y 125 del CP. En tal sentido la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal ha afirmado: “El tribunal subsumió la conducta de Chaves también en este tipo penal, argumentando que la conjunción de todos esos actos de contenido sexual, realizados por un varón sobre otro de corta edad, además de la exhibición de pornografía infantil poseen la capacidad suficiente para desviar el normal desarrollo de su sexualidad. En ese sentido ninguna duda cabe de que Chaves promovió la corrupción de su hijo F., pues lo impulsó a ser partícipe de prácticas sexuales depravadas e idóneas para torcer o deformar su libre crecimiento sexual²⁸⁷.”

La tenencia

Vale la pena recordar que el verbo “tener” no implica ni una acción ni una omisión, salvo que ese tener sea con la intención de realizar otra acción o sea que se tenga para algo. La

²⁸⁷ CNCP. Causa 11.027, “Chávez, José”, rta. 24/6201. En VILAES, C., ob. cit., p. 85.

ausencia del elemento volitivo acarrea, la atipicidad de la conducta por la orfandad de acción u omisión alguna, encontrándose amparado por el principio de reserva (art. 19 C.N.).

El legislador adscribe una pena a quien simplemente tiene; y tiene, por ejemplo, las cosas del lugar quien permanece en la casa cuando el dueño está ausente, aunque más no sea por unas horas. Quien repara un arma, la tiene, y todo parece indicar que, aunque con estos tipos penales se haya querido indicar el hacer o no hacer algo, y no una relación eminentemente física entre una persona y un objeto, la formulación es deficiente²⁸⁸.

El precepto, al igual que frente a otras conductas meramente posesorias para el propio consumo, como las drogas ilegales, está criminalizando *ex-post* a alguien que no ha participado directamente, *ex-ante* en el delito de utilización de menores o incapaces en la elaboración del material pornográfico. En el segundo se llega más lejos, puesto que ni siquiera se exige la participación directa del menor, sino que basta la utilización de imágenes virtuales, sin ninguna base real. ¿No estamos aquí de nuevo ante un derecho penal de autor?, que penaliza la tendencia pederasta como tal, aún sin traducirse en actos que incidan directamente, sobre el menor o incapaz? Si ello sumamos la lesión al derecho a la intimidad, y la dificultad de la prueba para poder acreditar la tenencia con fines, resulta clarísimo que su tipificación carece de sentido práctico.

Concursos

Según DONNA, citando a NÚÑEZ y CREUSS, la multiplicidad de conductas del mismo sujeto sobre un mismo objeto no multiplica la delictuosidad, ya que se trataría de un delito continuado²⁸⁹.

Las figuras descriptas admiten la posibilidad de concurso de delitos ya sea ideal o real con otros que le preceden en el mismo Título, como eventualmente con otras figuras vinculadas a la protección de la integridad física o la libertad que pudiera conformar el marco en que se da el abuso de los menores.

²⁸⁸ LIJO, A., “Los delitos de tenencia. O el tótem normativo al que se recurre para prohibir con tipos penales constitutivos”. Publicado en www.eldial.com.ar 19/3/2009.

²⁸⁹ DONNA, Edgardo, “Derecho penal. Parte especial”, 1999, t. I, p. 167, donde se cita en el mismo sentido a NÚÑEZ y CREUSS.

En cuanto al concurso de delitos (tanto ideal como real), se verifica que resulta muy probable el mismo en relación con los arts. 119, 124, 125, 125 bis, 126, 127 y 130 del Código Penal y en la praxis forense se advierte que es delito generalmente subsumido por las hipótesis de los arts. 119 y 125 del código de fondo²⁹⁰.

En el ámbito de la aplicación jurisprudencial son de reseñar algunas resoluciones judiciales, delimitadoras del contenido de la cuestión en el siguiente sentido:

“En el caso corresponde absolver al imputado por el delito previsto y reprimido por el art. 128.1 CP, por aplicación del principio “*in dubio pro reo*”, habida cuenta que no se acreditó la tipicidad objetiva del ilícito al no saber exactamente qué edad tendrían las presuntas víctimas del hecho delictivo”. “Ello es así en orden a que la pericia abordada impide tener por acreditada fehacientemente la edad inferior a los 18 años que se exige para configurar la tipicidad objetiva del art. 128, por ello no corresponde analizar la tipicidad subjetiva, concluyendo por imperio del art. 2 del C.P.P. de la Ciudad, que la duda debe resolverse absolviendo al imputado en orden al delito previsto en el art. 128 C.P.” (voto en disidencia de la Dra. Manes) CAPCF, Causa 0041470.01.00/10 Pérez, Lucas E., s/ inf. Art. 128 primer párrafo C.P. Producir/publicar /imágenes pornográficas con menores de dieciocho años. Sala III.04-04-12.

“El Convenio sobre Ciberdelito al que Argentina adhirió establece que los Estados Partes se comprometerán a incluir en su legislación penal, entre otras ocasiones, “la producción, distribución o divulgación, importación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil en el sentido en que se define el art.2”.

“En este Convenio conocido como el Convenio de Budapest, se distinguen tres categorías de pseudopornografía: la primera consiste en retratar a personas creadas por completo en forma digital, la segunda, representa a personas cuyos rasgos han sido retocados e tal modo que terminan siendo otras personas y la tercera consiste en colocar imágenes “no sexuales” de peonas enormes de edad reales en escenarios sexuales”.

“La literatura especializada en el tema señala que poco importa si la víctima es real ya que lo que prevalece es la voluntad de la sociedad de impedir estas imágenes, al

²⁹⁰ VIALE, Carmen B., “El cambio de paradigma político criminal del bien jurídico protegido del artículo 128 del Código Penal en al período democrático”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Ed. La ley, Octubre 2013, p. 38.

igual que las reales, se conviertan en un instrumento más de promoción de este tipo de pornografía entre la comunidad y en una herramienta que puede ser utilizada para desinhibir a los menores durante el proceso de seducción *grooming* que se lleva a cabo para convencer a la persona menor de dejarse retratar en conductas explícitamente sexuales”. CCAPC y F Causa n° 0041479-01-00/10 Pérez, Lucas. Sala III.04-04-12.

“...entre febrero de 2001 y enero de 2002, el procesado abusó sexualmente de su hijo de nueve años de edad, mientras convivían en el domicilio en la calle xxx de esta ciudad. Concretamente, le introdujo el dedo en el ano; le tocó el pene y la cola; le practicó sexo oral a su hijo y obligó a su hijo a que le practicara sexo oral a él. Asimismo durante ese lapso obligó al menor a mirar pornografía infantil en la computadora existente en su domicilio y lo filmó mientras lo obligaba a practicarle una *fellatio*”.

El Tribunal subsumió la conducta de C. en el tipo del art. 128 C.P. argumentando que “la conjunción de todos esos actos en un menor de nueve años, además de la exhibición de pornografía infantil, poseen la capacidad suficiente como para desviar el normal desarrollo de la sexualidad. En este sentido no cabe ninguna duda de que C, promovió la corrupción de su hijo pues lo impulsó a ser partícipe de prácticas sexuales depravadas e idóneas para torcer o deformar el libre crecimiento sexual”. Por ello resuelvo condenar a C. a once años de prisión accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, en concurso real con abuso sexual simple, en concurso ideal con el delito de corrupción de menores, todos ellos agravados por haber sido cometidos por el ascendiente (arts. 12; 29.3, 54, 55 y 119, párrafos 1, 3, 4, inc. b y último, y 125, último párr., del CP).

“El segundo supuesto fáctico que fue siempre materia de imputación, consistente en exhibirle al menor material pornográfico, si bien ha servido de sustento para proceder a la calificación a tenor del art. 125, lo cierto es que corresponde casar dicha subsunción (por cuanto esas acciones pierden su capacidad autónoma para sustentar una determinada tipicidad). No obstante, ningún obstáculo se erige para que tal conducta pueda ser valorada a tenor de los art. 40 y 41 del C.P.(..) y ser valorada como agravante de los abusos realizados”. CNCP.2011.

IX.- El delito de *grooming* en la legislación argentina

Sin perjuicio que el tratamiento del tema excede los límites de investigación sobre los temas propuestos para el trabajo, efectuaré algunas consideraciones en torno al delito de *grooming* en la legislación argentina, así como notables diferencias con otras legislaciones, y algunos problemas dogmáticos que a mi criterio presenta en su regulación.

La ley 26.904 promulgada en el mes de diciembre del año 2013 incorpora al Código Penal argentino un nuevo delito que es conocido internacionalmente como el delito de *grooming*, cuya traducción al español sería algo similar a lo que se entiende por acercamiento, preparación o acicalamiento. Es decir, una serie de actos o conductas ejecutadas por un mayor, con el objetivo de ganarse la confianza de un menor de edad y de tal modo entablar una conexión sentimental o emotiva que le permita posteriormente en términos genéricos abusar sexualmente de ese menor.

Luego de varias discusiones en el seno legislativo, el texto finalmente es introducido al catálogo de delitos argentinos ubicándose como una conducta lesiva de la integridad sexual, en el art.131 del Título III del C.P.

Sistemáticamente fue ubicado donde otrora estaba el delito de rapto que fuera oportunamente derogado, así es incluido en el capítulo IV (hoy sin rúbrica).

El tipo penal ha quedado redactado de la siguiente forma:

Art. 131: “Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones cualquier otra tecnología de transmisión de datos contactare a una persona menor de edad con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

En el año 2008, Argentina sancionó la Ley 26.388 y adaptó su legislación al Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest de 2001. Luego, se adhirió al Convenio. En el ámbito de la Unión Europea, fue surgiendo también interés en la incorporación de otros tipos legales, y es en ese marco, que se puede mencionar al *grooming*.

La doctrina ha clasificado los delitos informáticos según el objeto de protección. Si el bien jurídico afectado se relaciona con los datos o información automatizada a la que se accede de modo no autorizado, los llama propios. En cambio, son impropios aquellos en los que la informática es utilizada como medio para la comisión de un delito distinto de aquel acceso no autorizado²⁹¹.

La acción típica está conformada por el verbo contactar, es decir, hacer contacto, entablar una conexión personal a través de cualquier medio de comunicación, que según veremos descarta el contacto directo o corporal.

Este contacto puede realizarse a través de mensajes de texto enviados y recibidos por una computadora personal, un teléfono celular, una tableta portátil, u otro dispositivo electrónico similar.

Compartimos la afirmación de VIANNA²⁹² en el sentido de enfatizar que la expresión “cualquier otra tecnología de transmisión de datos es una buena forma de establecer conceptos suficientemente inclusivos que no caigan rápidamente en desuso debido a lo vertiginoso de la evolución tecnológica”.

Debe ser un contacto virtual, ya que si es directo no sería aplicable la figura, sino que el hecho podrá asumir la forma de la tentativa del delito específico que el sujeto autor pretendía cometer, o la acción quedará enmarcada dentro del ámbito preparatorio impune, según las circunstancias particulares de cada caso y la admisibilidad de esta posibilidad conforme el delito de que se trate.

El bien jurídico tutelado en la especie está constituido en términos globales por la “integridad sexual”, cuyo concepto es bastante abstracto y difícil de precisar. Aunque ha sido

²⁹¹ Así, VIANNA, T., también incluye en la clasificación “Delitos Informáticos Mixtos y Delitos Informáticos Mediatos o Indirectos” a aquellos delitos donde, además de la protección de la inviolabilidad de datos, la norma tutela un bien relevante de otra naturaleza (se ejemplifica con el acceso no autorizado a sistemas del servicio electoral). Los Delitos Mediatos o Indirectos no son informáticos, sino que heredan esa característica del medio que posibilita la consumación (así, el acceso ilegal al sistema de un banco para transferir dinero a cierta cuenta). Ver “Fundamentos de Derecho Penal Informático. Del acceso no autorizado a sistemas computacionales”, capítulo II, pp. 13/26, Editora Forense, Río de Janeiro, 2003. Otras clasificaciones, en PALAZZI, P.A., “Delitos Informáticos”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, ps. 39, 47.

²⁹² Ídem nota anterior.

entendido por la mayoría de la doctrina como equivalente a la reserva sexual o a la libertad sexual.

Ya desde hace tiempo SOLER²⁹³ señalaba que las figuras penales agrupadas en este título (aunque con otra rúbrica) además de revestir caracteres muy diferentes entre sí, contenían “una compleja red o entrecruzamiento de intereses sociales que eran objeto de consideración y tutela” y que no “tenían como norte sólo proteger la integridad sexual de la personas, sino también otros valores sociales indirectamente profanados con la afectación sexual”.

Fuera de ello y más allá de la divergencias de opiniones que puedan existir al respecto, debe señalarse que en esta categoría de delitos se pretende preservar tanto la indemnidad sexual de quien pudiere resultar víctima de alguna de estas conductas, como el pudor individual y colectivo que en algunas oportunidades podría verse comprometido secundariamente por el accionar de quienes realizan exhibiciones obscenas o reproducen imágenes de esta naturaleza.

Concretamente en el caso del *grooming* se trata de velar por la integridad sexual de los menores en tanto no se vean expuestos a sufrir ataques lesivos de su sexualidad, la que puede verse comprometida por estas maniobras que procuran afectar su normal y adecuado desarrollo en ese aspecto. Basta observar que en cierto modo, se trata de la misma tutela que aquella que se refiere a cualquiera de los delitos previstos en este Título, según sea la finalidad del autor.

El *grooming* no se agota en la conexión virtual con el menor de edad, ni se satisface con el intercambio de imágenes, conversaciones o contenidos, sino que representa una fase previa a lo que el autor realmente pretende, que es perpetrar algún tipo de atentado sexual sobre el menor, esta vez de carácter corporal, en alguna de las formas descriptas por el resto del ordenamiento punitivo el Título²⁹⁴.

Ésta última es una característica fundamental de esta forma delictiva, que está representada por el propósito subyacente del autor, a modo de elemento subjetivo ultra intencional del tipo penal, que la disposición expresamente consigna como “el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma (persona menor de edad).

²⁹³ SOLER, Sebastián, loc. cit.

²⁹⁴ TAZZA, A., “El delito de grooming”, L.L., 7 /3/2014, p. 5.

Es por ello que se puede afirmar que desde esta perspectiva el *grooming* consiste en un acto preparatorio de carácter virtual, previo a cualquier abuso sexual de los que integran el título.

Representa a la vez un adelanto o anticipo de punibilidad legislativa, esbozada bajo la forma de un acto preparatorio de otro delito contra la integridad sexual, por lo cual no es necesario que este último se haya concretado, o ni siquiera tentado. Basta la mera conducta de “contactar” para que el delito quede perfeccionado. Lógicamente ese contacto debe estar inspirado en la finalidad típica de cometer alguna clase de agresión sexual contra menores de edad.

Son suficientemente conocidas dentro de la teoría de la tentativa, las cuatro etapas que distinguen *ideación, preparación, tentativa y consumación*. El punto clave de ese camino que delimita lo punible es el llamado *comienzo de ejecución*.

Se trata de un principio garantista, recibido en gran número de códigos penales que lo incluyen y lo mantienen. Dado que la tentativa sólo existe cuando se comienza la ejecución del delito, queda excluida la fase de *deliberación interna* y se consideran punibles como tentativa, únicamente los *actos externos*²⁹⁵.

Del principio de ejecución, también es posible extraer que no todos los actos externos pueden ser considerados tentativa. Esa fase de la conducta punible se reserva a aquellos dirigidos a la realización del delito. Los actos preparatorios son así impunes, a menos que el legislador determine lo contrario. En todo caso, se trata de excepciones al principio general de impunidad de la preparación²⁹⁶.

El CP argentino recibe el principio vinculado al de legalidad constitucional, al definir la tentativa como realización de aquel que “con el fin de cometer un delito determinado *comienza* su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...” (Art. 42 del CP).

²⁹⁵ Cfr. FARRÉTPAT, E., “La tentativa del delito”, p. 138, Bosch, Barcelona, 1986.

²⁹⁶ Ibidem, pp. 138-139.

Los delitos informáticos propios permiten distinguir fases. Es claro que no puede ser punida la ideación (*'cogitationes poenam nemo patitur'*)²⁹⁷ y luego el problema remite a la etapa de preparación de un acceso no autorizado.

Tal preparación comienza con la *recolección de información* sobre el objeto del ataque. El agente traza un perfil del sistema de la víctima (*footprint*), que le permitirá un ataque exitosamente dirigido²⁹⁸.

Dentro de la preparación, certifica luego los sistemas activos que se pueden alcanzar por Internet. Se trata de una fase de barrido que procura determinar las puertas de acceso y sistema operacional en uso²⁹⁹. Evalúa así a la víctima y las probabilidades de éxito del ataque, de modo equiparable al merodeo e inteligencia previa de cualquier delito.

La última fase preparatoria es de enumeración y determinación de fragilidades de la víctima, que consiste en la identificación de las cuentas válidas de usuarios y de los recursos mal protegidos³⁰⁰. Luego, el descubrimiento de contraseñas o identificación de puntos débiles es simplemente cuestión de tiempo.

El comienzo de ejecución y la consumación, requieren el acceso a los datos y su lectura o ejecución³⁰¹.

Si bien en relación al bien jurídico tutelado se presenta como un delito de peligro, y pese a tales características, analizado desde el punto de vista de la acción, ésta puede quedar en grado de tentativa, desde el momento en que el sujeto activo realiza todas las maniobras necesarias para establecer un contacto con el menor, que no se llega a concretar por causas

²⁹⁷ ULPIANO, 18, Dig. 48, 19 (citado por H. MAYER, en "JZ", 1949, p. 174).

²⁹⁸ Cfr. VIANNA, T., ob. cit., pp. 69/73: v.gr., dominio, dirección IP, mecanismos y listas de control de acceso, nombres de usuarios. ROSENDE, E., admite también la tentativa aplicable a delitos informáticos, "Derecho Penal e Informática. Especial referencia a las amenazas lógico informáticas", Fabián J. di Plácido Editor, Buenos Aires, 2008, p. 308.

²⁹⁹ Ibidem

³⁰⁰ Ibidem

³⁰¹ Ibidem

ajenas a su voluntad (art. 42 del C.P.) Vale decir que el delito queda consumado cuando el contacto con el menor se establece y siempre que el agente tenga la finalidad ut supra indicada.

Los delitos informáticos improprios comienzan su ejecución cuando tiene inicio la infracción respecto de la que el sistema informático es un medio. En el caso de la ley argentina, sólo a través de ciertos sistemas de comunicación (electrónico, telecomunicaciones u otra tecnología de transmisión de datos) se puede dar inicio a un intento de *contacto* típico. Pero además bastaría con comenzar a contactarse, una acción que sólo la buena interpretación permitirá no alejar desmedidamente del efectivo contacto. En cualquier caso, extraño y poco razonable.

De por sí es problemático especificar cuáles son las características definitorias de una figura legal, donde intervienen elementos valorativos. También, una descripción que es análoga a la propia definición. Las acciones pueden describirse de distintas maneras, en atención a las propiedades empíricas que presentan e incluyen en la descripción. En cualquier caso, aparecerá el problema de la indeterminación del lenguaje natural³⁰².

No se contacta, ni intenta contactar en sentido típico, sino quien lo hace con cierta desvalorada ultraintención. Se contacta y lo intenta, quien se contacta o intenta contactar, vale decir, quien establece o intenta establecer contacto o comunicación con un menor de edad³⁰³.

Cualquier modalidad planificada de *grooming* incluye probablemente varias fases. Es razonable pensar en la generación de un *lazo de amistad* con el menor, frecuentemente fingiendo ser un niño o niña. Luego, la obtención de *información* del menor preparando la fase de afectación. Una etapa que incluye la *seducción*, procurando conductas con significado sexual y quizá, finalmente, la *extorsión* para la hacerle objeto de pornografía o lograr contacto físico prohibido.

Un complejo de conductas equiparable, en cierta forma, a la descripción realizada para los delitos informáticos en sentido estricto o propio, donde en todo caso la seducción en busca de ciertas conductas, se equipara al acceso a los datos en los delitos propiamente informáticos.

³⁰² Cfr. GUARINONI, R., “Derecho, Lenguaje y Lógica”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 69.

³⁰³ Contactar: “Establecer contacto o comunicación con alguien”. RAE, en WordReference.com

Para la aplicabilidad de esta figura, es necesario que no se haya producido ninguno de los delitos contra la integridad sexual (abusos, violación, estupro, etc.) puesto que tratándose de un acto preparatorio, el delito final cometido o tentado desplazará por la vigencia del concurso aparente de leyes a aquel que representa la fase menos avanzada en el *iter criminis*. El parámetro interpretativo de la consunción forja la unidad punitiva y la selección típica antes mencionada³⁰⁴.

Hay quien estima que en el art. 131 del C.P. “se ubicó la figura de hacer proposiciones a niños con fines sexuales”³⁰⁵, al considerarse insuficiente para la protección de niños y jóvenes la producción, ofrecimiento, difusión o posesión de pornografía infantil por medio de un sistema informático. Explica que se tuvieron en cuenta, especialmente, las facilidades para enmascarar identidades, crear otras y mantener el anonimato en redes sociales cibernéticas. Una tipificación poco precisa, a su juicio, que conseguía márgenes de impunidad respecto de afectaciones a la integridad sexual de los menores que eran inicio, al camino del acoso cibernético. Elogia así que, con auxilio de antecedentes extranjeros notables y la opinión de expertos en la materia, se haya adelantado la franja de punición para comportamientos anteriores a delitos más graves.

En la legislación chilena, a diferencia de la ley argentina, el Código Penal de Chile regula la cuestión en el art. 366 quater de modo bien diferente³⁰⁶. Por de pronto, la regla general no incluye el uso de cierto medio de comunicación, sino que el empleo de cualquier medio electrónico se equipara con la realización personal. Así, se sancionan las siguientes conductas:

³⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Estructura básica del Derecho penal”, Ed. Ediar, 2009, pp. 187/188. En TAZZA a., “El delito de grooming”, ob. cit., p. 2.

³⁰⁵ CHIARA DÍAZ, C.A., elDial.com – CC37BB

³⁰⁶ Artículo 366 quater: “El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.- Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo.- Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363” (cfr. Ley 19.927, fecha publicación:14-01-2004).

- Quien para procurar excitación sexual, realiza acciones de significado sexual ante un menor de 14 años, lo hace ver o escuchar pornografía.
- Quien para el mismo fin, determina al menor a realizar tales acciones.
- Quien lo hace con un menor de más de 14 años, mediante amenazas.
- Luego, prevé que las penas se aplicarán cuando tales conductas se cometen a distancia, mediante el empleo de cualquier medio electrónico.
- Finalmente, la respuesta punitiva es más severa, si se falsea la identidad o la edad.

Las diferencias son evidentes. Contactar y proponer concertar un encuentro, acompañando la propuesta de actos dirigidos a lograr el acercamiento es bien distinto de contactar con cierta ultraintención. Luego, ni siquiera es ese el principio y fin de toda la regulación española: El menor no debe haber cumplido 13 años y el delito es más grave, si media coacción, intimidación o engaño.

Nada fue previsto por el legislador argentino, que en consecuencia convirtió en aparentemente delictivo todo intento de contacto malintencionado con un menor de 18 años, utilizando el teléfono o la computadora.

Sucede que lo que se prohíbe no es el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad, ni valerse del anonimato o crear identidades alternativas, ni la generación de una relación de confianza propiciatoria de encuentros, ni la perturbación psicológica de los menores, ni el envío de cierta clase de fotografías. Contactar (aun con la peor de las finalidades) es anterior a cualquiera de esas otras conductas y eso es, precisamente, poco claro. Ya que, para no dejar márgenes de impunidad a la interpretación, se habilitó toda una franja propicia para la punición.

Pero debe quedar claro en este trabajo que no se ha prohibido bajo amenaza de pena un acto preparatorio, sino la preparación de un acto preparatorio. La preparación de la preparación.

Constituye un delito netamente doloso y en razón a la presencia del elemento subjetivo distinto del dolo, sólo es admisible en su modalidad directa. Ni el dolo eventual, ni la imprudencia o la negligencia satisfacen el ilícito.

Por último, los tipos penales que no pueden ser sino conductas antijurídicas, echan por tierra buena parte de la elaboración y distinciones racionales que propone la dogmática penal. No es posible concebir en la descripción seleccionada, la concurrencia de causas de justificación. El *contacto* o su intento, acompañados del *desaprobado propósito*, difícilmente puedan ser concebidos siquiera en hipótesis, como conductas justificadas.

El sujeto activo es una persona mayor de edad, de sexo femenino o masculino. No constituye una exigencia típica el ocultamiento o simulación de identidad del autor –como contemplaban algunos proyectos legislativos–, aunque ello puede suceder en la práctica.

El sujeto pasivo es un menor de dieciocho años, según establece el Código Civil, siendo indiferente su sexo.

Los delitos, en el ámbito de las TICs y el ciberespacio deben ser definidos por ley, que debe emplear términos que definan la conducta prohibida de la manera más precisa posible³⁰⁷.

La ley argentina ha definido el llamado delito de “*grooming*”, pero indudablemente lo ha hecho empleando términos que describen la conducta prohibida del modo menos preciso posible. Tal es el adelantamiento y tal la simplificación, que se produce un corrimiento del comienzo de ejecución hacia trama de preparación.

³⁰⁷ Recomendaciones de la AIDP. Las recomendaciones de la Asociación Internacional de Derecho Penal que me interesa puntualizar, se pueden sintetizar del siguiente modo:

- Los delitos, en el ámbito de las **Tecnologías de Información Comunicación** y el ciberespacio deben ser definidos por la ley.
- La ley, debe emplear términos que definan la conducta prohibida de la manera más precisa posible.
- Son legítimas las leyes que deciden penalizar actos preparatorios (de ataques a intereses relativos a las TIC y el ciberespacio) siempre que creen un riesgo de causar un daño o peligro concreto a intereses protegidos de otros.
- Cuando se castiguen los actos preparatorios, la pena debería ser menor.
- Si un Estado decide criminalizar la conducta de hacerse pasar por personas inexistentes, debe limitarse a los actos cometidos con la intención de causar daño.
- Se pone especial énfasis en conductas vinculadas a la pornografía infantil, aunque también en ese caso, se establece alguna clase de límite, puntualizando el caso en que se implican niños reales.

Son legítimas las leyes que deciden penalizar actos preparatorios (de ataques a intereses relativos a las TIC y el ciberespacio), siempre que creen un riesgo de causar un daño o peligro concreto a intereses protegidos de otros.

La informática y otros medios de comunicación a distancia son así, el medio comisivo de una conducta que no tiende a la afectación de datos o información automatizada (delitos informáticos propios) y que tampoco es el medio para la comisión de otro delito. No se adecua a la clasificación, porque el delito se puede cometer únicamente, a través de los medios que enumera la ley. El medio define la conducta criminal.

Sin discutir aquí si la recomendación se basa en presupuestos correctos³⁰⁸, desde la lógica que la informa, es posible afirmar: Cuanto más alejados del daño o peligro concreto al interés que se pretende proteger, estén los actos preparatorios contemplados, menos probabilidades habrá de crear efectivamente un peligro concreto o riesgo de daño para el interés protegido. Al menos, si se comparan los riesgos de un mismo curso delictivo, que progresa hacia la consecución de cierto peligro o daño. Luego, es claro que la constelación de riesgos prohibidos que derivan de la Ley argentina en análisis, abarca situaciones que no causan daño, ni suponen peligro concreto.

Simplificado por una única acción consistente en *contactar* (por cierto medio y con cierta inconfesable finalidad), ni siquiera permite su adecuación a la especie delito informático impropio. Se sanciona la realización de un acto que, cometido personalmente, sería preparatorio de alguna de las especies tradicionalmente legisladas para reprimir afectaciones contra la integridad sexual. Pero además, teniendo en cuenta sus orígenes, se legisla el *grooming* previendo su consumación, cuando no hay preparación, ni acicalamiento, ni acción alguna que tienda a socavar moral o psicológicamente al menor³⁰⁹.

³⁰⁸ Hay actos ejecutivos (tentativas punibles) que generan menor riesgo concreto para el bien protegido que ciertas conductas preparatorias impunes. Ver SANCINETTI, Marcelo, “El fracaso de la explicación del ilícito de la tentativa sobre la base de un peligro objetivo”, “Teoría del delito y disvalor de acción”, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 360 ss.

³⁰⁹ GARIBALDI, Gustavo, “Aspecto dogmáticos del *grooming* legislado en Argentina”, Revista de Derecho Penal. Ed. INFOJUS. Año III, N°7, 5/2014, p. 21.

En relación a la punibilidad, cuando se castigan los actos preparatorios, la pena debería ser menor. En el tipo penal del art. 128 del CP argentino, se intenta tutelar no solo la dignidad del menor, sino su normal desarrollo psíquico sexual, frente a este tipo de agresiones, que tienden a impedir, o mejor dicho a sancionar el tráfico de imágenes referidas a la prostitución infantil en consonancia con el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía infantil, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Así observamos que el hecho de contactar virtualmente al menor (*grooming* del art.131 del CP) con el objeto de obtener imágenes sexuales o pornográficas del mismo (*sexting*) para luego publicarlas o transmitir las por el mismo medio tecnológico u otro similar (tráfico de pornografía infantil (art. 128) tienen la misma pena.

El legislador sanciona con la misma intensidad punitiva el acto preparatorio conocido como *grooming* (6 meses a 4 años de prisión), que el delito consumado de tráfico de pornografía infantil (6 meses a cuatro años de prisión), lo que puede traer algunos cuestionamientos desde la perspectiva del principio de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas, y el de razonabilidad de los actos de gobierno (arts. 18 y 298 de la CN.)

Es preocupante también la cuestión punitiva si el autor es descubierto con representaciones sexuales de menores en su poder, que estaban destinadas a una posterior distribución o comercialización. La sola tenencia del material obtenido por un contacto virtual, con la intención ulterior de comercializarlo es castigada con una pena de 4 meses a 2 años de prisión, es decir una penalidad ostensiblemente menor a la prevista para el delito de *grooming*.

Conductas vinculadas a la pornografía infantil:

La producción o publicación de imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de 18 años y la *organización de espectáculos* en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores está sancionada en el art. 128, primer párrafo, del C.P.³¹⁰, siendo la escala penal prevista es la misma del art. 131 del CP.

³¹⁰ Artículo 128: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes

Entonces, *organizar* un espectáculo con *escenas pornográficas en vivo con menores* (art. 128, primer párrafo, del CP) tiene la misma respuesta punitiva, dentro de la ley penal argentina, que *contactar* al mismo menor por medio de cualquier tecnología *con el propósito* de abusar sexualmente de él (art. 131 del CP).

Estas observaciones permiten comprender quizá los motivos de la menor respuesta punitiva que propuso la Cámara Baja al proyecto de ley, luego sancionado.

El principio de proporcionalidad de la penas, veda el ejercicio del poder punitivo realizado de modo irracional. Tal como sería una respuesta groseramente desproporcional al mal provocado. De allí que es necesario establecer jerarquías de afectación y establecer mínima coherencia entre la magnitud de penas, que se asocian a cada conflicto criminal³¹¹. Algo que evidentemente no cumple la ley argentina.

Ello tal vez se podría haber evitado estableciendo una pena que no fuera fija, sino elástica sujeta al delito principal, si la punibilidad del *grooming* se hubiese fijado en una proporción menor al delito principal que el autor intentaba cometer.

Es evidente que el art. 131 del Código Penal Argentino, que contempla desde el mes de diciembre de 2013 el delito conocido como “*grooming*”, no respeta los estándares recomendados por la AIDP, ni su propia normativa constitucional vinculada con los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas (art. 18 de la C.N.).

Aspectos penales y procesales penales

En el ámbito nacional, previo a la sanción de la ley 26.388 en el año 2008 se puede observar la aparición de la normativa local en la que se obliga a los propietarios de los establecimientos que brindan acceso a internet a la instalación de filtros de datos sobre equipos informáticos, a bien se fijan y limitan los horarios de atención a menores, con el fin de restringirles el acceso a contenidos perjudiciales, tanto sean violentos como pornográficos.

genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores...”

³¹¹ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, A. / SLOKAR, A., “Derecho penal, Parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 130.

Prueba de ello resulta la ley 863³¹² de la Ciudad autónoma de Buenos Aires. Sancionada y promulgada en el año 2002, en su art. 1º establece:

Artículo 1º.- “Los establecimientos comerciales que, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, brinden acceso a Internet, deben instalar y activar en todas las computadoras que se encuentren a disposición del público, filtros de contenido sobre páginas pornográficas”.

Posteriormente reformada por la ley 943³¹³ C.A.B.A., que en su art. 2º que ahora reza:

Artículo 2º.- “El/la titular o responsable del establecimiento comercial puede desactivar los filtros de contenido en sus equipos de computación, cuando los usuarios de los mismos sean mayores de 18 años”.

Con las siguientes consecuencias:

Artículo 2º.- Modificase el Art.3 de la ley 863 que quedará redactado de la siguiente manera: Incorpórense en la Ley N° 451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Título V, Libro II, Sección 3º, Capítulo II "Protección de niños, niñas o adolescentes", los apartados siguientes:

“3.2.2. El/la titular o responsable de un establecimiento comercial que brinde acceso a Internet y no instale en todas las computadoras que se encuentran a disposición del público, filtros de contenido sobre páginas pornográficas, será sancionado con una multa de \$ 200.- (pesos doscientos) a \$ 1.000.- (pesos mil) y/o clausura del local o comercio de hasta 5 (cinco) días”.

“3.2.3. El /la titular o responsable de un establecimiento comercial que brinde acceso a Internet que desactive en las computadoras que se encuentran a disposición del público los filtros de contenido sobre páginas pornográficas a menores de 18 años, será sancionado con una multa de pesos doscientos (\$200) a pesos (\$1.000) y/o clausura del local o comercio de hasta 5 (cinco) días”.

³¹² Ley n° 863: Sanción: 15/08/2002.Promulgación: Decreto N° 1.120/002 del 10/09/2002.Publicación: BOCBA N° 1526 del 16/09/2002.

³¹³ Ley n° 943: Sanción: 05/12/2002.Promulgación: De Hecho del 30/12/2002.Publicación: BOCBA N° 1604 del 08/01/2003.

A fines del año 2002, se sanciona la ley 25.690, por la que se obliga a los proveedores de Servicios de internet (*ISP*) a ofrecer *software* de protección (filtros) que impidan el acceso a menores a sitios específicos para adultos, al momento de prestar su servicio.

A fines del año 2008, a pesar de no existir una norma específica para la pornografía infantil en el ámbito de *Internet*, el art. 128 del C.P. reformado por la ley 25.087 punía tal conducta.

Uno de los problemas que generaba ese tipo era la precisión del concepto de pornografía, que aunque con menos lugar para su antecesor (lo obsceno) no significó la erradicación del elemento normativo del tipo y con ello la necesidad de interpretarlo. Asimismo, en relación con la vigente aplicación del principio de legalidad, el término “imágenes” suscitó diversos inconvenientes. Una vez que en la doctrina y jurisprudencia se estableció, siempre con reservas, un concepto uniforme de “lo pornográfico”, surgió la necesidad de determinar el exacto alcance del sustantivo al que aquél se aplicaba. Con ello surgieron estas preguntas. Eran imágenes las fotografías. Aquí la respuesta era afirmativa. ¿Eran imágenes los dibujos o las fotografías digitalmente modificadas? En este caso la respuesta no era tan sencilla, inclinarse por la afirmativa podría vulnerar el principio de legalidad, ya que de este modo se extendería el tipo penal hacia realidades jurídicas distintas a la nuestra.

El tratamiento de la pornografía infantil en Internet generó un alto nivel de consenso en cuanto a la necesidad de afrontarlo a nivel global, siendo muy importante la cantidad de documentos suscritos sobre el particular, partiendo de la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas en vigor desde 1990, aprobada por la Argentina por ley 23.849 y que goza de jerarquía constitucional, por vía del art. 75 ins.22 desde la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994.

Dicha normativa prevé la protección del menor en su art.34.

Artículo 34:“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral para impedir a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual

ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

En este sentido, se ha aventurado³¹⁴ “la detección de un nuevo tipo de “delincuente sexual”, que establece contacto con un niño por medio de internet (y) está dispuesto a recorrer distancias, quizás enormes, a través de estados, continentes, países, a fin de encontrarse con el niño y abusar sexualmente de él”. Con anterioridad a la reforma, era discutible el encuadramiento de las conductas de producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas de menores a través de Internet, si bien algunos doctrinarios opinaban que no se producía violación al principio de legalidad y la prohibición de analogía *in malam partem*.

Se ha sostenido³¹⁵ que la amplitud de las conductas descriptas permitía aprehender, sin mayor problema, los casos en que el medio utilizado fuere *Internet*, aun cuando no era mencionado en forma expresa. En contra se ha objetado³¹⁶ que la vieja redacción del art.128 C.P. se refería solo a imágenes pornográficas y que, por tanto, antes de la reforma la circulación de imágenes pornográficas infantiles por internet no estaba alcanzada por la ley. Luego de la última modificación al art. 128 del C.P. por la ley 26.388, la cuestión queda superada al preverse que tales conductas entre otras pueden concretarse “por cualquier medio”.

X.- Multiterritorialidad de las acciones típicas

La Red expone a los usuarios a conductas que no necesariamente pueden ser automáticamente sancionadas en el lugar donde se accede a la *web*. Ello porque las leyes penales de los países son diferentes y en épocas donde las personas se movían menos y las comunicaciones no eran tan recuentes y tan tecnológicamente avanzadas, no surgía muy a menudo la preocupación de crear normas penales de aplicación transnacional. Los delitos

³¹⁴ VÁZQUEZ, M., “La explotación sexual comercial de la niñez y su relación con la red Internet”, en “C. D. y J.P.”, N° 18-19, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, ps. 644-646.

³¹⁵ RIQUERT, F., “La ciber pornografía infantil en el Código Penal argentino”. Ed. Hammurabi. Bs. As. Argentina. 2014.

³¹⁶ RICO, Martín, “La interpretación del art. 2° de la ley 26.338 a la luz de las recomendaciones internacionales en materia de ciberdelitos” en “Suplemento de Derecho y Altas Tecnologías”, [www, elDial.com.ar](http://www.elDial.com.ar), edición del 13/6/08.

cibernéticos, generalmente se originan en jurisdicciones que tienen legislación débil o inexistente acerca de este tema.

Una cuestión importante de analizar en los delitos relacionados con la información digital es la multiterritorialidad de las acciones típicas. La información circula por las redes digitales sin distinción de fronteras y los intercambios de pornografía infantil pueden originarse y terminar fuera de la jurisdicción que tenga que juzgar un determinado hecho. Esta nota de extraterritorialidad del delito en cuestión puede plantear serias dudas sobre cuál será el juez competente y el derecho aplicable al caso.

XI.- Competencia y jurisdicción internacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Embajada Alemana s/corrupción de menores de 13 años”³¹⁷, en una cuestión de competencia negativa donde se investigaba precisamente una presunta infracción al art. 128 del C.P., hechos a los que se llegó a partir de información proporcionada por dicha representación diplomática, privilegió para asignarla a la justicia nacional y no a la bonaerense, el avanzado estado de la investigación realizada por la División Informática de la Policía Federal que había detectado comunidades cerradas de usuarios de Internet en las que se intercambiaban, distribuían o divulgaban imágenes.

A la inversa, suscitó una contienda negativa de competencia entre un Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción y un juzgado de Garantías de la provincia de Buenos Aires³¹⁸, con relación a la causa instruida por la presunta comisión del delito previsto por el art. 128, C.P, en cuyo contexto se secuestraron dos discos compactos con imágenes relacionadas con la pornografía infantil en una propiedad ubicada en una localidad de la mencionada provincia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró competente al Juez provincial para entender en la causa.

³¹⁷ CSJN, 27/12/2005, “Embajada Alemana”. LL Online, AR/JUR/10322/2005.

³¹⁸ CSJN, 25/11/2006, JA, 2006-1-75.

El Alto Tribunal entendió que, si de las constancias reunidas en la causa instruída por la justicia nacional por la presunta comisión del delito previsto por el art. 128 CP –en virtud de la recepción por parte de la policía Federal de correspondencia con imágenes de pornografía infantil– no resultara posible descartar que en el domicilio situado en territorio de la provincia de Buenos Aires, donde se secuestraron discos compactos con imágenes relacionadas con la pornografía infantil, podría accederse a la red de pedofilia desde una terminal instalada en ese domicilio, corresponde al magistrado local asumir su jurisdicción e incorporar al proceso los elementos de juicio necesarios con el fin de conferir precisión a la *notitia criminis* y resolver luego con arreglo a lo que resulte de ese trámite. Así, se ha estimado³¹⁹ que el delito de pornografía infantil compete a la justicia ordinaria y ha de rechazarse la competencia federal incluso aunque éste sea cometido a través de Internet.

Desde el año 2008, por el Convenio de Transferencias Progresivas penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la C.A.B.A. –Ley 26.357–, el delito de pornografía infantil fue transferido a la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y es allí donde son investigados juzgados los hechos sometidos a su jurisdicción.

Para ello, y a fin de mejorar el sistema de investigación en cada uno de los casos, se han celebrado distintos convenios con organizaciones relacionadas con ésta temática. Al efecto el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³²⁰ puso en marcha con carácter de prueba piloto, el proyecto de equipo fiscal especializado en delitos y contravenciones informáticas con sede en la Unidad Fiscal Este, con competencia especial única en toda la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se argumentó como necesidad de su creación: “los avances tecnológicos que han introducido nuevos riesgos en la sociedad(...), tan es así que estas herramientas han impactado con extraordinaria capacidad, principalmente en el almacenamiento, circulación y acceso a la información en red (...) y que la tecnología informática y su constante evolución han permitido y facilitado la comisión de distintos tipos de fraudes, estafas informáticas, daños a *software*, producción de virus, accesos no autorizados, sin mencionar aquéllos que involucran niños,

³¹⁹ GÓMEZ, Leopoldo, loc. cit.

³²⁰ El día 15 de enero del corriente año por Resolución FG N° 00572015.

niñas y adolescentes como los casos de pornografía infantil y tenencia o suministro de material pornográfico para su distribución.

Además se firmó un acuerdo para el Acceso Remoto a *Cyberline* celebrado entre el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, y el Fiscal General del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires³²¹, a fin de definir los estándares para que el Ministerio Público pueda establecer una conexión remota con la red virtual interna privada (el Servicio VPN) de NCMEC, con el fin específico de descargar informes de *Cyberline*, pudiendo descargarlos luego de recibir una notificación de NCMEC en la que se informará que está habilitado a acceder a los mencionados documentos.

Asimismo se determinó la confidencialidad de la información en relación al uso del servicio VPN, comprometiéndose la Fiscalía a no utilizar la información para un propósito distinto de la investigación de los delitos indicados en dicho acuerdo.

Nuestra postura

Con la reforma del Código penal argentino efectuada a través de la ley 26.388, y especialmente referido a pornografía infantil; no se ha producido una expansión del derecho penal, ni se han afectado sus principios rectores. Se han respetado los principios de mínima suficiencia y subsidiariedad, teniendo presente que la figura se limita al material donde realmente han participado menores de dieciocho años.

Asimismo no ha sido incorporada la pornografía virtual ni las actividades sexuales simuladas, y se aseguró que la tenencia de pornografía infantil, sólo será típica, si es con fines inequívocos de distribución o comercialización, con lo cual se evita darle el carácter de abstractísimo a la figura. Asimismo se mantiene el respeto del principio de proporcionalidad de las penas, al castigar con pena más leve la tenencia de material pornográfico con fines, por afectar en menor medida al bien jurídico protegido.

La responsabilidad de proveedores de servicios de Internet, como la de aquellos usuarios que tienen almacenadas imágenes de pornografía infantil, sin aparente conocimiento

³²¹ El Acuerdo se realizó 21/11/2013, Res., FG, 435.713.

son problemáticas que debe ser resueltas a partir de una correcta interpretación de la letra legal³²².

El uso de filtros en los servidores de internet con palabras clave para intentar reducir la difusión del material pornográfico infantil contribuya a mitigar este flagelo, sin embargo no es completamente efectivo. Del análisis de la jurisprudencia efectuada se verifica que la transferencia de archivos por *Internet*, mediante *P2P*, es uno de los medios más comunes para la comisión de este tipo de delitos que pune el art. 128 del CP. Complementariamente el advenimiento de nuevas tecnologías brindan a los agresores mayores posibilidades de contacto directo con los menores.

Sin duda, se avecinan tiempos difíciles: la llegada de la telefonía móvil no solamente facilita la subida de imágenes de abusos a niños en tiempo real y su distribución a través de *software* de redes *P2P* para estos dispositivos sino que además incrementa el número de dispositivos que requieren ser secuestrados y sometidos a análisis forense, la transferencia de material pornográfico infantil puede ser efectuada en cualquier momento desde redes *WiFi* hogareñas que estén abiertas impidiendo que se pueda realizar una investigación tendiente a determinar la autoría. Se requieren campañas de prevención para informar a los usuarios de redes *WiFi*, sobre riesgos de mantener sus conexiones sin ninguna medida de seguridad.

³²² CRESPO, A., “La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado Derecho penal de las sociedades en riesgo: cuestiones problemáticas”, en “Actualidad Jurídica”, vol. 143, Derecho Penal, Córdoba, 2009, p. 15.

CAPÍTULO III

***CORRUPCIÓN DE MENORES Y PORNOGRAFÍA INFANTIL EN LOS
MODELOS LEGISLATIVOS DE ESPAÑA***

I.- Distintas rúbricas del Título VIII del CP español

La legislación penal sexual española ha sido objeto de muchísimas reformas que han ido acompañando los cambios sociales, detectando nuevos focos de riesgo, definiendo nuevos objetos de tutela, creando nuevos tipos penales, y aumentando las penas con el fin de proteger a los menores y otorgarles mayor seguridad. Ello no significa que siempre con cada reforma se hubiera mejorado la legislación que la antecedía, en muchos casos presionados los legisladores por una situación de inseguridad y alarma social, ante la escalada de este tipo de delitos; se resolvió con la premura de los acontecimientos; y, sin dar lugar a la recapitación a fin de utilizar la mejor técnica legislativa al efecto, esta situación dio lugar a que se tuviera que retroceder en muchos casos para poder avanzar con el tema, volviendo a legislar sobre delitos que ya se habían derogado, tal el caso de la corrupción de menores.

No debemos olvidar que la falta de estabilidad normativa no es muy aconsejable en estos casos, es dable destacar que desde la aprobación del Código Penal de 1995, se han sucedido, en lo que al tema a desarrollar interesa, ente otras, las siguientes leyes de reformas: LO 11/1999, LO11/2003, LO 5/2010 y LO 1/2015, que entró en vigencia el 1 de julio del mismo año,

Procederemos a analizar, a partir del seguimiento de los distintos momentos históricos en los cuales se han sucedido reformas en las leyes respectivas, cómo ha sido el escenario normativo de la corrupción, y de la pornografía infantil, dando cuenta de los cambios sustanciales significativos que dejan ver la orientación político-criminal basada en un modelo que privilegia la seguridad antes que la garantía de los ciudadanos, expresada en la expansión del Derecho penal utilizado como única y primerísima herramienta de regulación³²³. Presentaremos un resumen de todas las reformas que se han sucedido y nos detendremos, especialmente, en la última para debatir sobre el bien jurídico protegido de ambas figuras penales.

³²³ Ver la expansión del Derecho penal, con especial referencia a la tesis de PARRA.

El análisis del artículo 189 del CP nos permite descubrir la tipificación de la posesión para uso propio de la pornografía infantil contemplada en el artículo 189.5 del Código Penal español. Ello es el ejemplo que con mayor claridad expone el afán punitivo sobre conductas que se alejan de las prácticas mayoritarias, pero que no afectan a ningún bien jurídico.

Ciertamente, compartimos el criterio de que el empleo del Derecho penal socialmente, puede estar sometido a importantes dosis de irracionalidad en momentos de crisis social, o de aumento de la criminalidad. Lo que, a su vez, tiene peligro de traducirse en políticas generalizadas de limitación de libertad. No debe olvidarse la tensión entre eficacia y garantía en el empleo del Derecho penal o las relaciones entre Derecho penal y Moral³²⁴. Las tensiones a las que hace mención el autor, eficacia-garantías, derecho-moral, parecieran decantarse en los últimos años por la ampliación de la ratio penal de la Política Criminal, invirtiendo su papel de *ultima ratio*; y por la realización de las pretensiones normativas de cierta moral para hacer del derecho sus juicios sobre el bien y el mal.

II.- Reformas legislativas efectuadas en el CP desde 1995 a 2015

Durante cuarenta años aproximadamente –desde 1948 hasta 1989– el Título IX del libro segundo del Código Penal que recogía los delitos relacionados a la libertad sexual se denominaba “*Delitos contra la honestidad*”. En virtud de las críticas recibidas desde la doctrina y la jurisprudencia, en relación a que los títulos debían expresar el bien jurídico de los diferentes preceptos, y en tanto que la honestidad no hacía referencia a un contenido típico, ni constituía objeto de protección como cualidad del sujeto pasivo³²⁵, se produjo un consenso en torno a la contemplación de la “libertad sexual”, como bien jurídico genérico individual. Es así como en la reforma del Código Penal 3/1989 de 21 de junio, el mencionado título pasa a llamarse “*Delitos contra la libertad sexual*”.

³²⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Otros, “Curso de Derecho penal, Parte general”, Ed. Experiencia, Barcelona, 2004, p.137.

³²⁵ Ver BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Compendio de Derecho penal, Parte especial”, vol. II, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1998, pág. 101.

En el Código del año 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la rúbrica quedó con el mismo nombre, “Delitos contra la libertad sexual” y en el capítulo V, “De los delitos relativos a la prostitución”.

En la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999 del 30 de Abril, se modifica el nombre del Título VIII del Libro II quedando como “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”; se cambia también el nombre al Capítulo V, que queda como “*De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*”. Se vuelve a incorporar el delito de corrupción de menores derogado en 1995.

En la reforma promovida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre³²⁶, se mantiene el mismo nombre tanto en el Título VIII del Libro II, como en el Capítulo V que expandió los delitos en materia sexual relacionados con menores, en el deseo de criminalizar la conducta de distribución de la pornografía infantil a través de internet y algunas otras relacionadas con el tema.

La mayor novedad es la incorporación del 189.2, que tipifica la simple posesión del material pornográfico, muy cuestionada en doctrina, pero vigente en la mayor parte de las legislaciones europeas y en términos muy similares.

Más tarde en el año 2010 y en orden a las reformas efectuadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, se mantiene la rúbrica del título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, y se cambia el *nomen* del capítulo V por el de “De los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores”, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”.

Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios

³²⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J., “Ciberdelitos, los delitos cometidos a través de internet”, ob. cit., pág. 55.

para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 ter CP, mediante el que se regula el internacionalmente denominado “*childgrooming*”, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco al ordenamiento español, determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1 CP. Lo mismo sucede con la conducta de quien “se lucra” con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1.a) del artículo 189.

Para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se considera adecuado crear la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el artículo 39, fijándose su contenido en el artículo 46 CP. Esta nueva pena tendrá el carácter de principal en los supuestos previstos en el artículo 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

Finalmente, por ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, que se hizo efectiva el 1 de julio de 2015, se vuelve a reformar el Código penal, en relación a los delitos sexuales que afectan a menores, se mantienen el título VIII “De los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, y se cambia el nombre del capítulo V, por el de “De los delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores”, produciéndose varias reformas para llevar a cabo la Directiva 2011/93/UE, relativa a los abusos sexuales, explotación de menores y pornografía infantil, que deroga la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Se eleva la edad del consentimiento sexual a 16 dieciséis años, en virtud de ello se modifica el Título del Capítulo II bis que ahora se denomina “De los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años”.

En el art. 189.b, último apartado, se define legalmente pornografía infantil y lo que debe considerarse material pornográfico. Por otra parte, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas y se prevé la imposición, en estos casos, de penas de hasta tres años de prisión, se endurecen las penas aumentando los máximos. En el capítulo II bis, se agregan los arts. 183 ter y quater. En el primero se tipifica la conducta del *grooming*, con modificaciones en su contenido con respecto a la reforma del 2010 –que estaba prevista en el art. 183 bis CP–, salvo la edad del sujeto pasivo que se eleva a 16 años. Y en el quater se habla de la exclusión de la responsabilidad penal, cuando el autor sea una persona próxima a la víctima por edad, grado de desarrollo o madurez.

En España, históricamente, los delitos de contenido sexual han estado marcados por concepciones moralizantes. Desde la perspectiva político criminal en los últimos 30 años, pueden señalarse dos etapas o momentos bien diferenciados en función de la aceptación o rechazo a la moral sexual, como bien jurídico a tutelar en los delitos sexuales.

La primera de estas tendencias podemos ubicarla en las reformas penales producidas desde 1978 hasta el Código Penal de 1995, orientadas hacia la tutela de la libertad sexual, y con clara disposición a desasirse de las nociones moralizantes en la regulación de los delitos sexuales. Como se ha sostenido, esta orientación político criminal quedó plasmada en las reformas penales a través de:

a) la modificación de los delitos de estupro y rapto, la supresión del adulterio y amancebamiento, y algunas disposiciones comunes en 1978;

b) la remodelación de algunos de los delitos relativos a la prostitución y algunas de las disposiciones comunes en 1983;

c) la sustitución del delito de escándalo público por los de exhibicionismo y provocación sexual en 1988;

d) la modificación de la rúbrica de “Delitos contra la honestidad” por la de “Delitos contra la libertad sexual”. Se retocó de manera sustancial el delito de violación y los de agresiones sexuales reemplazaron a los de abusos deshonestos contemplados en la reforma de 1989;

e) se eliminó el delito de corrupción de menores en el nuevo Código Penal de 1995, lo que representó la consolidación de una orientación político criminal centrada en la tutela de la libertad sexual³²⁷. De hecho es entonces cuando aparece por primera vez el precepto de pornografía infantil (art. 189)³²⁸.

Conforme a algunos autores, a partir de la Reforma de 1999 puede señalarse un cambio de ésta tendencia político criminal en materia de delitos sexuales, volviéndose sobre el retorno y restauración a la moral sexual delimitadora del delito. Ésta reforma significó un retroceso, pues lanzaba por la borda el esfuerzo de 20 años de trabajo legislativo orientado a la protección de la libertad sexual, como bien jurídico digno de tutela en los delitos sexuales.

No parecieran existir fundamentaciones sustantivas para la producción de semejante cantidad de reformas en tan corto tiempo, consideramos que estas reformas no obedecen a factores relacionados con la intolerancia social, hacia el incremento del riesgo, a la reconsideración de ciertos intereses huérfanos de protección como dignos de tutela penal, o a la proliferación de conductas delictivas en un determinado sector de la delincuencia. Obviamente, las razones son de otro signo, a menudo próximas a los postulados del Derecho penal simbólico, incluso con una indisimulada función promocional de valores morales o políticamente correctos, bien alejadas de las únicas que habrían de informar la legislación positiva: la tutela de los genuinos bienes jurídicos³²⁹.

En relación a las reformas legislativas efectuadas en el CP desde 1995 hasta 2015, un breve repaso por algunas de las reformas que se sucedieron en el lapso de estos últimos veinte años, muestra claramente la involución desde la perspectiva político criminal que han experimentado los delitos sexuales en el Código Penal español.

³²⁷ Ver ORTS BERENGUER, Enrique, ALONSO RIMO, A., “Delitos contra la libertad sexual”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 29 y ss.

³²⁸ PARRA GONZÁLEZ, Ana, “La pornografía infantil en la Red. Especial referencia a la posesión simple”, Universidad de Granada, octubre 2011.

³²⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión”, en FARALDO CABANA, P., (dir.), “Política criminal y reformas penales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 260.

III.- Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

A. Consideraciones generales

La aprobación del Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre³³⁰ supuso una importante transformación del Derecho penal sexual en dos direcciones. Por un lado, el desarrollo y la intensificación de la tendencia político-criminal ya manifestada en anteriores reforma (ley de actualización del Código anterior, de 21 de junio de 1989), hacia la consolidación de la libertad sexual como bien jurídico, en la práctica totalidad de todas las figuras delictivas. Por otra parte, con el nuevo Código se produce un cambio radical en la configuración de los tipos de delito.

Los cambios introducidos por el Código Penal de 1995 en los delitos sexuales han descrito una tendencia que supone, al menos en el comienzo, una evidente paradoja, así como por una parte se ha producido una despenalización o una disminución de la protección ante conductas que tenían como sujeto pasivo a menores de edad, por otra parte se advierte cierta expansión en el seno de algunos tipos delictivos respecto a la protección de aspectos de la libertad sexual de personas mayores de edad.

El Código penal de 1995 adolecía de una gran laguna jurídica en materia de pornografía infantil, aun más si se toma en cuenta el gran avance de la tecnología, de Internet y las consiguientes novedosas conductas delictuales que ello traería aparejado. O sea, limitaba la punición, tratándose de pornografía de menores, a quienes directamente los utilizaban para la creación del material pornográfico, pero no preveía directamente ninguna sanción para los que se limitaban a traficar con un material en cuya elaboración no habían intervenido³³¹.

³³⁰ BOE Núm.281, 24 de noviembre [RCL 1995, 3170].

³³¹ MORALES PRATS, Fermín, GARCÍA ALBERO, Ramón, “Artículo 189...”, ob. cit., p. 985; ESCOBAR GIMÉNEZ, R. y Otros, “Código penal de 1995”, Granada, 1999, pp. 1083y 1083.

B. La pornografía infantil en el Código penal de 1995

La pornografía infantil es tipificada por primera vez en el Código Penal de 1995. Antes de esta regulación la utilización de menores de edad o incapaces con fines, o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, podía llegar a sancionarse con algunos matices por vía de la prostitución o de la corrupción de menores. Con tres números el artículo 189 del CP tipifica la pornografía infantil de la siguiente forma:

“1. El que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con noticia de la prostitución de éste, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acudiera a la autoridad para el mismo fin si carece de medios para su custodia, incurrirá en la pena de multa de tres a diez meses.

3. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, a la persona que incurra en alguna de las conductas mencionadas en el párrafo anterior.”

Un análisis más detallado sobre los preceptos del artículo 189 CP, se afrontará en el punto dedicado a la LO 11/1999, por ahora basta con destacar la ubicación sistémica y el contenido de los preceptos.

El apartado primero conformaría el tipo básico del delito de pornografía infantil. La utilización pornográfica de menores Se castiga con la pena de prisión de uno a tres años, al que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas³³² o pornográficos. Para que se realice el tipo no es suficiente con que el menor desarrolle tareas auxiliares en el espectáculo (por ejemplo, servir bebidas a los espectadores), sino que se

³³² El exhibicionismo exige la presencia de actos obscenos, que incorporen conductas de contenido lúbrico, como por ejemplo la exhibición de genitales, o bien prácticas masturbatorias. Ver MORALES PRATS, Fermín, “El Derecho penal ante...”, ob. cit., pág. 102.

requiere que intervenga activamente en el propio espectáculo, que sea parte de él y su intervención tenga un contenido sexual³³³.

Según se ha señalado, resulta redundante el vocablo de espectáculos, pues si se utilizan a menores e incapaces en actos exhibicionistas o pornográficos se está haciendo con tales fines. Por ello, no tiene mucho sentido el empleo alternativo de las voces exhibicionistas o pornográficos, pues además de generar una posible confusión con los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, nada se gana con semejante profusión terminológica, bastando con referirse a fines pornográficos, es decir, dirigidos a la excitación sexual de quienes contemplan al menor o incapaz utilizado³³⁴.

Otro criterio no menos significativo apunta que, al referirse el número primero a espectáculo, parece que exige la necesidad de contacto visual entre el que despliega la acción con contenido sexual y el espectador o espectadores. De esa manera, en principio, se cerraría el paso a la sanción penal de los supuestos en los que es un menor o incapaz, quien atiende una línea telefónica erótica³³⁵, salvo que se quiera forzar la letra de la ley. No obstante, dado que es suficiente con utilizar al menor con fines pornográficos, también el caso descrito sería punible³³⁶.

En el segundo apartado se recoge la conducta omisiva del responsable de un menor e incapaz, que no impida la continuación en el estado de prostitución, o que no acuda a la autoridad con el mismo fin. Se castiga con la pena de multa de tres a diez meses.

En el tercer precepto del artículo 189 se establece que el Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela a la persona que incurra en alguna de las conductas mencionadas en el párrafo anterior³³⁷.

³³³ Ver GÓMEZ TOMILLO, M., “Derecho penal sexual...”, ob. cit., pág. 27.

³³⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Delitos relativos a la prostitución...”, ob. cit., pág. 273.

³³⁵ Circunstancia esta que es ampliada por la definición de material erótico aportada por la reforma 2015.

³³⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., “Derecho penal sexual”..., ob. cit., pág. 27.

³³⁷ Ver Código Penal español de 1995, artículo 189.

En relación al sujeto activo, salvo en el delito omisivo del apartado dos, en el resto de las figuras delictivas contenidas en el art. 189 CP, el sujeto activo puede ser cualquiera, incluidos otros menores o incapaces con independencia de cuál sea su responsabilidad criminal por este concepto. La conducta está referida a un sujeto activo indiferenciado³³⁸, puede ser hombre o mujer.

Ubicado dentro del Título VIII: “Delitos contra la libertad sexual”, Capítulo V: “De los delitos relativos a la prostitución”, el art. 189 del CP dispone:

“1. El que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. El que tuviere bajo su potestad, tutela guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz, y que con noticia de la prostitución de este, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acudiere a la autoridad para el mismo fin si carece de medios para su custodia, incurrirá en la pena de multa de tres a diez meses.

3. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela guarda o acogimiento familiar a la persona que incurra en alguna de las conductas mencionadas en el párrafo anterior”.

³³⁸ ORTS BERENGUER, Enrique, ROIG TORRES, M., “Delitos informáticos y delitos comunes, cometidos a través de la informática”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 130.

IV.- La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril

A. Consideraciones generales

La LO 11/1999, de 30 de abril, tuvo por finalidad revisar los tipos penales comprendidos en el Título VIII del Libro II: “Delitos contra la libertad sexual”³³⁹. La reforma se basaba en torno a revisar los tipos penales, para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de menores e incapaces, mediante la transformación de los tipos de abuso sexual, y la tipificación penal de la conducta de quienes por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición, de materiales pornográficos cuando en ellos aparezcan menores de edad³⁴⁰. Se proclama la necesidad de proteger otros bienes jurídicos además de la libertad sexual para lo que se recurre al concepto de indemnidad sexual que pasa a ser tenido en consideración en la nueva rúbrica del Título³⁴¹.

Con ello se pretendía privilegiar los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces,³⁴² cuya voluntad, carente de necesaria maduración como para poder ser considerada como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas, que sin embargo podrían ser lícitas entre adultos.

El texto de la Ley presentaba, con carácter general, un incremento punitivo en el conjunto de los delitos sexuales, pero ello no se limitaba a endurecer el castigo de los supuestos que tenían asignadas penas más suaves y a corregir algunas disfunciones en la fijación de los

³³⁹ La reforma tiene su origen en una proposición presentada por el partido Popular en el Congreso y publicada el 4 de Noviembre de 1996, en la que solicitaba la tipificación del delito de corrupción de menores y la penalización de cualquier acto que comprendiera la venta, difusión, exhibición, o facilitación de la difusión, venta o exhibición de material pornográfico infantil, tal y como recoge el siguiente texto.

³⁴⁰ Ver BOCG, Congreso, Serie D, núm. 80, del 2/12/1996, p. 17.

³⁴¹ TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “La explotación penal del menor frente al abuso...”, ob. cit., p. 58.

³⁴² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La sanción.....”, p. 256, destaca en la reforma el reconocimiento legal de la existencia en ese ámbito, y junto a la libertad sexual, un segundo bien jurídico necesitado de protección penal, en concreto la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces. Postura ésta ya adelantada por GONZÁLEZ RUS, CARMONA SALGADO, y GONZÁLEZ-CUELLAR GARCIA, en MORILLAS FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 132.

marcos penales, sino que llegaba en algunos casos a prever consecuencias punitivas desproporcionadas.

Las modificaciones más sustanciales se han producido fundamentalmente en los delitos sexuales y relativos a la prostitución y a la pornografía de menores³⁴³.

En el ámbito doctrinal se han dado reacciones muy diversas ante las reformas introducidas en el Código penal por la LO 11/1999, de 30 de abril. Algunos autores se han pronunciado de modo muy crítico frente al endurecimiento que de modo general caracteriza a la reforma, y sus deficiencias técnicas.

Así se ha invocado³⁴⁴ la búsqueda de efectos simbólicos, manifestándose que la reforma ha ido mucho más allá de la subsanación de algún defecto técnico formal en que habría incurrido el legislador en 1995.

Con duras críticas fue recibida desde la doctrina la vuelta de la figura de corrupción de menores que había sido eliminada en el CP de 1995. No obstante, sin lugar a dudas, la modificación más significativa y polémica del nuevo texto punitivo tiene que ver con la incriminación de conductas relativas a la producción o tráfico de pornografía infantil³⁴⁵. No olvidemos que en el Código Penal de 1995 se limitaba la punición para el que “*utilizare*” a un menor o a un incapaz con fines pornográficos, más no se contemplaba sanción para los que difundieran, intercambiaran o comercializaran con el material sin haber intervenido de forma directa en su elaboración o producción.

Otra de las conductas que generó una profunda discusión en la doctrina fue la *posesión para el tráfico, o producción* de este material por lo difícil que resultaba determinar cuándo se posee este material pornográfico para el consumo propio, y cuándo para la difusión, venta o

³⁴³ TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., ob. cit., p. 59.

³⁴⁴ Ver QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Reformas en el Código penal, en “La Vanguardia”, 19 de Mayo de 1999. Ver también en sentido crítico frente a la proliferación de reformas penales en un escaso período de tiempo, la Nota de la 5^a edición del Código penal, Edit. Aranzadi, 1999, p. 23.

³⁴⁵ Ver, entre otros, MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Comentarios a la Parte especial del Derecho penal”, Navarra, 2002; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Artículo 189...”, ob. cit., en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, y Otros, “Comentarios al Código penal, Parte especial”, tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

exhibición. Delito para el que se prevé una menor repuesta punitiva en comparación con la demás conductas típicas. Obsérvese que se trata de dos supuestos sobre los cuales el abrumador impacto y dominio de *Internet* sobre la circulación, tráfico y distribución de material pornográfico obligaba aceleradamente a regular su tipificación.

Por el contrario, si bien en la reforma de LO 11/1999 en relación al sujeto activo no hay cambios mayores respecto del Código Penal de 1995, sí se produjo un cambio en la redacción del sujeto pasivo. Se pasó del singular, un menor o un incapaz –en el Código Penal de 1995– al plural, menores e incapaces. Esta modificación aunque pareciera intrascendente tiene una connotación importante a nivel de la protección penal, dado que estimar un único delito cuando en el material estén involucrados más de un menor e incapaz, puede dar la impresión de una protección colectiva, es decir, que no se protege personalmente al concreto menor o incapaz. Por eso es conveniente que se valoren tantas infracciones como menores e incapaces resulten abarcados en el material pornográfico³⁴⁶.

Entre las modificaciones introducidas por el legislador en la LO 11/1999, que merecen ser mencionadas por la importancia que tienen sobre la conformación definitiva del marco punitivo, pueden señalarse las siguientes:

a) En el art.189.2, con la intención de combatir la delincuencia organizada alrededor de la pornografía infantil, el legislador agrava la pena en grado, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de actividades relacionadas a la producción, venta, distribución, difusión o exhibición de pornografía infantil. Se trata de la lucha contra las redes o grupos dedicados exclusivamente a comercializar con pornografía infantil.

b) Con esta reforma, en el 189.5 el legislador contempla la posibilidad de agravar la pena en los supuestos en que el individuo ostentador de la potestad, tutela, guarda o acogimiento de un menor o incapaz tuviera conocimiento de su estado de prostitución o corrupción y no empleara los medios a su alcance para poner fin a tal situación. Desde la doctrina se ha planteado que este precepto es de criticable factura y abierta indefinición, pues no es tarea sencilla la de averiguar qué debe entenderse por estado de prostitución o corrupción,

³⁴⁶ Ver BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Artículo 189...”, ob. cit., págs. 529 y ss.

ni parece que éstos sean los términos más apropiados para referirse a la situación vital de un menor o incapaz.

En este precepto se producen modificaciones importantes en relación al CP de 1995. En primer lugar, el cambio sistémico del punto 2, que pasa ahora a estar ubicado en el punto 4.

Además se producen modificaciones en la redacción como el que acabamos de hacer sobre la inclusión de la referencia al estado de prostitución o corrupción. Por último, también se incrementa la pena de multa que pasa de tres a diez meses en el CP de 1995, a la pena de multa de seis a doce meses en la reforma.

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual (relativa), en tanto se trata de un tipo penal en el que se sanciona la conducta omisiva llevada a cabo por el titular de la relación legal del menor a quien, entre los distintos deberes legales asignados, corresponde velar por el correcto desarrollo y formación psicofísica del menor.

El Código Penal de 1995, aprobado por la Ley orgánica 10/1995 el día 23 de noviembre, no previó este tipo de conductas, ya que no existía ningún precepto destinado a sancionar los supuestos de venta, exhibición y distribución de pornografía infantil realizados por cualquier medio.³⁴⁷

Desde el punto de vista doctrinario, la reforma ha sido objeto de severas críticas, pues se consideró que fue mucho más allá de lo aceptable.

En concreto, tras la reforma del año 1999, el inc. 1 del art. 189 pasó a agrupar dos modalidades típicas distintas.

En la letra a) se mantuvo el delito de utilización de menores o incapaces con el fin de:

- Participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, con el agregado “sean públicos o privados”.
- Servir en la elaboración del material pornográfico.

³⁴⁷ En el caso A.S. y D.J. del Juzgado de Instrucción N° 24 de Barcelona: estudiantes de telecomunicaciones fueron detenidos a través de una operación de Interpol en la que se detectó un servidor de internet en la que se ofrecía fotografías de pornografía infantil para intercambio. La policía intervino alrededor de 2000 imágenes obscenas de niños entre 3 y 15 años. También se incautaron disquetes, agendas y fotografías pornográficas de niños.

La reforma entonces mantiene el art. 189.1 del CP de 1995, o sea, la incriminación de la conducta del sujeto que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, añadiendo en el precepto 189.1. a) la frase “tanto públicos como privados”³⁴⁸, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de esas actividades”.

Se ha estimado que mientras la inserción de la expresión “tanto públicos como privados” –en la reforma de 1999– “impide seguir considerando que la mención a espectáculo implique conceptualmente un marco de publicidad, por el contrario, ello no cabría exigirlo en la utilización del menor con fines exhibicionistas o pornográficos”³⁴⁹. O sea, realizada la conducta típica, resultará inocua la naturaleza del espectáculo, sea pública o privada.

Se introduce la letra b) del primer inciso con el objeto de sancionar los distintos supuestos de distribución de pornografía infantil, donde se castiga al que “produjere vendiere, distribuyere, exhibiere, o facilitare la producción venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuese de procedencia desconocida, a continuación se castiga a quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de esas conductas”³⁵⁰.

La inclusión de “por cualquier medio” y “aunque el material fuese de procedencia desconocida” surge debido a la frecuente utilización de este sistema, utilizando material copiado en la propia red, siendo desconocido su origen, o sea que amplía el tipo a esos supuestos.

Se sanciona además en el último párrafo del inciso 1 apartado b) la posesión de material para el tráfico.

³⁴⁸ CARMONA SALGADO interpreta que se trata de una manifestación expresa, pues a esa misma conclusión podría llegarse bajo la anterior normativa, pese a que el legislador del 1995 no mencionara expresamente este extremo. Ver CARMONA SALGADO, Concha, “Delitos contra la libertad sexual”, II, en COBO DEL ROSAL, Manuel, “Compendio de Derecho penal (Parte especial)”, Madrid, 2000, p. 249.

³⁴⁹ MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra...”, ob. cit., p. 371. (En FM, p. 134).

³⁵⁰ Ver MORILLAS FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 134.

Se incorpora nuevamente el polémico delito de corrupción de menores e incapaces³⁵¹ que había sido eliminado en el CP de 1995, con la particularidad de establecer una interpretación auténtica del concepto, circunstancia que ayuda a delimitar los conceptos de corrupción y prostitución (art.189.3), además, se amplían los tipos de pornografía infantil castigando la posesión para la producción, venta y distribución de este tipo de material. Las modificaciones sustanciales tienen que ver con la ampliación y/o expansión del delito de pornografía infantil. además de la agravante cuando el culpable pertenezca a una organización criminal (art. 189.2)Este último supuesto castiga a todas aquellas organizaciones, redes, o grupos dedicados a comercializar con la pornografía infantil procedente principalmente de revistas, videos y difusión de imágenes a través de internet, siempre y cuando exista una organización destinada a la delincuencia organizada.

B. El retorno de la corrupción de menores

En el art.189.3 CP se introduce el delito de corrupción de menores o incapaces³⁵², que ya había sido suprimido en el código de 1995. Ello supone la recreación del antiguo delito, aunque la configuración del tipo y su ubicación sistemática se apartan de sus antecedentes legislativos.

El regreso de este tipo penal busca dar respuesta al clima de alarma social creada alrededor de varios casos de abusos a menores en la sociedad española. Esto es encontramos sus motivaciones en una opinión pública mediatizada, y no en la existencia de una necesidad real de protección de bienes jurídicos. Se criminaliza de esta forma actos que ya se encuentran

³⁵¹ Aparece contemplada ahora en el art. 189, inc. 3, del CP, puniendo al que “haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste...”

³⁵² La iniciativa a nivel de la jurisprudencia puede ubicarse en el contenido de la conocida STS de 16 de septiembre de 1996, a la que siguieron otras como la Proposición no de Ley presentada por el GPP el 4-11-1996 y la Recomendación del Defensor del Pueblo presentada el 28-11-1997. Véase FERNÁNDEZ TERUELO, J., “Ciberdelitos. Los delitos...”, ob. cit., pág. 57.

castigados de algún modo en la norma penal, con la creencia de que otros tipos delictivos son insuficientes para cubrir adecuadamente las lagunas o déficit de incriminación³⁵³.

La presencia de esta figura delictiva aparece perturbadora, en la medida que permite castigar conductas que no deberían merecer la atención del Derecho penal³⁵⁴. Pensemos en qué conductas podrían ser las subsumibles en el nuevo tipo, que al mismo tiempo no sean constitutivas en régimen de autoría o de participación de delito de agresión sexual, abuso sexual, inducción a la prostitución (interpretada en el sentido aquí sostenido) o utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (delito ampliado suficientemente en relación a la versión de 1995).

Dada la configuración que ha adquirido el tipo delictivo tras el debate parlamentario y la benignidad de la pena fijada, es evidente que el sentido de la nueva versión de esta figura, no es el proclamado en su momento por los promotores de la reforma que no sólo preveían una respuesta punitiva suficientemente grave a hechos castigados con excesiva benignidad con arreglo al Código de 1995, sino el de servir como tipo residual o cláusula de cierre del sistema en materia de protección sexual al menor³⁵⁵.

El concepto de corrupción de menores ha sido muy criticado por ser demasiado amplio, y por la carga moral de su contenido. Así puede apreciarse en la definición en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Título VIII del Código Penal³⁵⁶, pretendía definir en un doble sentido los actos de corrupción, como “aquellos actos encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual precoz o prematura, así como los actos de naturaleza sexual cuya intensidad, persistencia o continuidad pueden alterar el proceso normal

³⁵³ PÉREZ CEPEDA afirma que el retorno del delito de corrupción de menores se debió a las insatisfactorias consecuencias punitivas que se derivan de la aplicación del delito de abuso sexual cometido con abuso de autoridad ...la jurisprudencia ofrece un concepto muy amplio de corrupción, que viene a ser como un cajón de sastre al que reconducir cualquier conducta de naturaleza sexual subsumibles en otros tipos delictivos, siempre que sea un menor el sujeto pasivo y sea difícil probar la ausencia de su consentimiento, propiciando una expansión punitiva en la praxis que llevó a sancionar contactos sexuales con menores que, en modo alguno, afectaban a bienes jurídicos merecedores de protección. Ver PÉREZ CEPEDA, A.I., “Un ejemplo más del Derecho penal simbólico: el delito de corrupción de menores”, en Revista “Actualidad Penal”, N° 22, 2001, pág. 475.

³⁵⁴ TAMARIT SUMALLA, P., ob. cit., p. 114.

³⁵⁵ Ver MORALES / GARCIA, ob. cit., pág. 294.

³⁵⁶ Véase Proyecto de Ley que posteriormente conformaría la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

de formación o desarrollo de la personalidad de aquellos”³⁵⁷. En esta definición se castiga cualquier forma de iniciar al menor en el sexo, por ejemplo a través de enseñanzas desviadas, sin necesidad de que se practiquen actos de naturaleza sexual. Así, se afirma reiteradamente en muchas sentencias³⁵⁸ que asientan doctrina y jurisprudencia sobre el alcance del delito, incluso antes de la reforma comentada. Finalmente, versión plasmada en el Código, se aleja bastante de este modelo³⁵⁹.

Art. 189.3: “El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses”.

Este es, pese a no aparecer el “nomen iuris” en el citado precepto, el delito al que hace referencia la nueva rúbrica del capítulo “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores” y a que alude la Exposición de Motivos, “que en una redacción que no ha sido adaptada a las modificaciones producidas en el definitivo tratamiento legal de esta figura delictiva respecto al previsto en el Proyecto, señala como una de las necesidades que da origen a la reforma la de “reintroducir el delito de corrupción de menores e incapaces por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos”.

Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS entiende por corrupción de menores “cualquier comportamiento que pueda fomentar en el menor actitudes sexuales que se alejan de las pautas sociales mayoritarias, es decir, de la moral sexual colectiva sin tener en cuenta si ello supone un atentado a su libertad sexual o no”³⁶⁰.

³⁵⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., ob. cit., pág. 147.

³⁵⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 2936/1993, de 27 de diciembre [RJ 1993\9800], que contempla la corrupción de menores cuando se avasallan las facultades anímicas, mente y voluntad, del menor corrompiéndolo sexualmente.

³⁵⁹ Ver TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual”, Ed. Aranzadi, 2000, pp. 57 y ss.

³⁶⁰ Ver DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La protección de la libertad sexual”, Barcelona, 1985, p. 175.

Por el contrario, BLANCO LOZANO³⁶¹, evitando en el concepto todas aquellas referencias moralizantes –como vicio, perversión o depravación–, lo define como “la ejecución de uno o varios actos de naturaleza sexual con un menor de edad, (corrompido o no), que le causen un perjuicio en su desarrollo sexual”. De esta forma intenta suprimir del concepto, la moral sexual. Procura así el avance hacia una definición conceptual construida sobre conductas observables y no sobre juicios subjetivos venidos de una pretendida moral sexual colectiva.

Al respecto TAMARIT SUMALLA³⁶² valora la reforma como un avance respecto a la regulación del Código Penal de 1995 en la medida en que quedaron cubiertas algunas lagunas legales en la protección sexual de la infancia.

GIMBERNAT ORDEIG también la valora poniendo como ejemplo la situación de desamparo en que habían quedado los menores como consecuencia de la aplicación del código de 1995, hace referencia a un fallo del Tribunal Supremo en el cual condenó solo a pena de multa a un padre “que acariciaba los senos y órganos sexuales de su hija de doce años de edad, llegando incluso en alguna ocasión a introducir sus dedos en éstos”³⁶³. Si bien es atendible lo manifestado por el autor, también se debe reconocer las aristas negativas de esta reforma.

Al decidirse el legislador por derogar la figura de corrupción de menores en el Código de 1995, no advirtió posibles consecuencias, pero de allí, como sostiene TAMARIT SUMALLA, a reinstaurar su figura existe un abismo³⁶⁴. La confusión resulta si no se considera que el principal problema del Código de 1995 estaba en la definición de los abusos sexuales con prevalimiento, especialmente la pena prevista para los mismos, algo que podría haberse subsanado elevándola, sin regresar a tiempos pasados de la historia legislativa. Y sin los defectos en que se ha incurrido con la reforma en relación a los abusos.

³⁶¹ Ver BLANCO LOZANO, Carlos, “Delitos relativos a la prostitución: conceptos de prostitución y corrupción de menores. Perspectivas jurídico-incriminadoras ante el nuevo código penal de 1995”, en “CPC”, nº 61, 1997, pp. 127 y ss.

³⁶² TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., ob. cit., p. 63.

³⁶³ Ver GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Prólogo a la 5ª edición del Código Penal”, Edit. Tecnos, Madrid, pp. 16-19, insistiendo en el prólogo de la 3ª edición.

³⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., p. 63.

Para concluir, y más allá de lo manifestado por GIMBERNAT, es necesario destacar que la calificación de los hechos narrados por el autor, con la reforma de la ley 1999 constituirían abuso sexual, y no corrupción de menores, y que para esta última infracción la ley ha fijado simplemente una pena alternativa de prisión hasta un año o multa³⁶⁵.

En el tipo no es necesario ni la coacción, ni el engaño o abuso, basta con la mera inducción al menor o incapaz a que realice prácticas de naturaleza sexual.

c) Los tres apartados del art.189 en el Código Penal de 1995 pasan a cinco en la reforma de 1999, manteniéndose los tres existentes en el Código de 1995, que aunque con cambios significativos, se corresponden al primero, cuarto y quinto de la reforma.

En el Título VIII: “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”, Capítulo V: “De los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores”, conforme a la redacción de la LO 11/1999, el art. 189 del CP dispone:

“1. Sera castigado con prisión de uno a tres años:

a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, o facilitare la producción, venta, difusión, o exhibición por cualquier medio, de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuese desconocido.

A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.

2. Se impondrá la pena superior en grado, cuando el culpable perteneciere a una organización y asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

³⁶⁵ Idem nota anterior.

3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

5. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior. Artículo 190. La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia”.

V.- La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

A. Consideraciones generales

En la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se acentúa la propensión represiva aumentando la pena máxima de prisión de 3 a 4 años, y continúa la tendencia expansiva del artículo 189 del CP, quedando conformado por ocho preceptos³⁶⁶: a) Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad. b) Respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas, e introduciendo dos nuevos tipos; como la posesión para el consumo propio del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces; o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual infantil, donde no han sido utilizados directamente menores o incapaces, pero se emplea su voz o imagen modificada o alterada. Además, la previsión de circunstancias agravantes que implican un importante incremento en la pena, de cuatro a ocho años de prisión, y se posibilita la imposición de cualquiera de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Esta reforma se ajusta a las exigencias de instrumentos normativos internacionales, sobre todo a los provenientes de la Unión Europea. En general, la tipificación penal de la explotación sexual de menores, y en especial la pornografía infantil a través de Internet, responden a los compromisos adquiridos en la Acción Común adoptada por el Consejo de la Unión Europea de 29 de Noviembre de 1996, renovada en diciembre de 2000, mediante la cual, los Estados miembros se comprometieron a revisar sus respectivas normativas nacionales y a tipificar penalmente la explotación sexual de menores en general, incluida la pornográfica, con particular mención al uso de Internet³⁶⁷.

³⁶⁶ Exposición de Motivos de la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

³⁶⁷ ORTS BERENGUER, Enrique, ROIG TORRES, M., “Delitos...”, ob.cit., pp. 126 y 127.

Aunque las previsiones contenidas en el art. 9 del Convenio de Cibercriminalidad de Budapest³⁶⁸ estaban ya recogidas en la reforma anterior de 1999, faltaba la incriminación de la posesión para el propio consumo de pornografía infantil que ha sido contemplada en esta reforma y a la vez muy criticada. Sin embargo, el fundamento que marca las pautas o directrices operantes en el artículo 189 de la reforma por LO 15/2003, de 25 de noviembre, es la Propuesta de Decisión Marco del Consejo Europeo relativa a la lucha contra la Explotación Sexual de los Niños y la Pornografía infantil³⁶⁹ –todos los tipos descritos en el articulado, supuestos de hecho y consecuencia jurídica, aparecen expresamente recogidos en el mencionado documento internacional, a excepción de la exhibición y de las circunstancias agravantes referentes al menor de 13 años (el texto internacional lo circunscribe en diez años) y el carácter degradante o vejatorio de las mismas³⁷⁰. Circunstancia ésta que parece fundamentarse en el acercamiento de las legislaciones europeas, lo que produce a la vez no pocos inconvenientes pues para legislar, se mira hacia afuera y no a los problemas locales sociales españoles.

En el marco del Derecho italiano, CADOPPI³⁷¹ ya ha manifestado su preocupación por esta circunstancia, al considerar que la Ley italiana creada al efecto –en referencia a la Ley contrala explotación de la prostitución, la pornografía, el turismo sexual en perjuicio de menores, como nueva forma de reducción a la esclavitud, núm. 269, de 3 de Agosto de 1998– no es propia de Italia sino de la Comunidad internacional.

En relación a la obediencia a los documentos internacionales es conveniente advertir que, si bien resulta pertinente la unificación, y coordinación de la legislación internacional en materia de la criminalidad organizada, en especial la que utiliza el ciberespacio como escenario donde desarrolla sus actividades, también es cierto que tomar las recetas y vaciarlas tal cual en las legislaciones nacionales, puede conllevar a que se legisle de espaldas a la realidad social de

³⁶⁸ Ver Convenio sobre Cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2001, Budapest.

³⁶⁹ Ver Resolución Legislativa del Parlamento Europeo aprobada en su Acta del 12/06/ 2001 (A5-0206/2001).

³⁷⁰ Ver MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., ob. cit., pp. 139 y ss.

³⁷¹ CADOPPI, A., “Commento art. 1”, en CADOPPI, “Commentari”, ob. cit., p. 463.

cada país y que se tipifiquen conductas que antes que resolver, crean más problemas al interior de cada Nación.

Antes de iniciar el análisis de los preceptos que contiene el art. 189 de la LO15/2003 conviene señalar que parte de la doctrina considera negativa la valoración de la reforma, puesto que concluyen que el Derecho penal interviene en ámbitos, en los que no resulta sencillo determinar bien jurídico afectado alguno³⁷².

En el artículo 189.1 a) se siguen incriminando las tres modalidades típicas que estaban previstas en la reforma de 1999, a saber:

a) El tipo básico, esto es, *la utilización* de menores e incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados. Se agrega “cualquiera sea su soporte”, a fin de abarcar todo tipo de dispositivo en donde pueda insertarse el referido material.

b) La posesión destinada a distintas actividades.

c) La facilitación de material pornográfico, inserta en un párrafo independiente, y el aumento del límite máximo de la pena que va de tres años a cuatro.

La novedad más importante en la reforma es la creación del inciso 2º del art. 189, donde se tipifica la posesión simple del material³⁷³, circunstancia contemplada en la mayoría de las legislaciones europeas en términos muy similares. En este caso el requisito necesario es poseer al menos un documento independientemente del soporte en donde se halle, en el que aparezca un menor o incapaz desarrollando algún comportamiento de naturaleza pornográfica. Este tipo

³⁷² Ver FERNÁNDEZ TERUELO, J., “Ciberdelitos. Los delitos...”, ob. cit., pág. 62.

³⁷³ La posición del autor es totalmente contraria a la punición de la tenencia simple de materia -siempre y cuando esté destinada al uso personal del sujeto-, puesto que con ello se retoma el bien jurídico moral pública, en virtud del cual se intenta imponer qué actitudes sexuales son correctas y cuáles no, bajo unos planteamientos que para nada responden a los de un Estado social y democrático de Derecho y sí a tiempos pasados, ya que la relevancia práctica del precepto es nula -cuantitativamente puede haber millones de españoles con material pornográfico en su poder (bastaría con entrar a una página *web* de pornografía infantil)- para desarrollar las conducta típica, (...) el material que posee le pedófilo estará orientado no sólo a su propio disfrute, sino también al intercambio con otros individuos, por lo que podría ser enfocada esta acción en virtud de la posesión orientada a la venta, distribución, exhibición o facilitación contempladas en el apartado 1 b). Ver MORILLAS FERNÁNDEZ, D., ob. cit., pp.141 ss.

penal ha dado lugar a grandes controversias doctrinales, habiendo sido tildado de hasta inconstitucional. Su análisis será tratado en el capítulo correspondiente al tipo penal.

En el 189.3 se contempla un catálogo de circunstancias agravantes no existentes hasta el momento –a excepción de pertenecer a una asociación u organización que se dedicare a la realización de tales actividades, que ya estaba consignada en la LO de 1999 en el art. 189.5–: la utilización de menores de trece años, el carácter degradante o vejatorio de los hechos desarrollados, la gravedad económica del hecho, la representación de menores víctimas de violencia física o sexual y –la más acertada de todas– la de ser el responsable un tutor, curador, maestro, o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

Algunos preceptos se mantienen en los mismos términos que la ley anterior con la salvedad del orden sistemático. Así, en el artículo 189.3 referido al delito de corrupción de menores que pasa a ser el apartado cuarto, en vez del tercero, y en los mismos términos que el anterior, lo más significativo es que se suprime la multa, y se mantiene la pena de prisión de seis meses a un año.

Tanto antes como ahora la indeterminación del precepto resulta evidente y la inseguridad jurídica que provoca aún mayor. El legislador en su afán de no dejar ningún hueco en a la protección penal de la indemnidad sexual, a la que alude en la Exposición de Motivos en la reforma de 1999 y en la rúbrica del Título VIII, ha dejado en manos del legislador una peligrosa arma que éste puede llegar a utilizar como último recurso para castigar penalmente cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no esté comprendido en los supuestos expresamente previstos en los otros delitos, deba ser castigado.

En el apartado 5° también las novedades son de cambio sistemático. Esto es, del párrafo cuarto pasa al quinto del tipo penal, en los mismos términos que hasta ahora; y la ampliación de la consecuencia jurídica a la optatividad discrecional del Juez para imponer bien una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

El apartado 6° no presenta ninguna novedad salvo su ubicación sistemática, antes era el 5°, al igual que la anterior reforma vuelve a autorizar al Ministerio Fiscal a promover las acciones de prostitución y corrupción de menores.

En el apartado 7º se sancionan los supuestos de pornografía virtual o pseudo-pornografía, para quien realizara las conductas previstas por el 189 apartado 1, si se hubiera utilizado la voz o la imagen alterada o modificada del menor.

En la inclusión del apartado 8º, nos encontramos con una novedad ya que prevé la posibilidad de imponer las medidas del art. 129 del Código Penal³⁷⁴, a las personas jurídicas en función de las acciones ilícitas –relacionadas con la pornografía infantil– que realizan las personas físicas que operan para dichas organizaciones. Fundamentado en la peligrosidad objetiva de tales personas jurídicas su aplicación está orientada a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma tal como lo establece el punto 3 del art. 129. La aplicación de estas consecuencias jurídicas es totalmente independiente de la agravación de la pena contemplada para la persona física en el art. 189.3.e)³⁷⁵.

Si bien el precepto hace referencia a los apartados anteriores, en los únicos casos que podría concretarse su aplicación sería en los apartados 1 y 7 (pornografía infantil y pornografía virtual de menores e incapaces), donde podría vincularse al autor con la pertenencia a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a esas actividades. Por lo tanto no se aplicaría en el apartado 2º (posesión simple), en el 3º (circunstancias agravantes), en el 4º (corrupción de menores e incapaces, sería discutible si

³⁷⁴ El artículo 129 del Código Penal español establece: “1. El juez o tribunal en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años; b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación; c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años; e) la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La Clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad a la actividad delictiva y los efectos a la misma”.

³⁷⁵ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Artículo 189...”, ob. cit., págs. 570 y ss.

pueden aplicarse³⁷⁶), en el 5º (conducta omisiva de garante), en el 6º (actuación del ministerio fiscal).

La peligrosidad objetiva de la persona jurídica estará determinada por la realización de la conducta contraria a la ley de uno de sus miembros, en el marco de actividades delictivas. En este caso el culpable no es precisamente la persona física que realiza la acción delictiva, sino la sociedad, empresa, fundación o asociación de la que forma parte.

El concepto de “asociación” coincide con el de asociación ilícita del art. 515 CP, es decir debe tratarse de un conjunto de tres o más personas organizadas, aunque sea de forma transitoria, para llevar a cabo estos delitos. El concepto de “organización” es más preciso, aunque por razones de seguridad jurídica debe interpretarse como equivalente al de asociación.

En relación al pronunciamiento de la doctrina sobre la inclusión de este precepto, se apreciaba aceptación por su eficacia para impedir la comisión de nuevos delitos. Sin embargo, en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, fue suprimida esta norma y sustituida por el nuevo artículo 189 bis, que a su vez remite al nuevo artículo 31 para la determinación de las personas jurídicas³⁷⁷.

³⁷⁶ En relación al art. 194 del Código Penal español que contempla la disposición común aplicable a los delitos sexuales de los Capítulos IV y V, este precepto va mucho más lejos. Siguiendo a BOLDOVA PASAMAR, podemos apuntar la diferencia en:

a) En el precepto estudiado (art. 189.8) se sujetan los establecimientos o locales a la existencia de una sociedad, organización o asociación criminal; en el art. 194 no necesariamente se vinculan a las agrupaciones mencionadas.

b) El apartado 8 del art. 189 establece que además de locales o establecimientos, se pueda imponer la clausura temporal o definitiva también a empresas, el requisito es que se dediquen a la realización de actividades de pornografía infantil, no es necesario que la empresa, sus locales o establecimientos hayan sido utilizados en la realización de dichas actividades. Donde si convergen tanto los art. 189.8 y 194 es en la limitación de la clausura temporal a cinco años, así como la posibilidad de adoptarla con carácter cautelar o durante la tramitación de la causa. Además de las anteriores consecuencias jurídicas accesorias para los delitos del art. 189 se puede aplicar otras como: la disolución o la suspensión de las actividades de la sociedad, asociación o fundación por un plazo que no deberá exceder de cinco años, y que podrá acordarse durante la tramitación de la causa; también podrá prohibirse la realización en el futuro de actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito con carácter definitivo o temporal, sin que pueda exceder de cinco años; y, finalmente, la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que pueda exceder de un plazo máximo de cinco años. Ver BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Artículo 189...”, ob. cit., págs. 569 y ss.

³⁷⁷ PARRA GONZALEZ, A., “Los delitos de pornografía infantil en la red...”, Universidad de Salamanca, España, 2011, p. 229.

B. Redacción de los tipos penales

Conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el art. 189 del Código penal queda redactado en los siguientes términos:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.

d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.

e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

6. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

VI.- La LO 5/2010, de 22 de junio

A. Consideraciones generales

El preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio³⁷⁸, justifica la extensión y variedad de temas que aborda la reforma en función de las obligaciones internacionales contraídas en el ámbito de la armonización jurídica europea³⁷⁹; de la cambiante realidad social que determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas³⁸⁰; de ciertas carencias o desviaciones evidenciadas a partir de la aplicación del CP que es preciso corregir; y, por último, hace referencia a que las continuas y profusas modificaciones introducidas al texto original de 1995 han generado efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección³⁸¹.

En el ámbito de los delitos sexuales, junto al acrecentamiento del nivel de la protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil³⁸².

En lo que se refiere a los Instrumentos Internacionales, se plantea que “respecto de esas obligaciones derivadas de la pertenencia de España a un ámbito jurídico y político de la

³⁷⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010.

³⁷⁹ Aunque uno de los motivos de la reforma era la armonización de la legislación con la normativa europea, el legislador español se apresuró al momento aprobar La Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre y no esperó a que se aprobara la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, (relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil). La consecuencia obvia fue que un mes después de aprobada la LO 15/2003 era necesario una nueva reforma para incorporar lo establecido en la Decisión Marco. Véase MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Cuestiones Conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil”, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coord.), “Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 191.

³⁸⁰ Cabe preguntarse: ¿Dónde se produce el debate a partir del cual se concluye la necesidad de que se que se penalice nuevas conductas? En los medios de comunicación a partir de casos particulares y esporádicos se realizan campañas informativas y se suceden programas que difunden tendencias, sin embargo, la opinión pública no se resume en las noticias que interesadamente reproducen los medios de comunicación.

³⁸¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ésta Ley entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

³⁸² BOE-A-2010-9953, Boletín Oficial del Estado, núm. 152, miércoles 23 de junio de 2010, Sec. I, pág. 54817.

importancia de la Unión Europea solo puede expresarse satisfacción, sin perjuicio de que alguna formulación legal pueda ser objetada por razones técnicas. Pero si esa adecuación es la finalidad, y se tiene en cuenta también que la UE recomienda la armonización de los sistemas penales en todo aquello que pueda ser preciso. A ello se suma, por mor del requisito de doble incriminación que para acceder a la extradición se exige, que esas conductas, tipificadas en otros Códigos europeos, serán aquí impunes”.

Por otra parte, vale acotar que en los Instrumentos internacionales se insta a los países a que recojan en su normativa interna las tipificaciones que ellos establecen, lo que no significa que estén obligados a ello, sobre todo cuando la doctrina mayoritaria del país señala la improcedencia de la aplicación de la norma por no ser coherente con los principios constitucionales en un Estado social y democrático de Derecho. El preámbulo IV de esta Ley reconoce abiertamente que la norma dictada choca con principios elementales del Derecho penal que la Constitución ampara³⁸³.

De todos los documentos citados en ésta Ley³⁸⁴, interesa destacar, por la referencia directa que hace al tema objeto de estudio, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Vale advertir, no obstante, que casi todo lo que establece este instrumento fue incorporado en reforma anterior 15/2003 de 25 de noviembre³⁸⁵: “Resulta indudable que en

³⁸³ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Preámbulo IV.

³⁸⁴ En la disposición final sexta de la Ley se hace referencia a la Incorporación de Derecho de la Unión Europea. Y se mencionan las siguientes normas: *Decisión Marco 003/568/JAI* del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. *Decisión Marco 2004/68/JAI* del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. *Decisión Marco 2004/757/JAI* del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. *Decisión Marco 2005/212/JAI* del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. *Decisión Marco 2005/222/JAI* del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información. *Decisión Marco 2008/919/JAI* del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo. *Decisión Marco 2002/629/JAI* del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. *Directiva 2008/99/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal. *Directiva 2003/6/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).

³⁸⁵ El tipo que faltaba por incorporar en la legislación española para recoger en su totalidad la Decisión Marco 2004/68/JAI era el denominado *grooming* previsto en el artículo 183 del CP a partir de la LO 5/2010 de 25 de noviembre.

los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores, el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” que comprende los arts. 183 y 183 bis”³⁸⁶.

El art.189 del CP continúa el modelo de las reformas anteriores aumentando las penas y agregando nuevos tipos tales como “el que *captare*”, “*se lucrare u ofreciere* pornografía infantil”. Las penas para los agresores sexuales se amplifican y se introducen nuevas medidas de seguridad como la libertad vigilada posterior al cumplimiento de pena de prisión.

Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internamente denominado *childgrooming*, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En relación al segundo elemento en el que se justifica la reforma al Código Penal nos preguntamos: ¿Qué significa la realidad social cambiante a que hace referencia la Exposición de motivos? A juzgar por las últimas reformas, significan la necesidad de más control, mayor represión, penas más largas, criminalización de nuevas conductas. Lo extraño es que la transformación social siempre apunte al mismo lado, y no suceda lo contrario; no hay cabida para que la transformación implique que se descriminalicen o despenalicen conductas.

Desde la exposición de motivos del Anteproyecto de esta Ley, se planteaba la necesidad de la reforma por el acaecimiento en los últimos tiempos, de casos de especial gravedad que

³⁸⁶ Exposición de Motivos LO 5/2010, de 22 de junio.

han provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en los que las víctimas son menores de edad, y se hacía referencia al caso de la niña Mariluz Cortés que durante los últimos años ha tenido gran repercusión mediática.

En la misma línea de las reformas anteriores, se continúa apostando por la pena privativa de libertad como panacea para mantener alejado de la sociedad a los autores de los delitos considerados de extrema gravedad: delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Para ello se modificó el artículo 36 de forma que en los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años se exigirá el cumplimiento³⁸⁷ de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado.

Dicho art. 36 del CP no abarca a todos los delitos con penas superiores a cinco años de prisión, sólo se aplicará a los pederastas, terroristas y grupos organizados. El preámbulo de la reforma señala que el mecanismo que se está imponiendo es más flexible, se elimina el automatismo de darle a todos los que infringen la norma el mismo tratamiento, y la forma como se pretende adecuar este trato diferencial es dejar en manos de los jueces y los tribunales la decisión de acuerdo con los criterios de la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente.

No podemos dejar de asociar esta flexibilización con los postulados del Derecho penal de autor, retomados y retocados por el Derecho penal del enemigo que plantea un tratamiento diferente entre ciudadanos e individuos que violenten las normas básicas que rigen la sociedad y representan una amenaza para el orden social. En un sentido más amplio, podemos afirmar que este tipo de reforma responde al modelo de seguridad que interviene sobre determinados grupos de riesgo formados por individuos peligrosos que deben ser alejados de la sociedad.

En la justificación que se hace en el preámbulo III, se expone que la remodelación del llamado periodo de seguridad garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la

³⁸⁷ Proyecto de Ley de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007.

resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma³⁸⁸.

¿A qué otros fines se refiere la nueva legislación? Se ha sostenido³⁸⁹ que ésta responde a una línea político criminal común en España, y otros Estados de la UE dirigida al endurecimiento de la ley penal. Es así como frente a la amplia solicitud doctrinal, de que se supriman o flexibilicen los llamados períodos de seguridad, la decisión que se toma es justamente la contraria: ampliarlos a más delitos. La causa hay que buscarla en el impacto de los graves delitos asociados a la pederastia. En todo caso, la extensión del régimen excepcional de ejecución penitenciaria debiera propiciar una reforma de la Ley General Penitenciaria y del Reglamento.

Respecto a que la pornografía infantil está contemplada dentro de los delitos expresamente previstos para la aplicación de medidas de seguridad con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad, consideramos oportuno señalar posibles consecuencias, y el fin de la pena perseguidos con la aplicación de la nueva medida de libertad vigilada en los delitos sexuales.

³⁸⁸ El punto 2 del artículo 36 quedó redactado como sigue: “Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer efectuarse hasta el cumplido de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código; b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; c) Delitos del artículo 183; d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior”.

³⁸⁹ Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2009. Examen crítico de las líneas maestras de la reforma propuesta”, en trabajo presentado en el XXI Congreso de Alumnos Universitarios de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009, págs. 2 y ss.

B. Medidas de seguridad

Posteriormente al “caso Mariluz” el Grupo Parlamentario Popular presentó una propuesta no de ley que, tras el trámite de presentación de enmiendas, fue aprobada el 3 de junio de 2008 e incluía la introducción de medidas de seguridad post penitenciarias para delincuentes patológicos con pronósticos de reincidencia, como al final ha recogido la reforma.

En el número IV del Preámbulo de la Lo 5/2010, se hace referencia a la inocuización y a la libertad vigilada como medida de seguridad necesaria para evitar el riesgo de reincidencia en supuestos de especial gravedad donde el efecto rehabilitador de la pena se ve obstaculizado³⁹⁰.

Se afirma que, aun cuando la inocuización, prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad es contraria a principios elementales del Derecho penal amparados por la Constitución, se justifica cuando se trata de valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad.

El término inocuización del delincuente se vincula al positivismo criminológico. En VON LISZT constituía uno de los tres fines de la pena funcional en términos preventivos especiales: la intimidación individual se dirigía al delincuente ocasional; la resocialización, al delincuente reiterado corregible; y la inocuización, al delincuente de estado incorregible³⁹¹.

³⁹⁰ En la nueva normativa se define la libertad vigilada como una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código. Véase Preámbulo de la LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CPE.

³⁹¹ Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a., “*El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos*”, Libro Homenaje al Dr. Barbero Santos, Cuenca, 2001, pág. 699. Ver VON LISTZ, Franz, “La idea del fin en el Derecho penal, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882”, Intervención y nota biográfica de José M Z. E., Ed. Comares, Granada, 1995.

De acuerdo con lo expuesto en el Preámbulo punto IV, el objetivo de la aplicación de estas penas –y que rige toda la reforma– estaría en función de *la protección a las víctimas, y a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente*, es decir, que se utilizarán penas neutralizadoras, posteriores a la penas de privación de libertad en personas que se consideren corregibles, rehabilitables. Llama la atención que en nuestros días se declare como fin de la pena, medidas que en el positivismo criminológico eran consideradas sólo en casos extremos a delincuentes incorregibles. La intención es que los condenados no recuperen su libertad total de movimientos, mientras no haya confirmación y garantía total de su rehabilitación³⁹². Se afianza también en el alegato de que la pena privativa de libertad no logra responder plenamente a sus objetivos de prevención especial, por lo que se le asigna a la libertad vigilada, el fin principal de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad³⁹³.

La libertad vigilada en los términos fijados en la LO 5/2010 no es una medida alternativa a la pena de prisión sino accesoria-sucesiva, es decir, posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad. En los casos expresamente previstos en esta Ley el Tribunal dicta sentencia de la pena de prisión a cumplir y en el mismo dictamen se impone la medida de libertad vigilada para su ejecución posterior a la excarcelación³⁹⁴. En los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo, la libertad vigilada será de hasta diez años³⁹⁵.

³⁹² Ver “Justicia quiere imponer medidas de control a los pederastas tras cumplir condena”, en “El País”, 04/08/2008.

³⁹³ Ver Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español. (Aprobada por el Consejo de Ministro en fecha 14 de noviembre de 2008), pág. 2.

³⁹⁴ En el artículo 106.2 de la LO 5/2010 se establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

³⁹⁵ En el Anteproyecto de Reforma siempre que se refiere a la libertad vigilada se le antecede del vocablo penal, lo que evidencia cuanto menos un cambio conceptual de lo que antes era denominado como medida, Ahora es una pena sucesiva al cumplimiento de la pena de prisión. ¿Es posible una pena después del cumplimiento de la pena? Véase Anteproyecto, cit., pág. 2. Este error fue corregido en la Ley 5 /2010 y se denomina medida de seguridad post-penitenciaria.

Como el pronóstico de peligrosidad se relaciona no solo con estados patológicos³⁹⁶, sino que también se puede determinar por el pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, la medida se hará o no efectiva en función de ese pronóstico, que se realizará cuando esté próximo a finalizar la pena de prisión y debiendo ser considerado como mínimo una vez al año (artículo 98.1)³⁹⁷.

En la sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado³⁹⁸. Su duración, en fin, se mantiene en general en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada, pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad postpenitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo.

La imposición de ésta medida de seguridad incluye la sujeción de los actos imputado a alguna o algunas de las medidas especiales como: estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permita su seguimiento permanente; la presentación periódica en el lugar que se establezca; la de comunicación inmediatamente de cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo; la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización del juez o tribunal; la prohibición de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; la prohibición de comunicación con estas

³⁹⁶ El pronóstico de peligrosidad del individuo tal como está entendido en esta medida de seguridad –libertad vigilada– no sólo se asocia a estados patológicos que determinan su inimputabilidad o seminimputabilidad, sino también cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa en el sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido. Véase Preámbulo IV de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁹⁷ El artículo 98.1 CP establece que, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

³⁹⁸ La medida puede modificarse, ya en fase de ejecución, atendiendo a la evolución del sujeto y mediante un sencillo trámite que se caracteriza por un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza incluso a las víctimas que no sean parte en el proceso.

mismas personas; la prohibición de asistencia a determinados lugares o establecimientos; la prohibición de residencia en determinados lugares; la prohibición del ejercicio de determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza; la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares; la de seguir tratamiento médico externo. En suma todas estas medidas están destinadas a la neutralización del delincuente³⁹⁹.

La tan polémica castración química a los delincuentes sexuales ha sido contemplada definitivamente en la LO 5/2010, en la letra K) del artículo 106.1, donde se establece: “La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.

Según SILVA SÁNCHEZ, a la pena tutelada por el principio de proporcionalidad se suma una medida regida por el principio de inocuidad. Se trata de un sistema dualista con ejecución de la medida indeterminada posterior al cumplimiento de la pena⁴⁰⁰. Esta pena inocuidadora es similar a la “*Sexually Violent Predators Act*”, aplicada en EEUU en el Estado de Washington (1990) a delincuentes sexuales violentos, estimados peligrosos. En ese caso no se requiere que se constate una situación de habitualidad o, al menos una reincidencia de pasado. Los únicos requisitos eran un pronóstico de reincidencia futura, que haya afectado al menos a dos víctimas⁴⁰¹.

Para QUINTERO OLIVARES, “la libertad vigilada –ya contemplada en el sistema español en la legislación de menores– no puede tildarse sino de una decisión sin parangón en el Derecho comparado, puesto que son muchos los sistemas que establecen una vigilancia post-penitenciaria para algunos grupos de infractores, por un tiempo más o menos largo y con sistemas que a su vez difieren. Ahora bien, como ya se ha dicho, y para evitar contradicciones, la libertad vigilada ha de coherenciarse con el régimen de ejecución progresiva de la pena de libertad, si no se quiere dar lugar a que la libertad vigilada equivalga a vaciar de contenido la

³⁹⁹ Ver artículo 106.1 de la LO 5/2010, que en sus letras a) a k) establece todas las obligaciones -restricciones- que tendrán lugar con la medida de seguridad de libertad vigilada.

⁴⁰⁰ Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a., “El retorno a la inocuidad...”, ob. cit., pág. 703.

⁴⁰¹ Idem, nota 268.

fase de la libertad condicional. Mención separada es la crítica a las medidas que se pueden acordar dentro de la libertad vigilada a las consecuencias de su quebrantamiento”⁴⁰².

Por otra parte, no es defendible que esta medida pueda impedir la reincidencia en terroristas y agresores sexuales.⁴⁰³ En el caso de los terroristas no existe constancia histórica de su tendencia a reincidir; antes bien, las largas condenas penitenciarias los terminan alejando tanto de la ideología del grupo como de la militancia activa. En el caso de los pederastas y agresores sexuales, los niveles de reincidencia son bajos y no justifican, en todo caso, esta pena de libertad vigilada.

Las advertencias de Instituciones Penitenciarias señalan que en España cumplen condena por agresión sexual unas 2.500 personas, de las cuales solo el 20% vuelve a cometer delito en los cuatro años siguientes a su salida de prisión, frente al 40% de promedio de reincidencia para el caso del resto de los delitos.⁵⁶⁹ Este porcentaje se reduce considerablemente en los casos que siguen programas especiales de tratamiento psicológico.

Así lo demuestra un estudio realizado en el año 2002 en la cárcel de Brians: para un período de seguimiento promedio de cuatro años la tasa de reincidencia que sería esperable del 18% se redujo a una del 4%. Con el tipo de medidas terapéuticas aplicadas para este caso, se notaron cambios personales en los sujetos en sus habilidades, actitudes, modos de pensamiento y controles emocionales que contribuyeron a la inhibición de la agresión sexual. Este porcentaje se reduce considerablemente en los casos que siguen programas especiales de tratamiento psicológico.

Ahora bien, la finalidad declarada de esta medida termina siendo una paradoja en la medida que pretende controlar y limitar la libertad de acción personal y su vida en sociedad posterior al cumplimiento de la condena. ¿Cumplida una pena se es libre o no? ¿Vencido el lapso de privación de libertad se recuperan o no las libertades constitucionales? Antes que una estrategia de reinserción social, esta medida es propia del modelo de la seguridad que se consolida como tendencia político/criminal en España. Se interpreta como aspiración de la

⁴⁰² Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Sobre el Anteproyecto de Ley...”, ob. cit., pág. 5.

⁴⁰³ Ver la enmienda núm. 28 presentada por el grupo parlamentario de Esquerra Republicana, Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Els Verds, citando las conclusiones de un estudio del grupo de Política Criminal.

sociedad a mostrar su intolerancia a correr riesgos con la posible reincidencia de estos sujetos, razón por la cual se continúa segregando aún después de cumplida su pena de prisión, por lo que se traduce en una verdadera forma de aislamiento y exclusión social. Se trata de blindar las exigencias ciudadanas de seguridad, manteniendo controlada la posibilidad de riesgo de delito por una posible reincidencia. No obstante, las críticas justificadas a la medida de seguridad de libertad vigilada, vemos con buenos ojos que no se aplicara todo lo que estaba previsto en relación a ésta medida en el Anteproyecto de Ley, pues se suprimió el artículo 57 bis que en su apartado 2 establecía la aplicación de esta medida como agravante en los casos que concurren las circunstancias de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad de los mismos⁴⁰⁴. Es posible que la decisión de no incluirla en la LO 5/2010 estuvo influida por las fuertes críticas que desde la doctrina se hicieron.

C. Incorporación del Capítulo II bis al Título VIII del Libro II

Se añade un nuevo Capítulo II bis al Título VIII del Libro II del Código Penal, denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», que comprende los artículos 183 y 183 bis.

Se modifica el artículo 183, quedando redactado como sigue:

“1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el

⁴⁰⁴ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español (aprobada por el Consejo de Ministro en fecha 14 de noviembre de 2008).

responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años”.

El art.183 bis dispone:

“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas

correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Se suprime el apartado 8 del artículo 189 y se modifican el primer párrafo, y las letras a) y b) del apartado 1 y el primer párrafo del apartado 3.

D. Delitos sexuales contra menores de trece años

Si bien el tema no se encuentra estrictamente relacionado con el delito de pornografía infantil, si lo puede ser con respecto al delito de Corrupción de menores, puesto que esta figura podría concursar perfectamente con las del Capítulo II bis que se trata continuación.

En el ámbito de los delitos sexuales, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, del 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁴⁰⁵. En el Título VIII del Libro II del Código Penal, se introduce un nuevo Capítulo II bis denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”. Con el contenido de este Capítulo, el legislador procura aumentar la protección de las víctimas en esta franja de edad, quienes son las que se encuentran más desvalidas. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger, adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. El bien jurídico que declara proteger mediante la incorporación de los nuevos preceptos son la indemnidad sexual, la formación y desarrollo de la personalidad, y la sexualidad del menor⁴⁰⁶.

Al respecto se ha afirmado que “en los delitos contra la libertad sexual se ubican buena parte de los problemas que han marcado la crónica negra de estos últimos años, concretamente, las agresiones a menores. La importancia de la materia está fuera de toda duda, y por eso sorprende el empecinamiento en mantener mezcladas la regulación de las infracciones penales, contra adultos y contra menores. Es un hecho que se entiende sin esfuerzo que la violencia o la intimidación no pueden interpretarse de la misma manera al margen de que la víctima sea

⁴⁰⁵ BOE-A-2010-9953, Boletín Oficial del Estado, núm. 152, miércoles 23 de junio de 2010, Sec. I, pág. 54817.

⁴⁰⁶ Véase Preámbulo XIII de la Ley.

mayor o menor, y eso da lugar a incomprensibles decisiones, como la de no estimar constitutivos de violación, el acceso carnal con un niño de dos años, por ejemplo, porque no hubo violencia. Para enmendar esa consecuencia se pasa al otro extremo: penar más gravemente el acceso carnal no violento con menores de trece años, que lo mismo hecho con violencia a un adulto. Convendría una regulación autónoma para todos los menores de dieciocho años, como propone la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la Explotación Sexual de los Niños y la Pornografía Infantil, que la Exposición de Motivos del Anteproyecto parecía acoger, pero finalmente no fue así. La necesidad de un tratamiento unitario de las agresiones a menores requiere respuestas comunes para todo el grupo de posibles víctimas.

E. Modificaciones del art. 189 del CP

La tendencia político-criminal expresada en las reformas penales anteriores se mantiene, ampliándose y profundizándose. En la pornografía infantil, además del aumento de las penas, se tipifican nuevas conductas en el artículo 189.1, el caso de la captación⁴⁰⁷ de niños para que participen en espectáculos pornográficos o en la elaboración de materiales pornográficos. La introducción de ésta nueva figura prevista en el artículo 2 b) de la Decisión Marco 2004/68/JAI nos lleva a preguntarnos ¿Cuál es la intención del legislador? ¿Acaso no está comprendido en la utilización de menores el que previo al espectáculo o a la elaboración del material pornográfico, atrae, invita, o seduce al menor o incapaz en procura de su intervención en las actividades mencionadas? O, lo que es igual, ¿quedaba impune esta conducta antes de la reforma 5/2010?

Cuando se ubica al que “captare” como tipo autónomo se está castigando estadios anteriores de la conducta –*ex ante*– del tipo básico de la pornografía infantil del CP como es la utilización.

Compartimos la postura según la cual es discutible la bondad de la inclusión de la conducta consistente en “captar” al menor con fines exhibicionistas o pornográficos, puesto que

⁴⁰⁷ Para la Real Academia de la Lengua Española, *captar* es atraer, ganar la voluntad o el afecto. Conseguir, lograr la benevolencia, estimación, atención, antipatía, etc. de otro. Véase Diccionario Real Academia Española, vigésima primera edición, tomo I, Madrid, 1992, pág. 403.

puede considerarse suficientemente cubierta por el nuevo 177 bis, que recoge la trata de personas para su explotación sexual, entendida ésta como la captación de un sujeto con el fin de su explotación sexual, incluida la pornografía (ap.1, b). La previsión simultánea de los dos tipos planteará conflictivos problemas concursales, que deberán lidiar además con la distinta naturaleza de cada uno de los delitos, pues mientras que la trata tiene un sujeto colectivo, no sucede lo mismo con el delito de captación con fines exhibicionistas o pornográfico⁴⁰⁸. Esta circunstancia se terminará resolviendo por vía de la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora bien: ¿Qué sucede si luego de que el sujeto pasivo sea captado no se produce la utilización con fines exhibicionistas o pornográficos? Cuando el legislador configura el comportamiento del que capture como tipo autónomo, se le otorga la misma consecuencia jurídica que al que utilice a los menores e incapaces con fines exhibicionista o pornográficos. Apreciamos esta homologación de conductas en cuanto a penas como un enorme error.

La equiparación del castigo en conductas que no tienen el mismo nivel de gravedad, ni afectan el mismo bien jurídico, está basada en fundamentaciones jurídicas.

De igual forma, se introduce en el apartado 1.a) del artículo 189 la figura de quien “se lucra”⁴⁰⁹ con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, también recogido en la Decisión Marco 2004/68/JAI en su artículo 2 a). Al igual que con la conducta anterior nos preguntamos si es necesario incluirla de forma expresa: ¿el que se lucra con estas actividades, no está utilizando a los menores e incapaces con fines o en espectáculos pornográficos? ¿Agrega algo nuevo ésta conducta? Nuevamente nos preguntamos: ¿cuál es la hipótesis específica que quiere recoger?

Evidentemente, la intención del legislador es acabar con la industria de la pornografía infantil, castigando el eslabón de la cadena criminal que está detrás del negocio de la explotación sexual de menores. Ahora bien, para alcanzar ésta finalidad –evitar que se sigan cometiendo abusos sexuales con el ánimo de lucro– ya existía en 189.1 b) y sigue existiendo la

⁴⁰⁸ 579 CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en ALVAREZ GARCÍA, Francisco J., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir), “Comentarios a la Reforma Penal de 2010”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 241.

⁴⁰⁹ Según la Real Academia de la Lengua Española, lucrar significa ganar, sacar provecho de un negocio o encargo. Véase Diccionario Real Academia Española, vigésima primera edición, tomo II, Madrid, 1992, pág. 1273.

figura del que vendiere o facilitare la venta por cualquier medio de este tipo de material pornográfico de menores.

¿Cuál es la diferencia entre el que se lucrare y el que vendiere o facilitare la venta de pornografía infantil? Lo primero es ubicar que el que se lucrare aparece en el 189.1 a) destinado a la conducta de forma particular y concreta tanto de la realización de espectáculos pornográficos con menores como a elaborar material con ese contenido, mientras que la venta está contemplada en el apartado b) del artículo 189.1 que hace referencia a las conductas dirigidas a la difusión y tráfico de material pornográfico. ¿Quién se lucra sin vender el material pornográfico? La conducta del que se lucra pudiera ser por ejemplo el que alquila un local a sabiendas de que en él se realizarán espectáculos de pornografía infantil; o, el que alquila equipos como cámaras, videos grabadoras y otros equipos para el mismo fin. La diferencia sería entonces que el primero –quien se lucra– saca provecho con una ganancia económica con la actividad más no se dedica a vender, producir con ánimo de lucro, que son las actividades propias del negocio o industria de la pornografía infantil. Nuevamente surge el interrogante: ¿agrega algo nuevo esta figura?

Ahora bien, la ampliación del tipo viene a cubrir algún vacío de punibilidad? Pareciera que estando ya tipificada la conducta de financiación de la utilización de menores a fines pornográficos, no es necesaria la incriminación específica de la *obtención del lucro*. Al respecto se plantea⁴¹⁰ que “quizás por un mimetismo literalista de la Decisión Marco, el legislador ha estimado necesaria la explícita mención a la obtención del lucro⁴¹¹. Dentro de esta lógica, lo que sorprende, como acertadamente observaba el informe CGPJ al Anteproyecto aprobado el 27 de octubre de 2006, es que la mención al lucro no se recoja en el segundo apartado del artículo en el que se reúnen las actividades más estrictamente vinculadas a la comercialización del producto pornográfico⁴¹².

⁴¹⁰ CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad...”, ob. cit., pág. 242.

⁴¹¹ Idem nota anterior.

⁴¹² Ciertamente, esta modalidad se asemeja a la que se introdujo en la regulación de los delitos relativos a la prostitución por LO 11/2003 para el cumplimiento del convenio Internacional para la Represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, aunque con diferencias sustanciales respecto a la misma. En efecto, el art. 188CP exige que el lucro provenga de la propia explotación de la prostitución -se lucre explotando-, mientras que el art. 189 CP no deja tan claro que el lucro provenga de la propia participación en las

En el apartado 189.1b) se agrega la figura del que ofrezca este tipo de material para la producción o venta, contemplado en el artículo 3.1 c) de la Decisión Marco 2004/68/JAI. ¿Qué hipótesis busca incluir el legislador con ésta conducta? Las últimas manifestaciones de la pornografía por *Internet* tienen que ver con el intercambio entre pedófilos. Ahora bien: ¿Cuál es la diferencia entre ofrecer y la conducta de facilitar? Pareciera que en este caso se busca penalizar al que ofrece, que es una conducta previa a facilitar –un actual *ex ante* de facilitar–. De igual forma que en los puntos anteriores, cabe preguntarse: ¿Tiene el mismo nivel de afectación sobre el bien Jurídico la conducta del que produce, vende, distribuye con el que facilita la producción del material pornográfico, más aún con el que la ofrece?

Obviamente, no sólo que el legislador al colocarlo expresamente busca castigar al que realiza la conducta como autor, lo que antes de la reforma podían conocerse como participe o cooperador necesario. Se eleva a la categoría de autoría, contribuciones que claramente son favorecedoras de la acción delictiva pero no de autoría del propio delito.

En el 189.3 las circunstancias agravantes para quienes realicen los actos previsto en el apartado1, siguen siendo las mismas que estaban previstas en la reforma anterior. Lo que si se modificó fueron las penas de prisión establecidas, que estaban estipuladas en el margen de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, y con la nueva legislación se aumentaron de cinco (5) a nueve (9) años.

Es importante señalar que esta decisión de aumentar el mínimo y el máximo de marco penal no respondía a las exigencias de los estándares europeos –no está contemplado en la Decisión Marco–, sino que fue una decisión autónoma del legislador español, siguiendo la línea de exasperación punitiva que ha caracterizado en los últimos años las reformas al Código Penal español.

La figura del art. 189.4 es la que más hace pensar en la reimplantación de la corrupción de menores, en relación a la cual, la jurisprudencia ha dicho “que su anterior desaparición en el texto punitivo, no ha supuesto la despenalización de las conductas que bajo la vigencia del

correspondientes actividades -se lucrare con ellas-. De modo que, lo que parece que en efecto se ha incluido es una específica modalidad de blanqueo no obstante la mayor benignidad de la pena prevista en el art. 189 respecto la del art. 301 CP, en lo que se desconoce si reparó el legislador, que más bien parecía apuntar al recrudescimiento penal en la material. Véase CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad...”, ob. cit., pág. 243.

código de 1973, se castigaban conforme a ella, pues en su mayor parte, pueden ser calificadas como abusos sexuales o como un delito relativo a la prostitución”⁴¹³. O sea, estamos ante un delito mediante el cual el legislador ha querido, a juzgar por sus manifestaciones en la Exposición de Motivos de 1999 que volvió a introducir en el Código, tejer una tupida red de la que sea difícil que escape un hecho sexual en el que intervengan menores e incapaces. O sea, como existen otros delitos en los que se castigan conductas sexuales, van a abundar los conflictos de normas, como por ejemplo con los delitos de abusos sexuales, agresiones sexuales, de exhibicionismo y provocación sexual, incluso e con otros delitos relativos a la prostitución, que habrían de solventarse conforme a los principios de especialidad o de consunción dando preferencia a los delitos citados sobre el del art. 189.4⁴¹⁴.

El (189.7) referido a la pseudo-pornografía describe una figura fuertemente cuestionada desde la doctrina. Tanto la redacción como la estructura sistémica quedaron exactamente igual. Debe celebrarse que el legislador español no incluyera en la reforma, el tipo referido a la pornografía de carácter *simulado o virtual puro* –contemplada en la Decisión Marco 2004/68/JAI que en su artículo 1 las define como imágenes de adultos con apariencias de niños e imágenes realista de niños inexistente–. El legislador resistió la presión que ejercieran partidos políticos y otras instituciones para criminalizar estas modalidades asignándole un supuesto efecto “provocador” de ulteriores delitos.

Además se elimina el art.189.8, del artículo referido a la aplicación de las medidas previstas para las asociaciones u organizaciones criminales, incluyéndolo en el 183.4.f)

Por último, se introduce un nuevo artículo 189 bis, que regula la participación de las personas jurídicas en actividades relacionadas con la pornografía infantil.

La otra gran novedad se encuentra en la tipificación del uso de Internet y las Tecnologías de Información y Comunicación (TICs) con fines sexuales contra menores. Así, se introduce el artículo 183 ter que regula el denominado *childgrooming*, que consiste en la utilización por parte de una persona adulta de las mencionadas tecnologías, con intención de ganarse la

⁴¹³ Ver las SSTs de 18 de septiembre, 30 de diciembre de 1996 y 28 de enero de 1997.

⁴¹⁴ VIVES ANTÓN, Tomás, ORTS BERENGUER, Enrique, y Otros, “Manual de Derecho penal. Parte especial”, Ed. Tirant Lo Blanch, 3ª edición actualizada de acuerdo con la LO 5/2010, Valencia, 2010, pp. 302 y ss.

confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual, en el precepto las penas serán agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Continuando con el análisis, la protección de los menores, también se instaura la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el artículo 39, fijándose su contenido en el artículo 46. Esta nueva pena tendrá el carácter de principal en los supuestos previstos en el artículo 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

De acuerdo con la nueva redacción del apartado 3 del art. 192, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad.

En relación a los sujetos que participan en las figuras delictivas del art. 189 no hay cambios respecto a la reforma anterior, el sujeto activo es indiferenciado, el que, con excepción del delito omisivo del apartado (189.5). El sujeto pasivo siguen siendo los menores edad o incapaces. Se introduce el artículo 189 bis referido a la participación de las personas jurídicas en actividades relacionadas a la pornografía infantil.

La primera y tal vez una de las más importantes observaciones tiene que ver con el aumento de las penas de prisión. Con la intención de homologar la legislación española a los estándares europeos, se aumenta el límite máximo del tipo básico a cinco años, con esto se responde a la exigencia de la Decisión Marco 2004/68/JAI.

Considerando que actualmente casi la totalidad de supuestos de pornografía infantil son a través de Internet y que el intercambio entre pedófilos se ha convertido en la principal forma de distribución, la figura del que *ofreciere*, pareciera dirigido a criminalizar el intercambio entre uno o un reducido número de sujetos. En este sentido, presenta diferencia con las modalidades de distribución o exhibición que exige que el destinatario sea un círculo más o menos extenso

de sujetos. Sin embargo, en especial consideración a la gravedad de la pena prevista, el principio de *ultima ratio* aconseja una interpretación en este sentido.

No queda claro si en la nueva modalidad cabe incluir la publicidad del producto pornográfico. Como ya advertía el informe al Anteproyecto del Consejo Fiscal de noviembre de 2008, hasta la reforma, esta conducta no estaba recogida con la necesaria claridad y singularidad en nuestra legislación. La tarea que ahora tiene por delante la jurisprudencia es la de delimitar el alcance de la conducta consistente en la “oferta” del material y su eventual extensión a la publicidad, en la que podrá tener en cuenta la interpretación que de ese mismo término se maneja en el delito publicitario del art. 282 CP⁴¹⁵.

En resumen, puede sostenerse que con la inclusión de estas tres figuras no se agrega nada a los tipos de pornografía infantil contemplada en el artículo 189 del CP, versión de 2003. Por el contrario, puede afirmarse que las nuevas figuras son reiterativas e innecesarias, con establecer la punición de la utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos se comprenderían todas las hipótesis especificadas el que capture, lucrare u ofreciere.

Es un inventario innecesario con la avidez de acopiar de forma amplia toda posible actividad o conducta inadecuada. Es una forma de exponer las dudas que se tienen sobre el desempeño del juez, pues se determina expresamente un listado para evitar que el juez las deje impunes. En definitiva se trata de una mala técnica legislativa demasiado casuística.

F. Redacción de los tipos penales

Se modifica el artículo 183, por la LO 5/2010, quedando redactado como sigue:

“1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

⁴¹⁵ CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad...”, ob. cit., pág. 242.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años”.

El art.183 bis dispone:

“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Se suprime el apartado 8 del artículo 189 y se modifican el primer párrafo y las letras a) y b) del apartado 1 y el primer párrafo del apartado 3.

VII.- La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

A. Consideraciones generales

La LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015, es la reforma más extensa que se ha efectuado desde la entrada en vigor del CP de 1995, en la que se modifican más de 300 artículos. Ha importado cambios extensos e intensos en el código penal de 1995. Resulta dificultoso poder seguir llamándolo Código, puesto que un Código supone una articulación sistematizada de normas jurídicas con vocación de permanencia y estabilidad. Se supone un sistema de reglas, y una técnica legislativa orientada a la seguridad jurídica.

El Código de 1995 al momento de su promulgación fue bautizado con diversos nombres, pero quizá de todos ellos el más expresivo fue el que le asignó TIEDEMANN⁴¹⁶ cuando lo denominó “el último Código europeo”. El profesor alemán se refería de este modo a que era el último texto punitivo, adaptado a los valores del estado de Derecho en Europa occidental, tras una larga dictadura y a la vez portador de resoluciones técnicas expresivas y avanzadas, de los desarrollos alcanzados en la elaboración del Derecho penal. Lamentablemente sus palabras cobran en la actualidad un significado profético y casi apocalíptico.

⁴¹⁶ En GONZALEZ CUSSAC, José Luis (Director) y Otros, en “Comentarios a la reforma del Código penal de 2015”, Ed. Tirant lo Blanch, España, Abril de 2015, (Prólogo).

La expresión de TIEDEMANN en relación al CP de 1995 subraya que fue un verdadero Código penal conforme a las características antes descritas. Tal vez fue el último europeo, pero lo que es casi seguro es que fue el último español. En más de 20 años ha soportado más de treinta reformas, algunas –como las tres de 2003, y la de 2010– muy amplias.

La actual de 2015 remata la trayectoria con significativas modificaciones tanto políticas (político-criminales) como técnicas, estructurales y formales (procedimentales).

La entrada en vigor de la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la de 23 de noviembre de 2003, ha supuesto una modificación muy importante y bastante extensiva de los tipos penales de pornografía infantil, dirigida a dotar de una mayor protección a los menores y a personas con discapacidad que necesitan especial protección, como sujetos pasivos de esta tipología delictiva. En esta modificación, la tendencia punitiva ha girado en el sentido de criminalizar cada vez más los comportamientos relacionados con el tema, hasta concluir sancionando actos de discutible licitud y eficacia político criminal, como es el caso de la simple posesión de material pornográfico infantil.

La ideología de la reforma del Código penal de 2015 responde a una concepción fundamentalmente represiva del sistema penal, en la que se evidencia un incremento de la intervención estatal con más conductas prohibidas y un endurecimiento de las penas de prisión.

En relación a la delincuencia sexual, si bien la tasa española es inferior a los demás países europeos, por lo cual ésta no sería una causa en la realidad social y criminológica, la reforma supone un aumento exponencial de conductas y sin respuesta alguna. Prácticamente todos los delitos contra la libertad sexual se ven afectados, por la tendencia expansiva punitiva, incorporándose algunas figuras novedosas.

Ciertamente, la modificación en alguna materia concreta tiene amparo en la legislación europea. Sin embargo, como se ha afirmado, “ni la intensidad, ni la extensión, ni la severidad, pueden justificarse en la transposición de las Decisiones Marco. Ni la elevación de edad de trece a dieciséis años en caso de contacto sexual con un adulto (art. 183), ni la edad de dieciséis a dieciocho años en caso de engaño (art.184) parecen razonables o posibles. No lo son si tomamos como parámetro el estándar de libertad y moralidad sexual que aportan las distintas encuestas y estadísticas. ¿Es que acaso el beso dado por un muchacho de dieciocho años

(adulto) a una menor de 15 sería típico? A ello habría que añadir la cantidad de expedientes que tramitarían por los besos lascivos dados por jóvenes de quince o dieciséis años a menores de trece o catorce años. Confiemos que la jurisprudencia y la Fiscalía recurran en todos estos casos a la excusa absoluta del 183 quater. O sea, los jóvenes españoles hasta los dieciséis años no pueden consentir válidamente en ningún aspecto de su sexualidad, ni siquiera darse un beso”⁴¹⁷.

En relación al tema que nos ocupa⁴¹⁸, se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual, a fin de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, que queda derogada por la misma.

La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este considerable aumento en las escalas punitivas, fue motivo de muy duras críticas por parte de la doctrina quienes lo consideran como un retroceso en la normativa penal.

Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor». En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos, donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años, y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la

⁴¹⁷ Prólogo de GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), en “Comentarios a la reforma del Código penal de 2015”, Ed. Tirant lo Blanch, España, abril de 2015.

⁴¹⁸ Exposición de Motivos de la Ley.

protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años– pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Por otra parte, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas y se prevé la imposición, en estos casos, de penas de hasta tres años de prisión.

En los delitos contra la prostitución, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En este segundo caso, se elevan las penas previstas con el fin de armonizar las legislaciones europeas, y se introducen nuevas agravantes para combatir los supuestos más lesivos de prostitución infantil. Se modifica el artículo 187 con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. Con este fin, se sanciona separadamente el lucro de la prostitución cuando concurren determinadas conductas que evidencien una situación de explotación, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había exigido unos requisitos para la apreciación de la exigencia de esta situación similares a los que se aplican en el ámbito de actividades laborales reglamentadas, lo que imposibilitaba en la práctica su persecución penal.

Se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil. En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en

conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida. En relación con la pornografía infantil, se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos, en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía. Por esta misma razón, se faculta expresamente a los jueces y tribunales para que puedan ordenar la adopción de medidas necesarias, para la retirada de las páginas *web* de internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a dichas páginas.

Aunque no se relaciona directamente con el tema que tratamos, es de señalar que se incorpora un nuevo delito de acoso, acecho u hostigamiento (*stalking*), mediante llamadas telefónicas continuas, seguimientos o cualquier otra fórmula que pueda lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, aunque no se produzca violencia, nuevo comportamiento delictivo que podrá ser castigado con penas de más de un año de prisión o multas de hasta 2 años –(art. 172 ter CP)⁴¹⁹–.

La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y

⁴¹⁹ Art.172 bis.1:“Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas. Se incorpora el 183 quater, que hace referencia al consentimiento.

Enunciados los cambios en forma general, procederemos a analizar las distintas variables que contempla la reforma introducida por la LO 1/2015 en los arts. 183 bis, ter y quater y el art. 189 del CP.

B. Modificaciones introducidas en los artículos 183 bis, ter y quater

La nueva figura del art. 183 bis viene a ser el sustituto del viejo art. 189.4 del CP, que tipifica el delito de corrupción de menores. Este delito pugnaba con los principios de legalidad y proporcionalidad, y no parecía muy necesario ya que hipertrofiaba la función dispensada de bien jurídico, consistente en el adecuado proceso de formación y sociabilización del menor o incapaz.

La conducta consistía en hacer participar a un menor pero mayor de 13 años –porque si no alcanzaba esa edad sería un abuso sexual–o incapaz en un comportamiento sexual, y que de ello se siguiera como consecuencia un perjuicio para la evolución o el normal desarrollo sexual del menor o del incapaz, y de todo ello debía estar ausente, además toda violencia, intimidación, disenso de la víctima, así como otros elementos cuya ocurrencia también haría surgir otras figuras como las agresiones sexuales, abusos sexuales, exhibicionismo, provocación, favorecimiento de la prostitución, de modo que su campo de aplicación era ínfimo y denotativo de superfluidad.

Tampoco puede decirse que se haya mejorado mucho, pero al menos, se han eliminado algunas cuestiones discutibles la mención a que el comportamiento de naturaleza sexual afectaría el desarrollo de la personalidad del menor y el desarrollo de su sexualidad.

Ese elemento típico era de imposible prueba, puesto aunque se pudiera constatar que algún menor o incapaz sufriera algún perjuicio en el desarrollo de su personalidad y también que hubiera participado en un momento de su vida, de algún comportamiento de naturaleza sexual, no parecía posible llegar a la conclusión de que aquél derivara necesariamente de éste con exclusión de posibles factores causales. Por suerte ha quedado descartada esa exigencia.

También ha desaparecido la referencia al incapaz, lo cual es lógico, ya que la figura se inserta en el capítulo de los menores de dieciséis años. Por tanto sólo si el incapaz es menor de esa edad, recibe la tutela, pero solo por edad, y no por discapacidad.

Determinación a presenciar o participar en actos de naturaleza sexual

El art.183 bis dispone:

“El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años”.

Son dos las conductas típicas llevadas a cabo con fines sexuales en el 183 bis, párrafo primero: determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o hacerle presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos.

Si le hubiera hecho presenciar a un menor, abusos sexuales a menores, aunque el autor no hubiera participado se le aplicará una pena de prisión de uno a tres años, La diferencia con el apartado anterior es que le hace participar en un acto de naturaleza sexual, sino en un abuso sexual de un menor.

La pena aumenta ostensiblemente en orden a lo contemplado, sin que se entienda muy bien cuál es la razón de ello.

El hecho de que lo contemplado por el menor tenga la naturaleza jurídica de un abuso sexual –delito–, y no un comportamiento –acto– de naturaleza sexual, no explica el grave aumento penológico, pues un abuso puede confundirse para el menor como un acto puramente consentido y no delictivo. Tampoco tiene mucha explicación que el tipo contemple como agravada, la observación de un abuso sexual, pero no de una agresión sexual, que es bastante

más grave y de observación más dura dado los medios comisivos empleados—violencia o intimidación—⁴²⁰.

C. **Grooming: art.183 ter.1 del CP**

El art. 183 ter.1 establece:

“El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Este delito del art.183ter.1 se corresponde sustancialmente con el del art. 183bis de la reforma por LO 5/2010; con dos salvedades: que antes la edad prevista era de trece, y ahora es de dieciséis años, y que la finalidad del autor debe ser la cometer los delitos previstos por los arts. 183 y 189, y no como en la legislación anterior, que hacía un señalización genérica a cualquiera de los delitos previstos por los arts. 178 a 183 y 189 el CP.

La primera de las novedades es coherente con la elevación global de la edad de consentimiento de las relaciones sexuales a los dieciséis años, y supondrá un aumento de las condenas en la aplicación de este precepto —hasta ahora muy reducidas—, toda vez que los adolescentes de entre 13 y 16 años utilizan con profusión las *TICS*. Este repentino ascenso punitivo por razón de la edad supone un error histórico que ahora afectará también a la conducta prevista por el art. 183 bis.

Además sigue subsistiendo el problema de remisión al art.189 y lo conflictivo que resulta deslindar este artículo 183 ter.1 y las conductas de captar menores con fines pornográficos del art. 189.1.a), respecto a ello, y teniendo la regla concursal prevista, en el

⁴²⁰ La reforma introducida por la LO1/ 2015.

artículo, según la que las penas previstas en él se aplicarán sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos, parece que debería acudir al concurso de delitos.

D. Embaucamiento de menores y *sexting*: art. 183 ter.2 del CP

El art.183 ter.2 prescribe:

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

El art. 183 ter.2 supone la incorporación de una conducta relacionada con menores, sexo e Internet, el *sexting*⁴²¹, que proviene de una cruce entre la palabra “*sex*” y “*texting*”(envío de mensajes), es decir, con el envío de mensajes o fotografías propias del menor a terceras personas.

Esta práctica es muy común entre adolescentes de entre 13 y 16 años, puesto que un 4% de ellos acepta haber enviado una fotografía de carácter sexual por Internet y el doble 8,1%, acepta haberla recibido. Por eso se tipifica esta conducta en la reforma, pero es un artículo que genera aun más problemas que el apartado 1 del mismo artículo.

Por otro lado, nada obsta a que el tipo sea aplicado a autores menores de edad, sin que además la cláusula del art. 183 quater pueda entrar en juego, al resultar incompatible el consentimiento “libre” que se exige en el 183 quater, con el embaucamiento propio del 183 ter.

Se ha estimado⁴²² que ello es altamente criticable, por cuanto el *sexting* es una práctica habitual entre los adolescentes españoles y, si bien provoca importantes problemas, la

⁴²¹ Este delito ha sido desarrollado en el capítulo de la “Tutela de los bienes de menores”.

⁴²² LLORIA GARCIA, Paz, en *Ciberdelitos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2014, pp. 217 y sgts.

intervención penal en este ámbito, cuando se trata de menores, podría resultar más que contraproducente.

Provoca aún más problemas el último elemento del novedoso delito, que el menor contactado le envíe o muestre imágenes de pornografía de menores.

Una conducta como la descrita en el artículo que analizamos, el art.183ter.2, ya era punible como tentativa del art. 189, por lo tanto esta novedad legislativa nada aporta a lo existente⁴²³.

El tratamiento singularizado de este delito excede el límite propuesto para nuestro trabajo, por lo que remitimos al análisis efectuado del tipo penal, a fin de no efectuar innecesarias repeticiones.

El art. 183 quater dispone:

“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

E. Modificaciones del art. 189 del CP

El artículo 189 queda modificado con el siguiente tenor literal:

“Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que capture o utilizare a menores de edad, o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o

⁴²³ RAMOS VÁZQUEZ, José. A., “Los delitos de *grooming* y *sexting*”, art. 183 bis CP, en GONZÁLEZ CUSSAC y Otros, en comentarios a la reforma del la LO 1/2015, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2015.

en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

h) Cuando concurra la agravante de reincidencia.

3. Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.

4. El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

5. El que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

6. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de

especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

7. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

8. Los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español. Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal”.

Disposición final sexta. Incorporación de Derecho de la Unión Europea. Mediante esta Ley se incorporan al Derecho español: La Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Disposición final octava. Entrada en vigor. La presente Ley Orgánica entrará en vigor el 1 de julio de 2015.

El art. 189.1 se mantiene igual que en la versión del 2010, lo mismo en sus respectivos apartados a) y b), introduciéndose en el apartado b) la determinación normativa de pornografía, infantil o de personas con discapacidad, y de material pornográfico, lo que se efectúa en los subapartados a, b, c y d.

El art. 189.2 establecen las agravantes en los incisos a, b, c, d, e, f, g, h.

El art. 189.3 agrava las penas por cometer la acciones del apartado a) del apartado 1 con violencia o intimidación.

El art. 189.4 pune la concurrencia a espectáculos exhibicionistas. En él se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de 16 años actos o abusos sexuales sobre otras personas con penas de hasta 3 años de prisión.

El art. 189.5 pune la tenencia para uso propio.

El art. 189.6 describe un tipo de delito de omisión, manteniendo el contenido del mismo con respecto a la reforma anterior.

El art. 189.7 regula la actuación del Ministerio Fiscal.

El art. 189.8 prevé un régimen legal de medidas judiciales.

CAPÍTULO IV

ACCIÓN TÍPICA

I.- Sistemática legal

Código Penal argentino

En el Código Penal argentino se incluye la siguiente clasificación de los tipos penales:

- a) Facilitación a la promoción de la corrupción de menores (art. 125 CP –ley 26.388–).
- b) Pornografía infantil (art. 128 CP –Ley 26388–)
- c) Producción y tráfico (art. 128.1º párr. del CP –Ley 26.388–)
- d) Tenencia con fines (art. 128. 2º párr. del CP –Ley 26.388–)
- e) Acceso a espectáculos y suministro de material pornográfico (art. 128.3º párr. Ley 26.388)

Grooming (art. 131 del CP –Ley 26.904–)

Código Penal español

En el Código Penal español los tipos penales incriminados –conforme a la reforma introducida por la LO 1/2015– son susceptibles de la siguiente clasificación sistemática:

- a) Corrupción de menores (art. 183 bis CP)
- b) Utilización pornográfica: Tipo de captación o utilización de menores o personas discapacitadas necesitadas de mayor protección, en prácticas pornográficas, y elaboración del material pornográfico, financiación y lucro (art.189.1.a)
- c) Tráfico de material pornográfico: Tipo de producción de tráfico de material pornográfico con abuso de menores (art. 189.1.b)
- d) Delitos cualificados:
 - Agravantes del apartado 1. (art.189.2):

- por cierta modalidad de acción
- equiparación a grupos de acción
- diferenciación
- Agravante específica del apartado a) violencia o intimidación (art.189.3)

Tipos autónomos:

- d) Tipo asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art.189.4)
- e) Tipo de adquisición y tenencia para uso propio. Acceso por medio de distintas tecnologías (art.189.5)
- f) Tipo de omisión del deber jurídico familiar(art.189.6).

II.- Corrupción de menores. Análisis de la figura del art. 183 bis del CP

El delito de corrupción de menores, que ha estado sujeto a los distintos vaivenes legales desde su creación, finalmente ha hallado su ubicación sistemática en el Título VIII, “De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, Capítulo II bis, “De los abusos y agresiones sexuales a menores dieciséis años”, en el art.183 bis del Código Penal⁴²⁴ conforme LO de 30 de marzo de 2015.

En la reforma de 5/2010, la figura del art. 189.4 es la que más hacía pensar en la reimplantación de la corrupción de menores, con respecto a la cual la jurisprudencia ha reiterado que su desaparición del texto punitivo no ha supuesto la despenalización de las conductas que, bajo la vigencia del código penal de 1973, se castigaban conforme a ella pues en su mayor parte pueden ser calificadas como abusos sexuales, o como un delito relativo a la prostitución⁴²⁵.

⁴²⁴ Ver capítulo correspondiente del presente estudio.

⁴²⁵ Ver STS de 18 de septiembre y 30 de diciembre de 1996, y 28 de enero de 1997.

El TS configuró el delito de forma amplia, considerándolo como un delito de mera actividad, de tendencia o de resultado cortado, que no precisa que se produzcan los efectos de la corrupción, bastando que los actos realizados sobre el menor sean aptos para causar la degradación que ese estado implica.

El Proyecto de Ley de modificación del Título VIII, Libro II remitido a la Mesa del Congreso el 13 de octubre de 1997 proporcionaba una definición auténtica de corrupción. Art. 189 bis: “a los mismos efectos, se considerarán actos de corrupción los actos encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual precoz o prematura, así como los actos de naturaleza sexual cuya intensidad, persistencia o continuidad puedan alterar el proceso normal de formación o desarrollo de la personalidad de aquéllos”.

Tal concepto fue suprimido en la redacción definitiva. BUENO ARÚS apunta a que “se desconocen las causas de tal desaparición: no se sabe si se debió a que ya había un concepto acuñado jurisprudencialmente, o porque al parecer no se sabía si aceptar o no aceptar, nuevamente este delito...al final se ha tipificado de una manera un poco vergonzante, recogiendo sobre la marcha algunas ideas del concepto desdeñado”⁴²⁶.

Se trata de un delito de contornos imprecisos, modelado a espaldas del principio de taxatividad, cuya delimitación, por fuerza, queda en manos de jueces y tribunales, con el potencial quiebre de la seguridad jurídica.

Conforme al art. 189.4 CP reformado, se castigaba “al que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual, que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste”. La pena prevista es la de prisión de seis meses a un año⁴²⁷.

La relación entre corrupción y prostitución se define en los términos de género y especie, siendo el concepto más amplio la corrupción, del que la prostitución sería una modalidad⁴²⁸.

⁴²⁶ BUENO ARÚS, Francisco, “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, en “Estudios de Derecho Judicial”, 21, 1999, p. 285.

⁴²⁷ En la formulación propuesta por el Grupo Parlamentario Catalán, siguiendo las líneas del TS se consideraban actos de corrupción “los actos encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual envilecedora y degradante”.

Un importante sector doctrinal se opone al tipo de corrupción de menores⁴²⁹. Las críticas al precepto han sido constantes en la doctrina, bien por contrariar el principio de tipicidad⁴³⁰, bien por entender que incorpora la moral sexual colectiva como bien jurídico protegido.

Art. 183 bis del CP incrimina la conducta de determinar a un menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, en los siguientes términos:

“El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años”.

La acción consiste en *determinar* a un menor de dieciséis años a *participar* en un comportamiento de naturaleza sexual, o *presenciar* actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos, o *presenciar* abusos sexuales. Es un tipo básico de acción positiva y de mera actividad.

Determinar a participar significa implicar al menor en un acto de naturaleza sexual de forma significativa.

Por comportamiento de naturaleza sexual o actos de naturaleza sexual, son expresiones muy amplias, que fuera de su contexto hacen referencia a cualquier conducta sexual (exhibicionismo, pornografía, conductas de abuso o agresiones sexuales). Pero dentro de su

⁴²⁸ Ver RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, 1995, pp. 208 y 209.

⁴²⁹ CANCIO MELIÁ habla de “la misteriosa (¿qué espacio queda para ella?) y moralizante figura de la corrupción de menores del art. 189.4”. Ver CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en “La Ley Penal”, nº 80, Sección Estudios, marzo 2011.

⁴³⁰ “El comportamiento sexual en que se hace participar al menor o incapaz debe perjudicar la evolución o el desarrollo de su personalidad lo que únicamente podrá saberse si se sigue la mencionada evolución o desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo o, lo que resulta mucho más peligroso, si se determina *a priori* que determinados comportamientos son en sí mismos perjudiciales lo que sólo por el transcurso del tiempo podría ser rebatido. Por todo ello, creo que la introducción de este precepto resultaba perfectamente innecesaria, pues no viene a colmar lagunas que no existían ni, desde luego, satisface los valores de certeza y seguridad jurídica que deben presidir las normas penales”: LAMARCA PÉREZ, Carmen, “El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual”, en “Revista La Ley Penal”, número 35, febrero 2007.

contexto, y de acuerdo con el análisis sistemático que venimos realizando, equivale a todas aquellas conductas que de acuerdo con el sentir general, son susceptible de estimular o saciar el apetito venéreo, y que de efectuarse con violencia o intimidación, sin consentimiento del sujeto pasivo etc., podría dar lugar a una condena por agresiones o abusos sexuales⁴³¹. Debemos recordar que el delito de corrupción de menores es un tipo residual en relación con las conductas de agresiones o abusos sexuales no castigadas en tales delitos. Por lo cual el delito de corrupción de menores, no puede abarcar las conductas de exhibicionismo, pornografía, prostitución, etc., porque éstas ya están castigadas en los tipos respectivos⁴³².

Esta nueva figura viene a ser el sustituto del anterior delito de corrupción de menores del viejo artículo 189.4 de la LO 5/2010. Antes requería un resultado: “que perjudicara la evolución o desarrollo de la personalidad del menor” elemento subjetivo dejado de lado en virtud de su dificultad probatoria, tal como analizaré más adelante.

También sin duda está relacionado con los delitos de exhibicionismo y provocación sexual de los art.185 y 186 del CP⁴³³, que aún siguen vigentes.

La conducta consistía en hacer participar a un menor –pero mayor de trece años, pues si no alcanzaba esa edad, estaríamos frente a un abuso sexual– o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual, y que de ello “resultara un perjuicio para la evolución o desarrollo de la personalidad del menor o del incapaz”. Por supuesto, sin violencia, intimidación o disenso de la víctima, así como otros elementos que harían surgir otras figuras como las agresiones sexuales, abusos sexuales, exhibicionismo, provocación, favorecimiento de la prostitución, etc. de modo que su campo de aplicación era muy acotado.

En la redacción anterior se hablaba de “un comportamiento perjudicial para evolución y desarrollo de la personalidad”, o sea, era un delito de resultado. Evidentemente determinar con

⁴³¹ AGUADO LOPEZ, Sara, “El delito de corrupción...”, ob. cit., p.141,

⁴³² Idem nota anterior, p. 141.

⁴³³ Capítulo IV: De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Artículo 185: “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”. Artículo 186: “El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

certeza *a priori*, si un determinado comportamiento va a incidir o no en la evolución de la personalidad de alguien, es una tarea imposible, ya que debería esperarse un tiempo para verificar el perjuicio, comprobar que su origen estuvo en el episodio corruptor y que mientras tanto la persona no hubiera vivido ninguna experiencia traumatizante que hubiera podido desencadenarlo, por lo que ese elemento típico era de imposible prueba.

También con la reforma ha desaparecido la palabra incapaz, lo cual es lógico dado que este artículo se inserta en el capítulo dedicado a los menores de dieciséis años. Por tanto solo si el incapaz es menor de esa edad puede hallar protección en este lugar, pero precisamente en razón de dicha edad y no de su discapacidad⁴³⁴.

La acción consiste en determinar a menores a participar o a presenciar: caben las más diversas modalidades y medios, siempre que no se empleen los previstos en el delito de pornografía infantil.

El delito de corrupción de menores, que pugnaba con los principios de legalidad y proporcionalidad y no parecía muy necesario hipertrofiaba la protección dispensada al bien jurídico, consistente en el adecuado proceso de formación y socialización del menor o incapaz⁴³⁵

Si bien en la actualidad no ha mejorado mucho, al menos se han eliminado algunas cuestiones discutibles, como el resultado de “perjudicar la evolución o desarrollo de la personalidad del menor o incapaz”. Aunque la indeterminación del precepto es evidente, y la inseguridad jurídica que origina, aún mayor. El precepto podría ser considerado incluso como inconstitucional por infracción del principio de legalidad.

Son dos las conductas a analizar en el artículo, determinar y hacer presenciar dos cosas distintas: actos de carácter sexual y abusos sexuales.

⁴³⁴ SUÁREZ-MIRA, Carlos, “Abusos Sexuales a Menores”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y Otros, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, España, 2014, pp. 585 y sgts.

⁴³⁵ SUÁREZ-MIRA, Carlos, “Abusos Sexuales a Menores”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y Otros, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, España, 2014, pp. 585 y sgts.

1) **Determinar:** a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, sin exigir un modo comisivo en concreto. Pero si hubiera una prevalencia de superioridad o parentesco, también habría que acudir al art. 183 en su forma agravada, puesto que si se determina a un menor de dieciséis años a participar de un comportamiento sexual prevaleándose de superioridad, estaríamos frente a la figura del abuso sexual del art. 183.4.d), aún si fuera una persuasión o consejo, no dejaría de ser un abuso sexual a menor de dieciséis años conforme al art.183 del CP.

Resulta interesante advertir, que el artículo castiga de una forma mucho más leve que el art. 183 conductas que también pueden estar incluidas en él. O sea, si el autor determina al menor a participar en un encuentro sexual con él, según el anterior 183 bis, se le impondría una pena de 6 meses a 2 años. Pero si resulta que realiza actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable del abuso sexual a un menor, con pena de prisión de dos a seis años. Aunque se podría solucionar el problema por la regla de la alternatividad.

2) **Hacer presenciar actos de carácter sexual:** tiene un poco más de sentido, aunque el autor no participe en ellos. Por otra parte la figura se encuentra muy cercana a la prevista en el art. 185 –exhibicionismo–, por cuanto se produce un acto de exhibición obscena ante menores de edad –menores de dieciocho años–, y más allá del límite de edad que es distinto en cada una de las normas, existen muchas similitudes y se podría decir casi que la nueva regulación se encuentra perfectamente contenida en el exhibicionismo.

La exhibición ha de hacerse al menor en forma directa, por cuanto la conducta típica alternativa así lo exige (participar en un comportamiento de naturaleza sexual), siendo objeto de sanción con la misma pena. En segundo, lugar para evitar la superposición con la conducta del art. 186 (“el que por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material

pornográfico entre menores de edad...”), pues hacerle presenciar a un menor una grabación de comportamiento sexuales es sinónimo de exhibirle material pornográfico⁴³⁶.

3) ***Hacer presenciar abusos sexuales***: en el último párrafo el artículo 183 bis hace referencia a hacer presenciar ya no actos de comportamiento sexual, sino abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, o sea cualquier conducta que sea considerada abuso sexual en la ley penal. Si el autor participara en ellos, responderá por su participación en el grado y condición que lo hubiera hecho. Por los mismos fundamentos *ut supra* indicados, la contemplación por parte del menor, debe ser directa y no a través de una filmación o grabación.

Se ha señalado⁴³⁷ el hecho de que la pena aumente de manera ostensible –pues de seis meses a dos años pasa a de uno a tres años– no tiene sentido, por cuanto en sí el hecho de que el menor presencie un acto sexual o un abuso sexual no explica tal incremento, pues para el menor presenciar un abuso podría interpretarse como un acto totalmente consentido. Si tuviera algún elemento especialmente impactante sería distinto, pero eso debiera haberse incluido en la figura, el presenciar una agresión sexual, que es bastante más grave, y tiene una potencialidad de afectación mayor por su contenido de violencia o intimidación.

Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo, puede serlo cualquier persona, hombre o mujer, e indiferenciado. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en la versión anterior LO 5/2010, se ha planteado la cuestión de si la expresión legal *haga participar* excluye o no del tipo, a quien realiza la acción sexual con el menor, sosteniéndose de modo mayoritario que comete el delito tanto, la persona que mantiene con el menor el comportamiento sexual, como el tercero que interviene a tal fin.

Sin embargo, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 9 de febrero de 2005 (anterior a la LO 5/2010) en términos censurablemente ambiguos declara que “en

⁴³⁶ Ver SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Abusos sexuales a menores: art. 182, 183 y 183 bis. “Comentarios a la reforma del Código penal español, LO 1/2015”, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona. 2014, pp. 587 y sgts.

⁴³⁷ Idem nota anterior, pp. 588, 589.

principio sólo será sujeto activo del tipo de corrupción de menores previsto en el art. 189.4 CP el que realice una actividad de tercería respecto de la conducta típica prevista en el mismo.

Esta situación queda aclarada, con el nuevo art. 183 bis, texto de la LO 1/2015, donde se indica expresamente: “el que determine a un menor la excepción atendiendo al tipo de acción sexual de que se trate, siempre que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo”.

La STS nº 422/2005, de 4 de abril exige no sólo asimetría, sino también una actividad sexual que pueda calificarse de perversa o extravagante⁴³⁸.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo está constituido por los menores de dieciséis años de edad. Su consentimiento para el acto es irrelevante. Con el nuevo sistema quedarían sin sanción penal los actos corruptores cometidos sobre personas de dieciséis y diecisiete años, cuando no concurriera ni prevalimiento ni engaño.

⁴³⁸ El hecho probado consigna que “desde enero de 2001 y al menos en seis ocasiones, el acusado..., de más de treinta años de edad a la fecha de los sucesos que se relatan bien en su propio domicilio, bien en una cochera propiedad del padre del acusado..., mantuvo relaciones sexuales con Amanda..., de 14 años de edad..., con la que había trabado amistad, invitándola a tomar café en diversas ocasiones a raíz de darle clases en el Instituto donde ésta cursaba sus estudios como profesor de karate, sin que conste que para ello hubiera empleado violencia, intimidación, engaño o promesa alguna. A consecuencia de ello la menor necesitó tratamiento psicológico y psiquiátrico debido a la aparición de cuadros de ansiedad y de trastornos de estrés postraumático, perjudicando y alterando de forma grave el desarrollo de su personalidad, lo que tuvo su reflejo inmediato en una bajada ostensible de su rendimiento escolar y de sus relaciones afectivas y la necesidad imperiosa de aquel tratamiento para evitar un casi seguro desarrollo psicótico posterior”... Por otra parte, es cierto que la joven precisó tratamiento psicológico y psiquiátrico, perjudicando y alterando de forma grave el desarrollo de su personalidad, lo que se reflejó en una bajada ostensible de su rendimiento escolar y de sus relaciones afectivas. Ahora bien, lo que se describe puede ser consustancial a otras muchas situaciones y por ello en el tipo penal de que se trata dicho perjuicio debe estar relacionado directamente con el bien jurídico protegido por el mismo, que no es otro que la libertad e indemnidad sexuales (Título precisamente reformado por la LO 11/99), luego tiene razón el recurrente cuando sostiene que las relaciones sexuales descritas ni consta ni puede afirmarse que en el futuro afecten a la libertad de elección en el comportamiento sexual de la menor. Ver. DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos”, Monografías 756, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Objeto de protección típica

En nuestra opinión, el bien jurídico protegido por el delito de corrupción, luego de la reforma 1/2015, sigue siendo la indemnidad sexual de los menores, pero no, en ningún caso, la moral sexual. En este mismo sentido se pronuncia la STS nº 422/2005 de 4 de abril.

La consideración de que el bien jurídico protegido sigue siendo la indemnidad sexual genera efectos inmediatos desde el punto de vista concursal, la relación con los demás tipos contra la indemnidad sexual de menores debe regirse por las reglas de concurso de Leyes⁴³⁹, por lo que si se aprecia abuso sexual no puede aplicarse simultáneamente el tipo de corrupción en ningún caso⁴⁴⁰.

Título de imputación doloso

Es un delito doloso, el autor debe realizar la acción con “fines sexuales”.

La conducta se ha de llevar a cabo “con fines sexuales”, si bien es una expresión difícil de precisar, ya que es bastante ambigua. El Diccionario de la Real Academia española de la lengua define sexual, como perteneciente o relativo al sexo, o sea habría que concluir que las

⁴³⁹ En este sentido, se ha defendido que “dada la caracterización del bien jurídico protegido en el delito de corrupción de menores, como el proceso de formación de los menores de edad, no se diferencia sustancialmente del bien jurídico de las demás infracciones del Título VIII cuando tienen por destinatario a un menor de edad, por lo que no se justifica la aplicación automática del concurso de delitos, sobre la idea de la lesión de distintos bienes jurídicos, pues con ello se estaría infringiendo el principio *ne bis in idem*”. Ver TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “El nuevo delito de corrupción de menores”, en “Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología” RECPC 01-12 (1999).

⁴⁴⁰ TORRES FERNÁNDEZ llega a la misma solución pero por otra vía: “La solución defendida, consistente en resolver las relaciones del delito de corrupción de menores con los demás delitos contra la libertad sexual como un supuesto de concurso aparente de normas penales, encuentra algún obstáculo en la Exposición de Motivos de la propia Ley, cuando afirma que ‘se ha recordado expresamente la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación’, lo que muestra expresamente la voluntad del legislador de acumular las distintas infracciones contra la libertad sexual Sin embargo, en la regulación concreta de los delitos, en el artículo 188.5 dedicado a la prostitución incluye una cláusula que recuerda expresamente la aplicabilidad de las reglas del concurso de delitos entre esas infracciones y las correspondientes agresiones o abusos, y omite un inciso semejante en el delito de corrupción de menores, lo que plantea la duda sobre el tratamiento que haya de darse a las relaciones concursales del delito de corrupción de menores”. Ver TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “El nuevo delito de corrupción de menores”, en Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología” RECPC 01-12 (1999).

conductas típicas habrían de realizarse con “fines pertenecientes o relativos al sexo”. El diccionario posee cuatro acepciones:

- 1º) condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas;
- 2º) conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo;
- 3º) órganos sexuales,
- 4º) placer venéreo.

Como se ha manifestado⁴⁴¹, desde una interpretación sistemática y teleológica, parece más apropiado el cuarto significado, o sea, el de conductas llevadas a cabo con “placer venéreo o sea con ánimo lubrico o libidinoso”: ello sería el elemento subjetivo del tipo que exige la jurisprudencia en los delitos sexuales, de tal modo que si las acciones no se llevaran a cabo con esta finalidad, habría que excluir a las mismas por atipicidad.

Admitiría el dolo eventual, en persona que determina o hace presenciar a un menor, escenas de comportamiento sexual, o abusos sexuales, sin preocuparse por averiguar su edad, corre el riesgo de que sea menor de dieciséis años, pues prefiere correr el riesgo de corromper a un menor de edad, antes que privarse de hacerlo para exacerbar su libido.

En cuanto a alegar un error sobre la edad de la persona que se corrompe, es preciso que se pruebe como cualquier otra causa de inculpabilidad⁴⁴².

En la figura del 183 quater existe la cláusula de exclusión de la responsabilidad penal pro delitos sexuales cuando el menor de dieciséis años hubiera prestado consentimiento libre siempre y cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. En orden a que la reforma eleva la edad para prestar consentimiento sexual de 13 a 16 años, plantea como problema el hecho que los adolescentes por debajo de esa edad. Ello ocasionará varios problemas: el primero de ellos es que se producirán abusos sexuales recíprocos pues la responsabilidad penal surge a los 14 años y los menores a partir el cambio de

⁴⁴¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Abusos sexuales a menores: art. 182, 183 y 183 bis”, en “La reforma del Código penal español”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y Otros, “Comentarios a la reforma de la LO 1/2015”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 687 y sgts.

la ley no variarían conductas. En segundo lugar, se ha indicado que “genera un problema de coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, pues si bien es posible excepcionalmente contraer matrimonio a los catorce años contraer matrimonio (art. 48 C. Civil), resulta difícil que dos menores de dieciséis años casados se abstengan de mantener relaciones sexuales, a fin de no delinquir, aunque se pudiera aplicar la eximente de ejercicio legítimo de un derecho para dar cobertura jurídica a esta situación”⁴⁴³.

Para evitar estas distorsiones el legislador introduce una cláusula de exención de responsabilidad penal en el 183 quater.

Esta cláusula es muy conocida en el derecho anglosajón se suele denominar *Romeo and Julieta exception*, aludiendo al hecho de que ambos enamorados acababan de entrar en la adolescencia (ella ni siquiera tenía los 14 años cumplidos), y asimismo diversas legislaciones en Europa occidental contienen similares excepciones. Las regulaciones internacionales se dividen entre las que practican una sustancial rebaja de pena (EEUU) y las que suponen la exclusión de toda responsabilidad penal. Entre estas últimas fijan taxativamente una diferencia de edad entre el sujeto pasivo y el activo, por ejemplo, Italia –tres años–; Austria –de tres a cuatro años– o Suiza –tres años–, y el ordenamiento noruego que analiza el hecho de que exista alternativamente o una corta diferencia de edad o un similar grado de desarrollo. El primer criterio –que es puramente cronológico– no deja margen de dudas, pero el último podría ampliar el ámbito de la exclusión de la relevancia penal en casos en que exista asimetría de madurez psíquica o física en los intervinientes y llegar a generar problemas de dudosa aplicación. Finalmente el Código penal español no se expide, por ninguno de los dos criterios puntualmente.

El principal objetivo es el de no penalizar a menores que tienen relaciones sexuales entre sí, al ser una idea rectora del establecimiento de una edad límite para el consentimiento y así excluir a los adultos de la esfera sexual de los adolescentes. Nos preguntamos: ¿Qué ocurriría en el caso de la corrupción de menores que se encuentra incluida también en el capítulo, por cuanto ya no se trata de mantener relaciones sexuales art. 183.1, sino de la

⁴⁴³ RAMOS VAZQUEZ, José Antonio, “El consentimiento de menores de 16 años como causa de exclusión de responsabilidad penal por los delitos sexuales”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y Otros, “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2014, pp. 622 y sgts.

protección del bien jurídico en orden al desarrollo sexual del menor, lo mismo que respecto de las demás conductas descritas en el Título, por ejemplo, violencia o intimidación, embaucamiento, coacción, intimidación o engaños?

Es decir, el ámbito de aplicación de la eximente sólo se ceñiría casi en exclusiva al art. 183.1 y a algunos supuestos de *grooming*.

Observemos que se excluye de la aplicación de esta eximente a delitos relacionados, con la exhibición obscena o la posesión de pornografía en la que aparezcan representados. Compartimos la opinión de que ello constituye un error político criminal, puesto que el legislador continúa sin ofrecer una solución a los desajustes que la diferencia de edad de consentimiento en las relaciones sexuales y mayoría de edad a la que se remite en los arts. 185, 186, y 189.

En suma, es de lamentar que el legislador no hubiera ampliado la aplicación de la cláusula ofreciendo cobertura en todos los delitos sexuales en los que estén en juego bienes jurídicos de un menor que ha consentido libremente su lesión por parte de alguien cercano a él ya sea por edad o por grado de desarrollo de su madurez.

Así pues, el consentimiento de un menor de 15 años respecto de otro menor de 16 podría tener efectos eximentes para tener relaciones sexuales, pero no si es para exhibición de pornografía infantil lo que carece de todo sentido.

III.- Pornografía infantil. Análisis de las distintas figuras

Conductas típicas

Las conductas típicas del delito de pornografía infantil se encuentran descritas centralmente por el art. 189 CP. Casi la totalidad de las normas describen acciones positivas, a excepción del inciso 6º, que configura un tipo omisivo, que incrimina la omisión del deber de impedir el estado de prostitución o corrupción en que se halle el menor, o persona con discapacidad necesitada de protección especial, consistiendo la conducta en un no hacer algo que el sujeto tiene obligación de desarrollar.

Conforme con la opinión prácticamente unánime de la doctrina y la jurisprudencia, estamos en presencia de delitos de mera o simple actividad, por cuanto no requieren la producción de un resultado, en tanto resulta esencial la protección de ciertos sujetos, que por razón de edad o de imposibilidad permanente o circunstancial de decidir, merecen una especial tutela en materia sexual, de ahí que el bien jurídico indemnidad sexual sea vulnerado con la actuación del sujeto activo tendiente a interferir en la correcta formación sexual del menor, sin necesidad de que se exteriorice perceptivamente el daño mencionado, pues se presume que las conductas típicas del art. 189 del CP distorsionarían esa evolución normal.

Cualquiera de los preceptos establecidos en los diferentes incisos del art.189 CP genera muchísima dificultad probatoria en relación a su vulneración, en orden a que no se trata de una realidad comprobable instantáneamente a través de los sentidos, sino una presunción iure et de iure no exteriorizada pero que podrá influir en el futuro comportamiento sexual del menor.

También podría llegar a suceder que la acción típica, no afectara al objeto tutelable de un menor en particular. Pero podríamos asegurar que la totalidad de las conductas contempladas por el art. 189 CP incide de manera directa, lesionando el adecuado proceso de formación sexual del menor, por ejemplo en el supuesto del art. 189.1.a), por lo tanto habría que hablar de delitos de lesión para las conductas enunciadas por el art. 189 del CP.

Constituyen excepciones a ello, el delito de tenencia para uso personal de pornografía infantil que podría insertarse como un delito de peligro abstracto *ex art. 189.5 CP* y la agravante del 189.2,d) –que también se integra en un delito de peligro concreto–.

Con relación a si se trata de delitos comunes o especiales, es claro que se trata de delitos comunes, ya que el ilícito puede ser cometido por cualquier persona, a excepción del delito de omisión (art.189.6) –donde se especifica expresamente quienes podrán ser sujetos activos– y las circunstancias agravadas del art.189.2.d del CP como pertenencia a una organización y asociación, y el inc. g, o sea, persona responsable del menor o incapaz, en tanto únicamente podrán los sujetos titulares de la relación legal especificada, o sea, el ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho, u otro miembro de la familia que conviva con él, o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

En el caso de la omisión y las agravante mencionadas en el párrafo anterior, se trata de un delito del tipo especial propio, por cuanto sólo resulta punible el hecho ilícito a título de autor, si es cometido por alguno de los sujetos descriptos en el supuesto de hecho de la norma correspondiente, en estos dos últimos casos, quienes pertenezcan a una organización u asociación, y los ostentadores de la patria potestad, tutela, guarda, acogimiento, maestro, familiar conviviente etc., del menor o incapaz.

Diversidad de conductas típicas descritas en el art. 189 del CP

Las acciones típicas son varias, en buena medida relacionadas con la captación y utilización de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines exhibicionistas o pornográficos.

Al analizar los cambios que contempla la novísima reforma del CP, hemos de destacar que aún no existe variada doctrina y jurisprudencia al respecto por lo reciente de la misma. Sin embargo, como punto de inicio de futuros análisis, apuntamos las siguientes observaciones.

El tipo básico regulado tipifica las siguientes acciones:

A. Captación o utilización pornográfica de menores(art. 189.1.a)

La captación o utilización de menores o personas incapaces que necesiten una especial protección con fines exhibicionistas o pornográficos, para elaborar tal material o financiar o lucrar tales actividades es prevista en el art. 189.1.a) del CP (concepto normativo específico).

Art.189.1.a): “El que capture o utilizare a menores de edad, o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas”.

La figura a la que aparecen asociadas algunas de las restantes conductas es la del art. 189.1.a) que es la básica, y en ella están explicitadas las conductas siguientes: *captar*, *utilizar* a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección, con fines, o en

espectáculos exhibicionistas o pornográficos público o privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, sea cual sea su soporte.

En la novísima reforma del 1/2015 se reeditan las conductas de captar, utilizar, poseer con fines, financiar y lucrarse. También se mantienen las penas de prisión de 1 a 5 años, y 5 a 9 años, en caso de aplicarse las agravantes previstas por el inc. 2 del artículo que se analiza.

La conducta de *captar* –atraer, ganar la voluntad o el afecto, conseguir, lograr la benevolencia, estimación, atención, etc., de otro–⁴⁴⁴ fue incorporada por la LO 5/2010. ¿Tal conducta quedaba impune previo a esta reforma? Evidentemente, no. Sólo que el legislador, al colocar el verbo expresamente, busca castigar al que realiza la conducta como autor, los que antes de la reforma podían reconocerse como partícipe o cooperador necesario. O sea, se eleva a la categoría de autoría las contribuciones que claramente favorecen a la comisión del delito.

La *utilización*, en el primer caso, se materializa en el uso abusivo de esas personas que se concreta en la “exhibición de su cuerpo, total o parcialmente desnudo, acompañado o no de la ejecución coetánea de prácticas sexuales de cualquier índole ante el propio agente o ante terceros ya sea de forma particular –pudiendo potencialmente dañarse su bienestar psíquico–, ya en espectáculos o locales públicos o privados”⁴⁴⁵. Potencialmente porque no podemos afirmar si el daño se produce siempre, si lo llega a sufrir, por ejemplo, un menor de diecisiete años que mantiene relaciones sexuales habituales con su novia, y un día acepta tenerlas ante varios espectadores a cambio de un precio. En todo caso, mientras haya un menor o una persona con una discapacidad típica, utilizados con aquellas finalidades, es factible afirmar o entrever la presencia de un bien jurídico, y la legitimidad del castigo previsto en el apartado mencionado.

En la jurisprudencia, el TS define el contenido del tipo según las dos modalidades contenidas, la primera, la utilización del menor o un incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos, lo que es compatible con el desarrollo de los hechos en un ámbito privado, comprendiéndose bien la exhibición, ya sea sólo para el propio sujeto activo del delito, en cuyo caso la consumación es simultánea, o bien la realización de reportajes fotográficos o videos

⁴⁴⁴ Ver Diccionario Real Academia Española, vigésima primera edición, tomo I, Madrid 1992, p. 403.

⁴⁴⁵ CARMONA SALGADO, Concha, “Delitos contra la libertad sexual” (II), ob. cit., pp. 296, 297.

cuyo destino sea la ulterior cesión, transmisión, o difusión, retribuida a terceros, es decir, ello implica la existencia del ánimo tendencial del agente, autor de reportaje, para su posterior exhibición a otras personas, siendo indiferente su número y que se produzca en un ámbito público o privado.

¿Qué sucedería si luego de que el sujeto pasivo sea captado no se lo utiliza con fines exhibicionista o pornográficos? Cuando el legislador coloca al que “captare” como tipo autónomo, se le otorga la misma consecuencia jurídica que al que utilizare a los menores con fines exhibicionistas o pornográficos. Consideramos esta equiparación en las conductas como un error, puesto que las mismas no tienen el mismo nivel de gravedad, ni afectan el mismo bien jurídico, ni tienen ningún fundamento jurídico. Más allá de que la captación ya viene incluida por la reforma anterior, lo cierto es que la tendencia político criminal de las reformas penales anteriores, se reafirma. Cuando se ubica “al que captare” como tipo autónomo, se está castigando estadios anteriores de la conducta, desvalorando *ex antela* utilización que se integra en el tipo básico de la pornografía infantil.

La tipificación de la captación puede plantear problemas de delimitación con las previsiones del art. 177 bis –que recoge la trata de personas para su explotación sexual entendida como la captación de un sujeto con el fin de su explotación sexual, incluida la pornografía (ap.1.b)– de no siempre fácil resolución, tal como se ha advertido⁴⁴⁶.

La previsión simultánea de los dos tipos planteara enojosos problemas concursales, que deberán lidiar además con la distinta naturaleza de cada uno de los delitos, pues mientras que la trata tiene un sujeto colectivo, no sucede lo mismo con el delito de captación con fines exhibicionistas o pornográficos.

En el segundo supuesto previsto –*utilizar para crear material pornográfico*–, el autor se sirve de aquellos medios utilizables para la realización de prácticas obscenas, que pueden ser a su vez fotografiadas o filmadas a efectos de su ulterior publicación, o incluso venta al público: así ha sido detenida una mujer por vender fotos pornográficas de su hija de quince años al

⁴⁴⁶ CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, (Dir.), “Comentarios a la Reforma penal de 2010”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 241.

precio de 500 pesetas (diario “Ideal de Granada” de 28 de julio de 1996); *financiar* dichas actividades o *lucrarse* con ellas.

El tercer supuesto sería el de *financiar*, que debe entenderse como realizar los aportes, sufragar los gastos, facilitar los medios precisos –generalmente de carácter económico– para garantizar la realización de cualquiera de las conductas recogidas en el primero y en el segundo supuesto (captar y/o utilizar). O sea, se incluye aún a quienes, no hubieran tenido intervención directa en los actos en que pueda producirse la actuación o intervención de los menores o incapaces⁴⁴⁷. Cuestión distinta es que los que financien posean la misma punibilidad que los que hubieran intervenido en la utilización directa de los menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, que trataremos en el capítulo correspondiente.

El cuarto supuesto sería el de *lucrar* –ganar, sacar provecho de un determinado negocio o encargo⁴⁴⁸–, con las conductas de los dos primeros supuestos, o sea, la captación y/o utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y utilización para la elaboración de material pornográfico.

Ahora bien: ¿Quién se lucra sin vender el material pornográfico? Su conducta podría ser, por ejemplo, la del que alquila un local a sabiendas de que en el mismo se realizarán espectáculos de pornografía infantil, o el que alquila los equipos como cámaras, luces, etc. quien se lucra entonces, saca provecho con una ganancia económica con la actividad, más no se dedica a producir, ni a vender con ánimo de lucro, que son las actividades propias de la industria de la pornografía infantil. Entonces, ¿agrega algo esta figura? Pareciera que, estando ya tipificada la conducta de financiación, no fuera necesaria la incriminación específica de la obtención de lucro.

Coincidimos con el parecer según el cual tal vez el legislador, por un mimetismo literalista de la Decisión Marco, ha considerado necesaria su explícita mención⁴⁴⁹. En relación a

⁴⁴⁷ GARCÍA VALDÉS, Carlos, “*Acerca del delito de pornografía infantil*”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 417.

⁴⁴⁸ Ver Diccionario Real Academia española, vigésima primera edición, t. II, Madrid, 1992, p.1273.

⁴⁴⁹ CUGAT MAURI, M., “*Delitos contra la libertad...*”, ob. cit., pág. 242.

este análisis, sorprende que, como acertadamente subrayaba el informe del CGPJ al Anteproyecto aprobado el 27 de octubre de 2006, es que la mención de lucro, no quede ubicada en el segundo apartado que es donde se reúnen las actividades más estrictamente vinculadas al tráfico y a la comercialización del producto pornográfico⁴⁵⁰.

El círculo de posibles sujetos activos viene delimitado a los que “captaren”, “utilizaren” al menor de edad o a las personas con discapacidad que necesitan de especial protección, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o sea que el sujeto activo debe ser la persona que directamente actúa sobre el menor o incapaz, es decir quien lo capta, realiza el espectáculo, o la actividad pornográfica; o quienes “financiaren” o “lucraren” con esta actividad, por lo que quedan fuera del tipo los que asisten gratuitamente sin pagar a esos espectáculos.

Resulta evidente que la preocupación del legislador ha sido que ningún comportamiento relacionado con la realización de pornografía infantil, en la que intervienen menores quedara al margen de la tipicidad, lo que lo ha llevado a efectuar una estrategia casuística.

Las modalidades consistentes en captar o utilizar menores de edad o incapaces, por una parte, presupone el consentimiento de los mismos, aún cuando no se le otorgue efectos exonerantes de la responsabilidad, pues si aquella utilización se llevara a cabo con violencia o intimidación habría un concurso de infracciones con otra, contra la libertad sexual o con la genérica de coacciones. Por la otra, puede concretarse en intervenciones muy diversas de los sujetos pasivos, sea en espectáculos, sea para la confección de material pornográfico, que por lo general, estribarán en su aparición total o parcialmente desnudos en actitudes lascivas o efectuando actos en solitario, o con otras personas (u otro tipo de prácticas), aunque caben otras variantes, como la participación del menor en conversaciones telefónicas, etc.

⁴⁵⁰ Ciertamente, esta modalidad se asemeja a la que se introdujo en la regulación de los delitos relativos a la prostitución por LO 11/2003 para el cumplimiento del convenio Internacional para la Represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, aunque con diferencias sustanciales respecto a la misma. En efecto, el art. 188 CP exige que el lucro provenga de la propia explotación de la prostitución -se lucre explotando-, mientras que el art. 189 CP no deja tan claro que el lucro provenga de la propia participación en las correspondientes actividades -se lucrare con ellas-. De modo que lo que parece que en efecto se ha incluido es una específica modalidad de blanqueo no obstante la mayor benignidad de la pena prevista en el art. 189 respecto la del art. 301 CP, en lo que se desconoce si reparó el legislador, que más bien parecía apuntar al recrudescimiento penal en la material. Véase CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad...”, ob. cit., pág. 243.

En todo caso deberá tratarse de una intervención significativa en escenas que son inequívocamente exhibicionistas o pornográficas, siendo insuficiente para ORTS BERENGUER⁴⁵¹; y en contra de lo sostenido por algunos autores; que en una filmación un menor se limite a contemplar actos procaces realizados por adultos, tal como estiman MORALES PRAT / GARCÍA ALBERO⁴⁵², supuesto que encajaría mejor en lo previsto por el (art. 185 CP: exhibicionismo) conforme a lo expuesto por CUERDA ARNAU⁴⁵³.

La utilización de menores para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico, es una subespecie de la anterior modalidad con la que coincide en lo sustancial⁴⁵⁴. Ello supone emplear menores o personas que necesiten de un cuidado especial, con su consentimiento como protagonistas o intérpretes del producto realizado, con una participación relevante en el mismo, no reducida a simples apariciones fugaces y episódicas, sin exhibirse o involucrarse en la acción lúbrica, y todavía cumple menos las exigencias típicas la colaboración de menores o personas que necesiten de una atención especial en tareas secundarias de producción (tal vez circunscritas a la acción descrita en el exhibicionismo del art. 185,e) del CP.

En estas primeras modalidades el sujeto activo es la persona que capta de forma eficaz a un menor o incapaz, y toma la decisión que los mismos intervengan en el espectáculo o en la elaboración de material pornográfico, y quizás quien dirige la función. Considero que ampliar más el círculo de autores sería desmesurado.

Las conductas de financiar espectáculos pornográficos y la elaboración del material pornográfico suponen la implicación en dichas actividades de forma significativa. No financia quien se limita a adquirir el material citado, o abonar la entrada al espectáculo, ni tampoco el acomodador, el electricista, etc., que perciben un modesto salario por su trabajo, pues no

⁴⁵¹ ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (III), en “Derecho penal, Parte especial”, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp.297 y 298.

⁴⁵² MORALES PRAT, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, en Quintero Olivares, Comentarios al nuevo Código Penal, Navarra, 2004.

⁴⁵³ CUERDA ARNAU, M^a. Luisa, “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores”, en “Cuadernos de Derecho judicial”, N^o 7, 1997.

⁴⁵⁴ SSTs de 10 de Abril de 1997 y 16 de Febrero de 1998.

realizarían esta tipicidad, aunque podrían ser cómplices en alguna de las anteriores. Procede por ello efectuar una lectura restrictiva, a fin de evitar confrontaciones con el principio de prohibición de exceso.

Los elementos normativos de los tipos penales requieren necesariamente de esta operación interpretativa para establecer su sentido concreto y significado. Lo decisivo para establecer si se configura una infracción al principio de legalidad, en relación a la ley “stricta” y “certa”, radica en que el vocablo utilizado por el legislador permita conocer y concretar con precisión el núcleo y esencia de la conducta típica, o sea la verdadera identidad del tipo delictivo, vinculándolo con el correspondiente bien jurídico protegido y del otro lado que las fórmulas legales no resulten de una vaguedad tal que impida motivarse en forma acorde con sus imperativos⁴⁵⁵.

B. Producción y tráfico de pornografía infantil (art. 189.1.b)

Art.189.b): “El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”.

Esta figura, a la que vamos a llamar *tráfico* de pornografía infantil, abarca una serie de conductas relacionadas con el tráfico, producción, comercialización, difusión o exhibición, etc., de material pornográfico elaborado con menores e incapaces, por cualquier medio, o la posesión para esos fines, aunque sea de procedencia extranjera o desconocida.

El concepto de tráfico ha sido definido en la STS de 12 de febrero de 1990 (1990/1479) como “cualquier género de transmisión a título oneroso o gratuito, incluidos los supuestos de tenencia, donación, transporte que implican una situación potencial de ataque a un bien jurídico protegido⁴⁵⁶”.

⁴⁵⁵ CSJN Fallos, 316:1190,316:1239, y 319:1524.

⁴⁵⁶ En MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., ob. cit., p. 369.

El artículo luego de la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del CP⁴⁵⁷, y la LO 5/2010, que es mantenida por la 1/2015 respeta el contenido del antiguo artículo 189.1.b), con un solo agregado, la acción de “ofrecer”, y mantiene la desvinculación de las conductas de tráfico, de las de producción del material, hasta el punto de no exigirse el conocimiento de la autoría de la misma⁴⁵⁸, si bien debe apreciarse su naturaleza pornográfica infantil excluyéndose, en la apreciación del tipo supuestos de pseudo-pornografía, pornografía técnica y aquellos que carezcan de la calificación pornográfica.

Se ha aludido –salvando las distancias– a una “especie de receptación, ya que se trata de la situación en que un determinado sujeto se aprovecha de los efectos de un delito cometido por otro”⁴⁵⁹. Si bien es cuestionable la equiparación por cuanto –el delito de receptación contempla solamente su comisión de manera lucrativa⁴⁶⁰– y no debe observarse en términos absolutos, sí, resulta interesante a fines didácticos.

La conducta típica estriba en *producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición* por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Los verbos utilizados por el legislador son de clara significación, así como también poseer material pornográfico para esos fines. Tal vez lo más complicado es fijar los límites de aplicación de apreciación para cada una de las conductas, o sea su ámbito de apreciación.

Aquí el problema principal surge de la dificultad de distinción entre estas amplísimas posibilidades de autoría, y lo que técnicamente para cualquier otro precepto penal tendría su correcta ubicación en la figura del cómplice. Lo que no cabe duda es que el legislador,

⁴⁵⁷ Ver capítulo de modificaciones al Código penal español.

⁴⁵⁸ TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “La protección...”, ob. cit., p. 110.

⁴⁵⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G., “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: Cuestiones claves”, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Boletín de la Facultad de Derecho, N° 20, 2002, pp. 264 y sgts.

⁴⁶⁰ De igual criterio, TAMARIA SUMALLA, Joseph M^a., “La protección...”, ob. cit., pp. 109 y 110.

siguiendo la estela marcada por algunos documentos internacionales, ha elevado, por razones de política criminal, a consideración de autor lo que de otra modo no sería sino un mero cómplice. No obstante, entendemos que el cooperador necesario debería recibir la penalidad señalada en el artículo 63 del CP, pena inferior en grado a la señalado por la Ley al autor, pues existe una sustancial diferencia entre quien directamente utilizad al menor para elaborar material pornográfico o lo produce, vende o distribuye de quien tan sólo, sin tener participación directa en estas actividades, las facilita por cualquier medio. Dada la amplia redacción del precepto, entendemos que dentro de su campo de aplicación se encuentran los servidores de Internet que, con conocimiento del contenido alojan páginas de pornografía infantil⁴⁶¹.

Se ha entendido que el tipo en estudio es “un delito de modalidad comisiva múltiple, y dada la amplitud de los tiempos verbales empleados, de medios abiertos, se origina una extraordinaria amplitud que deja mucho que desear a la luz del principio de taxatividad⁴⁶²”.

Resulta interesante el caso⁴⁶³ de que al individuo que entrega a otro la referida iconografía pornográfica de manera lucrativa o gratuita, si ésta es mantenida por quien la recibe, no cabría incluirlo en el concepto de distribución, por cuanto en el mismo el material debe llegar a una pluralidad de individuos; por tanto, ¿qué precepto incluiría esta conducta, o en realidad no está prevista?

Si bien no está contemplada la difusión de material pornográfico de la misma forma que en otras legislaciones⁴⁶⁴, esta circunstancia no crea inconveniente para considerar adecuadas al tipo, las conductas de intercambio o transmisión de pornografía por Internet, o cualquier medio que permita la tecnología existente en cada momento.

⁴⁶¹ GARCÍA VALDÉS, Carlos, “*Acerca del delito de pornografía infantil*”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 418.

⁴⁶² BEGUE LEZAÚN, Juan J., “Delitos...” ob. cit., p. 204.

⁴⁶³ MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., ob. cit., p. 273.

⁴⁶⁴ El Derecho penal italiano contempla, en el art. 600 ter, párrafo tercero, la distribución, divulgación o publicación de material pornográfico infantil diferenciando ambas según la determinación o indeterminación de los destinatarios. Por su parte, las legislaciones alemana, parágrafo 184 StGB, y francesa, art 227-23 del Código penal, inciden expresamente en la difusión de imágenes pornográficas.

Cuatro son los aspectos a analizar: a) las muy variadas formas comisivas, b) el concepto de material pornográfico, c) amplitud de la frase “por cualquier medio”, d) que el material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido.

a) Con respecto al primer punto, los verbos utilizados por el legislador son muy claros en su significación, resulta evidente que ha demostrado su voluntad de no dejar fisuras en la tipicidad, al castigar a quien “por cualquier medio” realice algunas de las conductas prohibidas, aunque a su vez la extensa enumeración de conductas pone de resalto que no se castiga toda conducta vinculada a la pornografía. O sea, que escribir, retratar, dibujar, editar, etc., son comportamientos en principio atípicos, por lo tanto no toda actividad relacionada con la pornografía resulta tipificada.

En primer lugar, en el precepto se destaca el “productor” del material, quien podría ser sancionado, en varias ocasiones, incluso como autor de cualquiera de las modalidades de la letra a). Debido a la indeterminación de la significación del vocablo. producir conforme la Real Academia Española de la lengua significa “fabricar o elaborar, reconociendo expresamente esa equiparación en materia de tráfico de drogas, aunque lo que el tipo pretende es abarcar tanto la elaboración, manufacturación e industrialización. Por su parte, se ha identificado con “proporcionar los medios económicos precisos para la elaboración definitiva del material pornográfico, (montaje, encuadernación, impresión), un significado parejo con la facilitación o la financiación.

Aun teniendo en cuenta el análisis⁴⁶⁵ según el cual, en orden a interpretar que la producción estaría relacionada con la actividad fabril de plasmación y procesado de soporte gráfico de la imágenes obtenidas de los menores, quienes pudieron ser obligados o forzados por otra persona distinta cumpliendo con la conducta típica del art. 189.1.a), tampoco encontramos la justificación de presencia en orden a que la conducta mencionada *ut supra* podría quedar inscripta en al facilitación de material pornográfico infantil contemplado por el art., 189.a.b), o una forma de autoría o participación en el proceso de elaboración de la citada iconografía. Su

⁴⁶⁵ RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso, “Los delitos de utilización de menores o incapaces, en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.), “Delitos contra la libertad sexual”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 35.

inclusión entonces pudiera estar fundada en una decisión político criminal tendiente a completar un catálogo de conductas punibles en materia de pornografía infantil.

Que el término producción se encuentre incorporado en el art. 189.1.b carece de utilidad alguna por cuanto si lo relacionamos con la creación, ya estaba previsto en el inciso a) y si lo relacionamos con la financiación también estaba previsto en el mismo inciso, por lo que su ubicación sistemática carece de relevancia.

En segundo lugar, aquí también resulta necesario hacer una lectura restrictiva de los términos utilizados por el legislador, para no conferir al tipo una excesiva amplitud en inscribir en él, solo conductas relevantes directamente dirigidas a la producción, distribución, venta, ofrecimiento o exhibición de esa clase de material, siempre para favorecer su difusión, generalmente con miras pecuniarias. De allí que únicamente deberían ser considerados autores, aquellas personas que desempeñen un papel central e importante en las actividades típicas, como impulsores o beneficiarios de las mismas.

Producción de material pornográfico: el término tiene varias acepciones, circunstancia que produce una seria indeterminación del concepto. Se ha estimado⁴⁶⁶ que el autor podría ser sancionado también, en no pocas ocasiones, como autor de cualquiera de las modalidades del art. 189.1.a. Según el Diccionario de la Real Academia Española, significa tanto hacer, crear, fabricar, elaborar, imprimir, construir materialmente una cosa, crear cosas con valor económico, proporcionar los medios económicos para la elaboración definitiva del material pornográfico, un campo de acción muy parejo con el de la facilitación o la financiación.

Este término⁴⁶⁷ resulta estéril de toda aplicación práctica o teórica, por cuanto en relación a la elaboración de material pornográfico previsto en art.189.1.a ya se encuentra cubierto en la descripción del tipo y, por otro lado, si lo relacionamos con la capacidad de solventar económicamente, también se encuentra prevista la acción de financiar en ese tipo.

Venta de material pornográfico: consiste en entregar o enajenar algo a cambio de un precio o una contraprestación económica. Desde la perspectiva penal, según la propia

⁴⁶⁶ ORTS BERENGUER, Enrique, ob. cit., p. 293.

⁴⁶⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., ob.cit., p. 276.

naturaleza del tipo, la consumación del hecho delictivo se producirá en distintos momentos. En relación a la venta, se debe retrotraer el momento consumativo al instante en que se oferta la mercadería al público, si necesidad de que exista un comprador, pues sólo el hecho de ofrecerla para enajenarla lleva implícito incurrir en la previsión legal que el legislador trata de evitar tipificando esta conducta.

Distribución de material pornográfico: algunos autores asocian este verbo con el delito de difusión que significa hacer llegar a varios sujetos, a un colectivo y no a uno solo todas las entregas. Siendo indiferente que sea a título gratuito y oneroso. Mientras que distribución significa repartir, hacer llegar, entregar, etc. a terceros la imagen o representación del menores en una situación de contenido sexual explícito, poner al alcance de un número indeterminado de personas.

La doctrina penal italiana diferencia ambos términos en el sentido de que la distribución hace referencia a la consigna o entrega de bienes tangibles o materiales, en cualquier tipo de soporte, mientras que la difusión hace a la entrega de bienes inmateriales e intangibles o sea a través de ondas, circuitos, etc., sin hallarse reflejada en ningún soporte.

Se ha señalado una situación de difícil solución, que es la de aquellos programas de Internet a través de los cuales el usuario puede descargarse archivos de música, películas, imágenes sin control alguno. Sólo debe descargarse el programa base, y se lo guarda en una carpeta de archivos a compartir. En virtud de este proceso, no cabe hablar de distribución en sentido estricto, por cuanto no se produce la entrega en forma directa por parte de un sujeto, sino que otros acceden a una carpeta concreta con el permiso del titular –basta con detener la descarga de archivos para evitar que un tercero obtenga tales imágenes–, calificando la conducta de este sujeto como distribución pasiva ya que si bien el poseedor no envía el material pornográfico a los destinatarios, de alguna manera permite o faculta a que accedan al mismo.

Exhibición de material pornográfico: significa poner a la vista el material, teniendo como destinatarios a una pluralidad de personas, aunque ello no represente un requisito esencial para la aplicación del tipo. En la Audiencia Provincial de Madrid 64/2001, de 28 de febrero (JUR 2001 /127260) el imputado exhibió, a través de Internet mediante la página web creada al efecto material pornográfico infantil sito en la dirección <http://www.arrakis.es/>-

txunda/index2.htm, desde noviembre de 1998 hasta el 21 de Julio de 1999 fecha en la que fue detenido. La conducta típica desarrollada representaba carácter lucrativo por cuanto para acceder al contenido de la web estableció un sistema de suscripción, trimestral o anual, cobrando el usuario 1400 pesetas al trimestre. De la sentencia surgen dos requisitos esenciales para desplegar la conducta típica:

1) el tipo no se comete sólo por la introducción del material pornográfico en Internet, sino también por el mantenimiento de su exhibición;

2) La actividad desarrollada debe exceder del mero uso personal y reservado de la pornografía infantil⁴⁶⁸.

Facilitación de material pornográfico: significa hacer más fácil, allanar los obstáculos proporcionando medios y formas, o sea que reúne un catálogo muy importante de distintas conductas punibles por cuanto la mera colaboración o cooperación con alguna de las acciones prevista en el tipo, lleva implícito incurrir en esta tipología delictiva. RODRÍGUEZ PADRÓN destaca el almacenamiento, transporte, intermediación, etc.⁴⁶⁹.

Existen al respecto dos problemas a considerar:

1) “La necesidad de contemplar expresamente este tipo penal conforme a los principio de autoría y participación. A través de esta vía se sancionaría como autores lo que par cualquier otro precepto penal tendría su correcta ubicación en la figura del cómplice. Se trata de un tipo penal abierto cuya génesis radica en la sanción e toda intervención accesorio en las conductas de producción, venta, difusión y exhibición de materia pornográfico, careciendo de relevancia todos aquellos aspectos relacionados con las formas de participación en el delito en tanto quedan subsumidas por el citado precepto. Es más, la propia excepción del art. 30 del CP sería irrelevante a los efectos prácticos, ya que generaría un concurso de normas penales a resolver en favor de la incriminación del art. 189.b).

2) El contenido del referido vocablo engloba otros núcleos del tipo. A tal efecto, cabe hacer mención a la posible dualidad de contenidos entre la acepción “producción” y la de

⁴⁶⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., ob. cit., p. 285.

⁴⁶⁹ RODRIGUEZ PADRÓN, Celso., ob. cit., p. 36

“facilitación por cualquier medio de material pornográfico en tanto la primera contempla toda actividad fabril de plasmación y procesado a soporte gráfico de las imágenes, de lo que resulta comprendido en el segundo. En consecuencia, esta figura de la producción debiera quedar subsumida por aquella”⁴⁷⁰.

Es de destacar que, conforme la mayoría de la jurisprudencia, la donación e incluso las formas más simples de regalo o invitación quedan incluidas en el concepto, pues equivale el mismo la transmisión de una cosa o otra u otras personas, pero por cualquier título, es decir tanto de una forma onerosa o gratuita, total o parcialmente, directa o indirectamente, porque los donativos desinteresados y de escaso monto, sin ánimo de lucro y sin lograr ganancia alguna, cumplen una misión facilitadora del consumo, fomentando el mismo y creando la necesidad de y adicción, contribuyendo así a fomentar la clientela de tráfico⁴⁷¹, pues equivale el mismo la transmisión de una cosa o otra u otras personas, pero por cualquier título, es decir tanto de una forma onerosa o gratuita, total o parcialmente, directa o indirectamente, porque los donativos desinteresados y de escaso monto, sin ánimo de lucro y sin lograr ganancia alguna, cumplen una misión facilitadora del consumo, fomentando el mismo y creando la necesidad de y adicción, contribuyendo así a fomentar la clientela⁴⁷².

Ofrecimiento de material pornográfico

En relación a la modalidad de *ofrecer* –incorporada en la reforma por la LO 5/2010, mantenida en la LO 1/2015; y contemplada en el artículo 3.1 c) de la Decisión Marco 2004/68/JAI, que fuera reemplazada por la 2011/92/UE–, se plantea la cuestión de qué

⁴⁷⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, David., ob. cit. pp. 285 ss.

⁴⁷¹ STS del 19 de mayo de 1989 (RJ 1998/4223).

⁴⁷² No obstante, en el tráfico de drogas existen excepciones, no aplicables a la pornografía infantil en cuanto a su naturaleza, en donde se reconoce la atipicidad de la donación siempre y cuando responda a la exclusiva idea de cuidar a la deshabitación o a impedir riesgos motivados por el síndrome de abstinencia. La STS 789/1999, de 14 de mayo (RJ 1999/5396), al contemplar una falta de sustrato de antijuridicidad al no existir posibilidad de difusión, facilitación o promoción del consumo siempre y cuando se aprecien las siguientes características: a) que no se produzca la difusión de la droga respecto de terceros. B) que no exista contra prestación alguna como consecuencia de esa donación c) que esta donación lo sea para un consumo más o manejo inmediato, en presencia o no de quien hace la entrega d) que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al donatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia ya que aunque en esos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos”. De igual forma para el caso concreto en el que sean familiares los que suministre la droga: STS 132/1999, de 3 de febrero (RJ1999/967).

diferencia existe entre *ofrecer* y *facilitar*, pareciera que en este caso se busca penalizar al que ofrece –promete la dación de una cosa, compromete su entrega, que es una conducta previa a facilitar (*ex ante* de facilitar)– hacer más fácil allanar los obstáculos para el logro de los fines perseguidos, etc.

Por otra parte, es de preguntar: ¿Tienen el mismo nivel de afectación sobre el bien jurídico la conducta del que produce, vende, distribuye, que la del que facilita la producción del material y el que la ofrece?

Otro punto es el de la delimitación de las conductas que engloba, en concreto, si la oferta debe ser directa, de oferente a interesado, o si cabe la posibilidad del ofrecimiento genérico propio de la publicidad. La jurisprudencia será quien tendrá la tarea de delimitar el alcance de la conducta consistente en la “oferta” de material. Parecería más razonable limitar la conducta al ofrecimiento directo, sin descartar algunos supuestos que puedan tener anclaje en el delito publicitario del art. 282 del CP o en la provocación (art. 18 CP) y desde luego constituir un acto administrativo.

b) Resulta importante destacar la importancia del concepto de material pornográfico. Esta tarea ha de realizarse sin perder de vista los derechos fundamentales que pueden verse recortados a raíz de la referida determinación, tales como la libertad de expresión, a la producción y creación literaria, artística, científica, técnica y a la libertad de cátedra. (art. 20 de la CN).

A fin de evitar estos inconvenientes en orden a la tipicidad, en la reforma de 1/2015, se intentó definir material pornográfico en el segundo párrafo del art. 189.1.b de la siguiente manera:

“A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”.

Evidentemente esta definición de material pornográfico, que deja bastante que desear en relación al principio de taxatividad y legalidad, nos lleva a preguntarnos qué significa “representar” o “representación”; pues en realidad no son términos muy precisos en incorporan a la pornografía punible, la representación de personas inexistentes⁴⁷³. El diccionario de la Real Academia define “representar” como ser imagen de una cosa o imitarla, ser imitación o copia, imaginar algo como real, imagen o idea que sustituye a la realidad, etc. o sea que los vocablos se conectan con la idea de imitación, caracterización, tomar a otro por modelo. O sea, que no parece imprescindible, al menos eso parece, que los participantes en una conducta sexual sean por fuerza personas reales. Participar de una conducta sexual explícita, real o simulada se entiende bastante bien, aunque si la llevan a cabo personajes creados artificialmente, no se advierte ningún peligro para un sujeto pasivo.

Por otra parte, también se ha dicho, hay numerosas variante sexuales y no está claro si la práctica de todas ellas satisface la exigencia típica: actos muy placenteros para ciertas personas u que aparecen recogidos en las parafilias del DSM 5; pueden no entrañar perturbación alguna

⁴⁷³ ORTS BERENGER, Enrique, ”*Determinación a la prostitución. Arts. 187, 188, 189 y 192*”, en *Comentarios a la reforma del Código penal 2015*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y Otros , Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, España 2014, pp. 609 y sgts.

para el menor o la persona discapacitada, o sí, en función de lo que se le pida al menor. La conducta además debe ser inequívocamente sexual de las que pueden ocasionar desasosiego⁴⁷⁴.

Según se ha señalado, “el legislador ha descripto la conducta de forma tan difusa que es posible encajar en ella comportamientos sin la menor carga lesiva par al indemnidad o el bienestar o los procesos de formación o socialización de menores y personas con discapacidad, sin la menor tangencia a uno de ellos. Pues podría sostenerse que cometen delito quienes pintan o dibujan o elaborar virtualmente a través del ordenador y el programa correspondiente la imagen de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de una protección especial, reales o imaginadas, presentes o recordada, participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada...”⁴⁷⁵, las conductas que definen el material pornográfico ha resultado sumamente elásticas, afectando el principio de legalidad. De esta forma se terminará definiendo vía doctrina o jurisprudencia el concepto del objeto material del delito.

En el apartado b) se habla de la representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales. Representación puede resignificar una reproducción más o menos artística e los órganos sexuales no necesariamente reales. Y si fueran reales y son fotografiados o filmados sin que haya actividad sexual alguna o sin que la persona se dé cuenta, nos encontraremos frente a un desnudo. Y la jurisprudencia del TS tiene dio que el desnudo por sí solo no es pornográfico (SSTS 20 de octubre de 2003, 8 de marzo y 2 de noviembre 2006. Y también existen sentencia del TC y del TS en las que se insiste en el carácter obsceno de una obra para merecer la calificación de pornográfica STC 176/1995; SSTS 10 de octubre de 2000, 2 de noviembre de 2006, 1 de octubre de 2007, 30 de enero de 2009.

El legislador habla de finalidad sexual, pero cabe al respecto preguntar: ¿En qué consiste la misma? En representar órganos sexuales para que se excite quien los contempla? ¿Qué pasaría si se reprodujera un pene de un menor orinando? Ello excitaría a los espectadores?

⁴⁷⁴ Idem nota anterior.

⁴⁷⁵ Idem nota anterior.

En el apartado c) todo se complica, define como material “a todo el que represente de forma visual o una persona que parezca ser menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte ser un mayor de 18 años o más, al momento de obtenerse la imágenes”. Representar visualmente a una persona que parezca un menor puede significar tanto que se utilice a una persona de más de 18 años o que se utiliza alguna técnica para concebir personas irreales con apariencia de reales.

La última variante puede hacer más viable la interpretación restrictiva que se intenta hacer en relación con los tres apartados anteriores, por cuanto la expresión imágenes realistas puede traducirse como representación de personas reales y ello redundaría en tener que interpretar los apartados previos como personas de carne y hueso. Se estima al respecto que una exégesis como la sugerida evitaría la confrontación con los principio de prohibición de exceso y ofensividad algo que no parece preocupar a los legisladores.

Llama la atención que no se hubiera efectuado ninguna aclaración con respecto a las voces de los menores, que estaban incluidas en el art. 189.7 de la ley anterior, cuando se hablaba de pseudo-pornografía. Parecería que distintas grabaciones de voces de menores ya no serán interpretadas como material pornográfico.

En la práctica, debemos recapacitar sobre las dificultades a las que puede tener que enfrentarse un juez, para resolver si un determinado material, ha sido elaborado con auténticos menores o personas con discapacidad, o si éstos han tenido una real participación en el referido proceso, cuando los menores utilizados son desconocidos, pues a veces los que aparentan serlo son mayores de dieciocho años convenientemente depilados y maquillados para aparentar menos edad; en otros casos se intercalan imágenes de menores en escenas en donde no han tenido participación alguna, para producir la impresión contraria, o mediante técnicas más sofisticadas, se retocan imágenes de adultos a los que se “decapita” y se sustituye su cabeza o rostro por el de menores de edad, etc.

En estos casos no hay delito por cuanto no se trataría de material pornográfico elaborado por menores e incapaces y por lo tanto no se ha dañado o lesionado ningún bien jurídico de los mismos.

A esta difícil determinación, hay que agregarle poder determinar en la época en que se realizó y el lugar de comisión, cuando son imágenes exhibidas en Internet.

Así se ha condenado a quienes hicieron participar a varios menores en actos de exhibicionismo que filmaron, y se absolvió a sendas madres que habían fotografiado a sus respectivas hijas de siete y nueve años; en un caso porque sin perjuicio de; y en otro porque no quedó probado que se hubiesen creado para su posterior exhibición venderlas a un hombre, no se hizo adoptar a la niña ninguna posición de significación sexual.

c) La expresión “por cualquier medio”, ha sido en la década pasada, una de las principales innovaciones presentes en la mayor parte de las legislaciones internacionales⁴⁷⁶, en todas aquellas tipologías delictuales en los que la introducción de nuevas tecnologías,-Internet- ha modernizado antiguas figuras comisivas, o sea todos los delitos relacionados con la informática.

⁴⁷⁶ La legislación italiana ha introducido en el supuesto de hecho contemplado en el párrafo 3° del art. 600 ter de su Codice Penale -referente a la distribución, divulgación o publicitación del material pornográfico- el término “vía telemática”, con el propósito de incidir expresamente, frente a la acepción “cualquier medio” -también contemplada- en la punición de esta vía delictual, y muy especialmente Internet, situación generadora de un profundo debate en torno a la tipificación expresa de semejantes actos frente a la libertad de pensamiento y libre circulación de ideas.

Por su parte, la legislación estadounidense opta por acotar la terminología “imagen visual” en los tipos incriminatorios de pornografía infantil, como acepción genérica, la cual se halla a su vez definida en la sección 2256 del US Code como “cualquier forma de reproducción antigua y cinta de video y datos guardados en un ordenador que pudieran ser convertidos en imagen., con lo que el legislador estadounidense incluye bajo esta denominación no sólo la imagen en sí sino cualquier dato informático generador de la misma.. De igual forma, la sección 2253 menciona expresamente la terminología por cualquier medio, incluyendo el informático, para castigar la vía empleada para enviar, transportar distribuir, reproducir con la finalidad de distribuir vender, poseer para la venta, o la denominada posesión simple.

El Código penal alemán hace hincapié en la terminología “documento”, el cual aparece expresamente definido en el parágrafo 11 III StGB como término equivalente a soportes del sonido y la imagen, memoria de datos, ilustraciones y otras reproducciones, ante lo cual cabe incluir Internet dentro de los mecanismos citados.

La legislación francesa, por su parte, emplea una técnica semejante a la española por cuanto utiliza la acepción genérica “cualquier medio” para sancionar expresamente la difusión de imágenes pornográficas con la intención de incluir a internet y el correo electrónico como principales medios de difusión-art.227-23 el Código Penal francés. Ver MORILLAS FERNÁNDEZ, D., ob. cit., p. 273.

Se ha elogiado⁴⁷⁷ esta iniciativa por cuanto permite atender a todas las posibilidades que ofrece la moderna tecnología, ya sea de difusión gráfica, fotográfica, analógica, digital o del cualquier otra especie que permite la tecnología existente en cada momento. La persecución de estos delitos tradicionales por nuevas vías comisivas requiere la formación de unidades específicas orientadas a su seguimiento conformadas por personas debidamente capacitadas en la materia por. Ejemplo: Grupos Telemáticos de la Guardia Civil⁴⁷⁸. Ello se relaciona con la frase “aunque el material tuviere origen en el extranjero o fuese de procedencia desconocida”, debido a la frecuencia con que este tipo de distribución se realiza utilizando el material que ha sido copiado por la propia red, siendo desconocido su origen. En la práctica, en la mayoría de los sujetos en que ha intervenido policialmente contra ese tipo de conductas se trataba de fotografías o videos que reflejaban a actores de países del tercer mundo.

d) Independencia que el material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido.

Esta aclaración con respecto al origen del material está relacionada con lo que hicimos mención en el anterior acápite, y ello es en función de la utilización de nuevas tecnologías, en virtud de las cuales los delitos adquieren nuevas formas de comisión.

Si *Internet* constituye la principal vía de difusión de material pornográfico infantil, debemos tener en cuenta que su utilización permite que los delitos analizados se lleven a cabo a miles de kilómetros de donde el material fuera producido, por ejemplo el individuo que fotografía a menores en Tailandia, los inserta en la red de Filipinas gracias a un servidor de Berlín recibándose estas imágenes en cualquier parte del mundo. Con una red mundial como Internet, accesible desde cualquier parte, se han desdibujado las fronteras territoriales. Por ello, determinar el lugar de comisión del delito es ciertamente muy complejo por cuanto se pierde la pista de seguimiento. Los textos normativos más modernos se hacen eco de estas complejidades y contemplan previsiones expresas destinadas a aclarar el ámbito de aplicación territorial de sus norma. Por ello el legislador habla de la independencia del origen del material habilitando a España a conocer en el supuesto ilícito penal.

⁴⁷⁷ MORALES PRATS / GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) / MORALES PRATS (Coord.), “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*”, 5ª ed., Pamplona, 2005.

⁴⁷⁸ Para información sobre sus competencias, ver <http://www.guardiacivil.es/telematicos/index.htm>

Se ha afirmado⁴⁷⁹ que “si queremos investigar adecuadamente los delitos informáticos, debemos flexibilizar nuestros criterios ancestrales en materia de soberanía, territorialidad y competencia del juez penal”.

Se ratifica⁴⁸⁰ que en el art. 189.1 del CP español “para evitar lagunas de punibilidad, que podría propiciar Internet, se establece una sola excepción absoluta del principio de territorialidad, de forma que la tipicidad alcanza a los supuestos en los que el material tiene su origen en el extranjero o del que desconozca su procedencia”.

Ello se presenta como una facultad expresamente reconocida a la jurisdicción española por cuanto el art. 23.4.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a los tribunales españoles, para conocer de los hechos cometidos por nacionales o extranjeros fuera del territorio nacional, entre otros delitos, en materia relativa a prostitución o corrupción de menores e incapaces, o sea lo que se conoce como principio de justicia universal como excepción a la territorialidad de la ley penal.

La jurisprudencia española⁴⁸¹ viene aplicando en reiteradas sentencias la teoría de la ubicuidad conforme con la cual, el delito se comete en cualquiera de los territorios en que se haya realizado alguno de los elementos del tipo. Al referirse a los diferentes sistemas para la determinación de la ley penal aplicable y la jurisdicción competente en los principio de cibercriminalidad –el principio de universalidad, la teoría de la acción y del resultado, y la

⁴⁷⁹ PALAZZI, “Los delitos...” ob. cit., pp. 63-64.

⁴⁸⁰ CORCOY BIDASOLO, ob. cit., p. 12.

⁴⁸¹ En auto de Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, auto de 1776/2010, rec. 20588/2008, se concluyó que la actividad ilícita partió de diversas ciudades desde donde operaban distintos partícipes a los que les fueron intervenidos los respectivos ordenadores, sin que en la ciudad de Madrid se haya cometido actividad ilícita alguna, ya que se limitó a incoar las diligencias previas iniciales a partir de un oficio de la Brigada de Investigación Tecnológica. Entre las acciones impetradas por los distintos usuarios de esos archivos pornográficos que podía “bajarse a través de Internet y que han determinado la incoación de tantas causas como usuarios, no existían relaciones de conexidad en el sentido procesal de los términos (art. 7 y 300 LECrim). La conexión procesal no se identifica con la conexión informática o a través de la Red, estamos ante delitos distintos cometidos en lugares distintos. En ATS del tribunal Supremos Sala Segunda de lo Penal auto del 227172010, rec. 2045472009, el alto cuerpo argumento, “No existe base alguna para apreciar tal conexidad por lo que cada juzgado debe proseguir la investigación de los hechos acaecidos en un partido judicial, ya que el criterio determinante de la posible conexidad sería el acuerdo de voluntades entre los distintos autores para la comisión de los delitos, lo que significaría tener que acreditar que ha mediado un concierto previo entre todos ellos par la perpetración del comportamiento delictivo, en distintos lugares y momentos, lo que sin duda no se da en el supuesto investigado en el que simplemente consta el uso de un programa de intercambios eMule en el que coinciden los imputados, animados por el contexto propicio del mero punto de contacto”.

teoría de la ubicuidad—, se ha estimado⁴⁸² que “todos presentan inconvenientes y dificultades en su aplicación, aunque sea loable su pretensión de subsanar posibles lagunas de penalidad y vacíos que fomente la delincuencia informática”.

Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, hombre o mujer es indiferenciado.

Sujeto pasivo

Menores de dieciocho años o personas con incapacidad que necesitan una mayor protección. El legislador habla de un sujeto pasivo plural, y podría parecer que para desarrollarse la conducta típica debiera efectuarse en relación a una pluralidad de víctimas. Sin embargo, se afirma que cabe apreciar tantas infracciones como menores o incapaces resulten involucrados en el material pornográfico, siempre y cuando se mantenga una opción de bien jurídico individual lesionado⁴⁸³.

Posesión del material pornográfico elaborado por menores o personas con discapacidad necesitadas de una mayor protección con fines(art. 189.1.b)

El precepto englobaría la mera tenencia de material pornográfico infantil orientado al tráfico, independientemente del soporte en que se contenga, o sea con el único propósito de desarrollar alguna de las conductas previstas por el art. 189.1.b), debiendo excluir los supuestos en que se destine al consumo propio, que también sería punible en virtud del art. 189.5 del CP.

Para GARCÍA VALDÉS, la posesión del material pornográfico con fines constituye una modalidad de comisión anticipada, que equivalente a la clásica posesión de drogas para el tráfico prevista por el art. 368 del CP. Ambas expresiones son equivalentes aunque no están formuladas en los mismos términos. Mientras que en el tráfico de drogas se castiga de manera expresa la posesión con los fines de cultivo, elaboración, tráfico, etc., en el art. 189.1.b se determina concretamente la posesión de material pornográfico para la realización de cualquiera de las conductas recogidas por la letra b) del 189. El problema estriba en determinar qué

⁴⁸² PEREZ MACHÍO, ob. cit., pp. 248-252.

⁴⁸³ BOLDOVA PASAMAR, M.Á., ob. cit., p. 539.

criterios o requisitos ha de reunir esta posesión o tenencia para poder ser considerada destinada a alguna, o algunas de las acciones previstas en la figura del art. 189.1.b⁴⁸⁴.

MORALES PRATS y GRACIA ALBERO⁴⁸⁵ identifican esta modalidad como un delito mutilado en dos actos, siendo preciso acreditar, a la vista de los indicios concurrentes, la preordenación al tráfico del material pornográfico secuestrado en posesión del autor.

Como hemos anticipado, los pedófilos suelen ser grandes coleccionistas de esta iconografía, siendo Internet la vía más utilizada para obtenerlas, por lo que, salvo que existan indicios en contra, resulta ser muy difícil probar la existencia de posesión orientada al tráfico.

De todas formas se pueden tener en cuenta una serie de elementos, como la cantidad, forma de almacenamiento, presentación, mecanismo de elaboración, número de copias, lugar en que se guarda, ocultación, serán imprescindibles para un pronunciamiento de condena. Sin perjuicio de ello la dificultad probatoria es muy alta, atento a la forma en que se produce el coleccionismo pedófilo, ya que este es perfectamente compatible con la tenencia simple para consumo personal, y en estos casos resulta imposible determinar por ley un parámetro mínimo de consumo diario o abastecimiento.

La conducta de posesión del material pornográfico elaborado con menores e incapaces, para alguno de los fines indicados, difusión, venta, exhibición, etc., no pasa de ser un acto preparatorio impune, puesto que es imposible probar el fin que persigue la figura, ya que queda en la esfera de la intimidad del autor.

C. Tipos cualificados (art. 189.2)

Este listado de agravantes, con algunos diferentes matices, se encontraban contempladas por el art.5 de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a “La Lucha contra la Explotación Sexual de los Niños y la Pornografía Infantil”, si

⁴⁸⁴ GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Acerca de...”, ob. cit., p. 419.

⁴⁸⁵ MORALES PRATS / GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) / MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Pamplona, 2005.

bien conforme a esta normativa la legislación española recoge una variedad mayor de supuestos típicos.

Art. 189.2: “Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.
- b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.
- d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
- e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.
- f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
- g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.
- h) Cuando concurra la agravante de reincidencia”.

En este artículo se señalan circunstancias que agravan la pena, para quienes realicen los actos previstos en el apartado 1, por la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años

Esta agravante en razón de la edad se encontraba presente en el art. 189.3 CP anterior, con algunas diferencias. Se impone la primera agravación cuando se utiliza a menores de

dieciséis años y no trece, como hasta ahora. O sea, se eleva la edad ampliándose el marco de protección de la figura.

Según el Preámbulo de la LO de reforma de 30 de marzo de 2015⁴⁸⁶, “se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva 2011/92/UE que deja sin efecto la Directiva 2004/68/JAI, define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» Anteriormente, la edad prevista en el Código Penal español era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”.

“De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación”⁴⁸⁷.

El fundamento de la agravante parece lógico, ya que el tipo penal básico entiende por menor de edad a toda persona que no haya cumplido los dieciocho años y reconoce a efectos del libre desarrollo de la sexualidad la capacidad para consentir actos de semejante naturaleza a partir de los dieciséis, fijar en ese momento cronológico el límite punitivo para apreciar esta agravante parece correcto, ya que el grado de reprochabilidad de la acción criminal es mayor cuando la víctima no goza de libertad sexual desde la perspectiva legal. El Código entonces presume “*iure et de iure*” que existe captación, utilización del menor con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos para la realización de material pornográfico, y

⁴⁸⁶ Ver Preámbulo XII de la LO1/2015, de 30 de marzo.

⁴⁸⁷ BOE-A-2015-3439, Boletín Oficial del Estado, núm. 77, martes 31 de marzo de 2015, Sec. I, pág. 27070.

siempre que se realice un acto de contenido sexual con persona menor de 16 años, se aplicará la agravante.

En contra se expresa que el fundamento que subyace es el de que trata de homogeneizarse el límite de edad del subtipo, con la nueva edad del consentimiento sexual. En su opinión el fundamento parece insuficiente, en un delito que precisamente protege a todos los menores, entendiendo por tales todas las personas que no han alcanzado los dieciocho años.

El primero de los subtipos del artículo 189.2 del CP hace referencia a la utilización de menores de 16 años en la realización de las conductas descritas en el apartado primero del precepto. El problema que plantea esta previsión es el relativo a la determinación de la edad del menor cuando únicamente se cuenta para ello con el material pornográfico producido, como podría ser una fotografía o un vídeo, pero no se conoce la identidad del niño.

En realidad, este mismo problema es el que se plantea, con carácter general, para la configuración del tipo básico en los delitos referidos a la pornografía infantil en las mismas circunstancias en las que únicamente se cuenta con cierto material gráfico, y no con la identidad del menor, siendo preciso en este caso acreditar la minoría de edad de los 18 años, y en el supuesto del subtipo agravado, la minoría de edad de los 16 años.

Una posible solución en estos casos vendría dada por la elaboración de un informe médico-forense que, partiendo de los criterios científicos pertinentes en orden a la determinación de la edad de la persona, pudiera concretar, más que la edad aproximada de la misma, que se trata de una persona menor de edad o, en el subtipo agravado, menor de dieciséis años.

En estos casos, el informe pericial, a la vista del material gráfico existente, deberá valorar –en los casos en los que sea posible– el desarrollo de los órganos sexuales, la altura, la existencia de vello en el cuerpo, el desarrollo óseo, así como cualquier otro aspecto apreciable, como podría ser la voz en los casos en los que se tratara de un vídeo.

Ahora bien, como se puede advertir, solamente en aquellos casos en los que parezca evidente, ya la minoría de edad, ya la minoría de los dieciséis años, en sus casos respectivos, podrá contarse con un informe médico-forense en los términos requeridos por las exigencias

típicas, que permita formular acusación en juicio por estos hechos. En cualquier caso, la existencia de un informe pericial nunca deberá estimarse determinante, ya que, como ha señalado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, no podemos olvidar que el perito no deja de ser más que un auxiliar del Juez y que, por lo tanto, el conocimiento privado del Juzgador no está excluido en la valoración de la prueba. Esto se traduce en que debería ser el propio Tribunal enjuiciador, el que llegara a la conclusión de la minoría de edad o, en su caso, minoría de dieciséis años de la víctima, a la vista del material gráfico a través del cual se haya cometido el delito, en aquellos casos en los que esto pueda ser apreciado por una persona con una formación media y sin necesidad, por tanto, del apoyo del experto que supone el perito.

En este sentido, puede señalarse como precedente jurisprudencial la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2000, que confirma otra dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, en la que, admitiendo como hipótesis la tesis de la defensa de que el informe pericial sobre la edad de la menor no resultaba concluyente, se considera acreditada la menor edad de 12 años de una niña, por la simple observación de la fotografía de la menor por parte del Tribunal, afirmando que el Tribunal sentenciador, "...no tiene la menor duda de que la niña que allí aparece tenía notoriamente al tiempo de los hechos una edad de menos de doce años, dada su complexión y características físicas; y para llegar a esta conclusión entendemos que no se necesitan otros datos que los proporcionados por esa fotografía".

En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 696/2008, de 29 de octubre (Rec. 279/2008; Ponente: Giménez García, Joaquín), señala que "con independencia del desconocimiento de la identidad y edad que pudieran tener los menores que aparecen en los archivos, con su sola contemplación se comprueba que son menores de 13 años, ya que se trata de niños de corta edad lo que se puede apreciar a simple vista con las fotos obrantes en las actuaciones –folios 226 y siguientes– y así lo apreció el Tribunal sentenciador en virtud de la inmediación que tuvo del material probatorio" y la Sentencia del mismo Tribunal núm. 739/2008, de 12 de noviembre (Rec. 10673/2008; Ponente: Sánchez Melgar, Julián), dice que "es suficiente con examinar tales fotografías para percatarnos, por los rasgos infantiles de la mayoría de los que allí aparecen, que en la elaboración de ese material pornográfico fueron utilizadas personas menores de trece años (art. 181.3 a)".

De otro lado, debe tenerse en cuenta que las mismas dificultades que presenta la prueba de la edad de la víctima en los supuestos en los que sólo se tiene el material pornográfico difundido, o de cualquier otro modo distribuido, son las que encuentra el propio sujeto activo del delito para que esta circunstancia pueda ser abarcada por el dolo. Esta precisión deberá, por lo tanto, delimitar el alcance del comportamiento delictivo únicamente a aquellos casos en los que la circunstancia de ser la víctima menor de dieciséis años pueda ser alcanzada por cualquier persona con una cultura media, debiendo sin embargo excluirse aquellos otros supuestos en los que, pese a aparentar la víctima una edad superior a los dieciséis años, el perito especialista nos aportara argumentos médicos que pudieran conducir a concluir que se trata de un menor de dieciséis años, pues no es suficiente para la aplicación de esta modalidad agravada que se dé el dato objetivo de la edad en la víctima, sino que además será preciso que el mismo sea abarcado por el dolo del agente.

El segundo de los problemas que se ha venido suscitando –previo a la reforma por LO de 1/2015– en relación con la menor edad de trece años, del menor objeto de la pornografía infantil y que ha llegado a generar una copiosa jurisprudencia al respecto, es el relativo a si este subtipo cualificado es aplicable a todos los comportamientos típicos incluidos en el artículo 189.1.b) del Código Penal o si, por el contrario, la modalidad agravada únicamente es aplicable a los supuestos de producción de pornografía infantil pero no a los de venta, distribución, exhibición o su facilitación.

Si bien es cierto que en un primer momento este subtipo cualificado vino siendo aplicado sin distinción a todos los supuestos que se recogen en el apartado primero del artículo 189 (tanto a la producción como a la difusión), pronto se abrió paso una doctrina jurisprudencial que, partiendo de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 674/2009, de 20 de mayo (Rec. 1652/2008; Ponente: Saavedra Ruiz, Juan), entendía que esta modalidad típica agravada únicamente era aplicable a los supuestos de producción, pero no de difusión, venta o exhibición de pornografía infantil. A esta conclusión llegaba partiendo de que el precepto empleaba la expresión “utilizar a menores de trece años”, lo que considera sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de los menores, que se dará en los casos de producción de pornografía infantil, pero no en los de difusión, en los que el sujeto activo se sirve del material ya producido y, en consecuencia –dice la Sentencia- no llega a utilizar directamente al menor.

A partir de esta sentencia y después de otras muchas en el mismo sentido que han venido a consolidar esta doctrina, el subtipo agravado del artículo 189.3.a)- actual 189.2.a)- únicamente se aplica a los supuestos de producción pero no a otros que no supongan utilización directa del menor de edad o incapaz. En la última reforma de 30 de marzo de 2015, se establece en la norma expresamente que las agravantes son en relación al apartado 1 del art. 189 C.P., o sea que a la inversa de lo manifestado se contemplan ambos apartados a y b del artículo mencionado, unificando las interpretaciones y discrepancia al respecto.

Compartimos la tesis según la cual⁴⁸⁸ la reforma no debería haber obviado la necesidad de clarificar, a qué conductas son aplicables cada uno de los subtipos.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio

Si bien esta consideración no aparece expresamente recogida por la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea, que fuera reemplazada por la Directiva 2011/92/UE, ni en esta tampoco, se podría considerar tácitamente contemplada mediante una interpretación bastante forzada del art. 5.2.b) de la primera, en los supuestos en que esa acción produzca un daño psicológico particularmente grave, ya que el daño físico o sexual estaría contemplado en el inciso c).

También en este caso son dos los principales problemas que se han venido planteando en la interpretación de esta modalidad agravada del delito. El primero de ellos, la determinación de lo que deba entenderse por carácter particularmente degradante o vejatorio ya que, en principio, cualquier comportamiento de contenido sexual con un menor de edad genera ese sentimiento de degradación o vejación del niño.

Como acertadamente señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 739/2008, de 12 de noviembre (Rec. 10673/2008; Ponente: Sánchez Melgar, Julián), “todos los actos de contenido sexual con menores de 13 años -(ahora 16)- resultan especialmente o particularmente vejatorios, o al menos, este subtipo agravado no sido analizado por la Sala sentenciadora de instancia, la cual lo ha dado por supuesto, cuando lo adiciona a la circunstancia a), sin mayores

⁴⁸⁸ DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Monografías 756, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p.

consideraciones jurídicas. Consecuentemente, el motivo tiene que ser estimado parcialmente, suprimiendo esta agravación específica (la del número b), por estar inmersa en el tratamiento de menores de trece años”. En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo n°. 592/2009, de 5 de junio (Rec. 2125/2008; Ponente: Andrés Ibáñez, Perfecto), señalaba que “el artículo 189.3,b) del Código Penal incluye una previsión extraordinariamente abierta: que “los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”. No hay duda de que, en una primera aproximación, todo uso de menores con fines de gratificación sexual puede -deber- ser calificado de degradante y vejatorio para ellos. Por tanto, aquí se trataría de determinar si, y por qué, en este caso, la naturaleza de las imágenes obliga a acentuar tal connotación peyorativa. Esto requiere un ejercicio de justificación, que no se ha dado, pues no consta en la calificación del Fiscal y tampoco hay rastro de él en el acta del juicio. Así, en ausencia de una argumentación explícita al respecto por parte de quien mantiene la calificación de los hechos que funda el recurso, hay que decir que no resulta arbitrario incluir las imágenes descritas en la sentencia en el tipo básico, porque, con toda seguridad, la imaginación pedófila es fértil en modalidades todavía más aberrantes del uso de menores con semejante finalidad, para las que habrá que reservar la exasperación del tratamiento punitivo”.

A la vista de estas precisiones jurisprudenciales, parece evidente que la previsión legal que analizamos deberá ser reservada para aquellos casos en los que resulte acreditada una situación de degradación o vejación que exceda a la que resulta ínsita en cualquier acto de contenido sexual con un menor de edad.

Esto mismo ocurre, salvando las lógicas especialidades de la figura delictiva que aquí nos ocupa, en la copiosa doctrina jurisprudencial existente en torno a la conducta descrita en el artículo 180.1.1° del propio Código Penal, que tipifica las agresiones sexuales cualificadas cuando la violencia o intimidación ejercidas sobre la víctima revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, del mismo modo que sucede con las agresiones sexuales.

La conducta que aquí nos ocupa, es decir, la utilización de menores de edad o incapaces para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o en la elaboración de material de esta naturaleza, va a suponer siempre, y en todo caso el sometimiento del menor de edad o incapaz a conductas que pudieran considerarse degradantes o vejatorias, por lo que la

conurrencia del subtipo cualificado, sólo podrá apreciarse en aquellos casos en los que se dé un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda conducta de corrupción de menores. Lo que debe entenderse que sanciona el precepto, es el plus de antijuridicidad que representa el "modus operandi" del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales desplegadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima (en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo 383/2003, de 14 de marzo y 812/2003, de 3 de junio entre otras). bajo los núm. 3 (niña menor de 13 años practicando una felación a un adulto que eyacula en su boca), 4 (adulto penetrando pro vía anal a un bebe varón); 6 (niña menor de 13 años eyaculando en el interior de la boca de un adulto); 7 (dos menores de edad que penetran a la vez, uno vaginalmente y otro bucalmente a una niña menor de 13 años); 13 (adulto penetrando vaginal y analmente a una niña de 3 años de edad); 14 (varón eyaculando en la boca de una niña menor de 13 años); 23 (adulto eyaculando en la cara de una niña menor de 13 años); 16 (niño de menos de dos años de edad, llevándose el pene de un adulto a la boca) y 26 (dos niñas de 3 y 4 años tocando el pene de un adulto, realizándole una felación y, finalmente el adulto penetrando analmente a una de las niñas)".

Por su parte, se entiende⁴⁸⁹ entiende que estas acciones han de ser ejercidas con la finalidad de ocasionar una especial sensación de humillación a la víctima, próxima a la situación que producen las actuaciones sádicas, no debiendo en nuestra opinión reducir su ámbito de apreciación solo al sadismo, en tanto el universo de conductas posibles es sumamente amplio, piénsese en el hecho de orinar sobre un menor durante el transcurso de la exhibición y tras la realización del mismo como manifestación de superioridad, poder, o simplemente como práctica excitadora ara algunos individuos⁴⁹⁰.

Se entiende por trato degradante "aquel comportamiento incidente en la esfera corporal o psíquica del otro, dirigido a contrariar a negar radicalmente su voluntad, obligándole de manera ilegítima-mediante el empleo de la fuerza, intimidación, o con abuso de situaciones de superioridad formal, o fáctica, o, incluso por medio del engaño a hacer u omitir algo o a

⁴⁸⁹ CARMONA SALGADO, Concha, "Artículo 180", ob. cit., p. 115.

⁴⁹⁰ Idem nota anterior.

soportar una situación o condiciones injustas, y que comportando normalmente un cierto padecimiento físico o psíquico sea potencialmente constitutivo de una grave humillación o vejación de la víctima⁴⁹¹.

En la STS 1122/1998, de 29 de Setiembre (RJ 1998/7370), de conformidad con la tesis defendida por el Tribunal de Estrasburgo, identifica el contenido del término como “aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarlas, de envilecerles y de quebrantar en su caso, su resistencia física o moral”.

En consecuencia, dos serán los requisitos necesarios para poder apreciar esta modalidad agravatoria; por un lado, que la conducta desplegada sobre el menor exceda de los niveles de degradación o vejación connaturales a todo abuso sobre un menor; por otro, que dicha conducta degradante o vejatoria sea expresamente recogida en el escrito de acusación y, en consecuencia, objeto del debate contradictorio desarrollado en el juicio oral, para finalmente ser recogida expresamente en la sentencia que se dicte ya que, en otro caso, faltaría este elemento de especial cualificación que exige el tipo.

Esta diferenciación entre los diversos grados de degradación o vejación que merece un tratamiento punitivo también diferenciado, es claramente recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 588/2010, de 22 de junio (Rec. 2694/2009; Ponente Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón), cuando señala que “en el caso presente ciertamente esta no es la situación por cuanto el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso parte de la posibilidad de establecer diferencias de gravedad entre ciertos materiales pornográficos. Así entre el que se utilice a menores desnudos o mostrando sus órganos sexuales o en posturas provocativas y otros actos en los que se plasma la realización de actos de penetración sexual utilizando menores de 13 años, incluso niños de muy corta edad, como son los que señala en su escrito de conclusiones provisionales

En conclusión, se aplicará la agravante cuando las acciones u omisiones a que refiere el artículo, afecten a la dignidad del menor o incapaz debiendo tener su origen en una situación humillante o indigna para cualquier persona⁴⁹².

⁴⁹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, Valencia, 1999, p. 44.

El segundo problema que se ha venido suscitando en orden a la interpretación de este subtipo agravado, es el relativo a si puede predicarse respecto del mismo, que su aplicación quede restringida únicamente a los supuestos de producción o utilización directa del menor de edad o incapaz, pero no a los de distribución, venta, difusión o cualquier otra forma de utilización únicamente del material pornográfico producido, y no del menor, del mismo modo, según veíamos, que acotó la jurisprudencia para el subtipo cualificado del artículo 189.3.a), referido a la utilización de menores de 13 años,-ahora 16-.

Consideramos que una interpretación literal del precepto, permitiría entender el mismo aplicable a todos los supuestos recogidos en el artículo 189.1 (tanto producción como difusión de pornografía), ya que el artículo no habla de utilizar al menor, como ocurre en el caso del artículo 189.1, sino únicamente del carácter particularmente degradante o vejatorio del hecho, que perfectamente puede entenderse referido al material pornográfico producido o simplemente difundido. Si el legislador hubiera querido restringir la aplicación del tipo penal, hubiera utilizado alguna fórmula restrictiva o, al menos, hubiera descrito la acción típica con un verbo que sustentara la restricción, como ocurre con el verbo utilizar que recoge el primer subtipo cualificado. Sin embargo, en este caso la fórmula es abierta, sin restricción interpretativa alguna, por lo que nada impide su aplicación a la difusión. No obstante lo anterior, la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo ha restringido también en este caso la aplicación de la agravación a los supuestos de utilización directa del menor, excluyendo los de mera distribución o difusión, aunque también es cierto que se trata de una línea no consolidada y no suficientemente argumentada.

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo 588/2010, de 22 de junio (Rec. 2694/2009; Ponente Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón) y la 107/2010, de 16 de febrero (Rec. 1712/2009; Ponente: Ramos Gancedo, Diego Antonio) excluyen la aplicación del subtipo agravado a los supuestos de difusión por aplicación extensiva de la doctrina jurisprudencial establecida para los supuestos de utilización de menores de trece años, pero sin argumentar especialmente el fundamento de dicha extensión.

⁴⁹² “Obligar al sujeto pasivo a sacar la lengua para orinar sobre ella, y hacerla tenderse en el suelo para defecar encima de ella”: STS de 5 de julio 2009, o desnudar a la víctima y obligarla a introducirse objetos entre insultos y burlas, orinar sobre ella, restregarle por la cara un pañal con heces... En la STS de 2 de abril de 2004 se estimó que no incurre en *ne bis in idem* la condena por introducción de objetos y esta agravante.

La Sentencia del Tribunal Supremo 340/2010, de 16 de abril (Rec. 1805/2009; Ponente: Varela Castro, Luciano), por su parte, de manera más clarificadora, considera que “el apartado 3 del artículo 189 recoge seis supuestos de agravación. Dos referidos al material pornográfico. Dos a las condiciones del sujeto activo. Y las otras dos solamente cabe entenderlas referidas a los actos de utilización del apartado 1.a) o de elaboración del material del apartado 1. b) del citado artículo 189 del Código Penal EDL 1995/16398.

Cuando el legislador ha querido referir el elemento que justifica la agravación al resultado plasmado en el material pornográfico lo ha dicho de manera inequívoca. Así en el apartado 3 d) del citado artículo 189 (que éste represente especial violencia física o sexual). O en el apartado c) del mismo artículo 189.3 (valor económico del material). De la misma manera que son inequívocas las referencias de agravación que conciernen a condiciones del sujeto activo.

En consecuencia, aunque el material pudiera considerarse merecedor de la especial agravación del apartado 3. b), ya que, pese a la escasa argumentación, los hechos probados refieren situaciones de bestialismo, tal elemento no puede considerarse en relación con el acusado que autor de la modalidad típica del artículo 189.1.b), no ha participado en la elaboración del material pornográfico.”

En definitiva, entendemos que la interpretación de esta modalidad agravada no se encuentra todavía suficientemente consolidada, siendo preciso esperar nuevos pronunciamientos que desarrollen la línea jurisprudencial apuntada, o bien que aborden otra forma de interpretar el precepto.

c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual

El fundamento de esta agravante radica en la utilización por parte de los sujetos activos, en la representación del material, de violencia física o sexual sobre los menores o personas con discapacidad que necesitan de una protección especial.

El problema que con mayor frecuencia se ha planteado la doctrina jurisprudencial en relación con esta modalidad agravada, ha sido el relativo a la interpretación de lo que deba entenderse por violencia física o sexual. La Sentencia del Tribunal Supremo 588/2010, de 22 de junio (rec. 2694/2009; Ponente: Berdugo de la Torre, Juan Ramón) analiza la violencia física, equiparándola a la que se exige para la integración de los delitos de agresión sexual, señalando al respecto que “ésta ha sido considerada como la que supone el empleo de medios violentos destinados a vencer la resistencia del ofendido. El tema estriba no tanto en constatar si ha existido algún tipo de fuerza física por mínima que sea, como si esa fuerza estaba destinada a vencer una resistencia exteriorizada, ello nos llevaría en el caso de menores de corta edad a no considerar violencia, la fuerza que no se dirige a vencer una inexistente resistencia del menor, totalmente vulnerable a esa edad, precisamente porque no tiene ninguna capacidad de reacción, ni incluso conciencia de estar siendo agredido.

La STS. 140/2004 de 9/2, no vio violencia en el acto de coger el cuello del menor para realizar una felación a la que accedió el mismo por el desconcierto sufrido y la situación de inferioridad en la que se encontraba y no tanto por la violencia ejercida con su inicial acción”.

Así pues, la agravante de la responsabilidad penal del autor se va a dar, cuando el material pornográfico represente hechos consistentes en violencia física o sexual, debiendo excluir necesariamente las hipótesis de violencia física, psíquica o sexual como mecanismos para obtener la asequibilidad del infante para la realización del material. Hecho que determinaría según las circunstancias, -intimidación⁴⁹³ o coacción- en tanto no simboliza la praxis del precepto, ya que las mismas deben comprenderse en la iconografía. Un ejemplo de ello sería el caso de que iniciada la filmación se muestre a un infante siendo golpeado – violencia física– durante la ejecución del acto sexual. Este material resultante va a contener la violencia física que se ejerció sobre el infante participante de la secuencia.

⁴⁹³ La STS 1218/1992, de 22 de mayo (RJ1992/4261), ha señalado que “la intimidación consiste en el anuncio o conminación de un mal grave, personal y posible que despierte en el intimidado un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la posibilidad de un mal real o imaginario, de suerte, que la intimidación puede producirse de manera expresa mediante la exteriorización con palabras de la amenaza del mal o implícitamente cuando el comportamiento que preceda a la toma de las cosas o a la petición de las mismas para proceder a su apoderamiento haga perfectamente deducible el propósito de causar un mal si se opone resistencia a los deseos del agente”.

En conclusión, debe considerarse esencial para la ocurrencia del tipo el uso de violencia física o sexual durante la creación del material pornográfico y que a consecuencia de ello, ésta integre el material resultante.

Según se ha especificado, “violencia es el poder físico proyectado sobre el cuerpo de la víctima, no necesariamente irresistible, ni tampoco cuantificable a priori, pero sí bastante intensa como para someter al sujeto pasivo, intensidad a evaluar atendiendo a las circunstancias del caso, sin perder nunca de vista el presupuesto fáctico de esta variante”⁴⁹⁴.

Bastará probar la existencia de una violencia idónea, y no para vencer la resistencia de la víctima, la que en este supuesto debe resultar potestativa y analizada con suma cautela, analizando caso por caso en tanto no existen parámetros específicos tendientes a demostrar la disconformidad con la conducta típica. Por ejemplo, el caso de un menor de catorce años que va a ser sodomizado en la filmación pornográfica, y la misma situación en donde la víctima es un menor de cuatro años, obviamente el primero opondrá una mayor resistencia que el segundo, quien tal vez ni ejerza mecanismos de defensa ante semejante práctica, o de realizarlos pasen totalmente desapercibidos. Esto no quiere decir que solo cabe aceptar violencia en el primero de los supuestos, en tanto se observó resistencia, sino en ambos.

Con lo expuesto queremos significar que la consideración de este elemento debe ser referida como potestativa en el sentido de que si aparece en la conducta ilícita descrita, no existirá ninguna duda sobre la concurrencia de la agravante, pero ante su ausencia no conviene negar su aplicación, en tanto puede ser probada en virtud de otros elementos fácticos⁴⁹⁵. Deberán por lo tanto atenderse muy especialmente los casos en que los sujetos especialmente vulnerables por razón de edad, enfermedad, situación etc. no puedan mostrar la referida condición o de haberlo hecho sea tan mínima e imperceptible que haya podido pasar por desapercibida.

⁴⁹⁴ ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (I), en VIVES ANTÓN, Tomás, “Derecho...”, ob. cit., p. 24.

⁴⁹⁵ La ausencia de resistencia, en consecuencia, no impide la presencia de violencia. Sobre este hecho, la Jurisprudencia del TS ha sido clara el referir que basta que la resistencia sea real y efectiva mientras que la víctima no llegue al convencimiento de su inutilidad o del riesgo de un mal mayor. Ver Auto del tribunal Supremo 593/1994, de 4 de mayo (RJ1994/3662 o la Sentencia del TS 174571994, de 4 de octubre (RJ1994/7620).

Se ha manifestado sobre la violencia contemplada en las agresiones sexuales que “problemáticas resultan otras situaciones, aquéllas en las que el sujeto pasivo se encuentra imposibilitado de oponer resistencia o por incapacidad física, derivada de una enfermedad o de estar inmovilizado por medios mecánicos o conservar una vida meramente vegetativa o hallarse en un estado de desesperación o agotamiento extremo⁴⁹⁶”.

Conforme la particularidad del tipo penal objeto de estudio, la violencia sexual se apreciará con mayor facilidad cuanto menor sea la edad de la víctima.

En conclusión, para la existencia de la violencia, la resistencia no resulta en la actualidad un elemento indispensable para apreciar la agravante, sino más bien accesorio, en el sentido que su consideración otorgará un mayor reforzamiento en la apreciación de la vis, bastando con que la misma esté presente en cantidades mínimas consideradas desde un punto de vista objetivo, por lo que debe tenerse en cuenta es la cantidad de fuerza, que conforme al sujeto y al hecho se es capaz de producir. Entender la resistencia como aspecto necesario para apreciar la agravante, implicaría introducir elementos no expresos en la norma reduciendo el ámbito de protección del bien jurídico⁴⁹⁷.

La violencia sexual, por su parte, es analizada en la Sentencia del Tribunal Supremo 184/2012, de 9 de marzo (rec. 456/2011; Ponente: Saavedra Ruiz, Juan), que señala que “la violencia sexual tiene un componente físico que no se dirige directamente a doblegar la voluntad o el consentimiento del sujeto pasivo, sino que debe situarse en la esfera de una conducta sexual en sí misma desproporcionada, anormal o excesiva. Violencia es la cualidad de violento, y este es un adjetivo que se aplica tanto a quien actúa sin comedimiento, a las cosas fuertes o intensas, a lo que va contra la tendencia o condición naturales, las acciones que suponen una agresión física o moral o incluso a situaciones incómodas.

Aplicado ello a los actos sexuales no puede significar otra cosa que lo ya apuntado más arriba: comportamientos alejados de la tendencia o condición natural de los mismos, acciones fuera de todo comedimiento, imágenes especialmente fuertes e intensas.

⁴⁹⁶ ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos...”, ob. cit., p. 243.

⁴⁹⁷ Ver la STS de 4 de mayo de 1992 (RJ 1992/3697) o el Auto del TS 593/1994 de 4 de mayo (RJ 1994/3662).

Pues bien, aplicado ello a los menores, se justifica la agravación cuando la desproporción es tan evidente como en el caso de autos, criterio ya apuntado en alguno de nuestros precedentes, tratándose de una niña de cuatro años penetrada vaginal y analmente en repetidas ocasiones por un pene adulto en erección y rotulador o similar”.

Un problema que todavía no ha llegado a plantearse jurisprudencialmente pero que puede generar importantes dudas, es el de la referencia por parte del legislador al sujeto pasivo “niños” en lugar de “menores”, como viene haciendo el precepto a lo largo de toda su redacción, mención ésta que habrá que interpretar como una voluntad legislativa consciente y deliberada de restringir la agravación a aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo del delito merezca la consideración de niño y no ya menor de edad, lo que nos obliga a delimitar el alcance del concepto.

Como en todo supuesto de interpretación legal, el primer criterio interpretativo tendrá que venir dado por la significación literal del concepto, y en este sentido, el diccionario de la Real Academia Española, define la voz niño como “que está en la niñez”, y a su vez define la niñez como “periodo de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”, mientras que la minoría de edad es un concepto jurídico, referido actualmente en la legislación española a la menor edad de 18 años.

A la vista de tales conceptos, deberá entenderse que lo que castiga el precepto como infracción cualificada, es el empleo de violencia física o sexual sobre impúberes o incapaces, quedando fuera, por tanto, de la cualificación aquí analizada, el empleo de dicha violencia física o sexual sobre menores de edad que ya hayan entrado en la pubertad. Por lo que se refiere a los incapaces, debe recordarse que en el concepto se incluye, no sólo a las personas judicialmente incapacitadas, sino también a aquellas que por lo que se refiere a los incapaces, debe recordarse que en el concepto se incluye, no sólo a las personas judicialmente incapacitadas, sino también a aquellas que padezcan una incapacidad de hecho, aunque su situación no haya sido debidamente formalizada, como así señala el artículo 25 del Código Penal⁴⁹⁸. En estos

⁴⁹⁸ Artículo 25: “A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.- Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente

supuestos se agrava decisivamente el problema de acreditar la condición del sujeto pasivo en los casos en los que no aparezca identificada la persona del incapaz, de tal modo que pueda llevarse a cabo un reconocimiento médico del mismo para acreditar éste elemento del tipo.

Pues bien, a pesar de algunos pronunciamientos jurisprudenciales titubeantes en los que llegó a extenderse la interpretación sentada para el artículo 189.3.a) a los supuestos del apartado d), parece que la más reciente línea jurisprudencial opta por la admisión del subtipo agravado para todos los supuestos del artículo 189.1 –producción y difusión–, si atendemos a la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo 340/2010, de 16 de abril (Rec. 1805/2009; Ponente: Varela Castro, Luciano) y, sobre todo, a la también citada Sentencia del Tribunal Supremo 184/2012, de 9 de marzo (rec. 456/2011; Ponente: Saavedra Ruiz, Juan). Esta jurisprudencia fue receptada por la reforma 1/2015, donde se menciona expresamente en el art. 189.2 que las circunstancias agravantes se aplicara a los actos previsto por el art. 189.1 del CP.

Por otra parte, no debemos olvidar que de acuerdo al tipo penal, la violencia sexual debe ser ejecutada sobre menores o personas con discapacidad que necesitan de protección especial, circunstancia esta que avala lo sostenido previamente en orden a la imposibilidad en la mayoría de los casos, de ejercer resistencia.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima

Este nuevo subtipo parece claro que en la práctica, sólo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (art.189.1.a) y no al de difusión de pornografía (art.189.1b), el mismo deriva directamente de la Directiva 2011 que prevé la inclusión como tal en el art. 9 f) “que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida o la salud del menor de forma deliberada o con imprudencia grave”. Es una cualificante nueva en el artículo 189, pero ya se contenía en el anterior art. 188.4 CP.

modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

Es un delito de peligro concreto. El inciso legal hace referencia a la puesta en peligro en forma dolosa o imprudentemente grave, a través de una acción o una omisión. La configuración del tipo descrito no exige el resultado de daño efectivo en perjuicio del sujeto pasivo, de allí que el tipo se encuadre en el esquema identificado por la doctrina mayoritaria como delitos de peligro concreto.

La acción típica es “poner en peligro la vida o la salud” –circunstancia que debe realizarse con dolo o por imprudencia grave–, ejercitando cualquiera de las conductas típicas previstas por el art. 189.1, conforme (art. 189.2), aunque sería bastante difícil que realizando las conductas previstas por el apartado b), se pudiera poner en peligro en forma dolosa o imprudente la salud o la vida de la víctima.

Aquí se ha producido, a diferencia de los casos anteriores, un significativo cambio, pues en la redacción derogada se agravaba la pena «cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor». Los añadidos son dos: junto a la vida se alude a la salud de la víctima y, en segundo lugar, se especifica que la puesta en peligro de esos bienes jurídicos pueden ser tanto en forma dolosa como por imprudencia grave. Me parece un acierto en ambos casos pero con una matización, y es que la puesta en peligro de la salud de la víctima ha de serlo de una manera relevante, no bastando con actos susceptibles de causar un leve deterioro de aquélla. Puede servir de elemento interpretativo sistemático la remisión al art. 180.1.5^a, alusivo al uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o algunas de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas. Es decir, estaríamos hablando de lesiones de cierta importancia. La comisión por imprudencia grave también merece ser bien acogida, pues no será infrecuente que el autor no busque una deliberada afcción de la vida o salud de la víctima pero sí se conduzca de forma gravemente imprudente, y con posible causación de resultados indeseados para tales bienes jurídicos⁴⁹⁹.

En relación a la punibilidad es llamativo que se puna con la misma pena, la intención dolosa de poner en peligro la vida o la salud y la forma culposa, aunque fuere imprudentemente

⁴⁹⁹ SUAREZ-MIRA, Carlos, “*Abusos sexuales a Menores: arts. 182, 183 y 183bis CP*”, en “La reforma del Código penal de 2015”, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.) y Otros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2014, pp. 575 y sgts.

grave, por cuanto existe una diferencia sustancial respecto del tipo subjetivo en la constitución de cada una de las formas. Reiteramos, no se puede punir con la misma consecuencia punitiva, distintas formas de voluntad subjetiva. No es lo mismo cometer una acción dolosa de lesiones, que una acción culposa de lesiones en forma imprudente, aunque en este caso a la imprudencia se la adjetive con la palabra grave., históricamente se han visto punidas de muy diversa forma en la parte especial del código, por cuanto el juicio de reproche del disvalor de acción debe ser más grave cuando es doloso, y mucho más leve cuando el sujeto activo actuó con culpa, circunstancia que debió ser merituada en la redacción del tipo penal.

El contenido de injusto y de la culpabilidad del delito imprudente es inferior al de un hecho doloso similar, pues aquí el autor no contraviene voluntariamente el mandato del ordenamiento jurídico, sino que sólo ha actuado en contra del mismo distraídamente.. Por ese motivo el dolo y la imprudencia se excluyen recíprocamente. Los tipos imprudentes no pueden ser receptados como tipos residuales, en donde al no probarse el dolo se imputaría a nivel imprudente la conducta efectuada. Ello no debe ser así puesto que la imprudencia, es un tipo de acción punible que muestra tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad una estructura autónoma, por lo que deben darse todos los requisitos propios para la aplicación de una condena⁵⁰⁰.

Sujeto activo

Sólo puede ser el culpable de los delitos previstos en la figura básica del 189.1.

Sujeto pasivo

Sujeto pasivo del delito son los menores de dieciocho años, y personas con discapacidad que necesiten protección especial.

Tipo subjetivo

Se requiere dolo o sea conocimiento y voluntad de poner en peligro la vida o la salud del sujeto pasivo a través de la ejecución de las acciones expresadas por el art. 189.1.

⁵⁰⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, traducción española de OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5ª. ed., Ed. Comares, Granada, 2002.

En la forma imprudente, se necesita una infracción al deber de cuidado que debe ser grave. No cualquier infracción de cabida a la agravante. Debe ser grave o sea superior a lo normal.

Para que se configure la agravante, se debe haber puesto a la víctima en una situación de peligro concreto respecto de su vida o de su salud⁵⁰¹, dolosamente, o con imprudencia grave. Dolosamente es con conocimiento (elemento intelectual) de los elementos del tipo y voluntad (elemento volitivo), de cumplir los elementos del tipo, o sea poniendo en peligro la vida o la salud, ya sea dolosamente o con imprudencia grave, significa con infracción al deber de cuidado por imprudencia.

“Poner” significa exponer a una persona a una situación que implique un peligro para su vida o su salud. El culpable de los delitos previstos en la figura del art. 189.1 del CP (sujeto activo), a través de cualquier medio, debió haber puesto en peligro la vida o la salud de la víctima.

Los medios utilizados son haber practicado alguna de las acciones previstas en la figura básica del art.189.1 del CP y ser objetivamente aptos como para poner en peligro la vida o la salud de la víctima. Por ejemplo, utilizar a menores para la creación de material pornográfico y no darles de comer lo suficiente, poniendo en peligro su salud o su vida, o que un menor adquiriera una enfermedad infectocontagiosa por cuanto no se han tomado los recaudos necesarios de protección cuando mantiene relaciones sexuales. Sería una imprudencia grave por parte del autor el hecho de exponer de esa forma su vida o su salud.

Parece claro que esta modalidad agravada únicamente podrá ser aplicable en los casos en los que exista relación directa entre el sujeto activo del delito y el menor o incapaz, esto es, en los referidos a la utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o

⁵⁰¹ STRUENSEE, Eberhard, “Exposición y abandono de personas”, conferencia pronunciada por el Profesor STRUENSEE en la Universidad Nacional de la Patagonia en septiembre de 1997. También en obra conjunta con el Prof. JAKOBS. Asimismo, JESCHECK al tratar los delitos de peligro concreto expresa: “Por peligro debe entenderse un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción de un daño aparece como probable según las concretas circunstancias existentes, y la posibilidad del mismo resulta obvia” y cita como ejemplos de delito de peligro concreto “la exposición de niños y otras personas”, parágr. 221 del CP alemán (JESCHECK, Hans-Heinrich, “Tratado de Derecho penal, Parte general, traducción española de OLMEDO CARDENETE, Miguel, 4ª. ed., Ed. Comares, Granada, 1993, p. 238). Para SANCINETTI, Marcelo, resulta suficiente solo la generación de una situación de peligro abstracto.

pornográficos o para la elaboración o producción de pornografía infantil, pero no en los de difusión, exhibición o venta de pornografía infantil. A esta conclusión se llega si partimos de la gran dificultad que supondría poner en peligro la vida o la salud le menor o incapaz con la simple venta o distribución del material pornográfico, aunque no debemos desechar absolutamente dicha posibilidad que, teóricamente, podría llegar a ser posible.

e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia

Este inciso contiene cambios de redacción en relación al art.189.3.c de la LO 5/2010, pues se destaca no ya el valor económico sino en la notoria importancia del material. Puesto que representaba muchísima dificultad valorar económicamente el material pornográfico. Es muy difícil otorgarle valor económico, teniendo en cuenta además que en la actualidad, el volumen más importante de material que circula en Internet, deriva de intercambios gratuitos entre pedófilos, sino la notoria importancia del material, o sea que la cualificación es apreciable en función de su calidad–gravedad de vulneración del bien jurídico protegido– y cantidad, y no por su valor pecuniario.

La Jurisprudencia demostró su inaplicabilidad práctica.

La SAP Pontevedra, sec. 4ª, nº 41/2009, de 13 de octubre es paradigmática en cuanto a reticencias a aplicar este subtipo. Considera que “en lo que concierne a la agravación del artículo 189.3 .c)... se estima, de acuerdo con un sector doctrinal, que se desconecta del bien jurídico protegido pues hace una referencia a la gravedad en relación con el valor económico del material pornográfico, del que desde luego nada consta y por tanto se estima que no es aplicable”.

Sigue la tendencia restrictiva la STS nº 107/2010, de 16 de febrero, que desestima la casación interpuesta por el Fiscal para que se apreciara este subtipo porque “no consta en el *factum* ni siquiera por aproximación cual pudiera ser el valor económico de dicho material, ni que el acusado pudiera beneficiarse de algún modo en su conducta de compartir el mismo con otros desconocidos internautas”. También en esta dirección cabe citar la STS nº 588/2010, de 22 de junio. En la STS nº 130/2010, de 17 de febrero, en la que el condenado por difusión tenía 32.000 archivos de carácter pedófilo, ni siquiera se planteó si podía concurrir especial gravedad atendiendo al valor económico.

Ahora bien, ¿cómo determinar la “notoria importancia” para fundamentar la agravante? ¿Cuál sería el límite que debe sobrepasarse para su aplicación? Es evidente que más allá que podamos hablar de calidad o cantidad, la norma deja mucho que desear en función de la mensuración de las mismas.

No puede establecerse un criterio que delimite donde comienza la “notoria importancia” del material. Esta expresión núcleo del tipo agravado constituye uno de los tantos conceptos jurídicos indeterminados –tan frecuentes en los textos legales– que no son vacíos o lagunas del ordenamiento, sino uno de los elementos normativos del subtipo, pero cuyo alcance o límites se deja de precisar, a fin del que el juzgador, a quien se le encomienda tal función, en el ejercicio de una labor integradora permita la mejor operatividad del tipo.

Ante un concepto tan indeterminado poco más se puede hacer que esperar la casuística jurisprudencial, sin perjuicio de ello debiera introducirse alguna pauta restrictiva, teniendo en cuenta que desde un punto de vista criminológico, los consumidores-difusores de pornografía infantil caen frecuentemente en patrones de lo que se ha denominado *Colecting Behaviour* acumulando gran cantidad de material. Sólo debiera activarse la importante agravación penológica (recordemos en estos casos la pena imponible oscilaría entre los cinco y los nueve años), cuando los hecho revistan una especial gravedad.

Se estima que en todo caso para aplicar el subtipo deberá acreditarse que con ese material pornográfico de notoria importancia se han llevado a cabo actos de difusión. A la inversa no debería ser aplicable a simples poseedores, ni a quienes son condenados por difusión por haberse acreditado el intercambio de material aislado, aunque hayan acumulado material de notoria importancia.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades

El mantenimiento de esta cualificación introducida en la reforma de 1999, está plenamente justificado. Además también se encuentra ordenada en la Directiva 2011/92/UE en

el art. 9 inc. d)⁵⁰². Uno de los ámbitos donde suele presentarse el fenómeno de la delincuencia organizada es en relación con los delitos relativos a la pornografía infantil.

Las organizaciones criminales en esta materia tienen ramificaciones que van más allá de las fronteras estatales. La internacionalización contra este tipo de delincuencia resulta fundamental, por lo que se le da relevancia a los efectos de apreciar la reincidencia a las condenas de los tribunales extranjeros conforme lo establecido por el art. 190 del CP.

El quinto supuesto de agravación de la conducta típica que recoge el apartado f) del artículo 189.2, viene constituido por la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

Si bien es posible encontrar algún supuesto en el que un determinado grupo organizado se dedique a realizar actividades de utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o de elaboración de pornografía infantil (artículo 189.1,a), en realidad, el supuesto que con más frecuencia se presentará en la práctica, vendrá constituido por la existencia de organizaciones o asociaciones dedicadas al intercambio ó distribución a través de internet de pornografía infantil (artículo 189.1.b), lo que va a plantear ciertos problemas probatorios o interpretativos para la aplicación del subtipo penal cualificado que aquí analizamos.

Desde el mismo momento del nacimiento de Internet, se ha venido constatando la presencia de foros, *chats*, u otra clase de grupos de intercambio, nacidos en el seno de *internet*, que aparecían consagrados y cuyo único objeto era el intercambio de pornografía infantil y experiencias pedófilas, y cuya consideración como asociación u organización planteó desde un principio serios y difíciles problemas interpretativos.

En principio, partiendo de los criterios que jurisprudencialmente venían siendo señalados para la determinación de la existencia de una organización o asociación en relación con el tráfico ilícito de drogas, era posible sostener que en los casos de distribución de pornografía infantil a través de Internet que se llevaran a cabo en el seno de foros o

⁵⁰² Directiva 2011/92/UE dispone que “la infracción haya sido cometida en el marco de una organización delictiva según la definición de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada”.

comunidades virtuales, nos encontraríamos en presencia del subtipo cualificado que aquí analizamos, pues ciertamente podía afirmarse la concurrencia de los requisitos que se señalaban para la existencia de una organización.

En las comunidades virtuales se dan cita siempre una pluralidad de agentes, ya que su propia esencia implica la existencia creciente de numerosos miembros que participan del objeto de la comunidad.

En cuanto a los medios, las comunidades virtuales de *internet* constituyen el medio idóneo para la difusión de la pornografía infantil, ya que el delincuente encuentra un ambiente seguro para desplegar su conducta ilícita al estar restringida a extraños la entrada en la comunidad y, además, facilitan el contacto con otros consumidores y productores de material pornográfico, lo que al mismo tiempo facilita la adquisición y difusión del mismo y garantizan el anonimato de sus usuarios.

Las comunidades virtuales de *internet* se rigen por estrictas reglas que establecen sus criterios de actuación, como son la necesidad de cumplir una serie de requisitos para ser admitido como miembro de la comunidad y para poder permanecer en la misma, reglas de actuación que perfectamente pueden ser consideradas como “plan previamente concebido y adoptado”.

Asimismo, en las comunidades virtuales existe una distribución jerárquica de funciones, pudiendo distinguirse entre los llamados administradores, administradores adjuntos y miembros de la comunidad.

La propia esencia de la comunidad implica una finalidad de perdurar en el tiempo, cumpliéndose la exigencia jurisprudencial de superar la simple y ocasional consorciabilidad para el delito (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998).

La comunidad virtual es independiente de sus miembros, de tal suerte que una vez creada, admite cambios cotidianos de las personas que la integran sin alterar la esencia de la misma, perteneciendo incluso a la propia naturaleza de la comunidad la posibilidad de ser expulsado o nuevamente admitido a la misma.

Uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales que analizaba la concurrencia en internet de los requisitos clásicos de las organizaciones delictivas, vino constituido por la Sentencia de 30 de junio de 2004 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que en un supuesto de difusión de pornografía infantil a través de internet llevado a cabo en el seno de una comunidad virtual, si bien comenzaba señalando que la misma no podía ser considerada como una organización, al no resultar justificada la existencia de una estructura jerarquizada con distribución de sus competencias y atribuciones, sí podía ser considerada, sin embargo, como una asociación, siquiera de carácter transitorio, al entender que “la asociación implica la unión de un conjunto de personas para alcanzar un mismo fin común a través de una concreta y específica normativa que la organiza, regula y rige, dándole un carácter estable” y, en el caso analizado, podía afirmarse que la comunidad virtual estaba integrada por un conjunto de personas –sus miembros–, que perseguían alcanzar el mismo fin –la difusión y la exhibición de imágenes de menores de edad en actitudes explícitamente sexuales–, a través de una normativa específica –la exigencia, para poder mantener la condición de miembro, de la colaboración activa para el logro de los fines perseguidos, o la realización de los intercambios de archivos a través del correo electrónico–.

Pero el pronunciamiento jurisprudencial sin duda más decisivo en este punto ha venido constituido por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2004 que, partiendo de la exposición del concepto tradicional de organización en nuestra doctrina jurisprudencial, que exige –dice la sentencia– la existencia de redes estructuradas, jerarquía, reparto de papeles y vocación de continuidad, recuerda que la mayor reprochabilidad de los comportamientos delictivos cometidos a través de organizaciones o asociaciones deriva de la mayor facilidad para la comisión del delito y de la mayor intensidad del ataque al bien jurídico protegido que representa esta forma de delincuencia, estableciendo a continuación los requisitos esenciales toda organización de los que ha de partirse posteriormente para la definición de lo que debe entenderse por organización en el caso de los delitos cometidos a través de Internet.

De esta forma, el Tribunal Supremo delimita este nuevo concepto de organización, cuando de delitos cometidos a través de internet se trata, señalando que “el propio instrumento comisivo, la “Red”, bastará para integrar tanto la utilización de medios idóneos para configurar

la actuación coordinada propia de la organización delictiva, como para alcanzar la finalidad pretendida, a la que ya antes aludíamos, de una mayor facilidad de comisión del delito y capacidad de lesión del bien jurídico protegido, añadiendo especiales dificultades tanto a la prevención como para la persecución del ilícito.

Lo esencial en estos nuevos fenómenos delictivos está, precisamente, en que la simple utilización de la red de comunicaciones informáticas supone ya el aporte del elemento de coordinación y el empleo de medio excepcional que se proyecta hacia una mayor lesividad, imprescindibles, aunque no del todo suficientes, para la consideración de la existencia de una organización criminal. Precisándose a partir de ello, tan sólo, la puesta en relación de los diferentes sujetos intervinientes con el propósito de difusión de las imágenes; con una atribución de concretos cometidos para ver completados, en estos casos, los requisitos exigibles para la integración del concepto “organización”; sin que haya de requerirse para configurar la trama estructurada, en este ámbito de la comunicación “*redial*”, un conocimiento personal, directo y recíproco de los diferentes integrantes del grupo, ya que el mismo se produce precisamente por medio de la red, alcanzándose el concierto mutuo, la distribución de “papeles” y la coordinación potenciadora de la incrementada agresividad lesiva de las conductas, a través del acatamiento y cumplimiento, por cada uno de los partícipes, de las reglas que así mismo se dan los grupos constituidos en torno a los “lugares de encuentro” que constituyen las direcciones y páginas *web* de la propia red”.

Esto es así –termina señalando la sentencia comentada– porque “no es lo mismo, por tanto, ni merece igual consideración punitiva, la conducta del infractor aislado que capta, elabora y distribuye por sí solo material pornográfico, incluso mediante internet, que el supuesto de hallarnos ante una pluralidad de usuarios que, coincidentes en ese “lugar de encuentro” virtual, coordinan sus acciones para potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes dañinas para los derechos de los menores, permitiendo, además, su difusión incluso a otras personas ajenas al grupo organizado”.

A pesar de que posteriormente han existido otros pronunciamientos que han venido a negar el concepto de organización a las estructuras virtuales de intercambio de archivos en internet (como la Sentencia del Tribunal Supremo 913/2006, de 20 de septiembre (Ponente: Martín Pallín), no ha habido ninguna otra sentencia que haya analizado el problema con una

profundidad y un dominio del medio semejante al que recoge esta sentencia, por lo que entendemos que la doctrina que la misma recoge sigue gozando de la actualidad necesaria para su íntegra consideración.

Existe abundante jurisprudencia en orden a determinar esta agravante y que fija los requisitos que deben darse para acreditar la existencia de una organización u asociación:

1) actuación conjunta de una pluralidad de personas, relacionadas entre sí con reparto de funciones y una base estructurada y jerarquizada, de manera más o menos formal, a la que el sujeto “pertenece”, es decir en la que participa continuamente y no con una mera colaboración ocasional;

2) aprovechamiento de una red estructurada que tenga cierta vocación de continuidad, bastando la simple asociación temporal, siempre que se trate de algo más que la mera ejecución de una concreta operación delictiva.

3) que la comisión de los ilícitos pueda subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los integrantes del grupo, de modo que llegue a poder afirmarse la presencia de una verdadera “empresa criminal”.

4) que se cuente con el empleo de medios materiales idóneos, relevantes y extraordinarios, como, por ejemplo los destinados a la comunicación entre los miembros del grupo, a efectos de la coordinación de sus respectivas actuaciones.

5) que todo ello tienda a propiciar una mayor facilidad en la comisión del delito y capacidad de lesión del bien jurídico protegido, ofreciendo además, especiales dificultades tanto a la prevención como para la persecución del ilícito. Consecuentemente, si las actividades de la organización van por otros derroteros, no se aplicaría el tipo cualificado⁵⁰³.

El concepto de “organización” es más impreciso que el de asociación, aunque por razones de seguridad jurídica, deben interpretarse como equivalentes.

⁵⁰³ SUAREZ-MIRA, Carlos, “Abusos de menores: arts. 182, 183, y 183 bis del CP”, en “La reforma del Código penal de 2015”, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y Otros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2015, pp. 577 y sgts.

Tras la reforma por LO 1/2015 de 30 de marzo de 2015, si se da esta circunstancia de pertenencia a una organización o asociación en cualquiera de los delitos previstos por el art. 189 CP, se permite imponer las consecuencias accesorias del art. 194 CP⁵⁰⁴.

g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él, o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

En este inciso con la reforma 1/2015, y cumpliendo con la Directiva 2011/92/UE, art. 9,b)⁵⁰⁵ se amplía el círculo de potenciales autores a “cualquier otro miembro de su familia que conviva con él, o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad”. Es un acierto haberlo efectuado, por cuanto son individuos que se encuentran muy cercanos al menor y potencialmente pueden ser autores del ilícito.

Es fundamental agravar la responsabilidad penal de los individuos que guarden una especial relación, de hecho o de derecho con el menor, puesto que duda cabe que de entre todos los sujetos que pueden lesionar el bien jurídico protegido, estas personas son las que atentan con mayor fuerza sobre el mismo y, de ser así, las que van a marcar más al menor psicológicamente por el rol que detentan.

En conclusión, el fundamento del agravamiento punitivo radica en el especial deber en la correcta formación del menor, o sea las personas enunciadas son quienes deben cuidar, educar, formar, velar por un correcto desarrollo de su persona, libre de toda injerencia. Su posición bien podría determinarse como de garante, es por ello que vulneran con su acción el deber de cuidado que deben esgrimir, y por esa razón también producen la mayor afectación

⁵⁰⁴ Art. 194: “En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este Título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar”.

⁵⁰⁵ Directiva 2011/92/UE, art. 9 b), prevé que “la infracción haya sido cometida por un miembro de la familia, una persona que convivía con el menor o una persona que haya abusado de su posición reconocida de confianza o de autoridad”.

emocional o impacto psicológico por la gravedad de las secuelas producidas. O sea, que el grado de lesividad va a aumentar en forma directamente proporcional, a medida que aumenta el vínculo de confianza, autoridad o el deber de cuidado que debe tener para el menor.

Es de poner de relieve que en el párrafo que agrega la reforma de la LO 1/2015 se contempla, además de la confianza que puede generar un familiar, el prevalimiento del que se puede hacer eco la persona que ejerza algún tipo de autoridad sobre el sujeto pasivo, coartándole de laguna manera su libertad sexual. En este supuesto, el sujeto activo debe reunir una doble condición: a) Ha de ocupar una posición de superioridad respecto del sujeto pasivo y además b) ha de prevalecerse de ella para relacionarse con éste último.

Así pues, no basta que existe una relación entre ellos, está debe ser aprovechada para conseguir un consentimiento que de otro modo no hubiera obtenido; por lo tanto la autoridad debe tener relevancia bastante como para coartar, en el caso concreto la libertad de elección del sujeto pasivo. Ese prevalimiento no puede presumirse, sino que debe probarse.

La razón de ser de esta previsión punitiva agravada, cuya integración típica no suscita dificultades interpretativas, hay que buscarla en el incremento del desvalor de la acción que deriva de la especial condición del sujeto activo en relación con la víctima y mayor margen de reprochabilidad imponiéndose una pena mayor.

Como consecuencia de esta acción típica el autor sufrirá la pérdida del derecho que poseía sobre el menor –patria potestad, tutela, guarda, acogimiento familiar–, encontrándose regulada tal circunstancia por el art. 189.6 y otorgándose la facultad de accionar por la pérdida del mismo al Ministerio Fiscal, conforme la cláusula procesal del al art.189.7 del CP.

En realidad, se trata de una variedad de abuso de confianza o de superioridad. La ley dice “posición reconocida”, o sea debe ser inobjetable o comprobable por cualquiera; autoridad o confianza, indican una cierta superioridad o hegemonía sobre el menor y sólo a partir de una posición reconocida de superioridad tiene sentido y justificación esta cualificación, solo en la medida en que el sujeto activo esté en posición de coartar la libertad, o de condicionar al menor o al discapacitado. En definitiva, se apunta a un cierto ascendiente o predominio sobre el menor

que proporciona alguna ventaja aprovechable para debilitar la voluntad del menor⁵⁰⁶. El mero dato del parentesco o de la convivencia debe ser irrelevante, si no aportan alguna clase de ventaja o capacidad de influir en esas personas⁵⁰⁷.

h) Cuando concurra la agravante de reincidencia

Se observa lo dispuesto por la Directiva 2011/92/UE en el art.9 d)⁵⁰⁸, con alguna diferencia, la disposición del CP es más amplia, por cuanto la Directiva señala que deberá tener condenas por infracciones de la misma naturaleza, aquí solo se habla de reincidencia.

Por tanto, la interpretación que se realiza es errónea, lo único que exige la Directiva 2011/92/UE que se agrave la responsabilidad en supuesto de que el autor de la infracción haya sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza. Elevar la reincidencia a un subtipo agravado, es tan innecesario como contrario al principio de proporcionalidad de las penas.

Esta cualificación genera las mismas reservas que la agravante 8va. del art. 22, con más razón si cabe⁵⁰⁹.

En cuanto a las circunstancias del número 2) y a los números 3, 4, y 5 se imponen no pocas matizaciones. El empleo de violencia o intimidación justifica sobradamente el inc.3). Algo que no puede asegurarse con respecto a los apartados 4 y 5, ni de todas las circunstancias del numero 2) ya sea porque se castiguen hechos en los que ningún menor de edad ni persona con discapacidad estén implicados, sea porque hay conductas que con menor o sin menor, con persona discapacitada o sin ella, resultan de dudosa lesividad.

⁵⁰⁶ SUAREZ-MIRA, Carlos, “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183,y 183 bis CP”, en “La reforma del Código penal de 2015”, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.); MATALIN EVANGELO, a., GARNIZ ROJO, Elvira, (Coords), Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, España, pp. 573 y sgts.

⁵⁰⁷ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Determinación a la prostitución. Arts. 187, 188, 189 y 192*”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y Otros, “*Comentarios a la Reforma al Código penal de 2015*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 626.

⁵⁰⁸ Directiva 2011/92/UE, art.9 d), exige que “el autor de la infracción haya sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza”.

⁵⁰⁹ Idem nota anterior.

D. Tipo hipercualificado

Art. 189.3:“Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores”.

Finalmente, la reforma incluye un novedoso supuesto de súper-agravación de la pena aplicable tanto al tipo básico como a los subtipos agravados. En caso de que los hechos se cometieran con violencia e intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores, es decir prisión de nueve a catorce años, prácticamente como el homicidio. En cada uno de los supuestos, establece el precepto que se imponga la pena superior en grado, esto es, de cinco a siete años y seis meses de prisión para el tipo básico, y de nueve a trece años y seis meses de prisión en los subtipos cualificados. Nos referimos a la previsión que la propuesta de reforma establece para un nuevo artículo 189.3 que recoge el supuesto de que se hubiere utilizado violencia o intimidación en la realización de la conducta típica. Esta nueva previsión merece una precisión.

El nuevo precepto limita su aplicación a los supuestos recogidos en el artículo 189.1.a), esto es, captación o utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico, así como la financiación de estas actividades o el lucro procedente de las mismas.

Se excluyen expresamente, por lo tanto, los supuestos del apartado b) del artículo: la producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento o su facilitación de pornografía infantil, así como la posesión para estos fines.

Ahora bien, esto no significa que su aplicación se agote en los supuestos del artículo 189.1.a), sino que también será de aplicación a los subtipos cualificados (en el texto de la propuesta de reforma en el artículo 189.2), siempre que la acción típica original que se cualifica sea de las comprendidas en el artículo 189.1.a). Es decir, que será posible la super-agravación en los supuestas de elaboración de material pornográfico referido a menores de edad que no hayan alcanzado los 13 años, o cuando sea especialmente degradante o vejatorio, o especialmente grave en atención a su valor, o represente menores víctimas de violencia física o

sexual, o se cometa en el seno de una organización, pero, sin embargo, no cabrá la superagravación en estos mismos supuestos cuando se trate de intercambio de pornografía infantil (artículo 189.1.b) y no producción.

La diferencia consistirá en que en los supuestos de superagravación de las conductas recogidas en el artículo 189.1.a), como se dijo, la pena será de cinco a siete años y seis meses de prisión, y en los supuestos de superagravación de las conductas del artículo 189.2 (según la nueva numeración que propone la reforma), las penas irán de nueve a trece años y seis meses de prisión. Esta posibilidad de aplicación, tanto a los supuestos del artículo 189.1.a) como a los subtipos cualificados residenciados ahora en el artículo 189.2, se desprende de la propia redacción del nuevo artículo 189.3 cuando dice que se impondrá “la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores”.

Resta únicamente por precisar la diferencia entre el tradicional subtipo agravado referido a la representación en el material pornográfico de menores o incapaces víctimas de violencia física o sexual (anterior artículo 189.3.d), que tras la reforma pasa a ser el artículo 189.2.c) y el nuevo tipo superagravado que pasaría a integrar el nuevo apartado tercero del artículo 189 y que viene referido a la comisión de los hechos con violencia o intimidación.

La primera diferencia estriba en que en un caso se tipifica la violencia física o sexual y en otro la violencia o intimidación, de tal modo que, si bien es cierto que la violencia física encajaría en los dos, la violencia sexual y la intimidación solo encajarían en uno de los apartados; las dudas se circunscribirían, por lo tanto, a la violencia física.

La segunda diferencia consiste en que el subtipo agravado (violencia física o sexual) resulta aplicable, según lo expuesto en este mismo trabajo, tanto a los supuestos del apartado a) como los del b) del artículo 189.1 (tanto a la producción como a la difusión de la pornografía infantil).

La tercera y más importante diferencia, radica en que el subtipo agravado castiga la aparición de la violencia física (o sexual) en el material pornográfico, mientras que la modalidad superagravada castiga la concurrencia de esa violencia física (o intimidación) en la elaboración del material, independientemente de que posteriormente aparezca o no en el material elaborado. El problema se suscitaría en los casos en los que se haya empleado

violencia física para la elaboración del material pornográfico y, además, dicha violencia física apareciera en el material pornográfico elaborado, supuesto éste en el que nos encontraríamos ante un concurso de normas que habría de resolverse conforme a las reglas del principio de alternatividad (artículo 8.4 CP)⁵¹⁰.

La violencia

Debemos entender por violencia el mismo significado que la jurisprudencia y doctrina le daban a la fuerza. Ello equivale a fuerza física, medios de acción material que se proyectan y actúan sobre el cuerpo de la víctima, sin que haya de ser irresistible o de gravedad inusitada, pero si suficiente, adecuada para el logro del fin perseguido, se mide por tanto por su idoneidad, por su eficacia, no por su cantidad⁵¹¹.

El profesor GIMBERNAT ORDEIG sostiene que el uso de la violencia presenta dos posibilidades: el empleo de vis absoluta, que reduce al sujeto pasivo a mero objeto en manos del agente, y la utilización de violencia con la amenaza de que ésta será tanto o más intensa, cuanto mayor sea la resistencia opuesta.

Cuando la víctima es de corta edad, la violencia puede consistir simplemente en la acción de sujetarla o poca violencia cuantitativa y sin embargo hay violencia.

La violencia ha de ponderarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean al hecho, tanto las concernientes a los sujetos, edad el autor y del sujeto pasivo, fortaleza física de uno y de otro, etc., también las relativas al lugar, la ocasión, el entorno, etc.⁵¹².

Para que se aplique la agravante, entre la violencia y la acción ejecutada ha de haber una conexión causal, de modo tal que pueda afirmarse que la segunda se ha producido como consecuencia de haberse utilizado la primera, o que la violencia tiene un carácter funcional-

⁵¹⁰ Artículo 8.4: “En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

⁵¹¹ El TS ha estimado que la fuerza física implica una agresión real más o menos violenta, por medio de golpes, porrazos, empujones, desgarros, o sea una fuerza eficaz suficiente para vencer la resistencia de la víctima y que la intimidación supone la inminencia de un mal grave, racional, fundado, lo suficientemente importante como para generar temor, aflicción, desconcierto, incertidumbre (SSTS de 13 de marzo de 2000, 19 de mayo de 1999, 1 de octubre de 1999, 18 de julio de 2005).

⁵¹² Ver agravante del art. 189.2 g), en este trabajo.

ordenada de medio a fin. O sea se constituye en el medio para poder hacer efectiva cualquiera de las acciones descritas en el art. 189.1 a.

Lo fundamental es que el autor utilice la violencia para doblegar la voluntad del sujeto pasivo y la emplee en la proporción suficiente como para dejar en claro su intención. Con respecto a la resistencia del sujeto pasivo, reitero lo expuesto en la agravante de violencia sexual.

La intimidación

Desde 1848 jamás se ha cambiado la voz que figuraba en el texto, por lo que es reproducible lo manifestado cuando hablamos de violencia en relación a la vigencia de la doctrina y la jurisprudencia.

La intimidación equivale al constreñimiento psicológico, a la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega; además de revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer la resistencia del sujeto pasivo sin que precise ser absoluta e irresistible, pues se mide por su eficacia y no por su cantidad.

El Tribunal Supremo asigna a la intimidación similares notas a las que asigna a la fuerza, haciendo en ambas también parecidas consideraciones en torno a la resistencia del sujeto pasivo y sobre circunstancias personales y de tiempo y lugar que han de ser tomadas en cuenta⁵¹³

En síntesis, los dos medios comisivos violencia e intimidación, presentan rasgos comunes, los dos han de ser idóneos para anular la resistencia de la víctima y los dos la dejan en una situación, en la que la defensa que puede desplegar es prácticamente inútil y la expone a males mayores, con mucha frecuencia aparecerán conjuntamente, pues no será raro que el sujeto activo emplee la violencia, y al tiempo amenace con emplear más, con causar más daño o dolor si la víctima continúa resistiéndose.

⁵¹³ SSTS de 3 y 25 de octubre de 2002, 2 de octubre de 2006.

E. Concurrencia a espectáculos pornográficos (art. 189.4)

El art. 189.4 del describe como tipo autónomo de delito la conducta de la asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

Art. 189.4: “El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión”.

Desde que la reforma del Código Penal efectuada en 1999 introdujera como conducta típica la financiación de espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que se utilizara a menores de edad o incapaces, había quedado un vacío legal para quienes asistieran a dichos espectáculos.

En los casos en que para acceder al espectáculo se hubiera pagado una entrada, podría entenderse que el sujeto estaba contribuyendo a la financiación y, en consecuencia, incurriendo en el comportamiento típico. Sin embargo, en los casos de asistencia gratuita, si bien se estaba contribuyendo al fomento de esta clase de comportamientos, podía entenderse que la conducta del sujeto resultaba atípica.

Algunos autores criticaban que no se hubiera tipificado esta conducta en la reforma del 5/2010, pues no se entendía por qué se continuaba con la criminalización de la posesión simple, y no la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos.. Y ello no es porque estuvieran a favor de la criminalización de la asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos, sino que pretendían la destipificación de la mera tenencia para consumo propio.

Esta concepción fue acogida por el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Menores y contra la Explotación y el Abuso Sexual –más conocido como Convenio de Lanzarote–, de 25 de octubre de 2007 (ratificado por España el 12 de marzo de 2009), que recomendaba, admitiendo la posibilidad de presentar reservas en este extremo, que los estados

firmantes castigaran como delito el comportamiento consistente en la asistencia, a sabiendas, a espectáculos pornográficos en los que participen menores de edad⁵¹⁴.

Se estima que no puede sino enjuiciarse positivamente tal inclusión. El art. 2 e) de la Directiva define el espectáculo pornográfico como la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: i) de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, o ii) de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales.

El art. 4 de la Directiva describe las conductas relativas a espectáculos pornográficos. En su apartado cuarto exige que se tipifique asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores. Establece la Directiva que se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad.

Conforme al Preámbulo de la Directiva 2011/92/UE en el contexto de la tipificación como infracciones penales de los actos relativos a los espectáculos pornográficos, la presente Directiva considera como tales aquellos consistentes en la exhibición en directo organizada y dirigida a un público, con lo que quedan excluidos de la definición la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas.

La letra a) del apartado primero del art. 189 CP vigente castiga al que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados. En nuestra opinión, *de lege lata* la redacción actual del CP no permite castigar las conductas de mera asistencia, atipicidad sin duda incoherente con la expresa punición de la posesión de pornografía infantil.

La única explicación para la existencia de este artículo es, la creencia en que si no hay consumidor, no hay producto, si no hay público no hay espectáculo. Qué ocurriría entonces en el caso que el espectáculo estuviera armado, y la concurrencia no fuera decisiva o contribuyera

⁵¹⁴ URIARTE VALIENTE, Luis María, “Delitos relativos a la pornografía infantil y corrupción de menores”, Centro de estudios Jurídicos”, 2012 Ponencia https://www.fiscal.es/.../publico/.../ponencias.../04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0...

a la exhibición? En realidad, es muy difícil fundamentar una infracción delictiva en esta fórmula, exclusivamente si la asistencia de alguien es decisiva para que el espectáculo tenga lugar –casi parece que se tratara de punir una cooperación necesaria– al extremo de que sin esa asistencia el espectáculo no se hubiera celebrado.

Es realmente decisiva la concurrencia de la persona para que el espectáculo tenga lugar?, al extremo de que sin esa asistencia el espectáculo no se hubiera celebrado? Sólo así tendría algún sentido la represión penal. Lo opuesto es castigar hechos o actitudes posiblemente inmorales, pero carentes de la lesividad que un delito requiere⁵¹⁵.

Según se ha indicado⁵¹⁶, ello es improbable, pero “si unos menores resuelven realizar cabriolas sexuales en un local, porque les encanta ser observados y lo hacen con público o sin público, el castigo a la concurrencia resultaría absurdo”.

La participación de menores o personas discapacitadas en el espectáculo exhibicionista o pornográfico debe tener cierta relevancia, cierta importancia para que los asistentes delincan.

Tampoco se habla del carácter oneroso o gratuito de la concurrencia.

F. Adquisición o posesión de pornografía infantil (art. 189.5)

Art. 189.5: “El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”.

⁵¹⁵ PARRA GONZALEZ, Ana, “*La pornografía infantil en la red*”, Salamanca, 2011.

⁵¹⁶ ORTS BERENQUER, Enrique, “*Determinación a la prostitución. Arts. 187, 188, 189 y 192 CP*”, en *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.) y Otros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2015, pp. 606 y sgts.

Es un delito de peligro abstracto. Se castiga desde el año 2003 como un tipo privilegiado, aún cuando esa misma conducta era impune con anterioridad. Se responde con ello a la tendencia observada en otras legislaciones, y derivada de los acuerdos internacionales dirigida a sancionar penalmente todo el circuito o ciclo de la pornografía infantil, hasta llegar al consumidor final, dentro de una política de “tolerancia cero” ante la pornografía de menores.

Tanto GARCÍA VALDÉS⁵¹⁷ como GIMBERNAT ORDEIG⁵¹⁸ se expresan a favor de la incriminación, postura que sin embargo por nuestra parte no compartimos, con el siguiente fundamento:

a) “Se trata de un comportamiento estructuralmente semejante al clásico delito de receptación —que se comete, por ejemplo, cuando se compran objetos robados con conocimiento de la ilicitud de su origen— ya que la conducta se considera punible por cuanto el receptor ataca el mismo bien jurídico que el delincuente originario, pues al adquirir la cosa perpetúa y agudiza la situación patrimonial y antijurídica creada por el ladrón y por otra, en consideraciones de prevención general, ya que el perista supone un estímulo para que se cometan delitos contra la propiedad, en cuanto que —por acudir a un ejemplo característico— muchos robos de joyas no se cometerían si el autor no contara con que *a posteriori* iba a encontrar una persona que diera salida a las alhajas sustraídas”. “De la misma manera, el adquirente de pornografía infantil, por una parte y cada vez que pasan en el vídeo las imágenes reproducidas —a veces de menores de cinco o de seis años o, incluso, de bebés—, perpetúa el ataque a la libertad y a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente; y, por otra parte, contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante «industria» que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niñas y niños, pues aquélla sólo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores”.

⁵¹⁷ GARCÍA VALDÉS, Carlos, “*Acerca del delito de pornografía infantil*”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁵¹⁸ GIMBERNAT, Enrique, “Prólogo” en Código Penal, S” ed. Tecnos, Madrid, 1999, págs. 18 y 19 (y en las sucesivas ediciones).

b) En segundo lugar, al decir de GIMBERNAT ORDEIG, “tal como se manifiesta con respecto a la droga que la adquisición de la misma para el propio consumo no constituye delitos, tampoco debería serlo la pornografía infantil, no tiene fuerza de convicción, ya que establece un analogía entre dos supuestos que nada tiene de relación. El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas, es la salud, el titular del bien jurídico es el adquirente, por lo que carecería de lógica pretender castigar a aquél a quien la legislación penal trata de amparar. En cambio, el bien jurídico protegido en un eventual delito de adquisición de pornografía infantil no pertenece al comprador sino a un tercero, por ejemplo, al niño cuya libertad e indemnidad fueron atropelladas por el producto pornográfico, por lo que el adquirente no tiene ninguna legitimación para disponer de los intereses de un tercero”⁵¹⁹.

Como sostiene ORTS BERENGUER, si la pornografía infantil se considera integrada por cualquier clase de representación de menores o personas con discapacidad, fruto de la habilidad del creador, la adquisición o la tendencia no debiera castigarse por estar ayuna de lesividad y con total ausencia del sujeto pasivo. Si la adquisición o posesión es de material elaborado con menores o discapacitados reales, tampoco habría lesividad alguna si no es a costa de creer en que remotamente los bienes, tantas veces repetidos (intimidad, dignidad, bienestar, proceso de formación y socialización) se vean puestos en peligro, especialmente cuando se trata de productos que están a la venta y al alcance de cualquiera⁵²⁰.

El tipo penal consta de tres acciones. La acción es *adquirir o poseer* pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, para uso propio, sin ninguna otra finalidad. Y, por otro lado, *acceder* a sabiendas a pornografía infantil, por medio de tecnologías de información y comunicación.

Con la última reforma se tipifica la mera adquisición de material pornográfico que no hubiera llegado a la posesión del comprador, es una consecuencia del criterio adoptado de

⁵¹⁹ GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Acerca del delito de pornografía infantil”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 421.

⁵²⁰ ORTS BERENGUER, Enrique, “Determinación a la prostitución. Arts. 187, 188, 189 y 192 CP”, en “Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015”, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.) y Otros. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2015, pp. 606 y sgts.

homologar la legislación española a los estándares europeos. Esta figura estaba contemplada en la normativa comunitaria, en el art. 3.1,d) de la Decisión Marco 2004/68/JAI), que fuera reemplazada por la Decisión Marco 2011/92/UE.

Con ello el legislador invade la privacidad hasta niveles difícilmente compatibles con garantías constitucionales, como lo es la intimidad, y criminaliza una conducta que por inmoral que parezca, no afecta directamente el bien jurídico protegido en esta norma, indemnidad o intangibilidad sexual del menor o incapaz.

Si bien es cierto que de un modo indirecto el adquirente o poseedor del material pornográfico, en el que se haya utilizado menores o incapaces favorece las conductas descriptas en el apartado a y b del art. 189.1; de la misma forma que el consumidor de drogas favorece el tráfico de las mismas; igual que en ese caso; las conductas no deben ser inculpas. Esta situación infringe el principio de intervención mínima.

Se ha preguntado, respecto del castigo al poseedor de pornografía infantil o elaborada con personas con discapacidad o con figuraciones de personas, pero incluso tratándose de las primeras, en qué se fundamenta el mismo. ¿Por qué se castiga? ¿Un hecho inmoral? ¿Se castiga igual que al espectador de espectáculos pornográficos o exhibicionistas, porque financia a que ese espectáculo se produzca? Si no existieran pedófilos o pederastas mirones la pornografía infantil no existiría? Y además se amplía el tipo, de forma que se castiga a quien accede a sabiendas –¡menos mal que sólo a sabiendas!–.

Hay que abocarse a la cuestión de qué puede significar “tener como conducta”, cuando el legislador utiliza este verbo para la descripción de la punibilidad, y qué consecuencias se derivan para la aplicación del tipo de un comportamiento semejante⁵²¹.

En la doctrina se utilizaba indistintamente los términos de tenencia o posesión. Ya hemos visto, sin embargo, en la relación seguida hasta aquí, que la utilización del verbo tener,

⁵²¹ STRUENSEE, Eberhard, “Problemas capitales del Derecho penal moderno”, “Delitos de tenencia”, en Libro Homenaje a Hans Welzel, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 111.

es más problemático al momento de precisar un concepto, por ello el legislador español apostó en la redacción por el verbo poseer⁵²².

Ahora bien, en el art. 189.5 del CP español ¿cómo se aplica el poseer, como acción u omisión? ¿Hasta dónde llega la descripción del tipo?, cabe entender que se trata de *tener a disposición*, es decir, guardado en un dispositivo de almacenamiento de datos; o ¿basta la adquisición de la tenencia, que penaliza los actos previos a la tenencia?; o, peor aun, ¿se incluye en el tipo la omisión de interrumpir o acabar la tenencia?

Como manifiesta STRUENSEE⁵²³, definir “tener” como no abandonar, un no acabar la tenencia, recuerda por lo pronto a la concisa definición de JAKOBS como un “no evitar evitable”. Si aceptáramos la posesión como un delito de omisión, al poseedor debería serle probado que en un espacio de tiempo determinado tuvo la posibilidad de deshacerse de la cosa incriminada.

Además, y con respecto al dolo, no sólo debería probarse que poseía la cosa en su dominio, sino también que tenía la conciencia actual de que podía arrojar, destruir o entregar la cosa. Resulta claro entonces que tampoco el “tener” es una forma de conducta omisiva⁵²⁴.

Si el legislador da por sentada la conducta previa, por la conducta eventual y posterior, suponiendo que ésta traerá un resultado lesivo –provocar mayor demanda de pornografía o hacerse pedofílico–, estará presuponiendo a todas luces el dolo y la acción del sujeto que tiene este material de pornografía infantil, sea para destruirlo, investigarlo, etc. Aquí se transita por un sendero que va entre la concepción de “tener” como conducta, y la legitimación de estas prohibiciones, a nuestro juicio, porque la conducta puede ser valorada jurídicamente, pero lo que no se puede hacer es crearla jurídicamente.

Tal como manifesté en el artículo que señalo en la nota⁵²⁵, “en el núcleo de estos delitos, el menos en el tipo básico puro de omisión, no se sanciona propiamente una conducta

⁵²² Posesión es el acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro. Ver, “Real Academia Española”, vigésima primera edición, Madrid, 2001, pág. 1645.

⁵²³ Ídem nota 483.

⁵²⁴ Ver BOUYSSOU, Norma, “Delitos de posesión: su escenario respecto de la acción y la tenencia de pornografía para uso propio”, en “Revista penal y procesal penal”, 75º aniversario, suplemento extraordinario, Ed. La Ley, sept. 2010, p. 79.

activa u omisiva, sino la mera situación fáctica de posesión o tenencia de una cosa que se estima peligrosa”.

“De estos problemas no escapa la tenencia de material pornográfico infantil para uso propio, con el ingenio de ser una posesión inversa: mientras que en armas y estupefacientes la razones expositivas buscan la fuente del riesgo –distinguen un tema colectivo en el primero, y puede además una autolesión para el consumidor, en el segundo–, aquí el daño ya operó, aunque el objeto sea, incertidumbre mediante, nuevo foco de peligro o amenaza, pero para un bien jurídico de estricto corte personal, a menos que se pruebe otra finalidad”.

Y tal como se pregunta POLAINO-ORTS⁵²⁶: ¿Qué es lo que se incrimina exactamente en los delitos de posesión? En los casos de delitos puros de posesión donde se criminaliza la nuda posesión del objeto peligroso, se efectúa una primera alteración, el paradigma de la lesión constatada, se sustituye por el paradigma de la imputación de una peligrosidad de iure et de iure, donde la posesión de un objeto peligroso se considera per se peligrosa con independencia de que se dé un uso correcto o incorrecto del objeto peligroso.

Lo más problemático de estos delitos no es si constituyen o no un comportamiento típico, desde el punto de vista material, sino que el mayor inconveniente es que recogen comportamientos lejanos a la lesión de bienes jurídicos individuales, o sea que lo que debemos preguntarnos es: ¿cuál es su contenido de injusto?

Sostiene POLAINO-ORTS⁵²⁷ que “los llamados delitos de posesión conforman normas del Derecho penal del enemigo en ordenamientos penales democráticos como España o México” a los que vamos a sumar Argentina. En estos delitos “ se presenta la problemática adicional, de la determinación de la conducta típica incriminada, en tanto que se incrimina la mera tenencia o posesión de un objeto, precisamente por la peligrosidad latente que el mismo significa: tenencia de armas, posesión de material pornográfico para uso propio, posesión de

⁵²⁵Idem nota anterior, p. 79 ss.

⁵²⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “El Derecho penal del enemigo”, ob. cit., p. 366.

⁵²⁷ Ver POLAINO ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe? En JAKOBS Ghunter; POLAINO NAVARRETE, Miguel, POLAINO –ORTS, Miguel, “El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo”, Flores Editor y Distribuidor S.A., 2008, p.76.

maquinaria para la falsificación de moneda, etc., sin necesidad de esperar a que con tales objetos se cometa un (ulterior) acto delictivo”.

Por su parte, BOLDOVA PASAMAR⁵²⁸ sostiene que la posesión para propio uso o el tráfico de pornografía virtual, nuevas tipificaciones sobre pornografía infantil, no tienen por qué ser contempladas necesariamente como una manifestación más del Derecho penal del enemigo, o un caso de expansión pura y dura del derecho penal, pues hay elementos de juicio que justifican la protección del menor, aunque alguna de las notas que caracterizan al Derecho Penal extremo o de máximos pueden reconocerse en la forma de tipificación de tales conductas, por ejemplo: utilización de un concepto unitario de autor frente al criterio general basado en un concepto restringido de autor; con respecto al objeto material del delito, pornografía virtual que sin serlo se asimila a la pornografía real; así como la extensión de responsabilidad penal al simple hecho de la posesión de dicha pornografía cuando se destina exclusivamente al uso propio, circunstancia ésta que cierra el círculo y comprende todo el ciclo de actividades que rodean a este fenómeno, desde la captación del menor, la producción del material pornográfico, su difusión por cualquier medio, forma o formato hasta su consumo final.

Otra cuestión a tratar, y que veremos más adelante es la anticipación de la punibilidad, motivo por el cual se debate sobre su legitimidad. El adelantamiento de la punibilidad es una técnica propia del Derecho penal del enemigo. El momento en que el Derecho penal entra en acción, es en un estadio anterior a lo que sucede en los casos normales del Derecho penal del ciudadano. En el supuesto que analizamos el simple hecho de poseer o adquirir pornografía infantil constituye delito, aunque solo fuera para autosatisfacción, por ello se produce una restricción en la esfera de libertad del sujeto, a quien se combate a favor del mantenimiento de la seguridad colectiva⁵²⁹.

⁵²⁸ Ver BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Pornografía infantil en la red. Fundamento y límite de la intervención del Derecho penal”, Ed. UBIJUS, México D.F., México, 2008, p. 11.

⁵²⁹ Ídem nota anterior, p.64.

En doctrina, se han efectuado distintas clasificaciones de los delitos de posesión, según el objeto que se posee, efectuándose un breve, exhaustivo y completo análisis en relación al contenido de injusto de esos delitos en sus distintas modalidades⁵³⁰.

Si la adquisición o posesión es de material elaborado con menores o discapacitados reales, no se aprecia la lesividad si no es a costa de creer en que remotamente los bienes jurídicos intimidad, dignidad, bienestar, proceso de formación y socialización, se encuentren en peligro, especialmente cuando se trata de productos que están a la venta y al alcance de cualquiera.

Si la pornografía que se adquiere o se posee consiste en representaciones y solo es producto de la habilidad del creador del material, estas acciones no debieran castigarse por estar huérfanas de lesividad y con total ausencia de sujeto pasivo.

Otro punto sería si el material fuera expresamente encargado por el adquirente a quien lo elabora, ya que podríamos encontrarnos ante una cooperación necesaria en la modalidad de producir.

Acceso a sabiendas a pornografía infantil

En primer lugar, se castiga ahora también, además de la simple posesión de pornografía infantil para el consumo propio, el acceso a sabiendas por medio de tecnologías de la información y comunicación, a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces. Es novedosa la tipificación y suscita idénticas reservas que las anteriores.

Aunque, en principio, podría considerarse que esta previsión pudiera suponer la limitación de parcelas de libertad del individuo desconectadas del fin último cuya protección pretende el precepto penal, la indemnidad sexual de la infancia, no debe olvidarse que el castigo de estas conductas –al igual que ocurre con la penalización de la simple posesión de pornografía infantil o su difusión–, se fundamenta en su peligrosidad, como conductas favorecedoras de posibles futuras agresiones o abusos a menores a través del fomento de la pedofilia.

⁵³⁰Ver PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Los delitos de posesión y status: una aproximación político criminal”, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 24.

En definitiva, se trataría de reaccionar penalmente contra el “potencial estímulo de la explotación sexual de los niños que éstas conductas implican”(en este sentido, la propuesta de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, 2001/0025).

Como señalaba la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, el legislador ha querido proteger la indemnidad sexual de los menores anticipando las barreras de protección penal. En atención a este argumento, no parece extraño que el Código Penal español, del mismo modo que castiga la simple tenencia de pornografía infantil, sancione también el acceso a la pornografía infantil a través de internet, como una forma de protección de la infancia.

La última parte del inciso provoca las mismas objeciones a que referíamos más arriba. O sea, si no se utilizaron personas reales, no suscitaría afectación a bien jurídico alguno, pues no habría sujeto pasivo. De allí que si se castigara esta conducta, se vulnerarían los principios de proporcionalidad y ofensividad.

Si se hubieran utilizado personas reales –menores y discapacitados–, y está disponible para todo aquel que quiera contemplarla, acceder a ella a través de las modernas tecnologías no implicaría la comisión de un delito, puesto que no representaría ningún peligro para los bienes jurídicos del menor o de la persona que necesite protección especial.

No debemos olvidar que a los menores no se les reconoce disponibilidad plena de su intimidad (*ex art.4 LO 1/1996*, puede haber una vulneración de la misma, pero no debería haber delito). El delito lo habrá cometido quien haya elaborado o difundido el material pornográfico en cuya elaboración, se hubieran utilizado menores o personas con discapacidad, que requieren de especial protección⁵³¹.

⁵³¹ ORTS BERENGUER, Enrique, “Determinación a la prostitución. Arts. 187, 188, 189 y 192 CP”, en Comentarios a la Reforma del CP 2015, CUSSAC, José L. (Dir.) y Otros, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 2015, pp. 606 y sgts.

G. Omisión de deberes específicos (art. 189.6)

Art. 189.6: “El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses”.

A diferencia del resto de las figuras comprendidas en el art.189 del CP, es un delito de omisión propia⁵³² de garante⁵³³ y especial propio⁵³⁴.

Estimamos que es de omisión propia, porque su omisión estriba en un mero no hacer, en no hacer lo posible para que cese la situación en la que se encuentra un menor o incapaz, una vez que se tiene conocimiento de ello. En los tipos de estos delitos, que son el correlato de los delitos de simple actividad en los delitos de acción, hay un implícito mandato de realizar una acción determinada. Para JESCHECK⁵³⁵, son aquellos delitos cuyo contenido se agota en la no realización de una acción exigida por la Ley.

⁵³² Así se manifiesta prácticamente la totalidad de la doctrina. Ver CARMONA SALGADO, Concha, “Delitos contra la libertad sexual” (II), en Cobo del Rosal, “Compendio de Derecho penal (Parte especial)”, Madrid 2000, p. 302; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Artículo 11”, en COBO DEL ROSAL, “Comentarios al Código penal”, tomo I, Madrid 1999, p. 417; TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “La protección...”, ob. cit., p. 116.

⁵³³ Para MORILLAS FERNÁNDEZ, D., ob. cit., se trataría de un delito de omisión propia de garante.

⁵³⁴ CARMONA SALGADO, Concha, “Delitos contra la libertad sexual” (II), en COBO DEL ROSAL, “Compendio de Derecho penal (Parte especial)”, Madrid, 2000, p. 302, manifiesta que se trata de un delito especial propio del que solo puede ser autor quien ejerza la patria potestad, tutela, guarda, o acogimiento del sujeto pasivo, que ha de ser menor de edad o incapaz.

⁵³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, “Tratado de Derecho penal, Parte general”, traducción española de OLMEDO CARDENETE Miguel, 5ta. ed., Ed. Comares, Granada, 2002p., 652. La distinción se remonta a LUDEN. Este autor dividió la esencia de los delitos de omisión propia en que consistían sencillamente en la contravención de un mandato, no encontrándose dirigidos a la lesión de derechos subjetivos ajenos; en cambio lo característico de los “delitos que son cometidos a través de “acciones omisivas” es su dirección hacia la lesión del bien jurídico.

Es un delito especial propio, porque sólo puede ser cometido por quien tiene bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de protección especial, incidiendo la posición de garante que los referidos individuos ostentan con los menores e incapaces sometidos a su cuidado⁵³⁶.

En el universo de sujetos activos enumerados, se ha destacado que llama la atención que no se hubiera consignado la curatela, al tiempo que se puntualiza que se trata de “una institución comprendida en la guarda”, o sea, que la curatela se hallaría comprendida en el concepto⁵³⁷.

Se ha apreciado que se trata de un delito de mera inactividad por cuanto se llega a la perfección típica con la mera omisión del deber jurídico de actuar sin la exigencia de que acontezca resultado posterior alguno⁵³⁸.

Esta figura punitiva fue contemplada en el art. 452 bis e.) del derogado Texto Refundido de Código penal de 1973. Sin embargo con la entrada en vigencia del Código penal de 1995, la redacción originaria del artículo 189.2 tendía únicamente al supuesto referente al estado de prostitución del menor, ampliando el catálogo de conductas punibles la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de Abril contemplando el supuesto de corrupción.

La conducta típica se refiere a una doble modalidad comisiva:

a) No hacer lo posible para impedir la continuación en el estado de prostitución o corrupción en el que se encuentre el menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección;

b) No acudir a la autoridad competente para el mismo fin si se carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de protección especial.

⁵³⁶ GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Los delitos...”, ob. cit., p. 362.

⁵³⁷ CARMONA SALGADO, Concha, “Delitos contra la libertad sexual” (II), ob. cit., p.303.

⁵³⁸ MORALES PRATS, Fermín, GARCÍA ALBERO, “Artículo189...”, ob. cit., p.1001. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Joseph, “Derecho penal español, Parte especial”, Bosch, Barcelona , 5º Ed., 2008. conforme a la clásica división de delitos entre simple actividad o resultado, opta por la primera de las acepciones, al igual que casi toda la doctrina penal. En el mismo sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR GARCIA, Antonio, “Artículo...”, ob. cit. .,p. 2274.

Este delito posee cuatro elementos:

a) una relación o vínculo de las señaladas en el artículo, entre sujeto pasivo –menor o incapaz–, y autor;

b) conocimiento por pleno por parte del sujeto activo del tipo típico o sea del estado de prostitución o corrupción, en el que se encuentra el menor o de la persona con discapacidad que necesita de protección especial a su cargo;

c) que el menor o persona necesitada de protección especial, practiquen la prostitución o corrupción;

d) que el autor no haga lo posible para evitarlo, no siendo esto posible, que no recurra a la autoridad para recabar su ayuda.

Sólo son ilegítimas las conductas descriptas cuando afectan a menores de edad o a personas con discapacidad, de modo que su bienestar psíquico, su dignidad, su intimidad, sus procesos de formación y socialización se vean perturbados. Y para llevarlo a la práctica, el sujeto activo deberá conocer el estado en el que se encuentra el menor que no haga lo posible para evitarlo.

Por el contrario, si las conductas típicas no afectan a menores ni a personas discapacitadas, no hay bien jurídico lesionado, ni puesto en peligro, ni obviamente, sujeto pasivo, por tanto su castigo chocaría frontalmente con los principios de ofensividad y prohibición de exceso.

Se trata de un delito doloso. El dolo en los delitos de omisión, para la mayoría de la doctrina, consistirá en la conciencia y voluntad de la no realización de una acción que el sujeto debía realizar, en la situación concreta en la que se hallaba, con independencia de los usos sociales o de las normas de la Ética social o del Derecho.

En este caso debe existir conocimiento del estado de prostitución o corrupción del menor o incapaz –la norma dice “con conocimiento”– y aun así no hacer lo posible para que el

sujeto pasivo no continúe en esa situación, y en caso de no poseer medios para su custodia, no recurrir a la autoridad para poner a la misma en conocimiento de los hechos⁵³⁹.

El sujeto sólo es culpable si conocía o podía conocer su deber de actuar. Se puede dar un error sobre la ilicitud de la conducta, o sea que puede faltar el elemento intelectual de la reprochabilidad. Por ejemplo que el sujeto activo crea que no está obligado a intervenir. En este caso no se trataría de un error de prohibición, sino de un error sobre el mandato, siendo aplicable igualmente el art. 14.3 donde se regula el error sobre la antijuridicidad de la conducta.

El sujeto activo debe conocer los medios o forma de realización de la acción debida; en el caso debe saber cómo evitar su comisión⁵⁴⁰.

En relación al elemento volitivo de la reprochabilidad, quedará excluido el dolo no sólo cuando fueren aplicables las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad de la conducta (estado de necesidad exculpante –art.20.5–, miedo insuperable –art. 20.6–, sino también cuando al omitente, no le fuera exigible la obediencia al derecho, la realización debida, porque ello implicaría un riesgo propia o para terceros).

Es de destacar que no podría existir la figura culposa, en orden a que desde la entrada en vigor del nuevo Código penal han desaparecido de la legislación los delitos propios de omisión imprudentes, de acuerdo con el principio de excepcionalidad del castigo de las conductas impudentes, que se establece en el art. 12⁵⁴¹. Con anterioridad a la reforma, cabía la posibilidad de castigar la omisión imprudente de este tipo de delitos a través de las cláusulas generales de los arts. 565, 586 bis y 600 del viejo CP.

La omisión tiene una estructura ontológica previa a todo juicio de valor, es decir, el concepto de omisión no es un concepto puramente normativo, como estima un importante sector de la moderna Ciencia penal, para la que sólo se puede hablar de una omisión de una

⁵³⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “Derecho penal...”, ob. cit., p.244.

⁵⁴⁰ En opinión de Armin KAUFMANN y Hans WELZEL, basta con que el sujeto pudiera conocer la forma o manera de realizar la acción debida para que se dé el tipo del delito de omisión doloso. Si el sujeto no sabía cómo llevar a cabo la acción debida aunque hubiera podido llegar a saberlo, podríamos hablar de delitos propios de omisión imprudente, que como hemos dicho son impunes en el nuevo Código.

⁵⁴¹ Artículo 12: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

acción si ésta es esperada y exigida por los usos sociales o sea por las normas de la ética social o del derecho.

Es evidente que, como señalaron Hans WELZEL⁵⁴² y Armin KAUFMANN⁵⁴³, las acciones que una persona concreta puede realizar en una determinada situación son muchas, por lo que la pregunta sobre si ha omitido una de ellas presupone, sin duda, un interés en quien la formula. Pero la respuesta acerca de si concurre o no la omisión, es decir, sobre si el sujeto llevó a cabo esa acción pudiéndola realizar en la concreta situación, puede hallarse mediante un juicio puramente objetivo, sin recurrir a ningún tipo de valoración.

En principio, la figura admitiría el dolo directo y no eventual, en orden a que la norma dice “con conocimiento” (mal denominado dolo específico, pues en rigor dogmático se trata de un elemento subjetivo del injusto de carácter cognitivo, consistente en la expresa exigencia legal de un singular conocimiento del autor).

Después de este breve recorrido por las distintas reformas efectuadas en veinte años, adviértase que fueron muchísimas; resulta claro afirmar que, si bien parte de la doctrina se ha expresado a favor o en contra de los sucesivos cambios, la falta de estabilidad normativa conlleva a que en la actualidad no exista ni doctrina ni jurisprudencia uniforme y con bases sólidas en la delimitación de los conceptos, que si –y sólo si– se produce será con la continuidad de aplicación de los preceptos en el tiempo, circunstancia que trae aparejada infinidad de problemas.

Antijuridicidad

La omisión que sea típica no será antijurídica, en el supuesto de que concurra alguna causa de justificación.

Autoría o participación

⁵⁴² WELZEL, Hans, loc. cit.

⁵⁴³ KAUFMANN, Armin, loc. cit.

La coautoría en los delitos propios de omisión cabría únicamente en los supuesto, en que el deber de realizar la acción debida (interrumpir), estado de corrupción y prostitución del menor, sólo pudiera realizarse conjuntamente (por ejemplo, los padres).

Es un delito propio, que sólo lo pueden cometer quienes se encuentran en posición de garantes, por esa misma razón tampoco es posible la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad (que sería generalmente de carácter psíquico).

Art. 189.7: “El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior”.

Este inciso nos describe la posibilidad de que se pierda todos los derechos y deberes provenientes de la patria potestad, tutela, guarda por parte del sujeto activo, que hubiera incurrido en la conducta de omisión. No es facultativo es obligatorio para el Fiscal.

Art. 189.8: “Los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español.

Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal”.

El retiro de páginas *web* o aplicaciones de Internet es una pena que es accesoria al delito principal, e imperativa no facultativa para a los jueces. Su finalidad es eliminar el trabajo de los agentes y sacar de circulación lo antes posible las paginas a fin de no lesionar más a los menores o incapaces que participaron en el material pornográfico y por otro lado no incentivar indirectamente o nuevos menores para ver el material, sacándolo del mercado. Nos parece una medida muy apropiada por su carácter preventivo.

Disposiciones comunes

“7. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

8. Los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español.

Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal”.

IV.- Acción: objeto y sujetos

A. Conducta típica

El elemento más importante del tipo lo constituye la acción entendida como comportamiento en sentido amplio, y por lo tanto comprensivo de las conductas activas u omisivas.

Según las modalidades la relación existente entre acción y objeto de la acción, se puede distinguir entre delitos de resultado y delitos de mera actividad.

La mayor parte de los delitos que analizamos constituyen delitos de mera actividad, que se caracterizan por la inexistencia de un resultado es decir, que la mera realización de la acción consuma el delito.

Cuando baste para la consumación del delito, con la realización de la conducta prohibida, nos encontramos con un delito de mera actividad.

Según las formas de comportamiento humano, podemos distinguir delitos de acción o de omisión. Dentro de las figuras descritas por los tipos en análisis –183 bis y 189 del CP– es

de apreciar que todas las hipótesis típicas son constitutivas de delitos de acción, menos el supuesto del art. 189.6, que configura una omisión propia singularmente circunscrita a quienes ostentan la situación de garante. Ella consiste en no hacer la conducta legalmente exigida produciéndose una afectación efectiva sobre el objeto de garantía penal.

En relación con el bien jurídico protegido consisten en delitos pluriofensivos, puesto que la conducta típica lesiona a varios bienes jurídicos a la vez⁵⁴⁴.

Relacionado a la modalidad de ataque el bien jurídico, existe la clasificación de delitos de lesión y de peligro. Por los primeros se entiende aquellos supuestos de comportamientos punibles que a través de la exteriorización de la voluntad destruyen o menoscaban un bien o valor penalmente tutelado. Mientras que los de peligro constituyen una situación real susceptible de provocar un mal abstracto, o concreto, para las personas individuales o para la sociedad.

Resulta necesario distinguir entre los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto. Mientras los primeros implican la comprobación por parte del Juez de la proximidad del peligro al bien jurídico y de la capacidad lesiva del riesgo, los segundos son de mera actividad y se consuman con la conducta riesgosa.

Los delitos de peligro se caracterizan en la esfera del injusto típico por el avance de la garantía punitiva a un momento anterior al de la tendencia lesiva, precisamente el representado por la puesta en peligro del mismo. Junto al adelantamiento de la tutela penal, viene en consideración el objeto del actuar típico, toda vez que en las hipótesis delictivas de peligro la mera puesta en peligro del bien jurídico excluye la tentativa, determinando la consumación del delito.

La esencia configuradora del delito de peligro estriba más en el plano del injusto que en el propio de la acción. De allí que sean plenamente compatibles las recíprocas posibilidades de coincidencia entre delitos de mera actividad y peligro y los de resultado y puesta en peligro por el otro⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Ver capítulo relativo al bien jurídico en el presente trabajo.

⁵⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto típico...”, ob. cit., p. 618.

Nos encontramos con un supuesto de delito de peligro concreto en el art. 189.2,d), agravante del 189.1 del CP, que será objeto de consideración más adelante. Mientras que en el art. 189.5 –tenencia de material pornográfico para uso personal– advertimos la existencia de un delito de peligro abstracto, en el que se adelanta la barrera de punición, aunque constituye un supuesto de lógica post-consumativa, conforme se ha sostenido⁵⁴⁶.

B. Objeto material

En la pornografía infantil el “material pornográfico” es el objeto material, sobre el cual va a recaer la acción típica⁵⁴⁷. El primer problema que presenta el mismo es su delimitación conceptual. Existe carencia de una definición uniforme⁵⁴⁸, por lo que frecuentemente se recurre al contenido en instrumentos internacionales que en general operan con definiciones amplias, que pretenden agotar todas las posibilidades de su realización. En principio, por pornografía infantil hay que entender “aquel material que incorpore a un menor real, en una conducta sexual explícita”. Ésta sería la definición en sentido estricto o propiamente dicha⁵⁴⁹.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y a Utilización de Niños en la Pornografía, en su art. 2.c., la define como “toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”, que será la base de la redacción del mismo

⁵⁴⁶ PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Los delitos de posesión...”, ob. cit., p. 54; BOUYSSOU, Norma, “Los delitos de...”, ob. cit., p. 82.

⁵⁴⁷ Para un tratamiento más profundo, ver concepto y clasificación de pornografía infantil, respectivamente, en este mismo trabajo.

⁵⁴⁸ MORALES PRATS, Fermín, “*Pornografía infantil e Internet, la respuesta en el Código penal español*”, en Cuadernos de Derecho judicial, problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, Madrid, 2000. www.uoc.edu/in3/dt/20056/index.html, p. 1; PALAZZI, Pablo, “Breve comentario a los proyectos legislativos sobre los delitos informáticos”, en “Revista de Derecho penal y procesal penal”, 8/2006, p. 1529; GUTIERREZ David, “*Pornografía infantil en Internet*”, Exégesis del art. 189 con relación al 30 del C.P. de 1995, en www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografia_infantil.shtml, en DELUCA Javier, CASARIEGO, Julio, “Delitos contra la integridad sexual”, Hammurabi, 2009, p. 215.

⁵⁴⁹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Pornografía infantil en la red*”. Fundamento y límites de la intervención del Derecho penal, Ed. Ubijus, México, D.F., 2008.

artículo según la ley 26388 argentina. Ello ha llevado a considerarla como una interpretación auténtica⁵⁵⁰.

En España, a partir de la necesidad de distinguir el exhibicionismo de la pornografía, se ha caracterizado al primero como la mostración de desnudos y a la segunda, en cambio, como la representación del acto sexual⁵⁵¹.

Asimismo se propuso que el material o espectáculo para ser considerado pornográfico debía reunir dos requisitos: estar dominado por un interés groseramente libidinoso y resultar falto totalmente de valor social, desde un punto de vista artístico, literario, científico o pedagógico⁵⁵².

La LO 1/2015 ha expresado lo que debemos entender por material pornográfico; a fin de poner punto final a las distintas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales propuestas al respecto; en el art. 189.1., párrafo tercero, en los siguientes términos:

“A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o

⁵⁵⁰ PONT VERGES, ¿Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía?, en el Dial.com. Suplemento de Derecho y Alta Tecnología, 12/9/2007, (disponible en [www. el dial.com.ar](http://www.el.dial.com.ar)) DCC2E.

⁵⁵¹ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (III)*”, en “Derecho penal, Parte especial”, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, España, p. 1245; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, “Derecho Penal español. Parte especial”, 3ª ed., p. 159. Ver DELUCA, Javier, y Otro, ob. cit. p. 216.

⁵⁵² Idem nota anterior.

simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”.

En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida.

Conforme a esta definición, hemos de interpretar incluida dentro del concepto a la pornografía técnica, la virtual o pseudo-pornografía y la real.

La pornografía técnica es protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios o procedimientos (retoque de fotos o filmaciones eliminando el vello pubiano o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes, etc.).

Se ha criticado su inclusión en Alemania o Francia, porque de esa forma el Derecho penal tutela una difusa moral colectiva, ya que ni siquiera se trata de una incitación directa a la paidofilia⁵⁵³.

Al respecto se afirma que el único riesgo consistiría en el fomento de la posterior utilización de menores en la pornografía, pero que al resultar tan remoto, no justifica la intervención penal.

Con respecto al primer inciso resulta evidente que queda comprendida la pseudo-pornografía infantil, es una pornografía que no es real, es decir, aquella en la que no ha participado ni directa ni indirectamente un menor. Es una pornografía que es falsa, porque se

⁵⁵³ MORALES PRATS, Fermín, “Pornografía infantil e internet”, en www.uoc/in3/dt/20056/index.html, p.11.

limita a representar menores, por ejemplo a través de un dibujo animado (pornografía artificial), o simulación como puede ser empleando adultos caracterizados (pornografía técnica) o inserción de imágenes de menores reales en escenas pornográficas.

La conducta sexual explícita o real puede concretarse en acciones que impliquen la realización de prácticas sexuales (coito, masturbación, exhibicionismo, etc.), pero no pueden recibir tal consideración ni por tanto tampoco servir de base al material pornográfico los meros desnudos que carezcan de una connotación sexual, esto es, que no impliquen una provocación sexual, por mucho que para determinados sujetos (como sucede en el fetichismo), produzca esa consecuencia que en la generalidad de las personas está ausente⁵⁵⁴.

De otro modo, se llegaría al absurdo de considerar material pornográfico las fotografías o filmaciones que con ocasión del baño de un bebé o de un niño de corta edad en escena similar se pueden llegar a realizar en el ámbito familiar, sin otro objetivo que el de servir al mero recuerdo, sólo porque subjetivamente un pedófilo pudiera verlas como pornografía o con esa significación. En la actualidad el sujeto que trafica con pornografía infantil o la posee lo hace en cantidades tales, y de un contenido suficientemente explícito sobre su naturaleza y significación merced a Internet, que queda sobradamente comprometido en la conducta delictiva, dejando al margen los simples desnudos ajenos a un contexto textual.

En Argentina se incluye a las imágenes simuladas dentro del material pornográfico, y no se ha discriminado entre las de adultos que simulen ser menores, y las de éstos, empleadas en contextos pornográficos en los que no participaron también.

Un análisis de los casos que parta desde el bien jurídico afectado, esto es, la integridad sexual del menor comprometida en casos de explotación sexual impone una interpretación restrictiva que las descarte para evitar una violación al principio de lesividad.

Medios

⁵⁵⁴ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, "Pornografía infantil en la Red". Fundamento y límites de la intervención del Derecho penal, Ed. Ubijus, México, D.F., 2008, pp. 34 y sgts.

Si bien los medios utilizados para difundir la pornografía infantil con menores de edad pueden ser varios, fotografías, videos, filmaciones, etc. el medio actual por excelencia lo constituye *Internet*, si bien ni es el único ni tampoco será el último. Así pues, se constata la existencia de redes de pornografía infantil y juvenil que hacen uso de la telefonía móvil para transmitir esta clase de material, concretamente a través de mensajes de correo sms (*Multimedia Messing System*). Los recursos de Internet susceptibles de ser utilizados para transmitir pornografía infantil son varios⁵⁵⁵.

1) **Correo electrónico:** Aplicación que permite enviar mensajes a otros usuarios de la red sobre la que está instalada. En *Internet* el correo electrónico permite que todos los usuarios conectados a la red puedan intercambiarse mensajes no solamente de texto, sino de todo tipo de documentos y archivos adjuntos.

2) **Canales de Chat:** Sistema que permite la comunicación en tiempo real entre dos o más usuarios de *Internet*. Ésta es una de la herramientas que funcionan sobre el modelo cliente/servidor, de modo que los usuarios de chat se conectan a su servidor mediante un programa cliente para establecer sus comunicaciones. Existen muchos programas para *chat*, y su creación va en aumento constantemente. En su forma básica consiste en un texto que va apareciendo en las pantallas de los usuarios conectados a medida que es remitido al servidor, pero actualmente existen aplicaciones que permiten la conversación con audio y video incluidos, así como al interacción con personajes virtuales de dos o tres dimensiones.

3) **Chatroom:** sala de charla: lugar virtual de la red, llamado también canal, donde la gente se reúne para charlar con otras personas que hay en la misma sala.

4) **Sitio Web (websiteside):** Es un conjunto de páginas web comunes a un dominio de Internet. Una página web consiste en un archivo basado en el lenguaje *HTML* y forma parte de un sitio *web*. En estos espacios virtuales se contiene una significativa unidad de información accesible a través de la *World Wide Web*, mediante un programa navegador instalado en el ordenador del usuario,. Su contenido puede incluir textos, gráficos, sonidos y material multimedia interactivo. Un tipo de sitio *Web* específico son la comunidades virtuales: las

⁵⁵⁵ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Pornografía infantil en la red”, Fundamento y límites de la intervención del Derecho penal”, Ed. Ubijus, México D.F., México, 2008, pp. 38 y sgts.

podemos definir como conjuntos de personas reunidas por un interés común, que mantienen su relación a lo largo del tiempo utilizando *Internet* para comunicarse. Hoy en día es fácil crear una comunidad virtual, ya que son muchos los sitios web que proveen ese servicio en forma gratuita, principalmente como forma de atraer usuarios y hacerles llegar su publicidad. Los usuarios de una comunidad virtual, pueden dejar mensajes o colgar archivos (imágenes, vídeos, animaciones, etc.), accesibles para cualquiera de sus integrantes.

5) Peer to Peer (P2P): Es una red informática entre iguales (par a par). Un *programa P2P* permite el intercambio de archivos a través de internet, directamente desde el disco rígido de los usuarios, son intermediarios (no hay servidor fijo) y en forma gratuita, Todos los usuarios se comportan simultáneamente como clientes y como servidores. Algunos de los programas *P2P* más conocidos son: Gnutella, Kazaa, iMesh, eMule, BitTorrent, etc.

C. Sujeto activo

De conformidad con lo manifestado por MAURACH / ZIPF, sujeto activo de un delito es quien realiza los actos típicos contemplados por la ley. Quien cumple exactamente con lo que la ley dice, y quien viola la norma, afectando el bien jurídico protegido.

En el delito de corrupción de menores previsto por el art.183 bis del CP y en el de pornografía infantil del art.189 del CP, el sujeto activo es indiferenciado, o sea sin necesidad de que posea ninguna característica de personalidad concreta, pues sólo basta con que realice la acción típica específica. Salvo la excepción del art. 189.6 del CP y las agravantes del art. 189.1, inscritas en de los incisos f y g del art. 189.2., que se trataría de delitos especiales.

En estos casos, se trata de un delito especial, por cuanto sólo pueden ser sujetos activos determinadas personas, en la que concurren circunstancias previstas en la ley, en el caso, tutor, padre, guardador, maestro, o integrante de una organización o asociación destinada a cometer este tipo de delitos, etc., tal como hemos destacado en el análisis correspondiente a las figuras respectivas.

En lo referente a la pornografía infantil, no debe concluirse que el sujeto activo de este delito deba necesariamente ser un pedófilo, en especial si se tiene en cuenta que el tipo penal

del art. 189 del CP ha sido identificado como un delito común. Existirán casos en los que el autor reúna estas características y otros que no, sin embargo la principal diferencia entre ambos individuos puede destacarse como la finalidad o utilidad del material pornográfico obtenido, quienes le dan un carácter comercial carecen de esta característica, mientras que si el material ostenta una utilidad privada, lo es con fines lúbricos y sexuales.

Como se ha manifestado, “tratándose de producciones en las que haya una distribución del trabajo, el autor podrá ser únicamente quien esté en condiciones de decidir la intervención del menor o del incapaz, lo que no estará al alcance de quien se limita a iluminar la escena, o controlar la grabación, quienes a lo sumo podrán ser considerados cómplices⁵⁵⁶.

Por otra parte, la elaboración de un perfil genérico del pedófilo no lleva implícito que todos los sujetos que lo reúnan deban ser considerados pedófilos. En conclusión, habrá de tenerse en cuenta que el individuo final de la cadena de distribución del material pornográfico infantil o el sujeto al cual está destinada esta actividad ilícita, si responde a estas características.

Para VON FRITZLAER⁵⁵⁷, el concepto de pedófilo comprende al sujeto que se siente atraído sexualmente por infantes, lo manifiesta a través de otro tipo de perversiones (p.ej., parafilias) y desarrolla acciones nocivas para el menor.

La Asociación contra la pornografía Infantil (*ACPI*)⁵⁵⁸ indica que no existe un perfil exacto de pederasta o pedófilo, pese a lo cual establecen una serie de características apreciables en estos sujetos:

- Son varones en un 90%
- Suelen tener entre 35 y 45 años.
- Desempeñan profesiones cualificadas.

⁵⁵⁶ ORTS BERENGUER, Enrique, y ROIG TORRES, M., “*Delitos informáticos y delitos comunes, cometidos a través de la informática*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 130.

⁵⁵⁷ FRITZLAER, V.J., “*Summa sexuales*”, Turín 1969, citado por CAPRI, P., “*Il profilo del pedófilo realtà o illusione?*”

⁵⁵⁸ Asociación contra la Pornografía Infantil: ver [www. Association-acpi.org/pedófilos.htm](http://www.Association-acpi.org/pedófilos.htm) (9/6/2011).

- Se encuentran integrados en el entramado social y con frecuencia están casados.

- En el 85% de los casos conoce a su víctima.

En el 68% de los casos son padres o familiares.

En el 80% de los casos no tienen antecedentes penales.

En el 98% de los casos actúan solos.

En más del 50% de los casos, no recibieron muestras de afecto durante su infancia-adolescencia.

En más del 50% de las ocasiones abusan del alcohol.

Presentan falta de empatía y autoestima.

Desarrollan disonancias cognoscitivas y un 66% niega sus crímenes o los minimiza.

El pedófilo como sujeto activo del delito

Los pedófilos buscan superar día a día los filtros, el monitoreo y los controles de contenido que puedan preverse para impedir que se propague el material ofensivo y son capaces de valerse de todas las modalidades de comunicación que ofrece Internet para lograr el intercambio de archivos y fotografías digitales.

El 85% de los delincuentes condenados por delitos relacionados con la pornografía infantil, han abusado alguna vez durante sus vidas de algún menor de edad. Este es el resultado que ofrece el estudio más serio realizado hasta la fecha acerca de la relación que media entre la pedofilia –búsqueda del placer sexual, con la simple contemplación sexual de menores de edad–, y la pederastia –búsqueda de ese placer sexual con el abuso directo sobre el niño–.

El análisis de estos resultados obliga a replantearse el fundamento de algunas sentencias que vienen a cuestionar la proporcionalidad de las penas que el Código Penal español establece para los delitos tipificados en su art. 189⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ URIARTE VALIENTE, L.M., “Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas”, ISSN 1989-6913, n° 73.

La red de Internet ha multiplicado los espacios para la pedofilia, contando con un aliado por demás importante: *el anonimato*.

Desde las simple imágenes, hasta auténticos decálogos que enseñan como acercarse a los niños, y lograr su convencimiento⁵⁶⁰. Una de las herramientas de cultura más revolucionarias y valiosas se convierte en instrumento de captación y corrupción de menores.

Concepto de pedófilo

Desde un punto de vista médico, la *paidofilia* o *pedofilia* es una parafilia que consiste en que la excitación o el placer sexual se obtienen, principalmente, a través de actividades, o fantasías sexuales con niños de, generalmente, entre 8 y 12 años.

Los pedófilos, desde esta perspectiva, son sujetos con una orientación libidinosa dirigida primariamente a niños, sin apenas interés por los adultos, y con conductas compulsivas no mediatizadas por situaciones de estrés⁵⁶¹.

En el *DSM IV*⁵⁶² se caracteriza una parafilia definiéndose de este modo a los trastornos de excitación sexual; sólo logrables a través de estímulos particulares o específicos; y de identidad sexual⁵⁶³. El *DSM IV* (estructurado sobre datos estadísticos) señala, respecto a la pedofilia, que generalmente afecta a individuos de 16 años de edad como mínimo, que se ven atraídos y excitados sexualmente con menores de 13 años y con una diferencia de edad de por lo menos 5 años entre ellos.

⁵⁶⁰ GUTIÉRREZ, P., “*Delitos sexuales sobre menores*”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, Argentina 2007, p. 93.

⁵⁶¹ ECHEBURUA, E. y GUERRICA ECHEVARRÍA, C., “*Abuso sexual en menores*”, Ed. Ariel, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 79.

⁵⁶² Manual diagnóstico-estadístico de los trastornos mentales.

⁵⁶³ Tradicionalmente se ha considerado al pedófilo como un pervertido o desviado sexual por sentirse atraído por menores de doce-trece años. MORILLAS FERNÁNDEZ, D., contrariamente a esta opinión, coincide con lo expuesto por VON FRITZLAER al comprender tal adjetivación únicamente cuando el sujeto activo: a) se siente exclusivamente atraído por infantes; b) lo manifiesta a través de otro tipo de perversiones (p.ej., sadismo); y c) desarrolla acciones nocivas. Ver CAPRI, P., “*Il profilo de pedófilo realtà o illusione?*”, en CATALDO NEUBERGER, “*La pedofilia: Aspetti sociale, psicogiuridici, normativi e vittimologici*”, Milán, 1999, ps. 87 y 88. La cita originaria puede hallarse en VON FRITZLAER, Johannes. K.E., “*Summa sexuales*”, Torino, 1969, p. 256.

En la actualidad, el término acabó por sustituir al de desviaciones sexuales, utilizado por la Asociación Americana de Psiquiatría en las anteriores versiones del *DSM I y II*, apareciendo con el nombre de parafilias a partir del *DSM III*.

Las conductas pedófilas son muy heterogéneas, desde casos casi inofensivos, hasta aquellos en que alcanzan niveles que entran dentro de lo criminal. A la actividad sexual de un pedófilo con un menor de 13 años se lo conoce con el nombre de *abuso sexual infantil* o *pederastia* (palabra que, etimológicamente, significa lo mismo que *pedofilia*).

En definitiva, cabe considerar que dentro de su concepto, se engloban una serie de desviaciones o aberraciones del comportamiento sexual, aludiendo su denominación a las raíces: *para* (desviación) y *filia* (que se refiere al objeto de atracción).

La denominación *parafilia* se atribuye al neozelandés John MONEY, uno de los mayores estudiosos de la sexología del siglo XX, autor que equipara este concepto al de perversión que suele utilizarse en el lenguaje legal, médico forense y psicoanálisis.

Sus características esenciales y comunes, que sirven para su diagnóstico, están dadas por la aparición de fantasías, impulsos sexuales o comportamientos repetidos y excitantes produciendo malestar clínicamente significativo y deterioro que llegan y llevan a comprometer la vida misma del sujeto, incidiendo en el área social, laboral e inclusive afectiva. Comienzan en la intimidad y en muchas ocasiones avanzan de tal modo sobre el comportamiento social del sujeto que lo llevan a exteriorizarlas.

La pedofilia afecta principalmente a varones, siendo infrecuente en personas de sexo femenino, donde generalmente el trastorno puede verse asociado a otras dolencias o inclusive a patologías de orden psíquico.

Además es normal que aunque en forma mitigada todos tengamos rasgos de parafilicos, en forma de fantasías o representaciones simbólicas, siendo ello un componente típico, y considerado sano de la sexualidad humana. Sin perjuicio de ello se va transformando en anormal, cuando una o más parafilias terminan convirtiéndose, en las únicas y exclusivas modalidades para poder alcanzar excitación sexual.

Etimológicamente, significa amor por los niños, y en el área psiquiátrico-psicológica, y por su influencia en el área legal, la idea se ha visto restringida y referida, básicamente, al campo de la atracción erótica de un mayor hacia un menor y, a su vez al conjunto de molestias y abusos que este pueda sufrir por parte de aquél.

El término fue incorporado a la psiquiatría en 1905, a través del especialista suizo Auguste FOREL, sufriendo luego notables influencias de la teoría psicoanalítica de Freud a partir de 1908.

Esta atracción caracterizada por un impulso, en ocasiones muy fuerte, y en otras prácticamente irrefrenable va poner en práctica comportamientos considerados extraños por la sociedad, pero a menudo no visualizados.

No se deben considerar como tales comportamientos los propios de otras posible parafilias, las fantasías o actos aislados con niños, producto de otros trastornos (tales como retraso mental, intoxicación alcohólica, avanzada senilidad, etc.)⁵⁶⁴.

Es practicada por individuos portadores de variables características, ancianos, adultos e inclusive jóvenes, personas carentes de cultura y educación, pero también gente profesional, educada e inclusive de las más altas clases sociales, con importantes puestos o responsabilidades para con la sociedad. Los hay homosexuales pero también heterosexuales, apareciendo como ajenos a la víctima o en situaciones de contacto directo como familiares o amigos de ésta⁵⁶⁵.

Rasgos de personalidad y comportamiento del infractor

Se ha señalado que “aquel hombre que repartía caramelos en los parques o colegios con oscuras intenciones comienza a ser una especie en peligro de extinción. Ahora, estos individuos

⁵⁶⁴ TIEGHI, Osvaldo N., “*Delitos sexuales*”, Abaco, Buenos Aires, 1983, p. 198, y “*Tratado de Criminología*”, Universidad de Buenos Aires, 1989, p. 254.

⁵⁶⁵ Durante el año 2003 la sociedad portuguesa se vio sacudida por un grave escándalo de pedofilia que involucró a diversos políticos, diplomáticos, funcionarios, artistas y deportistas. Esta red venía funcionando desde hacía 25 años, explotando sexualmente a huérfanos residentes en una institución conocida como “Casa Pía”, de alto prestigio y gestionada por el Estado. Muchos de los varios centenares de víctimas eran niños sordomudos. Los delitos que fueron investigados incluían desde abusos, relaciones homosexuales, lenocinio, filmación de videos y entrega de menores a ciertos personajes públicos, alojados para su violación en lujosas residencias. Ver Diario “Clarín”, Bs. As., Argentina, del 31/12/03.

operan desde sus casas, a las tantas de la mañana, con un cigarro en la boca y una *webcam* funcionando. Todo lo que hacen lo comparten con otros de su especie, y mientras tanto la Policía debe rastrear la red en busca de fotografías sospechosas de contener pornografía infantil”⁵⁶⁶.

Si bien consideramos que toda generalización provoca una gran dosis de injusticia y a su lado una gran carga subjetiva, tiene importancia destacar los rasgos sobresalientes o aspectos que conforman la personalidad de los infractores. La tarea se torna aún más difícil cuando se intenta un acercamiento a una conducta compleja, graduable en matices y profundidad en la tendencia, como es la del pedófilo.

Con el auxilio del relevamiento casuista, y el aporte teórico desde la psicología, podremos hacer varias consideraciones a fin de lograr un mejor conocimiento del actor y su acto, aunque con todas las salvedades del caso, y para que sirva de guía en el análisis de su conducta.

Existen ciertos comunes denominadores, facetas o rasgos que se repiten una y otra vez. Los pedófilos poseen una personalidad inmadura, manifestándose en distintos niveles, usos, costumbres, conductas, etc.

Resulta frecuente la existencia de serios problemas en el área de relación, manteniendo vínculos deficitarios, por lo común permanentes, solo preservados por razones de conveniencia o imagen social. Suelen demostrar un sentimiento de inferioridad que les impide llevar adelante relaciones afectivas adultas, donde la igualdad con su pareja le resulta inalcanzable. Procura vínculos que se compadezcan, se amolden a su perspectiva y también a sus deseos.

Tienen rasgos de carácter narcisista, parecen enamorados de sí mismos, son acrílicos con sus obras, aunque pueden tener pleno y perfecto conocimiento de estar transgrediendo normas. Son muy difíciles para abordar psicológicamente porque carecen de autocrítica. De esta forma comienzan con hechos como consumo de pornografía, con aproximaciones inicialmente inocentes a menores, desde lo objetivo, luego actos de abuso, para terminar en episodios mucho más graves.

⁵⁶⁶ COSTO, Eva, “Rastreadores de pedófilos. Pornografía infantil”, en Diario “La Ley”, ISSN 0213-1080, n.º 1286, 2010, págs. 38-41.

TREMBLAY realiza una caracterización de los pedófilos donde plantea lo siguiente:

- a) Se dirigen a adolescentes que no son sus propios hijos;
- b) en muchos casos, su orientación sexual les impidió, y/o les disuadió de adoptar las obligación parental;
- c) son atraídos por niños en vez de niñas;
- d) podrían ser calificados como seductores (manipuladores), en lugar de predadores⁵⁶⁷.

Existen varias hipótesis relacionadas con estos signos recurrentes en los pedófilos que pudieran considerarse característicos, entre ellas puede mencionarse las carencias afectivas; suele mostrarse simpático al lado del niño; disfruta de una capacidad de atracción que le permite ganarse su confianza sin necesidad, por lo general, de usar la fuerza.

Con los adultos, el pedófilo se siente incómodo. Procura rodearse de niños a través del trabajo y el tiempo libre. Casi todos son hombres. Otros rasgos característicos que apuntan algunos profesionales es que suelen reincidir porque no pueden frenar los impulsos y regularmente en su niñez también fueron víctimas de abusos. Esta característica al parecer, sin embargo, era más frecuente en el pasado cuando no había tratamiento. Hasta ahora no existen evidencias de la influencia de factores genéticos implicados.

REDONDO y ECHEBURÚA sugieren, por un lado, que la adolescencia constituye la etapa evolutiva clave en el nacimiento de esta patología y que, por otra parte suelen racionalizar su conducta en un esfuerzo por justificarse: “Sufren distorsiones cognitivas. Se dicen así mismos que a los niños les gusta que les toquen, que no hay nada de malo en ello, que es otra forma de cariño”, reflexiona REDONDO. “Se trata de una cómoda excusa y de un fraude, pues la relación es asimétrica ya que el niño no está en condiciones de decidir qué quiere, aunque diga que sí”⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ TREMBLAY, P., “*Interacciones sociales entre pedófilos canadienses*”, en AZAOLA, E., ESTES, R., “La infancia como mercancía sexual: México, Canadá y Estados Unidos”, Siglo XXI, México, 2003, pág. 105.

⁵⁶⁸ Ver “¿Qué ocurre en la mente de un pedófilo?”, en Diario “El País”, www.elpais.com; PARRA GONZÁLEZ, A., “La pornografía infantil en la red”, ob. cit., 2011.

Distintos tipos de pedófilos

Si bien en doctrina no se ha clasificado de manera genérica a los pedófilos, la más común y que coincide con los postulados llevados a cabo por VÁZQUEZ MEZQUITA, quien, sobre un estudio efectuado por GLASSER⁵⁶⁹, identifica dos tipos de manifestaciones, primaria, y secundaria o psiconeurótica.

1) *Primaria*: son aquellos sujetos que únicamente han mantenido relaciones sexuales con niños o adolescentes. Este individuo se caracteriza por no presentar ningún interés sexual, o social por los adultos, poseer una personalidad rígida, lo cual lleva implícita una existencia solitaria y estéril, no presentando sentimientos de culpa o vergüenza por sus actividades pedofílicas.

2) *Secundaria o psiconeurótica*: son aquellos sujetos que mantienen relaciones sexuales con personas adultas⁵⁷⁰, normalmente heterosexuales, si bien padecen algunas disfunciones durante su transcurso como impotencia ocasional, algún tipo de tensión con su pareja, síntomas de índole neurótico. Sólo realiza actos pedófilos de manera irregular, pero solo como una respuesta a una situación oportunista o de estrés, tras lo cual demuestran arrepentimiento y vergüenza por la actitud llevada a cabo⁵⁷¹.

También podemos encontrar la clasificación efectuada por DUNAIGRE⁵⁷², quien distingue entre pedófilo situacional y pedófilo preferencial.

⁵⁶⁹ GLASSER, M., “*Paedofilia*”, en BUGLASS y BOWDEN, “*Principles and practise of forensic psychiatry*”, Churchill Livingstone, 1990, pp. 739-738.

⁵⁷⁰ Pueden producirse dentro y fuera del matrimonio, y consistir en relaciones permanentes o intermitentes. Cfr. Tabla de GLASSER, en, “*Paedofilia*”, en BLUGLASS y BOWDEN, “*Principles and practice of forensic psychiatry*”, Churchil Livingstone, 1990.

⁵⁷¹ VÁZQUEZ MEZQUIA, B., “*Agresión sexual. Evaluación y tratamiento de menores*”, México, 1995, pp. 25 y 26.

⁵⁷² DUNAIGRE, P., “*Paedophilia*”, ob. cit., p. 45.

Situacional: aquellos adultos que no sienten una verdadera atracción hacia los menores, y sin embargo realizan los actos ilícitos de una manera impulsiva, normalmente debido a un trastorno de personalidad.

Preferencial: abarca las formas convencionales de pedofilia, o sea una conducta sexual desviada orientada a prepúberes, independientemente de que se deba a una tendencia sexual, exclusiva o no, un tipo de delito sexual, o una estrategia utilizada.

e) Perfil del pedófilo consumidor de material pornográfico infantil

Estos individuos se sienten atraídos sexualmente por menores de edad, cualquiera sea su sexo. El tipo de conductas desarrolladas responde a una doble naturaleza:

1) Acciones en las que no existe contacto sexual con el menor, por ejemplo: desnudarlos, observarlos, exponerse frente a ellos, masturbarse en su presencia, acariciarlos o tocarlos.

2) Conductas de índole pornográfico tales como la realización de felaciones, o cunnilingus, penetración vaginal, anal o bucal; utilización de objetos, etc.

Es por ello que el término pedófilo no debe circunscribirse únicamente a los supuestos de obtención de pornografía infantil, sino también a otras acciones o actividades tendientes al abuso sexual de menores de edad o su introducción en redes de prostitución⁵⁷³.

En relación a la corrupción de menores, no necesariamente el sujeto activo deba ser un pedófilo circunstancia que podría llegar a determinarse en la repetición de actos realizados con menores.

En lo referente a la pornografía infantil, caracterizada por lo comportamiento descrito en la letra a y b del art. 189 del CP, tampoco debe concluirse que el sujeto activo de este delito, sea necesariamente un pedófilo, más, si se tiene en consideración cómo el art.189 del CP ha sido identificado como delito común. O sea, existirían supuestos donde el autor reúna los requisitos del perfil y otros que no. La diferencia entre ambos individuos puede consistir en la

⁵⁷³ Ver CARPONI, SCHITTAR, D., “Considerazione sulla pedofilia. Dalla individualizzazione psichiatrica e psicologica del disturbo alla pedofilia come categoria criminosa”, en CATALDO NERBERGUER, “La pedofilia”, ob. cit., p. 258.

finalidad o utilidad del material pornográfico, si el producto es destinado al tráfico comercial sus creadores, parecieran no serlo, ahora si el material ostenta una actividad privada, independientemente de que luego de un tiempo haya sido objeto de comercialización o cesión con la finalidad de obtener otros documentos de la misma naturaleza, sí cabría hablar de pedofilia. No obstante el último eslabón de la cadena de distribución de material pornográfico infantil, o el sujeto al que está orientada la comercialización ilícita de tal objeto, sí, responden a esta nomenclatura⁵⁷⁴.

El consumidor de material pornográfico infantil en la red

Las características comunes en ambas tipologías son muy semejantes, pero el promedio de edad es menor en este último caso, por ser Internet un medio de difusión de reciente creación. Entonces las personas más jóvenes se muestran más proclives a utilizarla, si bien los adultos no cierran la posibilidad a hacerlo, pero el número de adultos es mucho menor es mucho menor. Es entonces que el cambio sustancial se produce en la edad de los consumidores, si bien la mayoría de los consumidores de pornografía infantil pertenecía a un perfil que partía de 35 años, ahora ese número baja a una franja etaria menor.

Resulta importante destacar que el pedófilo en quien concurre un trastorno de personalidad sexual, no se refleja en la medida de la culpabilidad pues se considera un trastorno que no afecta la imputabilidad penal, ni en la penalidad prevista en la ley, que tendría que prever su tratamiento o recuperación, en caso de encontrarnos frente a un pedófilo diagnosticado psicológica-psiquíatricamente como tal: la ley no diferencia en estos aspectos sobre la motivación o sobre los defectos de la personalidad sexual del autor, dando a entender que comprende los mismo y otros distintos, es decir igual es sujeto activo quien difunde pornografía con menores sin ánimo de lucro y sin interés sexual. Aún más discutible es este tema con respecto al poseedor de pornografía, porque poseerla como la ley dice “para propio uso” presupone un interés sexual. En los casos de producción de material con la intervención no siempre necesaria de adultos en la escena de contenido sexual, no nos encontramos en realidad ante pedófilos, sino ante pederastas, esto es, sujetos que llevan su tendencia hacia los menores hasta la relación sexual abusivo o delictiva con ellos.

⁵⁷⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Análisis...”, ob. cit., p. 197.

Así pues, atendiendo al ciclo completo de la pornografía infantil y juvenil, sujetos activos de estos delitos lo serán los productores y quienes participen en la escena sexual incorporada al material (art. 189.1.a), los distribuidores (art. 189.1.b) y los consumidores (art. 189.5). Así como al primer y segundo grupos de sujetos reciben la misma penalidad, al último le corresponde una penalidad muy inferior. Pero estos no son compartimientos estancos dado que en la práctica puede ser que el sujeto asuma más de un rol (productor, distribuidor, distribuidor-consumidor) o todos a la vez⁵⁷⁵ Sin embargo, no se modifica la penalidad ante estas circunstancias, pues estamos ante un concurso de leyes que se resuelve en todo caso a favor de la infracción más gravemente penada, o en su caso de la infracción principal (aquella en la que la utilización del sujeto pasivo es directa).

Si bien se parte de la base de que los sujetos activos son adultos, esto es, mayores de edad penal, a veces los menores de edad, que son responsables penalmente a partir de los 14 años pueden incurrir en la realización de tales conductas cuando sus víctimas son prepúberes.

Si bien a veces resulta muy complejo y difícil o imposible determinar la autoría material del delito de difusión debido al anonimato y al carácter mundial de la red, pero en ningún caso es justificable con base en la idea de evitar la impunidad en estos delitos. No cabe duda que los proveedores o prestadores de servicios de Internet, al margen de que sean personas físicas o jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal, al margen de otras posibles responsabilidades, pocas veces, por acción y la mayoría de las veces por omisión. Es cierto que a través de sus portales o servicio se pueden realizar o facilitar el tráfico de pornografía infantil de terceros, pero mientras dicho favorecimiento no sea doloso no cabe imputarles responsabilidad ni como autores no como partícipes, salvo cuando hubieran llegado a tener

⁵⁷⁵ROJO GARCIA, Juan Carlos, “*La realidad de la pornografía infantil en Internet*”, en “*Revista de Derecho Penal y Criminología*”, N° 9, 2002. Muchas veces los papeles del traficante y consumidor se entremezclan y sus perfiles se difuminan, de tal manera que los consumidores pasan a ser los principales difusores de pornografía en la Red. También la Consulta 3/2006 del a Fiscalía General de Estado considera que las figuras del traficante y la del consumidor se han visto superadas por una síntesis de ambos representada por el consumidor en red (consumidor que comparte sus archivos, sin ánimo de lucro con otros consumidores, de modo que al propio tiempo es consumidor/distribuidor).

conocimiento del carácter delictivo del material transmitido o almacenado a través suyo y concurra la posibilidad técnica de ejercer control sobre la información⁵⁷⁶.

D. Sujeto pasivo

En el ámbito jurídico-penal el sujeto pasivo se identifica con el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro al realizarse la conducta típica, por parte del sujeto activo⁵⁷⁷.

Tanto el art. 183 bis –corrupción de menores– como el art. 189 (pornografía infantil) del Código penal español, de manera opuesta a la mayor parte de las tipologías delictivas, identifican la citada terminología de forma expresa en los menores de edad, y personas con discapacidad necesitadas de una protección especial.

Son personas que –por no haber alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual– carecen de capacidad para elaborar su propio plan de vida sexual, y en razón de ello no pueden prestar su válido consentimiento de esta materia.

El sujeto pasivo debe ser un menor de edad o incapaz, cuyo eventual consentimiento a la realización de la conducta típica es del todo irrelevante, habiendo olvidado el legislador en este contexto hacer alguna referencia expresa a este extremo, así como al abuso o aprovechamiento por parte del agente de esas específicas situaciones, elemento que subyace en el citado precepto.

CORCOY BIDASOLO⁵⁷⁸ afirma que “respecto al sujeto pasivo, en relación con la pornografía, se suscitan problemas respecto de la forma de impedir el acceso de la misma a menores”. En particular, en el supuesto de facilitar material pornográfico a menores, máxime

⁵⁷⁶ MORON LERMA, Esther, “*Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*”, 2da. Ed., Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 123 y sgts.; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación*”, en “*Revista de Derecho Penal y Criminología*”, N° 18, 2006, p. 199.

⁵⁷⁷ SAINZ CANTERO, José Antonio, “*Lecciones de Derecho penal*”, t. II, Barcelona, 1985, p. 233.

⁵⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “*Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al espacio temporal de comisión de los hechos*”, en “*Eguzkilore*”, n° 21, San Sebastián, diciembre de 2007, p. 27.

cuando se trata de prestadores de servicios. La solución se ha buscado a través de la exigencia de que esos contenidos no sean de libre acceso.

En el fondo la misma decisión adoptada respecto de las revistas y otros materiales pornográficos, aún cuando los medios previstos deben ser diferentes. Respecto de la corrupción de menores se plantea la cuestión del límite de edad, puesto que está fijado en los dieciocho años. Está justificado entonces que se limite en mayor medida la intervención en la producción de material pornográfico—dieciocho años—, que en la posibilidad de prestar consentimiento sexual que está fijada a los dieciséis años?

Victimológicamente, resulta importante destacar aquellos factores o situaciones que generan un mayor riesgo de victimización del menor. RODRÍGUEZ MANZANERA⁵⁷⁹ las define como “todo aquello que favorece la victimización, o sea las condiciones o situaciones de un individuo que lo hacen proclive a convertirse en víctima”.

La edad resulta un índice que es utilizado como común denominador prácticamente de la totalidad de los delitos, pues suele relacionarse con la debilidad física y mental en las personas menores de dieciocho años y mayores de sesenta y cinco.

Un sector doctrinal considera que el intervalo más peligroso en atención al riesgo de realización de tales conductas pornográficas va desde los seis a los ocho años. Morillas Fernández⁵⁸⁰ afirma que se estima que Se estima que cuantitativamente existe una mayor tasa de victimización conocida en menores de entre nueve-diez y trece años”.

El género es otro de los factores de riesgo a considerar, toda vez que diversos estudios señalan una proporción de entre dos y tres niñas víctimas de abuso sexual intrafamiliar por cada varón. La explicación dada a este fenómeno radica en que la mayor parte de los agresores son hombres, predominantemente heterosexuales.

Ahora bien, en cuanto a pornografía infantil se refiere este hecho debe ser apreciado con cierta cautela. Tomando como variable independiente de la edad del menor, la pornografía infantil del varón es una función creciente, mientras que la femenina es decreciente. Para el

⁵⁷⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “*Victimología, estudio de la víctima*”, Porrúa, México, 1989, p. 98.

⁵⁸⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., “*Análisis...*”, loc. cit.

autor mencionado, el aumento de atención a pornografía infantil varonil es inversamente proporcional al de pornografía infantil femenina, con un punto crítico entre ambas a los nueve años edad.

Menor de edad

Es toda persona menor de dieciocho años conforme las normas civiles, la doctrina y la jurisprudencia los reconocen como sujetos pasivos de los delitos que tratamos⁵⁸¹. Si bien existe la posibilidad de contemplar otras posibilidades, la voluntad de legislador ha sido la de ubicar ese límite genérico, pues de lo contrario se hubiera establecido otra edad de forma expresa tal como ha acontecido con el art. 183 del CP.

¿Qué ocurriría entonces en el caso en que un menor de 18 años tuviese una edad mental superior a esa edad, cuál edad debe privilegiarse, la edad física o la mental? En ese caso no habría que configurar esa acción como delito, por cuanto no existiría afectación al bien jurídico protegido, que sería la indemnidad sexual, en el sentido de no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto al bienestar psíquico y, al normal y adecuado proceso de formación sexual que les corresponde a los menores, este individuo ya habría alcanzado una correcta afirmación y desarrollo de la personalidad presuponiendo su capacidad para elegir libremente sus acciones⁵⁸².

Sin embargo, en relación a darle primacía a la edad física sobre la edad mental, el Tribunal Supremo se ha manifestado contrario a ese razonamiento. A tal efecto la sentencia del Tribunal Supremo 207/1993, de 9 de Febrero (RJ.1993/1007 ha señalado que “la ley penal cuando establece límites de edad, lo hace en un sentido rigurosamente cronológico”⁵⁸³. O sea, que siempre se atenderá al requisito cronológico cuando el sujeto pasivo sea menor de edad.

⁵⁸¹ A efectos punitivos, el art. 189.2 del CP contempla una agravación de la pena de cinco a nueve años si los hechos se practicaran sobre un menor de 16 años.

⁵⁸² MORILLAS FERNÁNDEZ, D., ob. cit., pp. 216 y ss.

⁵⁸³ En el mismo sentido se manifiestan las sentencias del tribunal Supremo de 14 de octubre de 1982 (RJ 1982/5633); 4 de noviembre de 1982 (RJ 1982/7066); 30 de mayo de 1987 (RJ 1987/4053), 3 de mayo de 1988 (RJ1988/3454; 1 de junio de 1989 (RJ 1989/5010). Por otra parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 44/2003, de 27 de febrero (JUR2003 /123016) manifiesta que “debe atenderse al criterio cronológico debiéndose dejar al margen criterios propios de la ciencia psiquiátrica”.

Asimismo con la denominada pornografía técnica ocurre lo mismo, por cuanto si las imágenes corresponden a una persona mayor de dieciocho años que parece menor –recordemos que los documentos internacionales exigen perseguir tales actos, aun cuando existan dudas sobre la edad del menor–, la conducta sería atípica, pues no existe afectación al bien jurídico protegido.

Personas con discapacidad necesitadas de especial protección

El concepto de incapaz aparece perfectamente definido por el art. 25 del CP:

“A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.⁵⁸⁴

El término “incapaz” en la reforma introducida por la LO 1/2015 es suplantado por el del epígrafe, y en su virtud a los efectos penales caben dos posibilidades:

1) Que exista sentencia penal judicial que declare la incapacidad del sujeto en cuyo caso no existirá ninguna duda sobre su carácter de sujeto pasivo de esta tipología;

2) Si no existe una sentencia judicial que así lo declare, que el sujeto requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica o intereses, a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente. En este caso se deberá determinar

⁵⁸⁴ Ver BOE-A-2015-3439, Boletín Oficial del Estado, núm. 77, martes 31 de marzo de 2015.

pericialmente la existencia de tal circunstancia, procediendo a estimarse o no el estado de incapacidad a efectos penales⁵⁸⁵.

Finalmente en este grupo quedarían comprendidas las personas mayores de dieciocho años que, debido a una deficiencia mental o enfermedad, no sean conscientes del acto pornográfico desarrollado.

Se ha señalado que las posibilidades de probar que el dolo del autor abarca tal elemento son muy escasas, señalando a tal efecto los supuestos de víctimas –menores de edad o incapaces– de cuyo aspecto físico no quepa deducir su condición⁵⁸⁶.

V.- Imputación subjetiva

A. Análisis de las conductas típicas en relación al dolo

Por dolo se entiende la conciencia y voluntad de realización del tipo objetivo de un delito, conocer y querer los elementos objetivos del tipo⁵⁸⁷, voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito⁵⁸⁸, voluntad de realizar una conducta con pleno conocimiento del tipo objetivo⁵⁸⁹. Comprende dos elementos, uno intelectual o cognoscitivo⁵⁹⁰, y otro volitivo. El primero de ellos representa la exigencia de un doble conocimiento, por una parte, el de los

⁵⁸⁵ STS 456/2000, de 21 de marzo (RJ2000/1479), estima que “la víctima más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluye la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual”. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 30/2001, de 19 de noviembre (ARP 20017796), afirma que “por no ser capaz de conocer y comprender no puede considerarse libre ejercicio de su autodeterminación y libertad sexual”.

⁵⁸⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La sanción...”, ob. cit., pp. 260 y 261.

⁵⁸⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 398.

⁵⁸⁸ WELZEL, Hans, ob. cit., p. 77.

⁵⁸⁹ CURY, Enrique, ob. cit., p. 294.

⁵⁹⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel, y QUINTANAR DÍEZ, M, “*Instituciones de Derecho penal español. Parte general*”, Madrid, 2004, p. 186, contemplan la exigencia de un doble conocimiento, por una parte el de los hechos constitutivos de la infracción y, de otra su significación antijurídica, mientras que el volitivo comprende el querer la realización del hecho antijurídico.

hechos constitutivos de la infracción y, por otra, su significación antijurídica, y el segundo el querer la realización del hecho antijurídico.

Se suma en este tipo de delitos el ánimo tendencial del autor, que es una cuestión muy difícil de probar y que de hecho raramente podrá ser objeto de auténtica prueba, sino de una prueba indiciaria a lo sumo.

La práctica totalidad de la doctrina penal estima que los tipos descritos por el art 183 bis –corrupción de menores– y 189 –pornografía infantil– del CP poseen una naturaleza dolosa⁵⁹¹.

En este sentido se ha expresado que el tipo subjetivo viene constituido por el dolo, que la doctrina mayoritaria entiende debe ser directo, excluyendo el dolo eventual, y que debe abarcar la conciencia de la condición de menor (edad), o persona con discapacidad necesitada de especial protección del sujeto pasivo⁵⁹², y los efectos de satisfacer la pretensiones sexuales que inspira su conducta básica dolosa.

Este elemento subjetivo singular de índole sexual o pornográfica presupone el dolo, pero trasciende más allá de él. Así muchas veces no se han delimitado debidamente las categorías dogmáticas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, siendo una de las afirmaciones más erróneas en la que se incurre en la confusión de los singulares elementos subjetivos del injusto con el dolo del autor, invocándose erróneamente un dolo reduplicado.

1. Corrupción de menores

En relación al delito de corrupción de menores, es de reconocer que la misma constituye una figura dolosa, con dolo directo, si bien puede apreciarse dolo eventual en la medida que el

⁵⁹¹ La mayor parte de los autores ni siquiera se detienen en ese aspecto, por cuanto lo consideran obvio, sobre la base del art. 189.1.b) del Código penal, y señalan que todas las modalidades son dolosas en tanto “el sujeto ha de conocer la naturaleza del material y ha de querer realizarlo, difundirlo o poseerlo con dichos fines, siendo indiferente que lo haga con ánimo lúbrico o de lucro”.

⁵⁹² STS 1553/2000, de 10 de octubre (RJ2000/9151), afirma que “el tipo penal no exige un especial elemento subjetivo del injusto, sino sencillamente que concurra dolo o voluntad en la actuación, cualquiera que fuese la motivación última que tuviese el autor al realizar la acción descrita en el tipo”.

sujeto activo, ante la duda de si se trata de un menor, o persona con discapacidad que necesita especial protección o mayor, procediera a actuar de igual modo.

2. Pornografía infantil

En relación a las múltiples figuras del art. 189 CP, dada la estructura del tipo, sólo es posible su comisión dolosa a título de dolo directo. En todas se requiere dolo directo con posibilidad de un dolo eventual en algunas, p.ej. en el caso de que se tengan dudas acerca de la edad del menor, o del estado de discapacidad de la persona que necesite especial protección; a excepción de la agravante del art. 189.2.d), en la cual al poner en peligro la vida o la salud de una persona. Se puede realizar dolosamente, o también en forma culposa por imprudencia grave.

La exigencia en varios de los preceptos de la finalidad que debe perseguir el autor, o sea que su conducta debe tener “fines principalmente sexuales”, se trata de una cuestión verdaderamente difícil de probar, como es la intención interna del autor y que, de hecho, raramente podrá ser objeto de auténtica prueba, sino de una prueba indiciaria, a lo sumo⁵⁹³.

En todo caso, una de las formas en que podría utilizarse, es el hecho que el autor haya realizado anteriormente alguno de los delitos mencionados, lo cual llevaría a un reflejo del derecho penal de autor, cuestión que se ve reforzada por la imperativa imposición de una medida de libertad vigilada *ex art. 192.1 CP* cuando se impone la pena de prisión.

Art. 189.1,a): “El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas”.

⁵⁹³ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “*Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013*”, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, n° 65, 2013, p. 197.

La acción ha de ser realizada con fines de utilización en exhibiciones o espectáculos pornográficos para crear material pornográfico financiando o lucrando con estas actividades. O sea que el autor debe estar movido por este elemento subjetivo de intencionalidad que sería el fin exhibicionista o pornográficos pretendidos en la conducta de utilización de menores⁵⁹⁴.

Subjetivamente la infracción sólo puede cometerse a título de dolo directo, y puesto que estamos ante un delito de pura actividad, la consumación coincide con la realización de las acciones típicas, sin necesidad de que se produzca resultado material alguno, esto es, con la captación o utilización del menor, para la creación del material pornográfico.

Además, para que se puedan imputar subjetivamente al autor los hechos, es necesario un doble conocimiento: por una parte, el de los hechos constitutivos de la infracción y, de otra su significación antijurídica; mientras el volitivo comprende el querer la realización del hecho antijurídico⁵⁹⁵. O sea, el autor debe saber (elemento intelectual) que las personas que capta, utiliza con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, son menores, o personas con discapacidad necesitada de especial protección o la financiare o lucrare con ellas. Y que igual efectúa la acción típica (elemento volitivo).

En relación a los delitos de intención, la figura de captación u utilización prevista en el art. 189.1.a, constituiría un delito mutilado en dos actos; puesto que son aquellos en los que el autor realiza la acción dolosa descrita en la norma como medio ejecutivo del mismo para pretender alcanzar un fin subjetivo constituido por una ulterior actuación del propio autor.

Se trata de configuraciones legales que describen sendos tipos delitos de intención (no de tendencia). Para que el delito se consume no es preciso que el autor llegue a realizar la segunda acción intencionalmente aspirada, únicamente que realice la primera con la intención de realizar la segunda. Si llega a realizar la segunda, que es constitutiva de autónomo delito, entonces habrá concurso de delitos.

⁵⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*El injusto típico en la teoría del delito*”, ob. cit., p. 175.

⁵⁹⁵ COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ, M., “*Instituciones...*” ob. cit., p. 186.

El dolo del acto básico es presupuesto de la finalidad ulterior, ésta trasciende el ánimo del dolo. Donde termina el objeto del dolo (conciencia y voluntad de la acción básica), comienza el elemento subjetivo del injusto (fin ulterior trascendente del ámbito del dolo).

En este caso el elemento subjetivo del injusto es constituido por la “finalidad de elaboración de material pornográfico”. Esta exigencia del componente subjetivo configura este tipo de delito de utilización del menor o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas como una hipótesis típica del delito mutilado en dos actos.

Podría darse un error de tipo o de prohibición con respecto a la edad de los menores, o a la situación de discapacidad de la persona necesitada de una protección especial, lo que determinaría la impunidad, en el caso del error de tipo al no ser punible la imprudencia, así como en el caso de error de prohibición invencible, y en el supuesto de vencible tampoco sería punible por no encontrarse prevista la forma culposa del delito.

Si para utilizar al menor o incapaz el sujeto agente utilizara violencia o intimidación, estaríamos en presencia de la agravante del 189.3, y se produciría un concurso de delitos del art. 77 CP entre la presente infracción y la de coacción del art. 172 de la misma normativa, que serían un medio necesario para cometer el delito sexual.

Art. 189.3: “b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”.

La figura requiere dolo directo y podría admitir el dolo eventual. ¿Cómo podría determinarse la edad de los que aparezcan en la pantalla del ordenador, etc., para saber si se trata de pornografía infantil o no, cuando no se representen niños sino adolescentes en el límite de la edad permitida? ¿Cómo saber si tienen dieciocho años o no? ¿Y como se percibe la discapacidad si no hay signo externo que la indique?

Es una figura de naturaleza dolosa. El elemento subjetivo consiste precisamente en “poseer con fines” de realizar cualquiera de las acciones descriptas en el tipo. Y esto influye

precisamente en la autoría y la participación necesaria, por cuanto los sujetos activos deberán actuar con dolo, que deberá ser demostrado. El tipo subjetivo viene constituido por el dolo, que la doctrina mayoritaria entiende que ha de ser directo y específico, excluyendo el dolo eventual, y debe abarcar la conciencia de la condición de menor o incapaz del sujeto utilizado.

Todas las modalidades son dolosas, en tanto el sujeto ha de conocer la naturaleza del material, y ha de querer realizarlo, difundirlo, poseerlo con dichos fines, siendo indiferente que lo haga con ánimo lubrico o de lucro.

Se trata de un delito subjetivamente configurado, por cuanto incorpora un singular elemento subjetivo del injusto, que trasciende el dolo y que se concreta con “el fin del poseedor de material pornográfico de realizar cualquiera de las conductas aludidas en el art. 189.1.b. del CP”.

El delito constituye un singular supuesto de tipo subjetivamente configurado de índole híbrida, en cuanto participa de características de los delitos subjetivamente configurados de actos preparatorios autónomamente incriminados (la mera acción de posesión, que de por sí es atípica salvo cuando expresamente lo establezca la ley, como por ejemplo, la tenencia para uso personal prevista en art. 189.5), y por otra parte de la configuración propia de los delitos mutilados en dos actos⁵⁹⁶.

Art. 189.2: “Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.
- b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.

⁵⁹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*El injusto típico en la teoría del delito*”, ob. cit., pp. 142 y ss.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

h) Cuando concurra la agravante de reincidencia”.

En este inciso encontramos todas las agravantes. No podrán imputarse al autor aquellas circunstancias agravantes del tipo penal, en los supuestos en que el autor las haya desconocido (por ejemplo, el art. 189.2.a. cuando no supiere el autor que el sujeto pasivo que utilizó era menor de 16 años). Siempre se deben dar los dos elementos el intelectual y el volitivo, en relación con los elementos de cada agravante. En el caso que no hubiera dolo con respecto a la figura agravada se impondrá la pena por la figura básica.

Art. 189.3: “Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores”.

Es una figura dolosa, que requiere la presencia de dolo directo, pues el sujeto ha de haber actuado con violencia e intimidación en la realización de algunas de las conductas previstas por el inciso 189.1.a).

Art. 189.4: “El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión”.

Es una figura dolosa, de dolo directo, el elemento subjetivo del tipo es “a sabiendas”, donde participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Art. 189.5: “El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”.

Es un delito doloso, se requiere dolo directo. Admitiría dolo eventual, aunque la doctrina no es unánime al respecto.

Art. 189.6: “El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses”.

Es un delito de doloso de omisión propia, según la mayoría de la doctrina, que requiere el conocimiento de la situación de prostitución del menor o incapaz y la omisión de cualquier acción para impedir su continuación en tal estado, o de recurrir a la autoridad cuando se carece de medios para su custodia.

En todos los casos reseñados, la falta de dolo hace que el acto sea atípico⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ STS de 15/10/2010, rec. 275/2010. El TS acuerda no haber lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en un delito de pornografía infantil frente a la sentencia absolutoria de instancia, afirmando: “Nuestra jurisprudencia ha evolucionado desde entender que el mero uso de un programa de esa clase supone, a nivel del usuario, el conocimiento de que se facilita la difusión a terceros de todo aquel material descargado que se

En cuanto a los elementos subjetivos del injusto, los delitos de intención se caracterizan por exigir una orientación subjetiva hacia una determinada finalidad concreta, trascendente más allá del ámbito propio del dolo, que se halla circunscripto a los elementos objetivos del tipo. Los delitos intencionales pueden ser de dos clases: delitos mutilados en dos actos y delitos de resultado cortado.

Los primeros son delitos intencionales en los que una acción dolosa (o acción básica) es realizada por el sujeto activo como medio ejecutivo para una ulterior actuación del propio autor, que es el fin subjetivo que pretende alcanzar.

La realización de la conducta básica necesariamente ha de ser dolosa, pues el elemento subjetivo intencional presupone el dolo del comportamiento básico. No se puede realizar una determinada conducta precisamente con una específica intención futura, si no se tiene conciencia y voluntad de la acción básica que se ejecuta.

El dolo de ejecución del acto básico, es presupuesto de la finalidad ulterior. La finalidad, en los delitos intencionales mutilados de dos actos, trasciende del ámbito del dolo, (conciencia y voluntad de la acción básica, comienza el elemento subjetivo del injusto (fin ulterior trascendente del ámbito del dolo).

almacene en las referidas carpetas, a establecer que tal elemento subjetivo no puede presumirse sobre la base de ese único elemento, de forma que será preciso, en cada caso, valorar expresamente las pruebas que acrediten tal conocimiento. A tal efecto, hemos declarado que en lo que al dolo se refiere, basta con que sea eventual, es decir que el agente actúe con conocimiento de la previsibilidad de que la utilización del programa permite el acceso a terceras personas del material así obtenido (STS 680/2010). Pero igualmente hemos señalado que no es correcto deducir tal conocimiento del mero uso del programa, sino que es preciso en cada caso establecer su existencia desde el análisis de las circunstancias acreditadas. En este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, anteriormente citado (celebrado el 27/10/2009, acordó que: “establecida la existencia del tipo objetivo de la figura del facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del art. 189.1.b.C:P: en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del solo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa” Acuerdo recogido luego en algunas sentencias como la STS 340/2010. Es claro por lo tanto, que la demostración del solo exige algo más que la prueba del mero uso del programa. En este sentido ha señalado esta Sala que se ha de tener en cuenta el número de elementos que son puestos en la Red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco, disco duro, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o videos como procedentes del termina del autor del delito. Y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la con visión de que al autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento si de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito (STS 340/2010). En GÓMEZ Leopoldo, “*Delito de pornografía infantil*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2012, p. 64.

En la figura del art. 189 .1.a), la conducta básica es la utilización del menor o incapaz en espectáculos pornográficos y esta acción se utiliza como medio para conseguir la finalidad aludida en la norma; consecución de fines exhibicionistas o pornográficos o elaboración de material de esa clase.

B. Culpa o imprudencia típica

Concorre la imprudencia cuando se realiza una acción típicamente antijurídica, a causa de una infracción al deber de cuidado que personalmente le era exigible. Por tanto, ha de haber una doble condición, la infracción al deber de cuidado que le era exigible, y la previsibilidad del resultado final.

El art. 12 del CP⁵⁹⁸ señala expresamente que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley. Ello nos convoca a la teoría de los “numerus clausus”, o sea de los tipos cerrados, que consiste en que toda forma culposa debe estar expresamente establecida en la ley y en caso contrario, si no se hallara previsto el tipo en la forma culposa y no se hubiera acreditado el dolo, la conducta sería atípica.

El artículo 183 bis y el art. 189 del CP no contemplan ningún tipo de semejante características, por lo que debe concluirse la irrelevancia punitiva de la imprudencia en esta tipología delictual. Esta afirmación debe ser analizada en función de que si bien no se tipifica como delito, ello no quiere decir que no existan supuestos en la práctica, que de hallarse expresamente contemplados, generarían su aplicación.

Si bien dentro de las figuras del art. 189 CP no existe ninguna que tenga prevista la forma culposa, habría una excepción; más precisamente dentro de las agravantes (art.189.2.d) donde se contempla causar peligro en la vida o la salud en forma dolosa o con imprudencia grave, pero no debemos perder de vista que es una agravante, y para su aplicación se deben reunir los elementos del tipo básico, que son los requeridos por el art. 189.1 del CP. Así, en la reforma por LO 1/2015 se contempla la producción de la puesta en peligro de la vida o la salud

⁵⁹⁸ Artículo 12 CP: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

del sujeto pasivo, en forma imprudente o sea mediante la infracción al deber de cuidado y sin prever el resultado, ya sea por negligencia o impericia.

En el caso de la culpa o imprudencia típica, que también debe ser estudiada en el tipo, la dogmática española e iberoamericana tiende cada vez más a considerar que la tipicidad del delito culposo depende en primer lugar de la infracción al deber de cuidado.

En este punto, la dificultad de probar con certeza la existencia del dolo, junto con la peligrosidad de las conductas negligentes en el cumplimiento del deber de vigilancia, ha llevado a la propuesta de sanción penal de la comisión imprudente⁵⁹⁹ en determinados supuestos, por ejemplo en la agravante del 189.2.d) del CP⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ En contra, MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Análisis...” ob. cit., p. 370, por cuanto considera que la propia praxis del funcionamiento de Internet genera multitud de supuestos de estas características (imprudentes), y más aun de casos fortuitos, donde la mayoría de los usuarios no tiene conocimiento de la referida ubicación.

⁶⁰⁰ Art. 189.2 e): “Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”.

CAPÍTULO V

ANTI JURIDICIDAD

I.- Consideraciones previas

La antijuridicidad tiene dos aspectos uno material y el otro formal. La tipicidad de un hecho, y la ausencia de causales de justificación⁶⁰¹ determinan la antijuridicidad formal⁶⁰² de una conducta. En este supuesto sólo es tomada en cuenta la contradicción de la acción con el mandato normativo⁶⁰³. Sin embargo, la posibilidad de agotar el examen de la antijuridicidad en aspectos formales parece un tanto insuficiente, surgiendo así la teoría de la antijuridicidad material según la cual, también es necesario que la conducta lesione o ponga en peligro bienes jurídicos⁶⁰⁴.

La antijuridicidad formal se da cuando la acción se opone a un mandato normativo contenido en una norma penal. En cambio, la antijuridicidad material⁶⁰⁵ tiene que ver con el bien jurídico protegido por la norma⁶⁰⁶. El tema tiene relevancia cuando aún en el caso de conductas típicas, éstas no han hecho peligrar el bien jurídico, con lo cual la conducta deja de ser antijurídica. En la jurisprudencia argentina se ha planteado el tema en el supuesto de tenencia de droga para consumo propio, en la cual si no hay afectación del bien jurídico (en este caso la salud pública), se sostuvo por parte de la jurisprudencia que la conducta no era

⁶⁰¹ ROXIN, Claus, “*Derecho penal. Parte general*”, Civitas. Reimpresión de la 1ª. edición, Madrid, 1999, p. 557, al circunscribir el punto a la ausencia de causales de justificación, niega la presencia de elementos positivos en la antijuridicidad, fuera del tipo, quedando reducido su contenido a elementos negativos; más completo, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “*Derecho penal*”, tomo I, Editorial jurídica Cono Sur, Santiago, Chile, 1997, p. 327 y sgts.

⁶⁰² La antijuridicidad formal sólo significa que “una conducta típica viola, infringe o quebranta una norma general prohibitiva o imperativa del orden jurídico”: NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, “*Derecho penal. Teoría del delito*”, t. I, Ed. Mc. Graw-Hill/Interamericana de Chile Ltda., Santiago, Chile, 1998, p. 213; se trata de una “contradicción entre la acción y el mandato de la norma”. Cfr. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 558.

⁶⁰³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, trad. española de OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5ta. ed., Ed. Comares, Granada, 2002.

⁶⁰⁴ La antijuridicidad material alude al contenido del concepto de antijuridicidad y se relaciona con el bien jurídico protegido en la respectiva norma penal, de este modo la consideración material del delito es continuada mediante la determinación del contenido de juicio de antijuridicidad.

⁶⁰⁵ Noción que, para Claus ROXIN, ob. cit., p. 559, tiene una importancia práctica triple: “Permite realizar graduaciones y aprovecharlas dogmáticamente, proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance”. En relación a este último punto y sobre la necesidad de construir justificantes supralegales, ver POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ob. cit., tomo I, págs. 328 y ss.

⁶⁰⁶ MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, “*Derecho penal. Parte general*”, Ed. Astrea., t. I, N° 24 III, p. 420.

antijurídica⁶⁰⁷. La Corte Suprema de Justicia de la Nación mantuvo este criterio, entre otros, en el caso Bazterrica⁶⁰⁸.

La discusión no pasa entonces por la posibilidad de que en la antijuridicidad formal las causas de justificación sólo surjan del derecho escrito, y en la material del derecho no escrito, sino que, para la teoría actual, en ambas formas de antijuridicidad es posible que la causa de justificación se encuentre tanto en el derecho escrito, como en el no escrito⁶⁰⁹.

La teoría de la antijuridicidad, y en esto hay unanimidad de criterio en la doctrina y en la jurisprudencia, no se refiere a la persona, esto es al autor, sino que está inserta en el ámbito del hecho, y de un juicio de valor, obviamente negativo sobre él. El juicio de responsabilidad se encuentra en la culpabilidad, en donde se realiza el juicio de reproche respectivo por no haberse motivado en la norma⁶¹⁰.

II.- Bien jurídico protegido

A. Caracterización normativa

La caracterización del bien jurídico protegido es un importante instrumento de la interpretación teleológica de los tipos penales, así como también el concepto de contenido liberal y limitador de la punibilidad. En relación con este tema, se ha afirmado⁶¹¹ que “la función teleológica-sistemática que se le asigna al concepto de bien jurídico; entre las varias funciones que al mismo corresponden en la dogmática penal; permite al intérprete mantener en sus debidos límites la materia de prohibición”.

⁶⁰⁷ DONNA Edgardo Alberto, *“Teoría del delito y de la pena”*, t. II, Editorial Astrea, 1995, p. 127.

⁶⁰⁸ CSJN, Fallos 308:1412.

⁶⁰⁹ MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *“Derecho penal, Parte general”*, ob. cit., t. I, n° 25, 424.

⁶¹⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *“Teoría del delito...”*, ob. cit., p. 125.

⁶¹¹ CESANO, J., *“Contribución para la determinación del bien jurídico protegido por las disposiciones penales de la ley 24.051”*, en *“Ley, razón y justicia”*, año 1, n° 1, enero-julio, Alveroni, Córdoba, 1999, p. 215.

Para comenzar, debemos coincidir en la fundamental delimitación del concepto de bien jurídico protegido, que entiende al mismo como una unidad de función social portadora de valor que, conforme a la Constitución, se erige en el contenido de protección de los derechos fundamentales del individuo y de la sociedad⁶¹².

Al decir de POLAINO NAVARRETE⁶¹³, se integra con dos nociones, bienes y valores. Y el autor nos brinda el siguiente concepto: “es el bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, cuyo otorgamiento es reservado a las prescripciones del Derecho penal”.

La noción de bien jurídico no abarca, sin embargo, a la totalidad de los objetos de protección jurídica *lato sensu*, sino que en su acepción técnica penal se circunscribe al exclusivo ámbito de aquéllos que requieren un aseguramiento normativo de mayor rigor, sobre la base de la prevalente relevancia axiológica del momento conceptual tutelado por el carácter fundamental que sustenta, y a la gravedad del ataque hacia él dirigido en el ámbito de manifestación de un determinado comportamiento⁶¹⁴.

Sostiene POLAINO NAVARRETE⁶¹⁵ en la delimitación del concepto del objeto de tutela penal, integrado esencialmente por dos nociones básicas de paralela relevancia,—los bienes y los valores—, qué se entiende por cada una de ellas:

“Por bienes debe entenderse, en el ámbito de la caracterización técnica del bien jurídico, todos aquellos objetos, que, siendo de utilidad para satisfacer necesidades personales, asumen una importancia de tal índole en el ámbito de la convivencia humana, que son acreedores de la máxima garantía del ordenamiento jurídico-penal”.

⁶¹² RUDOLPHI, Hans-Joachim, “*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*”, en “El nuevo pensamiento penal”, 1975, p. 344.

⁶¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*El bien jurídico en el Derecho penal*”, en “Anales de la Universidad Hispalense”, N° 19, Sevilla, 1974, pp. 267 y 268.

⁶¹⁴ En sentido análogo, SAINZ CANTERO, José Antonio, “*En torno a los delitos contra la libertad y seguridad del trabajo*”, en “Estudios Sociales”, Publicaciones de la Escuela Social de Murcia, 1972, pp.2 y ss. Ver POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*El injusto típico en la teoría del delito*”, Mario A. Viera Editor (MAVE), Corrientes, Argentina, 2000, pp. 488 y ss.

⁶¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*El injusto típico en la teoría del delito*”, ob. cit., nota 404, pp. 491 y sgts.

“Por valores se considera en el mismo plano dogmático, aquéllos atributos anímico espirituales de especial trascendencia para la autorrealización de la persona en sociedad que repercuten de una forma inmanente en la propia estructura de configuración del núcleo social, en cuyo círculo se provee el desenvolvimiento de las aspiraciones individuales en un orden jurídico abstracto de libertad, respeto y colaboración recíprocos”.

B. Rúbrica legal

Los delitos que estamos tratando, esto es, corrupción de menores y pornografía infantil, se encuentran inscritos dentro del Título VIII del Libro II bis del texto punitivo reformado, cuya modificación legislativa introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015, entró en vigor el 1 de julio de 2015, pues aquí en ambos casos la conducta típica se relaciona en torno a menores de edad y afecta los mismos bienes jurídicos.

Históricamente en el Código penal español, en los delitos relacionados con la esfera de lo sexual, se consideró como bien jurídico protegido la “honestidad”, en el sistema vigente desde 1848. Más adelante desde la década de los ochenta había acuerdo doctrinal en que el Derecho penal sexual abandonara este bien jurídico; que de por sí estaba sumamente relacionado con lo moral o ético; y se reformara por uno que contemplara la libertad sexual como bien jurídico genérico individual.

Esta reforma, calificada como revolucionaria, se produce en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, en virtud de la cual se sustituye el término “honestidad” de la rúbrica del Título IX, del Libro II, por el de “libertad sexual”, con un claro fin de proteger, ante todo, la libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí⁶¹⁶.

El viejo concepto de “honestidad”, por su anacronismo, ambigüedad e imprecisión, reconducía la cuestión planteada en el ámbito sexual a la confusión entre “moral y derecho”, es

⁶¹⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Análisis....” ob. cit., p. 153.

decir entre lo que la moral prohíbe y lo que la ley penal debe castigar⁶¹⁷. La idea de honestidad entendida como un sentimiento de recato, de pudor o como la expresión de cierta moral sexual dominante en un contexto social determinado, indudablemente contrasta con los principios más básicos de un Derecho penal consecuente con un estado de derecho fundado en valores plurales y democráticos. Una sociedad que admira el pluralismo, no puede elevar a la condición de bien jurídico digno de protección penal, sentimientos internos o una determinada concepción de la moral sexual⁶¹⁸.

Más allá de que hubiera acuerdo de reforma en la mayor parte de la doctrina, el bien jurídico “libertad sexual” vino a traer nuevos problemas, pues quedaban muchas situaciones por resolver tanto teóricas como prácticas. Y justamente la controversia surge en relación a los menores e incapaces, pues afirmar que la libertad sexual es el bien jurídico protegido en estos casos, no deja de ser un eufemismo o una forma como cualquier otra de alterar el significado de las palabras, dado que si hay algo que caracteriza a estos sujetos es su falta de autonomía para decidir en materia sexual.

En las figuras que aquí se consideran, evidentemente, el bien jurídico es de naturaleza individual. En relación a la libertad sexual, atento a la índole de las conductas prohibidas, se ha apuntado en dirección a la libertad sexual como la objetividad jurídica lesionada, con independencia de la minoría de edad afectada. Pero precisamente la condición de persona menor de edad o incapaz, en la que se sustenta la presunción de falta de consentimiento o la ineficacia jurídica del mismo; pues no la pueden ejercer efectivamente; es en lo que se han fundado algunos autores para sostener que en realidad, son personas carentes de libertad sexual⁶¹⁹ y, por lo tanto, carentes de poder ejercerla libremente y, lo que en verdad se tutela es

⁶¹⁷ SAINZ CANTERO, José Antonio, “*La reforma del Derecho penal sexual*”, en “Libro homenaje al Profesor Antón Oneca”, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 1982. GONZÁLEZ RUS y Otros, “*Estudios penales y criminológicos*”, ISSN 1137-7550, p. 864.

⁶¹⁸ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coords.), “*Código Penal comentado*”, p. 429. En el mismo sentido, BOX REIG, Javier “*De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual*”, en LATORRE, V., (Coord.) “*De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual*”, “Mujer y Derecho penal”, Valencia 1995, p. 11 y ss. Ver BUOMPADRE, Jorge, “*Tratado de Derecho penal, Parte especial*”, t. I., 3ª. ed., Ed., Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2009, pp. 367 y sgts.

⁶¹⁹ GONZALEZ RUS, Juan José, “*La violación en el Código penal español*”, Granada, 1982, p. 692.

su “indemnidad sexual”, entendida como el derecho de esas personas a quedar libres de todo daño de naturaleza sexual.

Las posiciones doctrinarias sobre este tema varían entre quienes proponen a la libertad sexual sin más, que estaría conformada por la posición más tradicional, hasta quienes identifican otro bien jurídico distinto, con una variedad de matices intermedios. Así, respecto de los menores de doce años⁶²⁰, se ha sostenido que de lo que se trata es de preservar la libertad sexual “*in fieri*” o en potencia, de las que el sujeto podrá hacer uso en etapas más avanzadas de su vida, lo que reclama como *prius* que en etapas previas de formación el sujeto quede a salvo de actos traumatizadores⁶²¹, para permitir materializar un ámbito básico de libre desarrollo de la personalidad del sujeto. Sin duda que estas precisiones en particular, no constituyen una discrepancia de fondo con aquel sector de la doctrina que fija el bien jurídico protegido en estos casos, en la idea de indemnidad sexual”⁶²².

El caso de las personas incapaces, merece consideración aparte. Por lo pronto se ha advertido, con razón, que no puede partirse en todo caso de la ausencia de libertad sexual en las mismas, pues la fenomenología demuestra cómo estas personas pueden tener también un ámbito relativo de libertad. Pero aun así, la categoría de “libertad sexual *in fieri*” ofrece dificultades, pues parece estar pensada para un ser en desarrollo, en evolución, posibilidad de la que puede carecer un adulto afectado por la patología que le confiere la condición de incapaz.

En esta hipótesis, podría ser importante concebir al bien jurídico como la protección del espacio de autodeterminación existente, entendido como un derecho a la indemnidad. Así, los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Pueden tener en común, atendiendo a la edad y al tipo de patología, en uno y otro, por ejemplo, un menor de trece

⁶²⁰ Desde la reforma de la LO 5/ 2010, trece años, y con la reforma de la LO 1/2015, se ha elevado a 16 años respectivamente..

⁶²¹ Esta propuesta es coincidente con la que propiciara en nuestro medio Luis TORNARIA, “*Sobre el delito de corrupción*”, en “Revista del Instituto uruguayo de Derecho Penal”, año II, n° 3, y fue traída a colación por Gonzalo FERNÁNDEZ durante el debate suscitado en el seno del mencionado Instituto, celebrado el 16/3/2006, luego de una brillante disertación de Brenda PUPPO sobre el delito de fabricación de material pornográfico.

⁶²² MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Delitos contra la libertad sexual*”, en “Comentarios a la Parte especial del Derecho penal”, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director), VALLE MUNIZ, José Manuel (Coordinador), Aranzadi, Elcano, 1996, págs. 248-249.

año⁶²³, y un oligofrénico profundo, el carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Ante ello, detecta actualmente, en nuestro ámbito de cultura, la existencia de una especie de consenso no escrito sobre la intangibilidad o indemnidad que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas⁶²⁴: tanto la indemnidad como la libertad sexual deben ser concebidas como bienes jurídicos sexuales autónomos, en el contexto de las normas que regulan el comportamiento sexual en la sociedad.

Si bien previstas en el mismo acto legislativo, y bajo la misma “*ratio legis*”, no puede sostenerse que todas las conductas contempladas en la norma afecten sin matices el mismo bien jurídico, y de la misma manera. Tomemos en cuenta entonces, el desarrollo anterior como un punto de partida para la consideración particular. Ello es en virtud de que estamos en presencia de delitos pluriofensivos.

La pluriofensividad⁶²⁵ hace a la afectación de más de un bien jurídico, a un delito de naturaleza unitaria⁶²⁶, y puede entenderse de tres maneras diferentes.

Es pluriofensiva toda infracción en que resulta típicamente afectado más de un objeto e tutela, se trata en este caso de una pluriofensividad eventual, que consiste en que junto a un bien jurídico que aparece siempre como objeto de tutela y protección pueden presentarse en algunos casos lesiones o puestas en peligro de otros (pluriofensividad eventual).

En segundo lugar, también se puede entender como pluriofensivo un delito que pueda afectar a un bien jurídico o a otro (pluriofensividad alternativa). De forma que nunca se verán afectados juntos, pero sí cada uno de ellos.

Por último, sólo es pluriofensiva la infracción que afecta siempre y necesariamente a más de un bien jurídico de manera principal, pluriofensividad en sentido estricto⁶²⁷.

⁶²³ O 16 años desde la entrada en vigencia de la LO 1/2015.

⁶²⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “*Análisis...*”, ob. cit., p. 175.

⁶²⁵ GUARDIOLA GARCIA, J., “*La realización arbitraria del propio derecho*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 214.

⁶²⁶ DURIGATO, L., “*Rilievi sul reato plurioffensivo*”, 1973, pp. 33/34, insistiendo sobre la naturaleza compleja pero unitaria del delito pluriofensivo.

⁶²⁷ Así, DOVAL PAIS, A, “*Delitos de fraude alimentario*”, Ed. Aranzadi, 1996, p. 218.

A nuestro parecer, el bien jurídico protegido por el artículo 189 del CP es la indemnidad sexual en su sentido más tradicional, por lo que habría que hablar de un bien jurídico unitario, en tanto respondería a todo derecho que tiene un menor o incapaz a no ser explotado sexualmente, y en razón de ello cuando el sujeto activo realizara actos de esa naturaleza, independientemente de la afectación de la conducta en el sujeto pasivo, atentaría contra el mencionado bien,

Por el contrario, un minoritario sector doctrinal centra el debate sobre la posibilidad de defender la moral sexual colectiva como bien jurídico protegido.

El Código de 1995 no introdujo novedades al respecto, pues el título VIII siguió conservando la rúbrica “Delitos contra la libertad sexual”, manteniendo los parámetros de la reforma de 1989, y en el contexto de la misma el problema referido a los menores e incapaces.

Recién con la reforma de 1999⁶²⁸ la doctrina verá satisfechas sus demandas con la nueva rúbrica del Título VIII del Libro II del Código Penal “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Es allí donde debemos abreviar para poder aproximarnos a una noción real sobre el bien jurídico protegido, tanto de la corrupción de menores –la reforma mantiene la figura pero en otra ubicación sistemática– como de la pornografía infantil.

La discusión doctrinaria surge en relación a si es uno o son varios los bienes jurídicos protegidos. Y un sector minoritario considera que la libertad sexual abarca todos los tipos del art. 189 del CP. Sin embargo, otros autores estiman la existencia de varios bienes jurídicos que existen en forma simultánea como, la indemnidad o integridad sexual, la dignidad de la persona humana y los derechos de ella derivados; derecho a desarrollo y formación adecuados, intimidad y propia imagen, moral sexual colectiva y la dignidad de la infancia en general.

Además existe una tercera postura crítica con la justificación de la creación de tipos que criminalizan comportamientos que, si bien pueden estar alejados de las prácticas mayoritarias, no lesionan los intereses sexuales de los menores en general, ni ningún bien jurídico⁶²⁹.

⁶²⁸ LO 11/1999, de 30 de abril.

⁶²⁹ MARTÍN LORENZO, M., “*Libertad e indemnidad sexuales*”, en “Memento experto, Reforma penal 2010, Ley Orgánica 5/2010”, ORTIZ DE URBINA, G. (Coord.), Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 120.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, se expresa claramente que no se establece solamente a la libertad sexual como única forma de protección tutelada por la reforma, sino que deja entrever la posibilidad de otros bienes protegidos incidiendo expresamente en “los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores”. O sea, que serían tipos penales protegidos por varios bienes jurídicos diferenciados.

El punto de partida para acercarse al concepto de bien jurídico protegido por estos delitos resulta ser la mencionada reforma, la que en su exposición de motivos, destaca la posible existencia de tres bienes jurídicos, sin atarse a la libertad sexual, como única manifestación tutelada en el nuevo Título VIII del Código Penal, y haciendo lugar a los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores⁶³⁰.

Con relación a la posibilidad de autonomía sexual de los menores e incapaces, como ha destacado POLAINO-ORTS⁶³¹, debe partirse, por un lado, del reconocimiento de la titularidad de la libertad sexual como valor consustancial a toda persona—con independencia de la facultad real de ejercicio del citado derecho, esto es, la capacidad de obrar del sujeto, la idoneidad de actualización del derecho teóricamente reconocido— y, por otro, de la salvaguarda de la integridad sexual de la víctima menor de edad o incapaz, inherentemente unida a su propia dignidad como ser humana especialmente vulnerable.

Para BUOMPADRE, la libertad sexual como denominación del bien jurídico es la más correcta para la rúbrica del Título, pues dicho bien jurídico resulta comprensivo de la sexualidad de adultos y menores e incapaces. Según el autor, el atentado sexual afecta indiscutiblemente al derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad, pues significa, entre los adultos, un obstáculo a la libre opción sexual,

⁶³⁰ MORILLAS FERNANDEZ, David, “Análisis...”, ob. cit. p. 115.

⁶³¹ POLAINO-ORTS, Miguel, “Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995 (Especial referencia a la ley orgánica 1999, de 30 de abril)”, en “Cuadernos de Política Criminal”, nº 67, p. 190.

y entre los menores, que aún carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual⁶³², un abuso de esa capacidad aún no desarrollada⁶³³.

En las sucesivas reformas, incluida la introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015, la rúbrica del Título VIII del CP sigue siendo “De los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales, como bienes jurídicos protegidos”.

C. Desvalor de la lesión al bien jurídico protegido

Las categorías dogmáticas de resultado en sentido estricto y de desvalor de resultado, no pueden ser conceptualmente equiparadas en términos absolutos. En tanto el resultado se vincula como la alteración perceptible en el mundo externo, que opera sobre un objeto material, el desvalor de resultado se presenta como una lesión o puesta en peligro objetiva del bien jurídico protegido en un tipo legal. El resultado externo es solo perceptible en un cierto núcleo de tipos de delito, cuya característica básica reside en la irrogación de aquel para poder llegar a consumarse éstos, de no pertenecer al tipo, determinados elementos subjetivos que anticipen a un momento anterior el grado consumativo.

En los delitos de peligro, en los que el aseguramiento del bien se establece legalmente frente a la puesta en peligro el respectivo objeto tutelado, la consumación típica y por tanto el desencadenamiento del resultado eterno de la conducta, coincide con el contenido material del injusto determinado por la puesta en peligro del objeto jurídico. En el ámbito de los delitos de peligro, la relación entre el resultado y desvalor de resultado se concreta, precisamente en la posibilidad objetiva de peligro para el bien respectivo y calificada como probable..

Se hace preciso entonces sostener una diferenciación dogmática de los conceptos de resultado –como momento de unidimensional realización material externa– y de desvalor de resultado, en cuanto a elemento fundador del juicio de antijuridicidad por lesión o puesta en

⁶³² MORALES PRATS / GARCÍA ALBERO, “*Delitos contra la libertad sexual*”, en QUINTERO OLIVARES y Otros, “Comentarios a la Parte especial del Derecho penal”, Ed. Pamplona 1995, p. 229.

⁶³³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*El Derecho penal frente al sexo*”, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1981, p. 239, en BUOMPADRE, Jorge, “*Tratado de Derecho penal, Parte especial*”, t. I, 3ª. ed., Ed. Astrea, Bs. As., p. 371.

peligro, o por la probabilidad de lesión o puesta en peligro objetivas, de los tipos legales en donde se protegen determinados bienes jurídicos.

La acción como elemento sustantivo del concepto de delito constituye la externa forma de manifestarse la voluntad delictiva en el círculo de una descripción de conductas punibles. La producción de un resultado exterior aparece exigida en una serie de tipos de delito cuyo comportamiento típico se concreta en una manifestación de voluntad y una alteración constatable en el mundo externo: delitos de resultado. Mientras que en otros supuestos delictivos la acción se substancia en su totalidad en la pura manifestación exterior de la voluntad, sin correlativa exigencia de resultado perceptible sensorialmente en el mundo externo: así, en los delitos de mera actividad.

El desvalor de lesión o resultado debe ser considerado como una categoría dogmática que no se halla de modo exclusivo referida al proceso causal propio de determinados tipos de delitos, sino que es configurada en el sentido jurídico de la incidencia objetiva sobre el bien penalmente tutelado, tanto en el plano de los delitos de actividad como de resultado. De este modo se conecta el desvalor de resultado con la producción de lesión o la creación de un estado situacional de peligro de los objetos de tutela de los diversos tipos de delitos⁶³⁴.

En los delitos contra la libertad sexual e indemnidades sexuales, que estamos analizando, tanto en el tipo de corrupción de menores, como en la mayor parte de las figuras de pornografía infantil, si bien son delitos pluriofensivos, porque atacan varios bienes jurídicos a la vez, es importante destacar que en su mayoría son delitos formales, de mera actividad, de tendencia, que generan un peligro de lesión, entendido como menoscabo o amenaza a la integridad del bien jurídico protegido.

Interesa poner de resalto que el terreno de lo punible comienza con la aparición del peligro, momento a partir del cual se considera afectado el bien jurídico como para permitir la intervención penal.

⁶³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *“El injusto típico en la teoría del delito”*, ob. cit., p. 604.

En la categoría de delitos que nos ocupa, el desvalor de lesión o de resultado, es muy grave por cuanto los sujetos pasivos son menores y personas con incapacidad que requieren de una protección especial.

Nadie más vulnerable en la sociedad que los menores, y los incapaces. Los primeros por cuanto debido a su edad se encuentran en un proceso de formación y desarrollo de su personalidad psicosexual que no se debe ver afectada en ningún momento y por ninguna circunstancia. Por cuanto ante la menor lesión que puedan padecer en su indemnidad sexual, dignidad, libertad sexual, formación psicosexual, ello no hará más que marcarlos para toda la vida con un desarrollo patológico en su esfera psicosexual.

D. Libertad sexual

Tal como manifestábamos algunos autores consideran a la libertad sexual como el bien jurídico previsto por el Título VIII, independientemente de la minoría de edad y de la incapacidad, conformando el sector más tradicional. Y sus fundamentos son los mismos que se expusieron en la reforma de 1989.

¿Qué debemos entender entonces por libertad sexual? Manifiesta DIEZ RIPOLLÉS⁶³⁵ que “con este término se quiere asegurar que los comportamientos sexuales se produzcan en condiciones de libertad individual de los partícipes, o se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad”, en tanto ORTS BERENGUER⁶³⁶ estima que es la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento, y por la de utilizar servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan las de escoger un compañero con su consentimiento por descontento y rechazar proposiciones no deseadas y con más motivo la de repeler eventuales ataques.

⁶³⁵ Ver DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*El objeto de protección en el nuevo Derecho penal sexual*”, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, núm. 1999, 2000, p. 51.

⁶³⁶ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*” (i), en VIVES ANTÓN y Otros, “Derecho penal, Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 230.

En el planteamiento doctrinal⁶³⁷ se ha venido analizando la libertad sexual desde una triple perspectiva:

a) dinámica positiva; que hace referencia a la facultad del individuo de ejercer o de disponer libremente de su sexualidad, sea en sus formas como con las personas con quienes desea mantener la relación sexual o consigo mismo;

b) estática negativa: que se concreta en el derecho a rechazar o repeler la relación sexual que no se desea soportar⁶³⁸. En estos casos el individuo se reserva el derecho de tener relaciones sexuales con quien más le plazca.

c) mixta o integradora compuesta por elementos conceptuales de ambos criterios ya que se entiende que los elementos que caracterizan a las dos categorías previas no se excluyen sino que se complementan entre sí.

Con respecto a la perspectiva de la dinámica positiva, el principal inconveniente es que difícilmente se pueda proteger la libertad de los menores o incapaces si no la pueden ejercer efectivamente, ya sea porque carecen de presupuestos cognitivos o volitivos para ello, o porque aun poseyéndolos todavía no los tienen jurídicamente reconocidos.

GONZÁLEZ RUS⁶³⁹ realiza una crítica a este bien jurídico con respecto a su aplicabilidad en el caso de menores, por cuanto según el autor existe presunción iure et de iure, de falta de madurez psíquica para comprender y valorar y, en consecuencia poder actuar en el campo de las relaciones sexuales, por ello no pueden ser titulares de libertad sexual.

⁶³⁷ ARROYO ZAPATERO y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE hablan de estos dos aspectos de la libertad sexual, como bien jurídico protegido. Por un lado, un aspecto dinámico-positivo que se concreta en el libre ejercicio de la sexualidad sin más limitaciones que las que derivan del respeto hacia la libertad ajena. Por otro, una vertiente negativa, concretada en el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, con mayor motivo, a repeler las agresiones sexuales de terceros. Ver ARROYO ZAPATERO, Luis, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Comentarios al Código penal”, Madrid, 2007, pág. 429. En el mismo sentido se expresa CARMONA SALGADO, Concha, “Delitos contra la libertad sexual” (I), en COBO DEL ROSAL, Manuel, “Curso de Derecho penal español. Parte especial”, Madrid, 1995, pág. 303. Ver, más recientemente, CARMONA SALGADO, Concha, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (I), en COBO DEL ROSAL, “Derecho penal español, Parte general”, Madrid, 2004, pág. 224.

⁶³⁸ Para FONTÁN CARUSO, esta perspectiva sería la denominada indemnidad sexual. Ver FONTÁN CARUSO, M., “Nuevas perspectivas...”, ob. cit., págs. 157 y ss.

⁶³⁹ GONZÁLEZ RUS, Juan José, “La violación...”, ob. cit., p. 692.

SÁNCHEZ TOMÁS parte de la concepción de que el menor o incapaz posee de inicio o por propia naturaleza capacidad para decidir si mantiene una relación sexual o consiente que un adulto le filme desarrollando comportamientos sexuales o pornográficos. Este planteamiento es innegable pues está fundado en la propia esencia de la libertad del sujeto. Sin embargo, existe un interés ajeno al individuo por parte del estado de protección sobre su correcta formación, más si cabe en unos momentos en los que el menor o incapaz todavía no ostenta una verdadera valoración o madurez que le permita actuar de forma consciente, para que en el futuro pueda desarrollarse libremente en esfera sexual, sin injerencias o condicionamientos externos que hayan influido en su período de formación. Este es el motivo por el cual el estado limita o restringe su capacidad de consentir legalmente en materia sexual: “El consentimiento (del menor), aunque limitado por las circunstancias concurrentes, es válido a los efectos del ejercicio de la libertad sexual, pero por ese propio carácter limitado el estado se verá obligado a articular todo un elenco de precauciones para evitar que sean objeto de abuso que interfiera en el proceso de formación de voluntad para el ejercicio de los mismos⁶⁴⁰”.

Ahora bien, cuando se trata de menores de edad, los límites y alcances de la libertad sexual resultan controvertidos. En relación al artículo 189.1.a), se ha afirmado que, aun con consentimiento no viciado o no condicionado, nunca existen condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad de los menores de edad⁶⁴¹. El consentimiento de los menores es absolutamente irrelevante “para tomar parte en acciones o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, el sujeto activo que obra dolosamente, actúa con desprecio de una voluntad favorable que sabe inválida en las circunstancias típicas, comprometiendo el ejercicio de la sexualidad del menor o incapaz al involucrarle en la práctica del exhibicionismo o la pornografía⁶⁴²”.

⁶⁴⁰ SÁNCHEZ TOMÁS, José Manuel, “*Los abusos sexuales en el Código penal de 1995: en especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental*”, en “Cuadernos de Política Criminal”, n° 61, Madrid, 1997, p 112.

⁶⁴¹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Artículo 189...*”, ob. cit., pág. 524. Entre quienes comparten el criterio de que la libertad sexual es el bien jurídico protegido se han pronunciado Díez Ripollés, Morales Prats, García Albero, Boixreig, Maqueda Abreu, Orts Berenguer, Soler, Creus, Buompadre y Donna.

⁶⁴² En relación a los menores de edad, Morales Prats y García Albero plantean que la orientación teleológica de los tipos penales analizados se dirige a castigar conductas que obstaculicen la libre opción sexual; con respecto a los menores que todavía carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual, los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, preservándolos de lastres y traumas

Nuestra postura

No pocas discusiones han tenido lugar en cuanto a la conveniencia de recurrir a la herramienta punitiva, respecto de esta materia, sobre todo si aquello puede llegar a significar la promoción de un determinado orden moral sexual o una indebida intervención en ámbitos propios de la intimidad de una persona⁶⁴³. Lo anterior no quiere significar que el Derecho penal deba permanecer ajeno, o no tomar en consideración ciertos elementos valorativo-culturales, que primen en la sociedad, lo que resulta intolerable, es el empleo de la pena para perfeccionar moralmente a los individuos. Justamente, la precisión de cuál es el bien jurídico protegido, permite establecer ciertas orientaciones al legislador respecto de lo que debe constituir el Derecho penal sexual⁶⁴⁴.

Generalmente, existe cierto consenso en centrar el objeto de protección respecto de los delitos sexuales dentro de la esfera de la libertad personal, en cuanto al ejercicio de la autodeterminación de las facultades sexuales⁶⁴⁵. Ahora bien, lo anterior en el entendido de que se está hablando de la libertad sexual apreciada desde dos perspectivas, a saber, la no involucración de la persona en contextos sexuales no queridos –libertad sexual negativa–, y la de ejercer su autodeterminación sexual como mejor le parezca, es decir, optar por emplear su

impuestos por terceros. Véase MORALES PRATS, Fermín, GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Delitos contra la libertad...*”, ob. cit., p.926.

⁶⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*El Derecho penal ante el sexo*”, Barcelona, 1981, pp. 70 y ss., para quien la regulación jurídico-penal de la conducta sexual debe construirse sobre cuatro pilares fundamentales, a saber, sociedad pluralista, tolerancia, autorrealización personal, y responsabilidad y capacidad de decisión del adulto; MOLINA CANTILLANA, “*Delitos de pornografía infantil*”, Santiago, 2008, p. 49; BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “*Problemas básicos de los delitos sexuales*”, en “*Revista de Derecho*”, Universidad Austral de Chile, número especial, agosto 1997, pp. 73 y ss.; ETCHEBERRY, “*Derecho penal, Parte especial*”, t. IV, 3ª ed., Santiago, 1998, pp. 45 y ss.; GARRIDO MONTT, “*Derecho penal, Parte especial*”, 3ª ed., t. III, Santiago, 2007, pp. 329 y ss.

⁶⁴⁴ La relación entre promoción de un orden moral y perfeccionamiento guarda estrecha vinculación con la discusión de si es legítima la intervención del Derecho penal, desde una perspectiva preventivo general positiva, para los efectos de la moralización colectiva. Para algunos, la prevención general va más allá de la intimidación, y es la de reafirmar y promocionar la moral de la sociedad. A mi modo de ver, el riesgo que se corre al estimar que el Derecho penal sí pretende una perfección moral a través de la cual haga posible la vigencia del orden social, es que éste puede llegar a adquirir fuertes rasgos intervencionistas en la esfera valorativa de las personas, amén de la instrumentalización que se puede hacer del delincuente. Planteado así, esto es, un Derecho penal de corte moralizante, se le estará dando la función de lograr, por medio de la coacción, la adhesión a determinados valores.

⁶⁴⁵ Cfr. MORALES PRATS, Fermín/ GARCÍA ALBERO, Ramón, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) / MORALES PRATS, Fermín (Coord.), “*Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*”, 5ª ed., Pamplona, 2005, pp. 283 y ss.; ETCHEBERRY, “*Derecho penal...*”, ob. cit., IV, pp. 45-47; en sentido crítico, RODRÍGUEZ COLLAO, “*Los delitos sexuales*”, Santiago, 2004, pp. 118 y ss.

cuerpo como desee –libertad sexual positiva–. En definitiva, tiene la capacidad de ejercer actualmente las facultades de autodeterminación sexual.

Asimismo, suele ser tradicional que respecto de los menores, al procurarse la preservación de las condiciones fundamentales que permitan a éstos ejercer en el futuro sus facultades sexuales, esto es, impidiéndoles la vivencia de experiencias que lo puedan afectar en su desarrollo sexual posterior, se afirme, como objeto de tutela, la libertad sexual potencial o indemnidad sexual. Es así que, tratándose de los menores, que carecen de la suficiente capacidad para decidir responsablemente sus alternativas sexuales, no podría hablarse, respecto de ellos, de que ejercen plenamente su libertad sexual, más bien resulta claro que lo que se pretende es tutelar su libertad futura⁶⁴⁶.

Ahora bien, cabe preguntarse si respecto de los menores que se ven involucrados en la producción de un material pornográfico es posible apreciar la concurrencia, además de la indemnidad o de la libertad sexual en su caso, de otros bienes jurídicos. En otras palabras, si partimos de la base de que al intervenir menores en ciertos actos de significación sexual lo que se pretende es evitar la práctica de determinadas actividades sexuales que pudieran erosionar su proceso de formación de su sexualidad, surge el interrogante de si en la producción, así como en los otros delitos comprendidos en la cadena de pornografía infantil, se tutelan además otros intereses jurídicos.

Sobre el punto, la doctrina ha señalado que estas figuras penales, comprendidas dentro de la referida cadena, tienen un carácter pluriofensivo. En efecto, se protege además de la indemnidad o la libertad sexual⁶⁴⁷, el derecho a la propia imagen del menor y su honra, toda vez

⁶⁴⁶ GARRIDO MONTT, “*Derecho penal...*”, ob. cit., t. III, pp. 332-334.

⁶⁴⁷ DE LA FUENTE JIMÉNEZ, “*Delitos de pornografía infantil*”, Santiago, 2008, p. 107, señala que cuando se produzca material pornográfico utilizando a menores de catorce años el bien jurídico será la indemnidad sexual, y respecto de los mayores de catorce pero menores de dieciocho años será la libertad sexual, pues en este último caso la ley les reconoce la capacidad de autodeterminarse sexualmente. Así lo destacan VERA AZÓCAR / SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, “*Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil*”, en “*Revista jurídica del Ministerio público*”, n° 49, 2011, p. 200, quienes señalan: “...parece plausible sostener que la utilización de menores de edad en la producción de material pornográfico infantil involucrará además, una tutela al derecho a la propia imagen y a su honor”. Además en el mismo artículo se cita una sentencia del Séptimo Tribunal Oral en lo penal de 12 de diciembre de 2007, RIT N° 214-2007 donde se afirma: “además se busca proteger la imagen y el honor del menor de edad en función de su desarrollo integral, a fin de evitar el peligro de verse expuestos a una divulgación de ese material lo que naturalmente vulneraría aquello”.

que la actividad productiva, la captación gráfica de su imagen, puede suponer un riesgo de divulgación o difusión⁶⁴⁸.

Bien podemos advertir con base en lo dicho hasta aquí, asumiendo buena parte de la doctrina expuesta, que el menor o incapaz carece de libertad sexual desde la perspectiva jurídica como imposición legal, por lo que no cabe concluir que sea la libertad sexual el bien jurídico protegido en el delito de pornografía infantil, pues carece de ella por imperativo legal⁶⁴⁹, sino la indemnidad e intangibilidad sexuales, a fin de proteger su normal desarrollo psicosexual. O sea, el menor tiene la libertad total por el simple hecho de ser persona, el tema es que con esa libertad debe poder desarrollar su sexualidad gradualmente, y en forma que no se vea precozmente estimulada ni distorsionada, circunstancia esta que afectaría su norma desarrollo psicosexual.

Precedentemente, se destacó que en los delitos aquí analizados puede verse afectada, ya sea la indemnidad o libertad sexual del menor, atendiendo la edad del sujeto involucrado en la producción. Pues bien, de lo anterior se pueden desprender una serie de elementos de juicio que permiten precisar aún más la figura en comento. Si bien es cierto que el artículo 366 quinquies del Código penal⁶⁵⁰ habla de menores, comprendiendo a quienes tengan menos de dieciocho años, la misma ley establece ciertas distinciones al régimen etario, en cuanto a su tratamiento tuitivo. En efecto, tratándose de los menores de catorce años se dispone la irrelevancia de su consentimiento para realizar o intervenir en actividades de significación sexual. En otras palabras, todo acto de naturaleza sexual en el que interviene un menor de catorce años es siempre delito. En estos casos se protege su indemnidad sexual, tal como se explica supra. Empero, tratándose de los menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis, la propia ley les reconoce cierta autonomía en materia sexual, es decir, pueden bajo determinadas circunstancias así, por ejemplo, que no concurran algunos de los supuestos propios del delito de

⁶⁴⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 179; MOLINA CANTILLANA, “*Delitos de pornografía...*”, ob. cit., p. 83; DE LA FUENTE JIMÉNEZ, “*Delitos de pornografía...*”, ob. cit., pp. 60-62; VERA AZÓCAR / SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, “*Aproximaciones...*”, ob. cit. p. 201.

⁶⁴⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D., ob. cit., pág. 160.

⁶⁵⁰ Art. 366 quinquies: “El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo”.

estupro decidir libremente la realización de cualquier acto de significación sexual con adultos. Valorado en los términos expuestos, el propio ordenamiento jurídico está reconociendo que estos menores, sí tienen pleno conocimiento acerca del alcance de sus actos y por tanto, lo que puede llegar a significar el ejercicio anticipado de su sexualidad, es decir, antes de alcanzar su mayoría de edad. Lo expuesto, pone en evidencia una evidente contradicción del sistema punitivo en materia de delitos sexuales.

Por un lado, el menor de dieciocho años puede ejercer su libertad y tener relaciones sexuales con adultos, sin embargo, carece de autonomía para decidir su intervención en la elaboración de un material pornográfico. En otras palabras, el mismo acto sexual con un adulto si es realizado en privado, carece de relevancia penal, pero si ese mismo acto es captado gráficamente o grabado, sería punible.

Frente a este particular tratamiento punitivo, la única interpretación válida que permita brindar una respuesta coherente y superar tal evidente contradicción, viene dada a la luz del bien jurídico protegido. En lo que respecta a la realización de actos de significación sexual, en la medida que hayan sido consentidos no adquieren relevancia penal, esto es, son atípicos, pues no se ha vulnerado bien jurídico alguno. Empero, desde el momento que estos mismos actos son captados o grabados, surgen otros bienes jurídicos o derecho a la propia imagen del menor, intimidad y honra, etc. En consecuencia, podría verse afectada la formación sexual del menor, lesionando sus intereses, si éste queda expuesto a la injerencia de terceros, al poder visualizar el material.

E. Indemnidad o intangibilidad sexual

La intangibilidad sexual se fundamenta en la especial protección que la ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual, por encontrarse en determinadas circunstancias especiales se hallan más desamparados que el resto de la comunidad. Es decir, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. Es el bien jurídico protegido, como modalidad específica del valor libre autodeterminación de conducta sexual cuando la víctima o sujeto pasivo es un menor o incapaz.

El término indemnidad se define como “aquel estado o situación del que está libre de daño o perjuicio”. Se ha sostenido⁶⁵¹ que es “el derecho a no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto al bienestar psíquico y al normal y adecuado proceso sexual de los menores”. Se hace referencia⁶⁵² a la indemnidad sexual como “el proceso de formación en el caso de los menores, en la educación sexual, como parte del más amplio proceso formativo y educativo ya no sólo del niño, sino del adolescente y en general del joven a fin de que no se vea menoscabado, roto, por ataques especialmente graves, en muchos casos, irreversiblemente traumáticos, que dentro del mencionado proceso psicobiológico vienen a suponer intolerables atentados contra la dignidad y la integridad física y psíquica del menor⁶⁵³”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en excluir como objeto de protección la libertad sexual, debido a que cuando se trata de un menor de edad el sujeto no se encuentra en condiciones de ejercer su libertad sexual, al no disponer de capacidad suficiente para conocer y comprender el significado de las relaciones sexuales, prefiriéndose hablar en estos casos de indemnidad o intangibilidad sexual.

La Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril reconoce la existencia junto a la libertad sexual, de un segundo bien jurídico necesitado de protección penal, en concreto, la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces. Para perfilar su sentido se afirma que éstos carecen de la necesaria formación para que su voluntad pueda ser considerada fruto del ejercicio de su libertad, y no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos⁶⁵⁴. Y es que en este tipo de delincuencia los bienes jurídicos en juego no se reducen a la libertad sexual sino que se incardinan con la dignidad de la persona y los derechos inherentes a la misma.

Sostiene GARCÍA VALDÉS que a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido se viene refiriendo el Tribunal Supremo, especialmente al estudiar el delito de corrupción de

⁶⁵¹ CARMONA SALGADO, Concha, “Los delitos contra la libertad sexual” (II), en COBO DEL ROSAL, M., “Compendio de Derecho penal, Parte especial”, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 290.

⁶⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto...”, ob. cit., pág. 232.

⁶⁵³ PARRA GONZÁLEZ, Ana, “El delito de pornografía infantil en le red...” ob. cit., p.271.

⁶⁵⁴ Véase COBO DEL ROSAL, Manuel, QUINTANAR DIEZ, M., “De los delitos...”, ob. cit., pág. 691.

menores, desde hace más de una década. Así ha manifestado que “la libertad sexual exige la voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo, condición inexistente o deficiente en los menores y en los privados de razón o de sentido, sin embargo no puede negárseles el derecho a estar protegidos en su intangibilidad e indemnidad sexual y a exigir seguridad para su futura libertad sexual, derecho que reclama una exquisita salvaguarda, porque estos sujetos están más expuestos a la captación y a la influencia por no ser capaces de generar inhibiciones para prevenir y defenderse frente a los ataques abiertos o insidiosos para su facultad de autodeterminación sexual. En este sentido la Convención 20, de 20 de noviembre de 1989, (Convención sobre los Derechos del niño), obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas para proteger a los niños contra toda forma de abuso físico o mental, incluso el abuso sexual, y a protegerlos contra todas la formas de explotación y abusos sexuales” (STS Sala, 2da. de 8 de Febrero de 1995)⁶⁵⁵.

Actualmente, en los medios culturales y académicos de opinión, existe una especie de consenso no escrito sobre la intangibilidad o indemnidad que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a los menores. Mas que la libertad del menor o incapaz, se pretende proteger su libertad futura o mejor dicho la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso de la persona con incapacidad necesitada de protección especial, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales. De allí la importancia y vigencia de su reconocimiento en el orden jurídico. Con el criterio de la libertad sexual, a lo más que podría llegarse es a prohibir el ejercicio de violencia o intimidación con estas personas, con el fin de realizar actos sexuales: por lo que la situación de menores e incapaces no puede reducirse a delitos que vulneren la libertad sexual. Esto es, en definitiva, lo que ha venido a reconocer la nueva rubrica del Título VIII, al incluir la referencia a la indemnidad sexual, en pie de igualdad con la libertad sexual.

Se ha rechazado⁶⁵⁶ el concepto de indemnidad sexual como específico objeto de tutela de menores e incapaces, al sostener que los autores que propugnan esta teoría olvidan que el

⁶⁵⁵ GARCÍA VALDÉS, Carlos, ob. cit., p. 415.

⁶⁵⁶ Ver DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*El objeto de protección...*”, ob. cit., pág. 70.

Derecho penal protege intereses sociales y no meros derechos subjetivos, por lo que propugna la libertad sexual como objeto de protección. A pesar de pronunciarse por la genérica “libertad sexual” como bien jurídico protegido por los delitos sexuales, el autor acepta posteriormente que dicha libertad sexual se protege exclusivamente, en la medida en que se involucra a una persona en un comportamiento sexual no deseado. De esta forma llega a la conclusión de que la introducción del término “indemnidad sexual” resulta innecesaria y superflua.

Buena parte de la jurisprudencia conviene en que el objeto tutelable no es tanto la libertad sexual, como su derecho a un normal y libre desarrollo de la personalidad, bien constitucionalmente tutelado, especialmente en su vertiente psíquica que comprende el descubrimiento espontáneo de la sexualidad, sin intromisiones de adultos, ni experiencias traumáticas con potenciales efectos dañinos sobre su bienestar psíquico y que pueden condicionar negativamente su vida futura⁶⁵⁷. Es decir, el derecho de esas personas a estar exentas de cualquier daño de orden sexual para que su desarrollo no se vea perturbado por la iniciación en prácticas sexuales inadecuadas o impropias de su edad⁶⁵⁸.

Sin embargo, se plantea que el término de indemnidad sexual resulta demasiado genérico y vago como bien jurídico, con ella sólo se alude a la ausencia de todo daño sexual en relación con menores de edad e incapaces, lo cual está abierto a distintas posibilidades interpretativas, en particular las de corte estrictamente moralista⁶⁵⁹.

Uno de los principales cuestionamientos que han realizado en torno a este bien jurídico es que el legislador no definió con precisión el término “indemnidad sexual”. Algunos autores plantean que la intangibilidad es una forma de libertad sexual. En esta línea, se toma partida por la libertad sexual en su vertiente negativa, como el bien jurídico protegido en el Título VIII. Para la autora, sería acertado denominar a este bien protegido indemnidad sexual, entendida

⁶⁵⁷ Ver las Sentencia del Tribunal Supremo 19.6.1990, 20.5.1991; STS 20.5.1993; STS 9.12.1999 (Ref. Iustel: §215615); STS 21.12.1995 (Ref. Iustel: §215473); STS 18.6.1983 ; STS 22.9.1993 ; STS 8.2.1995; STS 14.12.1991. Cfr. PARRA GONZÁLEZ, Ana, ob. cit., pp. 264 y ss.

⁶⁵⁸ ARROLLO ZAPATERO, Luis, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y Otros, “*Comentarios al Código penal*”, Madrid, 2004, pág. 457.

⁶⁵⁹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Artículo 189...*”, ob. cit., pág. 526.

esta última como el derecho de todos los individuos a no ser obligados a soportar sobre su propio cuerpo o realizar sobre el cuerpo de terceras personas conductas de contenido sexual.

Un elemento común en la mayoría de los autores que se refieren a la indemnidad sexual es que lo asocian a los menores e incapaces. Sin embargo, se plantea que la indemnidad sexual no es un bien jurídico exclusivo para los menores e incapaces, puesto que "...el estar exento de daño no es un derecho que corresponde exclusivamente a menores e incapaces, sino a todos los individuos con independencia de las características volitivas personales".

La protección del normal desenvolvimiento de la sexualidad en los menores, al que alude parte de la doctrina, no es más que una consecuencia de la prohibición de interferir en la esfera sexual de terceros sin un consentimiento válidamente prestado". En su opinión el concepto de indemnidad sexual se integra dentro del término "libertad sexual", como su aspecto negativo, frente al positivo, que queda configurado como la posibilidad de autodeterminarse sexualmente.

Un importante sector de la doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia señalan a la indemnidad sexual como bien jurídico tutelado en los delitos sexuales relacionados con menores e incapaces, considerando que, efectivamente reúnen las condiciones que les inhabilitan o incapacitan para ejercer la libertad sexual⁶⁶⁰. Si bien se identifica la corrupción de menores en sentido estricto únicamente con la conducta el art. 189.4 CP, (actual 183 bis), lo cierto es que las conductas específicamente relativas a la pornografía infantil (art. 189, 1, 2, 3, 4, 5,) también pueden ser entendidas como corrupción de menores en sentido amplio. En estos casos de corrupción a diferencia de otros delitos sexuales en los que el autor menoscaba la libertad sexual del menor (como la agresión sexual), suele entenderse que el bien jurídico

⁶⁶⁰ Así, GONZÁLEZ RUS, CONTIERI, CARMONA SALGADO, AROCENA, RODRÍGUEZ RAMOS, entre otros. La indemnidad sexual como bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil es respaldada, entre muchos otros autores, por GONZÁLEZ RUS, Juan José, "*Los delitos...*", ob. cit. págs. 324 y 356; CARMONA SALGADO, Concha, "*Delitos contra la libertad sexual*" (II), ob. cit., pág. 290; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "*Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*", en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, COBOS GÓMEZ de LINARES, M.A., SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., "*Derecho penal. Parte especial*" I, Madrid, 1998, pág. 160; VARGAS CABRERA, B., "*Prostitución y corrupción de menores*", en "Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales", tomo III, Madrid, 2000, pág. 321.

tutelado es propiamente la indemnidad sexual del menor (es decir la indemnidad de su personalidad sexual); si bien se invocan además en el contexto de la pornografía otros bienes concurrentes o complementarios, tales como el “derecho la imagen” o incluso la “dignidad” del menor como persona⁶⁶¹. A pesar del álgido debate alrededor de todas las modalidades típicas del artículo 189, existe prácticamente un consenso en relación a que en la elaboración de *pornografía infantil* el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual del menor⁶⁶². En los supuestos de elaboración o creación del material pornográfico es evidente que esos bienes jurídicos de naturaleza individual de los que es portador el menor son los que resultan o pueden resultar realmente menoscabados en la medida en que dicho menor es utilización directamente en la escena pornográfica o exhibicionista.

En el tráfico de la pornografía infantil⁶⁶³ es distinto (incluyendo ciertos supuestos de producción, que tienen lugar con posterioridad a la utilización del menor), pues la lesión contra los bienes y derechos del menor se encuentra plenamente consumada⁶⁶⁴, e incluso podría no haber tenido lugar, en el caso de menores que cuelgan en la red, relaciones sexuales lícitas mantenidas entre ellos o de sí mismos en actitudes o conductas representativas de provocación sexual, también la imagen pudo ser captada en forma subrepticia o clandestina pro un tercero, con lo cual podríamos estar frente a un delito contra la intimidad (art. 197 CP).

Así pues, la difusión de dicho material no añade nada a la supuesta lesión pretérita del bien jurídico, no la intensifica, y menos aún si ésta no existió por tener la producción del material un origen lícito. El hecho de que la escena pornográfica quede reflejada en el material correspondiente (película, fotograma), sirve sólo, en su caso, para probar la existencia de una

⁶⁶¹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Pornografía infantil...*”, ob. cit., p. 24.

⁶⁶² MARTÍN LORENZO, M., “*Libertad e indemnidad...*”, ob. cit., pág. 120.

⁶⁶³ Ídem nota 613.

⁶⁶⁴ En contra GUTIERREZ DAVID, María, “*Pornografía infantil en Internet. Exégesis del art. 189 con relación al art. 30 del CP de 1995*”, disponible en Internet en la web Delitosinformáticos. com,

<http://www.delitosinformáticos.com/delitos/pornografíainfantil>”; REDONDO HERMIDA, Álvaro, “*El delito de difusión de pornografía infantil en Internet*”, Diario La Ley, N°6591,15-11-2006, D-245. p 1567 y ss.; GARCÍA VALDÉS, Carlos, “*Acerca del delito de pornografía infantil*”, en Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 414; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Pornografía...*”, ob. cit., p. 25.

lesión previa de la libertad sexual o de la indemnidad sexual del menor, y a lo sumo la perpetúa en el tiempo pero no la modifica. No las condiciones de libertad para el ejercicio de la su sexualidad, ni por parte del menor en el presente o en el futuro, ni las relativas al desarrollo de su personalidad sexual se alteran en la mayor parte de los casos porque circulen muchas veces con desconocimiento o ignorancia del menor, materiales pornográficos en los que quede reflejada su participación sexual. Por ello, una parte de la doctrina considera que con el tráfico de pornografía infantil no se lesionan bienes jurídicos individuales, sino acaso un interés colectivo social que trataría de conjurar el peligro, de que al existir un mercado que ofrece y demanda ese producto, se repitan en el futuro abusos o actos de explotación contra menores que sirvan a la elaboración de nuevo material pornográfico. Sin embargo esta posición olvida que al quedar fijada la imagen del menor en el soporte de que se trate la difusión de la misma comportará un atentado contra el derecho al honor la intimidad y a la propia imagen que en un contexto pornográfico es indisponible para el menor (por tanto, su eventual consentimiento sobre el uso de su imagen es irrelevante y se estima como una intromisión ilegítima, *ex art. 4.3 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección al menor*).

Otra de las figuras legitimada desde la doctrina con el bien jurídico de la indemnidad sexual, es la *omisión de deberes* prevista el artículo 189.6 del CP. Al respecto se ha planteado que, en la omisión del deber de impedir el estado de corrupción o prostitución del menor o incapaz, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual (relativa), en tanto se trata de un tipo penal en donde se sanciona la conducta omisiva llevada a cabo por el titular de la relación legal del menor a quien, entre los distintos deberes legales asignados, corresponde velar por la correcta formación del infante en el ámbito sexual, justificándose a través de la incriminación penal la inobservancia de semejante directriz⁶⁶⁵. En la misma línea, BOLDOVA PASAMAR plantea que en la conducta omisiva el bien jurídico protegido es también la indemnidad sexual de la personalidad, pues se trata de no impedir la continuación en el estado de prostitución o de corrupción de un menor de edad o incapaz⁶⁶⁶. La circunstancia de que esté corrompido no obsta a que se lo puede corromper todavía más aún.

⁶⁶⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *ob. cit.*, pág. 185.

⁶⁶⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Artículo 189...*”, *ob. cit.*, pág. 527.

En la jurisprudencia puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 866/2002, de 30 de noviembre [ARP 2002 849] en la que se estima que el bien jurídico protegido en el delito del artículo 189.1,a) viene referido por las necesidad de preservar la indemnidad sexual de los sujetos pasivos, que por su condición de menores o incapaces, deben ser objeto de una especial protección en el ordenamiento jurídico, en cuanto y esencialmente los menores que nos ocupan, dada su edad, no tiene capacidad para orientar el ejercicio de su propia sexualidad... la sociedad no puede consentir que se someta a unos niños de tan corta edad como son los fotografiados que nos ocupan a actos respecto de los cuales no tienen capacidad para consentir⁶⁶⁷.

Compartimos las apreciaciones de que la protección penal de los menores frente a acciones de contenido sexual no persigue convertirlos en una suerte de sujetos intangibles o inaccesibles a cualquier manifestación de la sexualidad. La indemnidad sexual de los menores no se justifica como un fin en sí mismo, sino en cuanto medio para asegurar las condiciones básicas para el desarrollo de la personalidad, que permita en el futuro la libertad de elección en materia sexual⁶⁶⁸.

Se ha destacado que no toda actividad o contacto sexual con menores o incapaces deriva en un perjuicio de índole sexual; es más, la ley no prohíbe en el tipo de la corrupción cualquier contacto sexual con menores o incapaces, sino sólo los que tengan la capacidad de perjudicarles, y no física o moralmente, sino en el ámbito de su personalidad⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Una nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo señala expresamente la indemnidad sexual como bien jurídico protegido. Sentencias 1494/2002, de 20 de septiembre [RJ 2002\8162]; 496/2002, de 20 de marzo [RJ 2002\4018]; 432/2002, de 8 de marzo [2002\3975]; 2343/2001, de 11 de diciembre [RJ 2002/1525]; 1030/2000, de 13 de junio, [RJ 2000\6305]; 144/1995, de 8 de febrero [RJ I '*95\712]; 1468/1993, de 18 de junio [RJ 1993\5197]. Tácitamente, Sentencias del Tribunal Supremo 1316/2002, de 10 de julio [2002\7450] y 492/2000, de 21 de marzo [RJ2000\2385].

⁶⁶⁸ TORRES FERNÁNDEZ, Elena, “*El nuevo delito de corrupción de menores*”, en “Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología” (RECPC 01-12),1999.

⁶⁶⁹ BOLDOVA PASAMAR, M., “*Artículo 189*”, ob. cit., pág. 526.

F. Intimidad

Se ha afirmado⁶⁷⁰ que la intimidad⁶⁷¹ es entendida como “el reducto más privado de la vida del individuo, esto es, como aquéllos extremos más personales de su propia vida y de su entorno familiar, cuyo conocimiento está restringido a los integrantes de la unidad familiar”⁶⁷². En la doctrina la referencia a la intimidad, siempre aparece conjuntamente con otros bienes jurídicos protegidos.

En esta línea, se señala⁶⁷³ señalan que, cuando se trata de delitos donde el sujeto pasivo sean los menores e incapaces, el legislador tiene la intención de proteger penalmente varios bienes jurídicos como son los adecuados procesos de formación y socialización de unos y otros, y su *intimidad*. La pornografía infantil, aunque no lesione bienes en el estricto terreno sexual, afecta a la dignidad, al derecho a la intimidad y a la propia imagen de ese menor⁶⁷⁴.

En la misma línea se estima⁶⁷⁵ que la intimidad ha sido reconocida como una de las vías para la legitimación de las figuras de la pornografía infantil, pues se pone a disposición de múltiples personas aspectos relativos a la imagen o intimidad sexual de los menores presentes en el material, sobre todo en las conductas de distribución, o incluso se ha apelado más genéricamente al ataque a la dignidad de los menores representados en los materiales.

Con referencia a la intimidad la Convención Americana de Derechos Humanos se indica el camino a seguir. Su art. 11, inc.2 dispone “que nadie puede ser objeto de injerencias

⁶⁷⁰ PARRA GONZÁLEZ, Ana, ob. cit., p. 276.

⁶⁷¹ En la Constitución Española, la intimidad está contemplada en su artículo 18; en él se hace referencia específica a la intimidad personal y familiar y la propia imagen (18.1), la inviolabilidad del domicilio (18.2), el secreto de las comunicaciones (18.3) y la limitación del uso de la informática (18.4).

⁶⁷² ESPÍN, E., “Los derechos de la esfera personal”, en LÓPEZ GUERRA, “Derecho constitucional”, vol. I, Valencia, 1994, págs. 208 y ss.

⁶⁷³ ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, “*Delitos informáticos y delitos comunes, cometidos a través de la informática*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

⁶⁷⁴ CABRERA MARTÍN, M., “*La pornografía...*”, loc. cit.

⁶⁷⁵ MARTÍN LORENZO, M., “*Libertad e indemnidad sexuales*”, en “Memento experto, Reforma penal 2010, Ley Orgánica 5/2010”, ORTIZ DE URBINA, G. (Coord.), Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...”

Consideramos que cuando circulan materiales con contenidos pornográficos en la red, siempre que la imagen o la voz puedan ser identificables- excluyendo la pornografía técnica- sería un atentado a la intimidad personal, a la esfera privada de la persona, los menores e incapaces en este caso⁶⁷⁶.

Se estima⁶⁷⁷ que, aun cuando el menor no sea inidentificable (por ej., la pornografía se elaboró en otro país), no deja de lesionarse con esa conducta los derechos concretos y universales de toda persona a su honor, a su intimidad y a su propia imagen, implicando su tráfico un riesgo de lesión en masa de esos derechos.

G. Dignidad

Si bien la dignidad suscita algunas dificultades por su indeterminación y vaguedad, si se parte de un parámetro sólido como la no instrumentalización, cosificación, envilecimiento o degradación del otro, y se describen cuidadosamente las conductas típicas- no es mayor que la que presentan otros bienes jurídicos ni es un obstáculo insuperable para considerar que la dignidad pueda ser un bien jurídico penal. Mediante la adecuada delimitación y concreción legislativa de los comportamientos típicos, el reconocimiento de la protección penal de la dignidad, con su contenido singular y distinto del de otros bienes jurídicos esenciales, viene a llenar un espacio y a hacer explícito lo que de todos modos está presente en la regulación, un espacio que se nutre de conductas heterogéneas que se han ido introduciendo progresivamente e las legislaciones modernas y de las que previsiblemente se seguirán introduciendo en el futuro.

La dignidad de la persona se erige hoy, como un principio político criminal limitador de las intervenciones del legislador. Ninguna ley o medida emanada del poder público puede estar

⁶⁷⁶ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección jurídica del menor, establece en su artículo 4.3 que se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

⁶⁷⁷ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, ob., cit., pp. 27 y sgts.

en contradicción con la dignidad de la persona. Se estima en el respeto a la dignidad de la persona humana un principio material de justicia de validez *a priori*, de manera que un derecho positivo que infrinja el citado principio “carecerá de fuerza obligatoria y dada su injusticia será preciso negarle el carácter de derecho”⁶⁷⁸.

El reconocimiento de que la dignidad es inherente a la persona humana y que de ella emanan los derechos fundamentales, unido a su consideración como principio material antepuesto a los citados derechos e inspirador de los valores reconocidos en la Constitución, ha llevado a sostener a un sector de la doctrina que al Derecho penal no le compete la protección directa de la dignidad, sino concreciones de la misma en la vida, integridad libertad, honor.

La protección de la dignidad estaría detrás de los tipos de delito que protegen bienes jurídicos fundamentales o incluso detrás de todo el Derecho penal, pero no sería susceptible de protección directa inmediata. Se afirma que la dignidad no es un bien jurídico, sino un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de todas las dimensiones físicas y espirituales de la persona humana”; “todo bien jurídico es reconducible finalmente a la dignidad de la persona”, pero la dignidad de la persona no puede ser un bien jurídico del que pueda deducirse el contenido de injusto específico de un determinado comportamiento punible”⁶⁷⁹. En el mismo sentido se señala que el concepto de dignidad personal es poco adecuado para caracterizar un bien jurídico⁶⁸⁰.

Cabría entonces entender que (con independencia de su consideración como principio material de justicia o como valor supremo que fundamenta e informa todos los derechos de la persona según reiterada jurisprudencia del TS), la dignidad, como es por lo general aceptado, es algo distinto a la suma de los derechos esenciales que de ella emanan y en los que se concreta, y que en cuanto a tal es susceptible de ser protegida en forma directa, inmediata por el Derecho penal.

⁶⁷⁸ CERREZO MIR, José, “*Curso de Derecho penal español. Parte general*”, t. I, 6ta. ed., Tecnos, Madrid, 2004.

⁶⁷⁹ GRACIA MARTIN, Luis, “*El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995*”, en “*Actualidad penal*”, 1996, pp. 581 y sgts.

⁶⁸⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*”, en “*Estudios de Derecho judicial*”, 21, 1999, p. 242 y “*Comentarios al Código penal, Parte especial*”, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 242.

De este modo, la dignidad no se agotaría en la protección a la vida, la integridad física, la libertad el honor, la intimidad y otros derechos esenciales de la persona, pues siempre quedaría un remanente, lo específicamente humano que podría ser menoscabado con independencia de que se atente contra la vida, el honor, intimidad, etc.⁶⁸¹.

Desde otro lado, se sostiene que la dignidad puede ser lesionada a través de o en conexión con la agresión de los concretos derechos fundamentales, y afirma que no toda lesión de los mismos implica necesariamente la lesión a la dignidad. De donde se deriva que la dignidad es algo que está detrás e informa a estos derechos, pero “algo” distinto, ese remanente que paradójicamente constituiría la esencia misma de la persona, podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación , instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona.

El Tribunal Constitucional español⁶⁸² identifica a la dignidad como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión respecto de la vida de los demás”.

Al respecto, se ha señalado⁶⁸³ que “el concepto de dignidad humana es difícil de definir por sus contornos poco precisos, así como por lo ambiguo de su contenido, que acoge en su seno aspectos del individuo dignos de protección tan variados como la libertad, la seguridad, la integridad, la salud, la idea de humanidad, el bienestar y demás implicaciones en el ámbito supraindividual (...) La dignidad humana puede admitirse como bien jurídico protegido en determinados delitos, entre los que podría referenciarse la tortura y tratos inhumanos o degradantes, pero al abarcar demasiados aspectos genéricos quedan de lado aspectos particulares y específicos del objeto de protección del delito de pornografía infantil. Por ello

⁶⁸¹ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, en “Revista Penal”, disponible en internet, en uhu.es.

⁶⁸² STC53/1985, Fundamento Jurídico octavo.

⁶⁸³ BARQUIN SANZ, Jesús, “Los delitos de tortura y los tratos inhumanos o degradantes”, Edersa, Madrid, 1992, p. 230.

puede afirmarse que la dignidad de la persona se verá afectada de manera subsidiaria en la mayor parte de los ilícitos pornográficos.

H. La problemática de la Moral sexual colectiva

Un sector de la más arcaica doctrina conservadora al respecto ha apreciado como bien jurídico protegido la moral sexual colectiva⁶⁸⁴, entendida como “aquella parte del orden moral que limita, por razones éticas, las manifestaciones del instinto sexual contrarias a una pacífica convivencia dentro de una colectividad”, una suerte de orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas.

En sentido crítico, se ha negado⁶⁸⁵ el derecho de la sociedad a usar el Derecho penal para castigar todos los comportamientos considerados malos moralmente. Propone en su lugar un criterio más restrictivo que sólo permita criminalizar esos comportamientos cuando fehacientemente se demuestra la existencia de un daño, o una ofensa en sentido normativo (*harm as a wrong*), pues en ese caso se produce una violación a los derechos de otra persona. Objeta contra el uso indiscriminado del Derecho, en especial el penal, para interferir en la vida de las personas y en los asuntos sociales puesto es consciente de que “aun en el supuesto de que la inmoralidad privada produjese alguno de los daños que se han alegado, tales daños serán siempre inferiores a los que produciría la irrupción compulsiva del Derecho en la vida humana”.

La doctrina penal mayoritaria ha rechazado un tal pretendido objeto jurídico-penalmente tutelable, aun refiriéndolo a casos de posesión simple de material pornográfico infantil, en relación con el art. 189 del Código Penal, que puede llegar a adquirir un especial protagonismo, centrándolo principalmente en los preceptos del 189.2 y 4 de la LO 5/2010.

En la reforma de la LO 1/2015, la mentada figura pasa al art. 189.5 CP se pune la posesión de material pornográfico infantil para uso propio, debiendo hablar de la moral

⁶⁸⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José M^a., “Derecho penal español, Parte especial”, Dykinson, Madrid, 1983, p. 388.

⁶⁸⁵ HART, H.,L.,A., “Derecho, Libertad y Moralidad”, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Ed. Dykinson, 2006, pp. 33 y sgts.

colectiva como bien jurídico en este epígrafe- si es que verdaderamente se tutela alguno, pues en ello lo que se intenta imponer es una forma sexual concreta castigando una conducta, la posesión que no vulnera el bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil, ni otros directos o indirectos- siempre y cuando el material tenga un uso personal exclusivo pues el daño a la indemnidad personal del menor ya se ha producido.

I. Derecho al desarrollo, formación y educación sexual adecuados

Para el profesor POLAINO NAVARRETE, si bien el bien jurídico protegido con carácter general en el Título VIII es la libertad sexual, el de carácter específico –siempre que el sujeto pasivo sea un menor de edad o incapaz– es el derecho a una correcta formación, desarrollo, educación sexual y asistencia psíquica, libres de manipulaciones extrañas a sus intereses, y a un adecuado proceso de socialización. Sin perder de vista que también una formación insuficiente o represiva, o una incorrecta educación sexual y asistencia psíquica, acabarían impidiendo el adecuado desarrollo del menor o incapaz.

Al igual que sucedía con la dignidad de la persona el ámbito de aplicación de este bien jurídico es demasiado amplio y con ello cualquier delito que tenga como sujeto pasivo a un menor o incapaz estará forzado a proteger este bien. En consecuencia vuelve a surgir la figura de un objeto tutelable compartido por dos bienes jurídicos, motivado por la amplitud de la nomenclatura.

Si se acude a las tesis de los principales autores partidarios de acotar semejante opción se comprueba, a excepción de algunas posiciones singulares⁶⁸⁶, esa dualidad de bienes, por ejemplo, la dignidad y el adecuado proceso de formación de menores e incapaces, la intimidad y el proceso de formación adecuada⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ LATORRE Y RAMÓN GOMIS, “*De los delitos...*”, ob. cit., pp. 59 y ss.

⁶⁸⁷ FERNÁNDEZ MORILLAS, David, “*Análisis...*”, ob. cit., p. 170.

J. Referencia al art. 189 del CP

Un importante sector de la doctrina insiste en que la libertad sexual, o indemnidad sexual del menor es extensible a todos los preceptos de pornografía infantil⁶⁸⁸; sin embargo, otros impugnan ese postulado, analizando otros bienes jurídicos subyacentes⁶⁸⁹ que van desde

⁶⁸⁸ En esta línea, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Artículo 189...”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, y Otros, “Comentarios al Código penal, Parte especial”, tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 35 y sgts., ha mantenido que “en el caso de los menores de edad o incapaces existe una presunción legal irrefragable en el sentido de que nunca concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de éstos cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines exhibicionistas o pornográficos. Cuando la utilización sexual supone la captación del sujeto pasivo en soporte mecánico o técnico (informático, digital, etc.), como es el caso de la pornografía, al atentado contra la libertad sexual se acompaña un menoscabo del derecho a la propia imagen”. También en esta línea BEGUÉ LEZAUN considera que “es unánime el consenso doctrinal y jurisprudencial relativo a que los derechos e intereses que intentan ser tutelados mediante la punición de las conductas relativas a la genéricamente denominada pornografía infantil, esto es, el bien jurídico objeto de protección, es la libertad sexual de las víctimas, entendida ésta... como el adecuado desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo en su aspecto sexual en tanto que menor de edad o incapaz... Ello puede ser predicado, sin demasiado esfuerzo, de la totalidad de las conductas que, referidas a la pornografía infantil, se encuentran tipificadas en los números 1 y 2 del artículo 189 del Código, toda vez, aún cuando se incriminan conductas periféricas a la elaboración de material pornográfico tales como la tenencia preordenada a la distribución y la tenencia con fines de “autoconsumo”, siempre resultará preciso que, previamente, un menor de edad o incapaz haya sido sometido, para elaborar el material poseído, a conductas aptas para socavar el desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual”. Ver BEGUÉ LEZAUN, Juan José, “Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en “Revista del Ministerio Fiscal”, n.º 13, 2005, pp. 67-187.

⁶⁸⁹ Para MORALES PRATS, Fermín, ob. cit., pp. 175, 205, “el bien jurídico protegido en el art. 189 Código penal no puede cifrarse en la libertad o indemnidad sexual del menor”, “lo que se comprueba, básicamente, por la irrelevancia del consentimiento de los menores de dieciocho años que deciden intervenir en la producción de dicho material incluso sin mediar abuso de superioridad o engaño, cuando su consentimiento se estimaría válido para la práctica de relaciones sexuales sin mediar tales circunstancias”. Para este autor, el art. 189.1 a) “no tutela *prima facie* la libertad sexual del menor (el art. 189.1 a) será objeto del correspondiente concurso de delitos con los delitos de abuso sexual o agresión sexual, que se hubieren podido cometer sobre el menor que de manera efectiva y real es utilizado para la elaboración del material pornográfico, sino la dignidad del menor o su derecho a la propia imagen, conectado con la idea anglosajona de privacidad [derecho a no ser molestado o a la tranquilidad en la esfera privada, en la que el sujeto organizada de modo originario su libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior pone en evidencia cómo el objeto jurídico de tutela en este precepto no puede ser la libertad o la indemnidad del menor en la esfera sexual, de modo que la modificación en la rúbrica del Título VIII del Código penal, operada con la Reforma del Código penal 1999, en la que se ha añadido la referencia a la indemnidad sexual, no ha venido a ofrecer una referencia omnicompreensiva de los bienes jurídicos tutelados en este contexto del Código penal”.

el derecho a la propia imagen⁶⁹⁰, intimidad, la dignidad, la indemnidad sexual relativa, o la moral sexual relativa como un bien jurídico supraindividual.

La consideración de la dignidad de la persona como bien jurídico tutelado penalmente no está exenta de debate. El artículo 10 de la Constitución Española consagra la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 10 de diciembre de 1948 fue el primer texto internacional que hizo de la dignidad de la persona un auténtico fundamento. Se ha considerado que “la dignidad de la persona debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ Defienden ORTS BERENGUER, Enrique, y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “*Los delitos contra...*”, ob. cit., pág. 245, que “el bien jurídico lesionado en el art. 189.1 no es distinto de los demás delitos del título VIII, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad o un incapaz, con el añadido de la intimidad, sobre la que dichos sujetos no tienen plena disponibilidad, según se señala en el art. 4 LO 1/1996”.

En la misma línea, para ORTS BERENGUER, Enrique, y ROIG TORRES, Margarita, es clara la intención del legislador de proteger penalmente varios bienes jurídicos, cuya titularidad corresponde a menores de edad y a incapaces, cuales son los adecuados procesos de formación y socialización de unos y otros, y su intimidad. Ver ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, “*Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Para MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “*Análisis...*” ob. cit., p. 179, en relación con el 189.1 b) “es la intimidad del menor el objeto tutelable ... en tanto se procede a comercializar con una iconografía obtenida de manera ilegítima, conforme al art. 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor en tanto se utiliza su imagen de forma contraria a sus intereses, independientemente de que medie el consentimiento del infante o de sus representantes legales, debiendo rechazar la dignidad en virtud de ese ámbito de actuación demasiado genérico en beneficio de la primera como representación más acorde y específica de lo que el legislador ha pretendido proteger con la tipificación de esta conducta”. Por ello, para este autor, el que obtiene las imágenes y por tanto emplea al menor y posteriormente trafica con las imágenes, si no se ha valido de esa situación de clandestinidad en la obtención de la iconografía, un concurso de delitos entre las letras a) y b) del art. 189 por cuanto existen dos bienes jurídicos diferentes lesionados: la indemnidad sexual relativa y la intimidad del menor o incapaz.

⁶⁹¹ Las características de la dignidad esencial de una persona serían las siguientes: “en primer lugar, la dignidad del ser humano es cualitativamente superior a la del resto de seres del planeta; en segundo lugar, y en consecuencia con lo anterior, la dignidad humana no admite grados, por lo tanto todos los seres humanos, por el hecho de ser personas, son iguales en dignidad, no se puede considerar a nadie más digno que a otro, ni devaluar la dignidad de grupos de personas y considerarlos de inferior condición con respecto a los demás; en tercer lugar, el respeto a esta dignidad es el fundamento de todo Derecho positivo ya sea estatal o internacional, siendo necesario, pues, acomodar cualquier norma del ordenamiento jurídico a las exigencias de la dignidad de la persona; por último, la dignidad humana es irrenunciable, las personas no pueden disponer de ella y se conserva hasta el mismo momento de la muerte”. Ver MARCO, Joaquín J., en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord), “*Ciberacoso: La tutela penal de la intimidad, la Integridad y la Libertad sexual en internet*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 25 y sgts.

La doctrina norteamericana encuentra el bien jurídico protegido en la necesidad de proteger a las víctimas menores, que aún en el caso de los supuestos de incriminación de la mera posesión, se ven revictimizadas por quien utiliza el material obtenido para su satisfacción sexual, en violación de sus derechos.

Donde coincide la mayoría es en establecer bienes jurídicos diferentes entre el apartado a) y b) del artículo 189.1. C.P. En lo que nos ocupa, el inciso a) permanece inalterable ante la reforma de la LO1/2015:

Art. 189.1.a): “El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas”.

El bien jurídico protegido en esta figura (captación-utilización de menores para la producción de pornografía), será la libertad sexual y la indemnidad sexual. También podría proteger la propia imagen del menor afectado, y la dignidad de la infancia en general. Por lo tanto en el primer tipo el bien jurídico protegido los bienes jurídicos protegidos serían la libertad o la indemnidad sexual⁶⁹², en la medida en que el menor es utilizado directamente en la escena pornográfica o exhibicionista.

Respecto de la dignidad del menor, o su derecho a la propia imagen, se pronuncian a favor de su reconocimiento⁶⁹³ como bien jurídico protegido en este precepto, es decir, el

⁶⁹² La SAP Valladolid sec. 2ª 866/2002, de 30 de noviembre en este sentido considera que “el bien jurídico protegido en el delito del art. 189 núm. 1 letra a) viene referido a la necesidad de preservar la indemnidad sexual de los sujetos pasivos, que por su condición de menores o incapaces, deben ser objeto de una especial protección por el Ordenamiento Jurídico, en cuanto y esencialmente los menores que nos ocupan, dada su edad, no tienen capacidad para orientar el ejercicio de su propia sexualidad. La apreciación que hace la sociedad acerca del adecuado ejercicio de la sexualidad, rechaza la realización de actos envilecedores o degradantes, y no puede consentir que se someta a unos niños de tan corta edad como son los fotografiados que nos ocupan, a actos respecto a los cuales no tienen capacidad para consentir...”.

⁶⁹³ La libertad sexual no ha venido a ofrecer una referencia omnicomprensiva de los bienes jurídicos tutelados en la rúbrica del Título VIII del C P. Ver MORALES PRATS, Fermín., GARCÍA ALBERO, Ramón, “Artículo 189...”, ob. cit., pág. 352. ORTS BERENGUER, Enrique, ALONSO RIMO, A., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario, “Derecho penal sociedad y nuevas tecnologías”, Ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 51. El contenido de pornografía infantil, a través del medio de reproducción correspondiente, se perpetúa el atentado a la libertad

derecho a no ser molestado en la tranquilidad de la esfera privada, en la que el sujeto organiza de modo originario su libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, el objeto jurídico de tutela en este precepto no debe ser la libertad, o la indemnidad del menor en la esfera sexual, es así como, la referencia a la indemnidad sexual, no ha venido a ofrecer una referencia omnicompreensiva de los bienes jurídicos tutelados en la rúbrica del Título VIII del CP.

Desde otra perspectiva, también se comparte el criterio sobre que los comportamientos recogidos en este tipo puedan considerarse en alguna medida nocivos para la libertad sexual o los procesos de formación y socialización de menores e incapaces, toda vez que tienen lugar en un momento cronológico posterior a la consumación de la lesión a tales valores. En efecto, se señala: “para que fuera posible vincular el bien jurídico en estos casos, a contenidos de carácter sexual habría de entenderse que estamos ante un delito de peligro abstracto, cuyo contenido de injusto se cifraría en un extremo, muy remoto e indirecto respecto del objeto de tutela indicado, como es el riesgo que, ofertar (produciendo, vendiendo, distribuyendo, etc.) semejante clase de material comporta respecto del mantenimiento o incremento de la demanda del mismo, que a la postre, puede entenderse que acabará repercutiendo en la continuación de la participación de menores o incapaces en su elaboración, con la consiguiente lesión (en este caso ya, efectiva) que se derivará de este hecho para los aludidos bienes de aquéllos⁶⁹⁴ .

Se ha estimado en el 189.1,a) el punto de partida de la interpretación es la libertad sexual⁶⁹⁵. Sin embargo, como en la pornografía la utilización sexual del menor supone la captación de su imagen en soportes mecánicos o técnicos (informáticos, digitales) al atentado contra la libertad sexual se acompaña un menoscabo del derecho a la propia imagen. En el 189.1b) tanto en el tráfico como en la posesión con la intención de difundir el contenido de pornografía infantil, a través del medio de reproducción correspondiente, se perpetúa el

sexual del menor o incapaz que tuvo lugar con su participación en la escena pornográfica o en la acción exhibicionista.

⁶⁹⁴ ORTS BERENGUER, Enrique, ALONSO RIMO, A., “*La reforma de los delitos contra la libertad sexual*”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario, “*Derecho penal sociedad y nuevas tecnologías*”, Ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 51.

⁶⁹⁵ El bien jurídico es la libertad sexual, tanto si falta el consentimiento del sujeto pasivo, como si dicho consentimiento se encuentra viciado o se vincula a la obtención de una retribución económica, se distorsiona o está ausente un acto libre de la voluntad. Véase BOLDOVA PASAMAR, Migue Ángel, “*Artículo 189...*”, ob. cit., pág. 524.

atentado a la libertad sexual del menor o incapaz que tuvo lugar con su participación en la escena pornográfica o en la acción exhibicionista. Puesto que la pornografía implica el empleo de la imagen, el ataque contra el derecho a la propia imagen del menor de edad o incapaz aparece también como un aspecto inherente a las mismas⁶⁹⁶.

En el art. 189.1,a), los dos principales bienes jurídicos que pudieran entrar en cohesión son la indemnidad sexual relativa y la intimidad. Y de las siguientes formas: a) Cuando el sujeto pasivo sea consciente de que es objeto de la realización de la conducta típica el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual relativa, y b) Cuando de manera oculta sin que el menor advierta su participación en la filmación, el bien jurídico protegido debe ser la intimidad del sujeto pasivo por cuanto al no ser consciente de semejante situación no existirá afección a la indemnidad sexual relativa⁶⁹⁷.

Un dato importante de apuntar es la redacción literal del 189.1. a), que refiere al sujeto pasivo, en plural “menores”. Pareciera que remite a un bien jurídico supraindividual –como la moral sexual colectiva – y no a un bien jurídico individual la libertad sexual⁶⁹⁸.

No puede entenderse un único delito cuando son múltiples las víctimas, esto puede dar la impresión de que no protege personalmente al menor e incapaz, sino sólo colectivamente. Pero además si se estima irrelevante a los efectos de apreciar una sola infracción, que sean uno o varios los sujetos pasivos del delito, este criterio puede hacer pensar que no se investiga hasta el fondo la verdadera dimensión de los hechos. Aunque se pueda tropezar con dificultades procesales, lo cierto es que hay que demostrar e individualizar todos y cada uno de los atentados contra la libertad sexual de los sujetos involucrados, y no únicamente una parte para concluir con la aplicación de una sola infracción⁶⁹⁹.

En definitiva, no hay acuerdo en la doctrina, es una de las situaciones más problemáticas en principio si se le toman fotos a un menor para la elaboración de material pornográfico, el

⁶⁹⁶ Véase BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Artículo 189...”, ob. cit., pág. 525.

⁶⁹⁷ En este supuesto también considero que se afecta la intimidad del menor. Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, David, ob. cit., pág. 178.

⁶⁹⁸ Véase BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, ob. cit., pág. 539.

⁶⁹⁹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, ob. cit., pág. 539.

bien jurídico tutelado sería la indemnidad sexual relativa. Pero si el sujeto “X” intercambia ese material con otro sujeto “Y”, quien luego la comercializa, cabría señalar que surge otro bien jurídico protegido, “la intimidad o dignidad del sujeto”, en esa acción intermedia y la debatida moral pública en el último supuesto. De aceptarse el concepto tradicional o absoluto de indemnidad sexual –no la relativa–, semejante pluralidad de bienes jurídicos carecen de relevancia pues quedarían subsumidos por la indemnidad sexual.

Por tanto, no se puede ver afectada la dignidad de la imagen del menor si la producción no es objeto de posterior difusión, pues no se produce un detrimento de los bienes jurídicos tutelados. La nocividad del acto no está dada por la sola grabación o producción, sino por el riesgo que representa su destino ulterior, en cuanto ser objeto de tráfico que, por cierto, debe ser acreditado. No es posible presumir el peligro por la sola intervención del menor en la filmación o producción. Sostener lo contrario, puede llegar a suponer la consagración de una presunción de derecho que, como se sabemos, está prohibida constitucionalmente. Reitero, sólo se puede tener por configurada la figura contemplada en el art. 189.1,a) cuando existe peligro concreto de comercialización o difusión posterior.

No es posible argumentar, por no satisfacer las exigencias típicas, que la sola grabación de actividades de carácter sexual en las que interviene un menor pueda ser constitutivo de producción de material pornográfico, si éstas se desarrollan en un contexto de privacidad, en donde no se aprecia ni se acredita el riesgo de posterior tráfico. En estos casos, no se observa lesión alguna de un bien jurídico.

Cosa distinta, por cierto, tiene lugar si tales actividades sexuales son constitutivas de algún delito, como violación, estupro o abuso sexual. Pero en estos casos se castiga por tales figuras, no por la grabación o producción iconográfica. Afirmar lo contrario supone exceder los límites garantísticos mínimos que son propios de un Estado de Derecho, al castigarse actos carentes de toda lesividad, dirigiendo peligrosamente el aparato punitivo hacia la promoción de un cierto orden moral⁷⁰⁰.

⁷⁰⁰ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “*Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales*”, Departamento de estudios, Informe en derecho 2/2012/agosto, Centro de estudios de derecho penal. Universidad de Talca, Chile, p. 9.

Art.189.1.b)⁷⁰¹: “El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección: (...)”.

Se estima que “es la cuestión que genera una mayor problemática a la hora de delimitar el objeto tutelable en esta modalidad delictual. En tanto se procede a comercializar con una iconografía obtenida de manera ilegítima, y se utiliza su imagen de forma contraria a sus intereses, independientemente de que medie el consentimiento del infante, o de sus representantes legales, debiendo rechazar la dignidad, en virtud de ese ámbito de actuación demasiado genérico, es la intimidad del menor el objeto tutelable en este apartado⁷⁰².

Se estima que, en el momento del tráfico, la lesión contra los bienes y derechos del menor se encuentra plenamente consumada, incluso podría no haber tenido lugar por ejemplo, en el supuesto de menores que cuelgan en la red, relaciones lícitas mantenidas entre ellos o de sí mismos en actitudes o conductas representativas de una provocación sexual, también la imagen podría haber sido captada en forma subrepticia o clandestina por un tercero, con lo cual podríamos estar en realidad ante un delito contra la intimidad del art. 197 del CP.

Pues bien, la difusión de dicho material no añade nada a la supuesta lesión pretérita del bien jurídico, esto es, no intensifica tal lesión, y menos aún si ésta no existió por tener la producción del material un origen lícito. El hecho de que la escena quede reflejada en el material correspondiente (película, video, etc.) sirve sólo, en su caso, para probar la existencia de una lesión previa de la libertad sexual o de la indemnidad sexual del menor, y a lo sumo perpetúa en el tiempo, pero no la modifica.

⁷⁰¹ Según texto introducido por la LO 1/2015.

⁷⁰² MORILLAS FERNÁNDEZ, David, ob. cit., pág. 178.

Ni las condiciones de libertad sexual por parte del menor en el presente ni en el futuro, ni las relativas al desarrollo de su personalidad sexual se alteran en la mayor parte de los casos porque circulen, muchas veces con desconocimiento o ignorancia del menor, materiales pornográficos en los que quedó reflejada su participación sexual activa o pasiva.. Es por ello que una parte de la doctrina considera que con el tráfico de pornografía infantil no se lesionan bienes jurídicos individuales, sino acaso un interés colectivo o social que trataría de conjurar el peligro de que, al existir un mercado que ofrece y demanda este producto, se repitan en el futuro actos de explotación contra menores que sirvan a la elaboración de nuevo material pornográfico⁷⁰³.

Sin embargo, esta posición olvida que, al quedar fijada la imagen del menor en el soporte de que se trate, la difusión de la misma comportará un atentado contra el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que en un contexto pornográfico es indisponible para el menor (por tanto, su eventual consentimiento sobre el uso de su imagen es irrelevante y se estima como una intromisión ilegítima, *ex art.* 4.3 de la LO 1/1996, de protección del menor), por lo que, aun cuando el menor no sea identificable (p. ej., la pornografía se elaboró en otro país), no dejan de lesionarse con dicha conducta los derechos concretos y universales de toda persona, a su honor, su intimidad y a su propia imagen, implicando su tráfico un riesgo de lesión en masa de estos derechos.

El criterio dominante en relación al bien jurídico que se protege en el 189.1 b) es la intimidad del menor, dado que se trata de hechos que se producen con posterioridad a la consumación del ataque a la libertad e indemnidad sexual de menor, cuando fuera utilizado, y que en cualquier caso afectan a aspectos relativos a su intimidad cuya revelación es contraria a sus intereses⁷⁰⁴⁻⁷⁰⁵. En este sentido, se afirma que esta figura era innecesaria y se cae en

⁷⁰³ Ver la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, criterio que le lleva a estimar, por un lado que los delitos del art. 189.1.b pueden entrar en concurso ideal de delitos con el tipo específico acuñado para proteger la intimidad y la propia imagen, del art. 197 CP y, por otro lado, que no habrá concurso de delitos sino un único delito del art. 189.1b, aunque sean varios los menores que aparecen en el material pornográfico. También conforme con este último criterio, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G., *“Ciberdelitos, los delitos cometidos a través de internet”*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, España, 2007, p. 80.

⁷⁰⁴ TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., *“La protección penal...”*, ob. cit., pág. 157.

⁷⁰⁵ Para ORTS BERENGER, Enrique, lo que se afecta en el 189.1 b) es la intimidad del menor y no la libertad sexual, en ORTS BERENGER, Enrique, y Otros, *“Derecho penal, Parte especial”*, 3^a. Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

solapamiento con el art. 197 CP, párrafos primero y tercero, que tipifica los delitos contra la intimidad⁷⁰⁶.

A este efecto, debe tenerse en consideración que, en el caso del delito de tráfico de material pornográfico infantil del art. 189.1.b), se contemplan como bienes jurídicos protegidos también la intimidad y el derecho a la propia imagen del menor.

Lo expuesto tiene particular importancia en este propósito de precisar el objeto de protección. Por lo que se puede señalar lo siguiente: tanto en el delito de producción de material pornográfico infantil, como en el delito de tráfico o distribución de dicho material se protegen similares bienes jurídicos, a saber, el derecho a la imagen y el honor. De manera tal, que ambos comportamientos están estrechamente relacionados, en cuanto tutelan los mismos intereses. En consecuencia, atendiendo a las reglas de interpretación –la sistemática y en especial la teleológica–, en cuanto a que una conducta solo será punible en la medida que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, me lleva a afirmar que el contenido de injusto propio del comportamiento de producción se entiende sólo en la medida que supone un peligro concreto de difusión posterior⁷⁰⁷. Entendiendo que con dicha difusión o distribución de imágenes, en las que interviene el menor, se genera un detrimento de su intimidad al exponerlo a la intromisión ajena⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ El artículo 197 del Código penal español establece en sus números 1 y 3 lo siguiente: “1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualquiera otro documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (...) 3. Se impondrá pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta en el párrafo anterior”.

⁷⁰⁷ Así expresamente lo señala la doctrina italiana respecto del artículo 600 ter del Código penal italiano, que castiga el delito de producción de material pornográfico infantil. Ver DOLCINI/MARINUCCI (Dir.), “Codice penale commentato”, 2ª ed., Milán, 2006, p. 4155.

⁷⁰⁸ RODRÍGUEZ COLLAO, “Los delitos *sexuales*”, Santiago, 2004, p. 85.

Agravantes –distintas circunstancias–

Art.189.2: “Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...)”.

Los bienes jurídicos protegidos en la figura básica art. 189.1 son la libertad y la indemnidad sexual.

Agravante de violencia o intimidación

Art. 189.3: “Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores”.

Los bienes jurídicos protegidos en la figura básica son la libertad e indemnidad sexual. Y en forma secundaria para que exista la agravante la integridad física en la violencia, y la psíquica en la intimidación.

Asistencia a sabiendas

Art. 189.4: “El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión”.

En la figura del art. 189.4 –asistencia a sabiendas–, el bien jurídico protegido es la indemnidad e intangibilidad sexual en primer lugar, y como segundo bien jurídico, el normal desarrollo, formación, educación sexual y psíquica del menor y su dignidad.

Adquisición y tenencia para uso propio. Acceso a través de tecnologías de información y comunicación

Art.189.5: “El que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de

especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”.

Es uno de los supuestos más extraños a la hora de determinar un bien jurídico. Es difícilmente determinable el objeto, puesto que ni siquiera existe consenso doctrinario en determinar, si debe ser sancionada esta conducta.

GIMBERNAT ORDEIG⁷⁰⁹ manifiesta que el bien jurídico protegido en esta figura es la dignidad de los menores de edad e incapaces, en tanto el consumidor de material pornográfico contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria que tiene como objeto y presupuesto la comisión de delitos sexuales contra menores, pues solo se puede desarrollar en base a que el material filmado puede obtener beneficios, encontrando compradores”.

Esta afirmación resulta aceptable pero criticable, al mismo tiempo, en tanto castiga al mero consumidor por el simple hecho de poseer el material pornográfico, sin ánimo de comercializar con él, ni difundirlo ante terceros, la acción llevada a cabo por el consumidor no afecta la dignidad de los menores por cuanto los únicos responsables y vulneradores de los bienes jurídicos han sido los creadores y traficantes del mismo, que sí han lesionado valores como la indemnidad, la intimidad, o la dignidad del menores o incapaces.

La idea que expone GIMBERNAT ORDEIG es en verdad muy cercana a la figura de la receptación, en tanto se trata de una situación en la que un individuo se aprovecha de los efectos de un delito cometido por otro, si bien su acción no atenta contra el objeto tutelable penalmente, simplemente por el mero hecho de obtener gratificación sexual o personal.

Con respecto a la dignidad, es difícilmente comprobable que el delito descrito en el citado precepto la vulnere, por cuanto la mera contemplación de una fotografía del menor, sin tener conocimiento del carácter por el cual ha sido tomada, no puede ser considerada un ataque

⁷⁰⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “*Código Penal*”, 9ª. edición, Ed. Tecnos, Madrid, p. 18.

a la dignidad de ese sujeto. Puede cambiar la denominación del tipo penal o el posible concurso de delitos, sin embargo el consumidor del producto no hace otra cosa más que observar el material pornográfico. Si el mero hecho de poseerla con el único propósito de mirarla, es un acto constitutivo del delito en tanto afecta la dignidad del menor, habría que tipificar todas aquellas fotografías en las que aparezca un sujeto menor o mayor de edad, obtenidas sin su consentimiento y publicadas en una revista de gran tirada pública. En ese caso por qué no se castiga a los sujetos que compraron la revista? Evidentemente porque no es esa la misión de la norma en un Estado de Derecho social y democrático, en el que debe primar la intervención mínima del Derecho penal.

Ocurre lo mismo con la intimidad como bien jurídico protegido por cuanto, el que viola el mismo, no es el consumidor de pornografía sino el que la creó, o el que trafica con ella. Por ej. a una actriz muy conocida se le toman fotografías haciendo top-less en su casa sin que ella conociera tal situación, y después esas fotos se publican en una revista de tirada internacional. No es el comprador de la revista quien lesiona el bien jurídico, sino quien entregó la foto para la publicación, y quien la publicó.

En el caso de la libertad o indemnidad sexual como bien jurídico protegido, más allá de conformar la rúbrica del Título VIII, en el caso de posesión de material pornográfico, no guardan la menor relación con el menor, pues no afecta ni su libertad sexual, ni a la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento.

Estos planteamientos pueden hacerse extensivos a todos los bienes jurídicos que tiene el capítulo⁷¹⁰ a excepción de la moral colectiva, que –más allá de las objeciones en cuanto a su aplicación– pareciera ser el único bien jurídico de aplicación racional en esta figura.

Como se ha manifestado al respecto, un Derecho penal basado en la protección de la libertad sexual e incompatible con la intención de poner el aparato represivo del estado al servicio de la protección de contenidos morales, tanto si estos son materiales vigentes en la

⁷¹⁰ A menos que al presente tipo se lo configure como a un delito de peligro en tanto, como señalan ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, “se castiga un hecho porque se presume encierra un peligro para los procesos de formación y socialización de menores y de incapaces, sin requerir lesión alguna”. Ver ORTS BERENGUER, “*Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, en “Cuadernos de Política Criminal”, n° 84, Madrid, p. 112.

sociedad, como si se refieren a una moral a la que se aspira como ideal, y que pretende imponerse coactivamente a la sociedad⁷¹¹.

Aceptar que podría ser un delito de peligro⁷¹² es erróneo, y respondería a una lógica medida de política criminal. Esto sería actuar contra el último eslabón de la cadena de tráfico, el consumidor⁷¹³ –sería similar a lo que ocurre con la punición de la tenencia de estupefacientes, se trataría de hacer desaparecer la oferta persiguiendo a la demanda–. Ello superaría la barrera de lo aceptable en Derecho penal, en tanto se criminalizaría una conducta carente de lesividad siendo más que dudosa en su eficacia práctica entre otras razones, por su relación costo-beneficio, de la acción, la naturaleza preventiva del consumo, y por las características propias de los pedófilos.

Con respecto a que se han invocado estudios criminológicos que validarían la hipótesis de un efecto preventivo, en la posesión del material pornográfico que operaría como un freno a los impulsos sexuales de los mismos⁷¹⁴. A su vez, esta característica de la personalidad –de pedófilo– sobre la que el carácter resocializador de la pena, no cumpliría sus premisas motivadoras, frustrando su finalidad. O sea, si es desacertada la introducción de un tipo que protege la moral sexual colectiva, más aún lo sería, si se partiera de la hipótesis de que se trata de un delito de peligro y si esa ha sido la opinión del legislador, ello develaría un preocupante desconocimiento del principio de intervención mínima del derecho penal.

Por todo ello, sería factible pensar que se trata más bien de una imposición legislativa europea, fundada en la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre –o en su Proyecto– que España ha tenido que respetar e incorporar a su ordenamiento penal, con

⁷¹¹ TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “*La protección...*”, ob. cit., p. 58.

⁷¹² MORILLAS FERNANDEZ, David, “*Análisis...*”, ob. cit., p. 182.

⁷¹³ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “*Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil*”, en AA.VV., “*Ciberacoso: la tutela de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*”, GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coord.), 2010, p. 209.

⁷¹⁴ Idem, p. 210.

muchísimas críticas por parte de la doctrina⁷¹⁵, con las consiguientes deficiencias y consecuencias. Esta Decisión fue reemplazada por la Decisión 2011/92 UE.

Delito de omisión de deberes

Art. 189.6: “El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses”.

El tipo del art. 189.6 es constitutivo de un delito de omisión propia de garante, en el que se protege la indemnidad sexual del menor y el derecho a su formación, educación sexual, desarrollo y salud psíquica. El agente, titular cualificado, quien debía velar por la correcta formación del menor, ha incumplido con su obligación de garante, por cuanto no ha hecho lo posible para impedir su continuación en el estado de corrupción y prostitución en el que se encuentra.

Nuestra posición

En nuestra opinión, el bien jurídico protegido por el delito de corrupción de menores, luego de la reforma 1/2015, sigue siendo la indemnidad sexual de los menores, no la moral sexual⁷¹⁶. La indemnidad sexual de los menores e incapaces, con el complejo contenido de concretos intereses que le caracteriza, a los que hay que añadir por el elemento de instrumentalización, la dignidad o integridad moral de la víctima. El problema es que en el concepto del art. 189.4 (ahora 183 bis); nada se añade a la existencia misma de los atentados a

⁷¹⁵ En España, donde fue incorporada la figura de procurarse y procurarle a otro y la simple posesión del material prohibido, en la reforma del CP por la LO 15/2003, en el art. 189.2, autores como MORILLAS FERNÁNDEZ sugirieron su derogación, entre otras razones porque, si el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, la intimidad, la dignidad, o el libre desarrollo de la personalidad, las vulneraciones se produjeron antes en la hipotética cadena de tráfico, no pudiéndose volver a apreciar su lesión, por el mero hecho de poseerla, de lo que deduce que las únicas opciones habilitantes serían la consideración como objeto de protección de la moral colectiva sexual colectiva o como un delito de peligro. Ver al respecto, especialmente, RIQUERT, M., “*Repensando cómo funciona la ley penal en el ciberespacio*”, en “Ciberdelitos”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, diciembre de 2014, pp. 100 y ss.

⁷¹⁶ En este mismo sentido se pronuncia la STS nº 422/2005 de 4 de abril.

la indemnidad sexual de menores, ya previstos con especificidad en otros preceptos. Por ello es que la incorporación y mantenimiento del concepto de corrupción sea del todo criticable⁷¹⁷.

La afirmación de que el bien jurídico protegido sigue siendo la indemnidad sexual genera efectos inmediatos desde el punto de vista concursal, puesto que, habiendo de regirse la relación con los demás tipos contra la indemnidad sexual de menores por las reglas de concurso de leyes⁷¹⁸, si se aprecia abuso sexual, no puede aplicarse simultáneamente el tipo de corrupción en ningún caso⁷¹⁹.

Para finalizar, consideramos que el art. 189 reúne una lista de supuestos típicos muy distintos, que crece en extensión y con tipos nuevos, a medida que ganan en número las reformas al Código penal español. Esta circunstancia lo ha llevado a ampliarse indefinidamente, provocando la reunión de varios tipos legales, algunos los que por su dudosa legitimidad, otros por su dudosa redacción y técnica legislativa, no nos permiten tratar al delito de pornografía infantil bajo una perspectiva de unidad de bienes jurídicos. Se trata entonces de una figura que presenta delitos pluriofensivos, o que brinda protecciones conjuntas y simultáneas de otros, al igual que los delitos contra la libertad. Los tipos del art. 189, en sus respectivos incisos, no se

⁷¹⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, GONZÁLEZ RUS, Juan José, PERIS RIERA, Jaime, SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, José, OLMEDO CARDENETE, Miguel, BENÍTEZ ORTUNA, I., “*Sistema de Derecho penal español, Parte especial*”, Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2011, p. 279.

⁷¹⁸ En este sentido, se ha defendido que “dada la caracterización del bien jurídico protegido en el delito de corrupción de menores, como el proceso de formación de los menores de edad, no se diferencia sustancialmente del bien jurídico de las demás infracciones del Título VIII cuando tienen por destinatario a un menor de edad, por lo que no se justifica la aplicación automática del concurso de delitos, sobre la idea de la lesión de distintos bienes jurídicos, pues con ello se estaría infringiendo el principio *ne bis in idem*”. Ver TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “*El nuevo delito de corrupción de menores*”, en “Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología” RECPC 01-12 (1999).

⁷¹⁹ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, llega a la misma solución pero por otra vía: “La solución defendida, consistente en resolver las relaciones del delito de corrupción de menores con los demás delitos contra la libertad sexual como un supuesto de concurso aparente de normas penales, encuentra algún obstáculo en la Exposición de Motivos de la propia Ley, cuando afirma que ‘se ha recordado expresamente la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación’, lo que muestra expresamente la voluntad del legislador de acumular las distintas infracciones contra la libertad sexual Sin embargo, en la regulación concreta de los delitos, en el artículo 188.5 dedicado a la prostitución incluye una cláusula que recuerda expresamente la aplicabilidad de las reglas del concurso de delitos entre esas infracciones y las correspondientes agresiones o abusos, y omite un inciso semejante en el delito de corrupción de menores, lo que plantea la duda sobre el tratamiento que haya de darse a las relaciones concursales del delito de corrupción de menores”. Ver TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “*El nuevo delito de corrupción de menores*”, en Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología” RECPC 01-12 (1999).

pueden suscribir a un solo ámbito, la libertad o indemnidad sexual, sino que coexisten con otros bienes jurídicos en forma subsidiaria o independiente⁷²⁰.

Consideramos que merecería especial consideración que en el futuro estas acciones estén incluidas dentro de algún tipo penal, y que con ello podamos decir que se afectaría un bien jurídico tan debatido, como es la moral sexual colectiva, fundamentado en el grado de incitación directa que pueda tener a la desviación sexual o pedofilia tal como ha ocurrido en Alemania y Francia.

III.- Causas de justificación

A. Planteamiento

JESCHECK y WEIGEND sostienen que “el ordenamiento jurídico no está constituido por prohibiciones, sino que también conoce autorizaciones que bajo determinados presupuestos dejan sin efecto la prohibición. Cuando exista alguna causa de justificación la norma prohibitiva contenida en el tipo de injusto, deja de ser eficaz como deber jurídico en el caso concreto”⁷²¹. CEREZO MIR advierte que las causas de justificación llevan implícito un precepto permisivo, que interfiere las normas de carácter general, mandatos o prohibiciones, dando lugar a que la conducta prohibida...sea lícita. Se habla de preceptos permisivos que interfieren en las normas de carácter general o autorizaciones desde la perspectiva del Derecho penal, pues se trata de preceptos independientes, que persiguen sus propios fines⁷²².

⁷²⁰ SÁNCHEZ TOMÁS, al hablar de la dignidad como bien jurídico protegido dice que se trata de un objeto tutelable subsidiario a la libertad sexual, pudiendo sólo contemplarse si en caso de conflicto con otros bienes se resuelve a favor de éste. Ver SÁNCHEZ TOMÁS, José Manuel, “*Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental*”, en “Cuadernos de Política Criminal”, Núm. 61/1997.

⁷²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, “*Tratado de Derecho penal, Parte general*”, ob. cit., pp. 346 y s.

⁷²² CEREZO MIR, José, “*Curso de Derecho penal español, Parte general*”, t. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 403 y ss.

Las causas de justificación corresponden a eximentes de antijuridicidad, cuya esencia consiste en ser normas permisivas⁷²³, que destruyen el carácter indiciario de antijuridicidad que porta la conducta típica⁷²⁴. Si entendemos que la regla general consiste en que una conducta típica sea también antijurídica, las causales de justificación se nos presentan como excepciones a dicha regla, de donde se sigue que comúnmente se hable de una relación regla general-excepción⁷²⁵.

Concordamos con WELZEL en cuanto a que la conducta sigue siendo típica, y con ello se desvirtúa la teoría que entiende las causales de justificación como circunstancias negativas del hecho, como la posibilidad de “espacios fuera del derecho” (en el campo del injusto, no en el de los momentos previos a los tipos), pues si la conducta mantiene su tipicidad, no parece razonable que el ordenamiento retire su valoración del caso.

En materia de pornografía infantil, si bien se puede originar un interesante debate acerca del reconocimiento del consentimiento en materia sexual a las personas mayores de dieciséis años y la negación de la potestad para ser filmados o intervenir en espectáculos exhibicionistas o pornográficos hasta los dieciocho, ni la legítima defensa, ni el consentimiento caben siquiera ser planteados como hipótesis de causas de justificación en tanto su propia praxis excluye tal posibilidad.

El estado de necesidad, cuya apreciación teórica en el delito de pornografía infantil es posible si bien responde a un planteamiento extremo en tanto su operatividad práctica se aleja de la realidad, mientras que el cumplimiento de un deber o legítimo ejercicio de un derecho,

⁷²³Idem nota anterior, p. 442. Las normas permisivas son también llamadas “proposiciones permisivas”. Se resalta aquí la idea de que el derecho penal no está compuesto sólo por normas prohibitivas, sino también por autorizaciones o normas permisivas, que como su denominación lo indica, autorizan la ejecución de una conducta típica en determinados supuestos. El autor destaca que “el verdadero sentido de las causas de justificación radica en que constituyen “proposiciones jurídicas autónomas, cuya principal misión no es justificar algo prohibido, sino servir a fines propios y de más vasto alcance”.

⁷²⁴ WELZEL, Hans, “*Derecho penal. Parte general*”, pp. 96-98, quien pone de relieve la necesidad de plantear la cuestión en términos de la relación “norma prohibitiva-disposición permisiva” y no “tipo causal de justificación”.

⁷²⁵ JESCHECK a favor, pero WELZEL en contra, para quien es un error, pues en realidad en muchos casos la situación es la inversa en cuanto a la frecuencia (p.ej., privaciones de la libertad), y la raíz del problema está mal planteada, por cuanto se debiera partir de la relación “norma prohibitiva-norma permisiva”, porque el tipo no se ve afectado por la causal, pues la conducta seguirá siendo típica pero será antijurídica.

oficio o cargo, representa la única alternativa viable desde diversos ámbitos para apreciar las causas de justificación en esta modalidad delictual⁷²⁶.

B. Legítima defensa

En el caso de los artículos 183 bis y 189 del CP, resulta inviable que el sujeto activo desarrolle alguna de las conductas típicas enunciadas en los mismos, con el propósito de responder a una agresión. Su propia naturaleza excluye su aplicación. Si bien es cierto que la jurisprudencia ha admitido los ataques inmateriales contra bienes como la honestidad o el honor, pero continúa invariable el acto de fuerza. En consecuencia, no cabe apreciar el supuesto en el que un sujeto responda a un ataque vulnerador de algún derecho de los contemplados en las mencionadas figuras a través de la captación, creación, utilización, exhibición, financiación tráfico o posesión de material pornográfico infantil, máxime cuando los requisitos enunciados por la doctrina, para contemplar esta posibilidad–agresión ilegítima y defensa a través de la racionalidad del medio empleado– resultan inviables.

C. Estado de necesidad justificante

En los delitos de pornografía infantil, se podría dar en casos extremos, al menos existe la duda o una problemática referente a su apreciación la cual podría llegar a resultar viable. La práctica de esta figura exige una situación de necesidad o conflicto entre dos bienes jurídicos, donde la salvación de uno de ellos insta al sacrificio del otro, siempre y cuando sea la única vía de actuación de la que dispone el sujeto. Por ejemplo un caso en el que madre e hija se encuentran en estado famélico, por carecer de recursos, si no comen moriría de hambre. Ante esta situación la madre, a cambio de un poco de comida, hace participar a su hija menor en la creación de material pornográfico, donde se la muestra desnuda y en poses obscenas.

Aquí sí podría aplicarse la eximente de estado de necesidad, por cuanto cumple con todos los requisitos. Sin embargo será difícil que los tribunales la acepten, si la madre hubiera

⁷²⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Análisis...”, ob. cit., p. 341.

dispuesto de otra vía de actuación, por ejemplo haber ido a comer a algún comedor social. Pero ¿y si no lo hubiera, porque se encontraban en un pueblito alejado de la ciudad, sin comedores comunitarios y los vecinos le hubieran negado la ayuda? Sólo en ese caso extremo se podría apreciar la aplicación de la causa de justificación, en tanto no existe otra salida posible que la comisión de un ilícito penal⁷²⁷.

En conclusión, existen casos en los que pudiera llegar a aplicarse, pero serán muy extremos y originales, cuya importancia práctica es casi inexistente.

D. Cumplimiento de un deber o legítimo ejercicio de un derecho, oficio o cargo

Como regla general, no cabe hacer lugar a la eximente, puesto que resultaría muy atípico que existiera un deber legítimo cuya finalidad fuera lesionar un bien jurídico protegido, como es en este caso la indemnidad sexual del menor o persona discapacitada que necesita de una mayor protección. Se ha señalado⁷²⁸ que habría un sola excepción y ella sería la figura del agente encubierto⁷²⁹.

El artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone:

“1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración,

⁷²⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, ob. cit., p. 342.

⁷²⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, ob. cit., p.343.

⁷²⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA plantea la posibilidad de que esta figura sea una excusa absolutoria en vez de una causa de justificación, con las subsiguientes consecuencias que esta afirmación implicaría. Ver LOPEZ BARJA QUIROGA, Javier, “*El agente encubierto*”, en “La Ley”, n° 4778, 1999, p. 3.

quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.

d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.

m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda”.

En relación a ello, habría que plantear la posibilidad de que un agente, que cumpliendo con lo dispuesto en el artículo referido, y con el propósito de reunir pruebas de cargo e imputar a los responsables, se uniera a una organización criminal destinada al tráfico de pornografía infantil.

1) Como consecuencia de ello no será declarado responsable de las infracciones producidas en el desarrollo de la investigación. Las mismas contemplan no sólo su investigación sino que deben extenderse a cualquier otra situación paralela necesaria en la ocurrencia de los hechos siempre y cuando exista proporcionalidad entre la acción delictiva y el bien jurídico objeto de la protección en virtud del cual se ha integrado en la referida asociación.

2) Siempre debe primar el principio de proporcionalidad entre la acción y la naturaleza da la intervención. Semejante límite surge como una previsión legal de evitar conductas ilícitas desproporcionadas con el objeto de la investigación en tanto no tendría sentido proteger un bien jurídico específico vulnerando otro de mayor gravedad o intensidad. Por ejemplo, en el supuesto del agente que se integra a una red de pornografía infantil consistiendo su misión en matar a todos los niños víctimas de prácticas sexuales filmadas; frente a la protección de la identidad sexual de los menores cohabitaría una vulneración al derecho fundamental de la vida que debe primar encima de otros valores no pudiéndose justificar la referida acción criminal con el propósito de proteger la identidad del menor.

3) Los actos desarrollados no han de constituir una provocación al delito. El agente provocador ha sido definido en la SS de 8 de Junio de 1984 (RJ 1984/873) como aquel que induce a otro a cometer el delito o, de modo eficiente, contribuya a su ejecución con actos de

autoría o auxilio, o sea excede de los fines de la investigación mientras la actitud delictiva del agente encubierto debe recaer siempre sobre infracciones ya cometidas o que se estén cometiendo⁷³⁰.

Se señala este último aspecto como el más problemático de los contenidos en la norma por cuanto: ¿Qué sucedería cuando se atente contra bienes jurídicos de trascendencia como la vida o la libertad y la actuación del agente se sustente en la gravedad de la investigación? Para la autora y otros autores, la respuesta, pese a la cláusula general de exención legalmente establecida, debe ser negativa, es decir, estos casos de extrema gravedad deben conformar en sí mismos límites a la citada cláusula quedando de esa forma excluido de la misma, salvo circunstancias muy especiales que habría que valorar detenidamente en cada supuesto en particular⁷³¹. Por ello, la demanda doctrinal tiende a una regulación legal de la materia y la consiguiente creación de una normativa que concrete el ejercicio de estas actuaciones⁷³².

Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Tanto la doctrina española como la argentina lo han admitido como causa de justificación, por lo que la persona que actúa en cumplimiento de un legítimo derecho oficio o cargo actúa lícitamente. Deben surgir del ordenamiento jurídico (art. 20.7 CP español y art. 34.4º párrafo, del CP argentino), de modo que sólo éstos justifican, no así los deberes morales, pueden llevar a un problema de inculpabilidad, por falta de motivación del autor.

El adjetivo legítimo agregado a ejercicio supone que este debe discurrir por los cauces legales y los medios utilizados deben ser jurídicamente idóneos, si bien se señala que esta acepción no significa “legal”, sino “jurídico”.

El legítimo ejercicio de un derecho abarca como destinatarios potenciales a la totalidad de las personas; el oficio a cargo se reduce a una particularidad la condición profesional del

⁷³⁰ CARMONA SALGADO, Concha, “La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Estudios jurídico penales y político criminales del tráfico de drogas y figuras afines”, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 189.

⁷³¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El agente provocador”, Valencia, 1995, 172; OLMEDO CARDENETE, Miguel, “La provocación del delito y el agente provocador en el tráfico de drogas”, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

⁷³² MORILLAS FERNÁNDEZ, David, ob. cit., p. 344.

autor del hecho⁷³³, sin embargo en relación a los delitos de pornografía infantil esta dos últimas no encontrarían proyección práctica por la naturaleza propia del tipo penal que analizamos.

En relación con el legítimo ejercicio de un derecho, quedan incluidas determinadas profesiones u oficios, cuyo ejercicio conforme a la *lex artis* se halla reconocido por el Estado, y representan posibles fuentes de justificación respecto de la realización de hechos, que fuera de su ámbito serán antijurídicos. O sea, resulta imposible pensar que una determinada persona ostente un oficio o cargo gracias al cual pueda cometer alguna de las conductas enunciadas por el art. 189 del CP: creación , tráfico (...) de pornografía infantil⁷³⁴.

La mencionada causa de justificación entra en juego en los supuestos en que se encontraran tipificadas conductas cuya realización pueda, en ocasiones, hallarse amparada por el ejercicio de derechos constitucionales reconocidos. Por ejemplo el derecho-deber del médico a ejercer su profesión de perito en la que debe fotografiar los órganos sexuales de un menor a fin de realizar una pericia. Un artista plástico que reproduce en una obra una escena erótico-sexual entre dos menores.

El derecho constitucional proclamado en el art. 20.1 de la Constitución española reconoce y protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, no pudiendo restringirse su ejercicio mediante ningún tipo de censura. Sin embargo, la sección cuarta del precepto constitucional mencionado contempla unos límites en su observancia tales como “el respeto a los derechos constitucionales reconocidos en el Título, en los preceptos a las leyes que los desarrollen y especialmente en el derecho al honor, la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia”.

En consecuencia, el bien jurídico protegido por el art. 189, la indemnidad sexual relativa como objeto tutelable⁷³⁵, se halla incurso en el conjunto de limitaciones al efectivo ejercicio del

⁷³³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermín, y PRATS CANUT, Joan M., “Manual”, ob. cit., pp. 490 y 491.

⁷³⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, ob. cit., p. 348.

⁷³⁵ De acotarse otro como la libertad sexual, los parámetros explicativos coincidirían con los referidos para la indemnidad mientras que si se opta por la dignidad, la propia imagen, o el libre desarrollo de la persona como bienes jurídicos protegidos por el art. 189 CP, la limitación al ejercicio del derecho acontece de manera expresa conforme a la dicción literal del artículo 20.4 de la Constitución española, citado en MORILLAS FERNANDEZ, David, ob. cit., p. 349.

derecho conforme a la última circunstancia referida, hallándonos ante un conflicto de derechos a resolver a favor de uno u otro en atención al verdadero grado de afectación del bien jurídico protegido, y a la naturaleza artística de la obra, resultando que el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido puede generar la comisión de un hecho delictivo si no se respetan los límites legales establecidos al efecto.

E. Consentimiento

El tema del consentimiento es uno de los que provoca ficciones entre la libertad personal, o autodeterminación, y el esquema social prefijado por el legislador. Aparece como una renuncia a la protección penal, de modo que el asunto pasa por criterios de política jurídica.

El consentimiento libre prestado por el menor es totalmente ineficaz, por lo que resulta totalmente neutral que el mismo haya mostrado su aceptación o no. El legislador, al sancionar este tipo de conductas, pretende proteger penalmente a las personas que carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual, con la finalidad de hacer posible una decisión responsable al llegar a la mayoría de edad.

En atención al tipo que analizamos- para la realización de los actos pornográficos. Anteriormente a la última reforma, en el hipotético caso que un adulto utilice a un menor de catorce años para la realización de un espectáculo pornográfico en el que ambos mantienen relaciones consentidas, únicamente se le podrá exigir responsabilidad por la figura del art.189.1, y no por el abuso, pues mientras en el primero el consentimiento no es válido por no tener dieciocho años, en el segundo por tener más de trece años se le reconoce capacidad de autodeterminación en materia sexual, y consiguientemente cualquier tipo de capacidad para mantener relaciones sexuales con adultos, mientras que se le niega esta para autorizar su participación en actos pornográficos, en la elaboración de material y en su posterior distribución.

Luego de la reforma de la LO 1/2015, se eleva la edad del consentimiento sexual de trece a dieciséis años⁷³⁶, por lo que existe una mayor protección a la indemnidad sexual de los menores. Aún así el menor debe tener mayoría de edad, esto es dieciocho años para prestar autorización válida a la realización de las prácticas que analizamos. Es importante destacar el fundamento de esta diferencia, y lo advertimos en que la relación sexual contempla una situación entre dos personas, en el sentido que el menor o incapaz escoge a la otra parte, pero en la filmación, el material sujeto a reproducción, no asegura el visionado de una sola persona, sino que a través de las nuevas tecnologías, se permite transmitir esas imágenes a miles de millones de personas, pudiendo causar un daño no comprendido inicialmente por el menor. El sujeto pasivo debe estar en condiciones de realizar un juicio de valor con todas las garantías de conocimiento de la acción, valorando los costes, beneficios y consecuencias de la misma.

Es por ello que la legislación española fija el límite en la mayoría de edad, si bien la Decisión marco del Consejo comprende la posibilidad de que los estados miembros permitan la producción y posesión de imágenes de niños que y hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual (en la actualidad 16 años), con el consentimiento de los mismos y exclusivamente para el ámbito privado. Ello justificaría la grabación de un video entre dos menores de dieciséis años, o entre un mayor y un menor, que mantienen relaciones sexuales, siempre y cuando existe consentimiento expreso del menor, y solo pueda ser visto por una de las partes intervinientes.

En caso de que el sujeto activo desconozca la edad del menor, o la víctima le hubiera manifestado que es mayor de edad cuando no lo es o de su apariencia física se podría deducir, en ese caso para el sujeto activo concurrirían los parámetros propios para entender como válido el consentimiento (estaríamos un supuesto de error).

⁷³⁶BOE A-2015-3439, Preámbulo XII: “se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”. “De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

F. Valor de acción y valor de resultado en las causas de justificación

Del mismo modo que el injusto de los delitos de acción dolosos e imprudentes sólo queda constituido cuando al desvalor de la acción se la añade el desvalor del resultado, la exclusión de lo injusto requiere la concurrencia del valor de la acción y del valor del resultado de las causas de justificación, es decir la concurrencia de todos los elementos subjetivos y objetivos que sirven de base a las mismas.

La concurrencia de los elementos objetivos que sirven de base a una causa de justificación (por ej., en la legítima defensa: la agresión ilegítima, la necesidad de la defensa, la racionalidad del medio utilizado para impedir o repeler la agresión y la falta de provocación suficiente por parte del defensor, *ex art. 20.4 del CP*), no puede justificar una acción u omisión típica (lesiones dolosas), si falta el elemento subjetivo de dicha causa de justificación (el ánimo o voluntad de defensa)⁷³⁷.

No obstante ello, un sector doctrinal en la Ciencia penal alemana y española considera que, en caso de concurrencia de los elementos objetivos de las causas de justificación, queda excluido el desvalor de resultado, debiendo responder el sujeto únicamente por tentativa (idónea e inidónea), si faltaba el elemento subjetivo de la causal y justificación correspondiente.

En el delito de corrupción de menores, no se advierte la posibilidad de aplicación de alguna causa excluyente de la antijuridicidad.

Del mismo modo, no basta con que al desvalor de la acción siga la producción de un resultado para que quede constituido lo injusto de los delitos dolosos o imprudentes, sino que es preciso que entre ellos exista una relación interna.

⁷³⁷ Los penalistas españoles que admiten la existencia de causas de justificación meramente objetivas, es decir, que no requieren la concurrencia de elemento subjetivo alguno, estiman, en cambio, que en ellas los elementos subjetivos determinan la licitud de la conducta: ver, RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, “*Notas a la traducción española del Tratado de Derecho penal*” de Edmund MEZGER, t. I, pp. 350-351 y 458; ANTÓN ONECA, José, “*Derecho penal, Parte general*”, ob. cit., p. 240; RODRIGUEZ DEVESA, José M^a. / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “*Derecho penal español, Parte general*”, ob. cit., p. 503; DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, “*Del fundamento a la defensa en a legítima defensa*”, en “*Estudios Penales, Homenaje a Julián Pereda*”, Universidad Deusto, Bilbao”, p. 278.

El desvalor del resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor o valor de la acción. La solución alternativa aprecia en estos casos una eximente (causa de justificación incompleta) como atenuante, lo que no nos parece viable, por cuanto la apreciación de eximentes incompletas exige la concurrencia de los elementos esenciales de la eximente respectiva y dada la concepción de lo injusto que inspira el Código, en que se distingue un desvalor de acción y un desvalor de resultado, es preciso considerar también como esenciales los elementos subjetivo de las causas de justificación.

La ausencia de estos elementos implicará la imposibilidad de la aplicación de las causas de justificación completas e incompletas, y determinará en principio la responsabilidad del sujeto por el delito consumado (en nuestro ejemplo, por lesiones corporales dolosas), únicamente cabría aplicar en estos casos una atenuante por analogía (art.21.6), como se ha sugerido⁷³⁸, concretamente una causa de justificación incompleta por analogía.

IV.- Criterios axiológicos de valoración

A. Fundamentos dogmáticos y político-criminales

En primer lugar el delito de corrupción de menores, más allá de su nueva ubicación en el capítulo de los delitos contra menores de 16 años y con los cambios que se le han realizado en su redacción, ha pasado de ser un delito de resultado puesto que a ser un delito de mera actividad, sigue teniendo los mismos problemas con respecto a la taxatividad en la redacción del tipo.

Continúa teniendo las falencias, iniciales con respecto a la determinación de la conducta punible. Qué se entiende por un acto sexual?, podemos ensayar tantas definiciones como personas escuchen esta pregunta y nos respondan. Lo cierto es que el legislador lo ha mantenido a fin de que no quedara ninguna conducta sin penalizar, entonces así, es utilizado

⁷³⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, “*Derecho penal, Parte general*”, ob. cit., p. 466, nota 12, que sugieren también la posibilidad de que el Tribunal haga uso de la facultad que le confiere el art. 4.3 del CP; MAQUEDA ABREU, María Luisa, “*Los elementos subjetivos de la justificación*”, en *La Ley*, revista Jurídica española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía ISSN-0211-2744, N°2, 1984, pp. 1096 y sgts. a cuyo criterio se adhiere también DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*”, ADPCP, tomo XLIV, Fasc. III, 1991, p. 748, nota 116.

con carácter residual, provocando no pocos problemas concursales, con las distintas figuras del derecho penal sexual.

Así es no existe respeto por el principio de legalidad, ni por el de taxatividad en orden s que el sujeto activo pueda conocer de qué hablamos cuando hacemos referencia a una conducta sexual, ello provoca incertidumbre y atenta contra la seguridad jurídica que tanto debemos respetar como principio constitucional válido.

Por ello consideramos que la figura debe ser derogada, pues evaluada en una balanza balanza su utilidad, a todas luces fluye que la misma no existe, y son más las causas para su desaparición que las causas para su permanencia.

Es por ello que somos partidarios de su derogación, tal como afirmamos en el punto que sigue.

Con respecto a la pornografía infantil, la realización de producción de pornografía con menores o incapaces constituye un acto de explotación sexual de los niños, que no sólo no admite legitimación ética alguna –que únicamente es defendida por sectores de paidófilos o pedófilos, cuyos argumentos autojustificantes se esgrimen por primera vez, frente a un altísimo grado de rechazo por parte del resto de grupos sociales–, sino constituye una infracción penal en todas las legislaciones nacionales, bien mediante delitos específicos creados a tal efecto, bien mediante las figuras delictivas tradicionales y más genéricas referidas al orden moral sexual. Lo mismo sucede con el tráfico de dicha pornografía, que tan extendida se encuentra desde hace unos años por todo el mundo merced a la utilización de Internet.

La vertiginosa evolución de los medios telemáticos ha desembocado asimismo en una constante modificación de las formas de comisión relativas a la distribución y difusión de la pornografía infantil en Internet: de las páginas *web* iniciales, a los *chats*, foros, comunidades, *news*, correos electrónicos, programas de intercambio de archivos, etc.

Estas nuevas modalidades de transmisión de la pornografía infantil no buscan tanto la impunidad legal, pues igualmente son constitutivas de delitos, como dificultar o impedir la persecución penal. En cambio, otras formas de presentación del producto, según el interés pretendido por los consumidores, sí tienden a escapar de la calificación del mismo como objeto

material del delito, como puede ser el uso de la pornografía infantil artificial, fantástica o no realista, lo que sitúa la cuestión en constante discusión cerca de los límites de las prohibiciones jurídico penales o jurídico administrativa.

Cuando de lo que se trata es de pornografía infantil, los derechos a la libertad de expresión y creación ceden de forma absoluta ante los derechos de protección de la juventud y de la infancia, por lo que estamos ante una conducta que es “*ab initio* ilegal”, e incluso la misma puede implicar la realización de otros delitos de naturaleza sexual concurrentes, o acompañantes a la creación de la obra, o del material pornográfico como por ejemplo, abusos y agresiones sexuales.

Ello ha conllevado a que la reforma de la LO 1/2015 suponga un aumento exponencial de conductas prohibidas y del rigor de las penas. Prácticamente todas las modalidades de delitos contra la libertad sexual se ven afectados por esta tendencia expansiva y punitiva. Y desde luego se incorporan algunas figuras novedosas. Ciertamente la modificación en alguna materia concreta tiene amparo en la normativa europea. Sin embargo, a nuestro juicio, ni la intensidad ni la extensión ni la severidad pueden justificarse en la transposición de las Decisiones Marco.

Tomemos sólo como referencia las modificaciones en los delitos de abusos sexuales a menores. Ni la elevación de la edad de trece a dieciséis años frente a cualquier contacto sexual con adultos (art. 183); ni la de dieciséis a dieciocho años en caso de engaño (art. 182), parecen razonables ni posibles. No lo son, si tomamos como parámetro de medición el estándar de libertad y moralidad sexual mayoritaria repetidamente volcados en las diferentes encuestas de opinión. En síntesis los jóvenes españoles no poseen facultad de consentir válidamente en ningún aspecto de su sexualidad ni siquiera para darse un beso. Si al menos cabe una reflexión final acerca del procedimiento y tramitación de la presente Ley Orgánica. Pero antes de esta reflexión, si es menester advertir sobre los resultados previsibles de su aplicación en la realidad.

Una reforma de la importancia de 2015 hubiera precisado un consenso más amplio que exprese el suficiente soporte ciudadano y la pluralidad de la sociedad española. Un texto punitivo es, en expresión certera, una suerte de constitución negativa. Por eso demanda acuerdos, el esfuerzo de alcanzarlos, y la exigencia de obtenerlos.

En esta novedosísima reforma, continúan las definiciones imprecisas sobre todo, en lo que hace la definición de material pornográfico, nada más y nada menos que el objeto material del delito, a tal punto que se define como material pornográfico, materiales donde no han intervenido ningún tipo de personas o sea la representación de personas inexistentes.

En cuanto a las clasificaciones del 189.2 se imponen no pocas matizaciones. El empleo de la violencia o de intimidación justifica sobradamente la agravación del N°3, algo que no puede afirmarse rotundamente con respecto a las previsiones de los números 4 y 5, ni de todas las circunstancias del número 2, ya sea porque se castiguen y de hecho de acuerdo con los textos legales pueden castigarse, hechos en los que ningún menor de edad, ni persona con discapacidad estén implicados, sea porque hay conductas que , con o sin menor, con persona discapacitada o sin ello resultan de dudosa lesividad.

A lo expuesto hay que sumar, dificultades probatorias de las edades y discapacidades de las personas intervinientes en espectáculos o en la elaboración de pornografía, cuando están en las proximidades de los dieciocho años o no presentan el menor signo externo indicativo de su discapacidad. Dificultad que igualmente se le presentará al espectador de sesiones exhibicionistas, o al poseedor de pornografía infantil o a quien accede a la misma. Y por ahí andarán las atormentadas figuras de los errores del art. 14.

En resumen y para finalizar, a nuestro juicio, sólo tiene sentido y legitimidad constitucional el castigo de las conductas descriptas, cuando afectan a menores de edad o a personas con discapacidad, de modo que su bienestar psíquico, su dignidad, su intimidad, sus procesos de formación y socialización se vean perturbados. Y para llevar a la práctica esta forma de entender los conceptos de pornografía infantil realizada con personas con discapacidad, se dispone del apoyo brindado por el párrafo inicial del número 1.a) y b), en los que se habla de la utilización de personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección. Por el contrario, si las conductas típicas no afectan a menores ni a personas discapacitadas no hay bien jurídico lesionado ni puesto en peligro (salvo a los ojos de quienes atisben un riesgo más que remoto) ni, obviamente, sujeto pasivo, y por tanto su castigo chocaría frontalmente con los principios de ofensividad y prohibición de exceso.

De otro lado Las conductas típicas son harto imprecisas, como se ha adelantado, y en consecuencia, quiérase o no, han de delimitarse los alcances de no pocas expresiones y conceptos. Si bien se identifica la corrupción de menores con la conducta del art. 183 bis (consistente en hacer participar a un menor de edad o a un incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual), lo cierto es que las condiciones relativas específicas de la pornografía infantil, también pueden ser entendidas como manifestaciones de corrupción de menores en sentido amplio.

El incremento de la delincuencia en este tipo de delitos ha sido paralelo al incremento de tipos penales, que con cada reforma se reflejan en una casuística que no hace más que empeorar las cosas. La inclusión de nuevas figuras que se perfilan junto a cada reforma radica en medidas político-criminales tendentes a actuar directamente contra el último eslabón de la cadena de tráfico de material pornográfico, o sea, el consumidor.

Es de advertir al respecto que comenzó castigándose primariamente la creación del material pornográfico, para luego actuar contra la cadena de distribución en sí, incluyendo la posesión orientada a la venta. Y finalmente se acordó centrar los esfuerzos tendientes a disminuir o erradicar de esta forma de comercio del material pornográfico, a través de la punición de la mera tenencia, partiendo de la hipótesis de que a menor número de consumidores, menor demanda y consecuentemente menor tráfico, en tanto si no existe demanda no hay mercado. Este razonamiento ha sido tan ingenuo como el de “penalizar al consumidor de drogas, para así acabar con el tráfico de las mismas”. Ello atribuye al Derecho penal una eficacia que ningún estudioso le reconoce, y desvía la atención de los costosísimos y revolucionarios remedios que la explotación de menores tiene.

En efecto, la absolutización del fin de la eficacia –que no es más que un medio– conlleva la pérdida del peso real de principios esenciales del *ius puniendi*, como el de *ultima ratio*, y conduce a la relativización del respeto a la esfera privada o íntima de la persona. La absolutización de la eficacia está íntimamente ligada no tanto, a la intimidación, como a la prevención y neutralización de las fuentes de riesgo. En ocasiones así, el interés de la seguridad pesa más que el peso de la libertad.

La evolución normativa, sin duda, ha significado un enorme avance principalmente por tres razones.

La primera de ellas es haber formulado el problema de la pornografía infantil en un contexto global determinado por el impacto que las altas tecnologías de información, y comunicación ejercen sobre ella, potenciando enormemente su alcance y favoreciendo su aprovechamiento por la delincuencia organizada.

La segunda de ellas es haber trazado líneas de orientación comunes, especialmente dentro del ámbito comunitario europeo, con miras a alinear las legislaciones nacionales tras unas pautas doctrinarias comunes que contribuyeran a ordenar un espacio normativo homogéneo proclive a la identificación, combate y control del delito de pornografía infantil. Seguramente la síntesis del esfuerzo llevado a cabo lo representa el mismo concepto de pornografía infantil –“toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas”– cuyos rasgos característicos al tiempo que es preciso en los contornos que lo forman han de ser flexibles para encajar dentro de él aquellas definición que así convenga el legislador nacional respectivo.

La tercera es haber sensibilizado a los Estados firmantes de tantos convenios contra el delito de pornografía infantil sobre la necesaria cooperación policial, judicial y de todo orden, que trascienda los marcos de la soberanía territorial, horizonte en el que hay que combatir el delito.

Sobre las limitaciones de los documentos, Instrumentos, Convenios internacionales y Directivas europeas, apuntaremos dos observaciones críticas.

De un lado, su vocación punitiva, pretendiendo la regulación de la pornografía infantil a partir de la clasificación de conductas tipificadas, desdeñando la tradición de políticas de bienestar europeas, que reconociendo la dimensión social del problema en ese sentido disponían de actuaciones administrativas compatibles con un ideal político criminal: el de la resocialización del delincuente.

De otro, ciertamente, en algunos documentos de los revisados en el trabajo, se dictaban pautas en el sentido de recuperar el control social de la sociedad sobre el hecho que aquí

seguimos; pero, sea porque el acento estaba puesto en la dimensión penal, sea porque el acomodo en las legislaciones nacionales influenciadas por el ideal de la seguridad se ha sustraído a ésta, se ha erigido un marco normativo cuyo cerrojo penal se ha impuesto sobre toda la cadena, incluida la posesión para el autoconsumo. De manera que, si algún aspecto de las normas que sugieren u ordenan los documentos o Directivas Europeas analizadas resulta seriamente rebatido por la doctrina, ha sido el que corresponde al delito de posesión de pornografía infantil.

B. Toma de posición personal

De las dos figuras delictivas que venimos analizando, resulta evidente que la más grave para el legislador es la de pornografía infantil. Su punibilidad es más alta, y ello es porque ha considerado que el reproche ante el bien jurídico atacado o lesionado debe ser mayor. Las figuras básicas de la pornografía infantil art.189.1, a y b, del CP tienen prevista una pena que va desde un año a cinco años, mientras que en la corrupción de menores del art. 183 bis se pune la conducta con uno a tres años.

No debemos olvidar que la pornografía infantil es una forma de corrupción. Esta es el género y la pornografía infantil la especie, por eso decimos que la corrupción es una figura residual y subsidiaria. Y que el legislador ha mantenido a fin de castigar conductas que no encuadran en otro atentado contra la indemnidad sexual, libertad sexual, dignidad, etc.

La corrupción de menores sólo genera complejos problemas concursales una praxis que hace depender la punibilidad de los contactos sexuales con menores, de circunstancias ajenas a la afectación de bienes jurídicos merecedores de protección. El tipo sólo sirve para castigar toda relación sexual consentida con menores de entre dieciséis y dieciocho años de edad. Se convierte así en un cajón de sastre, dentro del cual todo es posible, todo cabe, desde experiencias sexuales traumáticas, hasta experiencias que no dejan ni una sola huella en el psiquismo de la víctima.

Considero por ello que el delito debe ser derogado. Su desaparición no significará la creación de una zona de impunidad por cuanto al margen de las connotaciones moralizantes que

posee el término corrupción entendemos que la libertad sexual de los menores e hasta dieciocho años se encuentra suficientemente protegida en otros preceptos del Código penal.

Otro tema que merece especial atención es la cláusula de exoneración de responsabilidad penal incardinada en el art. 183 quater, más allá de lo expuesto al tratar el delito de corrupción que se encuentra en el mismo capítulo, no compartimos su expresión en tanto y en cuanto debió haberse extendido a otros tipos penales aún no comprendidos en el título.

Si bien la idea de establecer una cláusula de exención penal, es correcta en un sistema en el que la edad de consentimiento sexual es tan alta, el hecho de que los requisitos solicitados para su aplicación sean acumulativos –edad cronológica y además, cercano desarrollo madurativo entre sujeto activo y pasivo– arroja grandes dudas sobre cómo debe ser su aplicación.

Si bien comprendemos que el móvil del legislador haya sido que las relaciones sexuales de menores de dieciséis años se practique entre iguales o casi, la circunstancia dificultosísima de determinar la madurez o experiencia sexual de un menor, puede hacer que quedara condenado por un abuso sexual o corrupción de su igual, pues el mero hecho de la necesidad de indagar sobre el desarrollo o la formación e materia sexual de los implicados sugiere una dinámica de control que de protección.

Para el legislador, pues, la pornografía infantil es el delito que considera más grave. No olvidemos que prácticamente en la actualidad, la mayor parte de la actividad ilícita se realiza vía *Internet*, ésta faculta a que se constituya como un flagelo silente que de a poco va horadando la normalidad sexual del menor, que se ve expuesto a determinadas conductas y tratos con pedófilos o personas que trafican con estas imágenes.

Más allá de no estar de acuerdo con la proliferación de figuras con cada reforma del Código penal, ni tampoco con la elevación de las penas, estimamos que esta creación de nuevos tipo relacionados con la pornografía infantil concede mayores argumentos para aceptar mi postura. Así en la actualidad la nueva normativa permite diferenciar claramente la corrupción de menores de estos otros delitos que están en sus proximidades.

Cuando un menor de dieciocho años sea victimizado por una acción de contenido sexual, antes de pensar en el delito de corrupción de menores (cuya ambigüedad e imprecisión no satisface adecuadamente las exigencias del principio de legalidad y taxatividad), habrá que verificar previamente la concurrencia de las figuras relativas a la pornografía infantil para evitar así la aplicación de un tipo residual, cuya inaplicabilidad evidentemente tuvo en mente el legislador al introducir las nuevas figuras relacionadas con la pornografía y los menores.

El mantenimiento de todas estas figuras en el Código penal contribuye a incrementar la confusión, que el legislador debería haber evitado derogando el delito de corrupción de menores, en la última reforma, en lugar de mantenerlo con otra redacción y en otro título.

CAPÍTULO VI

CULPABILIDAD

I.- Responsabilidad por el hecho

La mera constatación de un hecho injusto típico para la ley penal no es suficiente para fundamentar la responsabilidad penal. Bajo el imperio del principio *nullum crimen sine culpa* resulta imposible la existencia del delito sin comprobar la culpabilidad del autor del hecho imputado.

La culpabilidad⁷³⁹ es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico. Así, se trata⁷⁴⁰ de un “juicio de reproche sobre el autor de ese comportamiento, por haberlo realizado pese a conocer, o haberlo podido conocer pese a desconocer, lo que estaba prohibido”.

Ahora bien: ¿A quién se le puede hacer el juicio de reproche por no haberse motivado o podido motivar en la norma?

Para poder haberse motivado en la norma el individuo tiene que tener conciencia de la antijuridicidad. Se trata de un conocimiento indispensable, pues sólo puede motivarse en la norma quien conoce la prohibición que pesa sobre su comportamiento.

La conciencia de la antijuridicidad se encuentra en un ámbito del conocimiento independiente del dolo y ubicado en la culpabilidad. Es relevante sólo el conocimiento en la esfera del profano, o sea, un conocimiento que se le puede pedir a cualquiera en su situación.

⁷³⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, “*Derecho penal, Parte general*”, 5ª ed. Corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 535.

⁷⁴⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “*El Derecho penal español, Parte general, Nociones introductorias, Teoría del delito*”, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 909.

II.- Causas de inculpabilidad

A. Error de tipo

Se ha señalado⁷⁴¹ que “quien obra con error de tipo no sabe que realiza un tipo penal”. Esto es, el error de tipo importa la negación del dolo o, como bien expresa JESCHECK⁷⁴², es la “negación del contenido de la representación requerido para el dolo”.

Así pues, cuando el autor no conoce unos de los elementos a los que el dolo debe extenderse según el tipo que corresponda. la consecuencia de ello es que el autor actúa sin dolo. Se aplica analógicamente circunstancias que, aunque en realidad no pertenecen al tipo deben ser abarcadas por el dolo como por ejemplo sucede con las circunstancias que agravan la pena en el marco de la determinación de ésta. La jurisprudencia española ha tenido muy presente esta categorización en sus fallos⁷⁴³.

Se considera⁷⁴⁴ que el error de tipo es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es decir, el error de tipo es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o por ignorancia.

⁷⁴¹ BACIGALUPO, Enrique, “*Tipo y error*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1988, p. 144.

⁷⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich, “*Tratado de Derecho penal*”, t. I., Bosch, Barcelona 1981, p. 412. *Vid.* especialmente la más reciente y actualizada traducción de OLMEDO CARDENETE Miguel, 5ta ed., Editorial Comares, Granada, 2002, p. 329.

⁷⁴³ STS, Sala Segunda, de lo Penal, en la Sentencia de 29/10/2008, rec.279/2008, desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que condena al acusado como autor de un delito de distribución de material pornográfico con menores, y dice el fallo. “La tesis del recurrente es que ignoraba que al descargarse archivos de contenido pedófilo con empleo de niños menores de 13 años-lo que no se niega, sino que se dice que eran para su visionado privado-, automáticamente tales archivos en la medida que se almacenaban y allí quedaban en la carpeta *Config e Incoming*, estaban a disposición de otros usuarios del programa *eMule*. Es decir, el recurrente viene a reconocer que no ignoraba que estaba ejercitando la acción, esto es, alega un error de prohibición porque el error afectaba la culpabilidad, y por tanto, al ignorar el hecho de la distribución, estima que no puede ser condenado por dicho delito al no existir culpabilidad en su acción. Por eso acepta sólo la comisión de la figura del art.189.2 -posesión de material pornográfico para uso propio-. Pues bien, esta tesis es rechazada por el tribunal de instancia en los términos ya expuestos. En este control casacional tales razones aparecen consistentes y suficientes para rechazar la tesis de la ignorancia al respecto, es preciso recordar que el error ha de ser demostrado de forma indubitada por quien lo alega. En el presente caso el recurrente no es un principiante en informática para el tribunal de instancia”.

⁷⁴⁴ DONNA, Edgardo Alberto, “*Teoría del delito*”, t. II, Ed. Astrea, Bs. As., 1995.

La diferencia con el error de prohibición está dada porque en éste, lo que desconoce el sujeto es la antijuridicidad de su conducta o sea que estaba prohibida su realización. De allí que se pueda afirmar que el error de tipo, es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo. O sea, todos los elementos del tipo de injusto. La consecuencia que se prevé para este tipo de error, es –al desaparecer el dolo– la atipicidad de la conducta si el error es invencible, y si fuera vencible la pena del delito culposo, cuando el desconocimiento se funde en un defecto de cuidado (*Sorgen*), siempre que esté tipificado, situación que en el Código penal español no siempre es posible, al existir un sistema cerrado en relación a los tipos penales culposos (art.12 CP español).

La doctrina ha efectuado una distinción que analiza el desconocimiento, como una falsa representación, que sería el error, del desconocimiento liso y llano, que sería la ignorancia. Al desconocer el autor las circunstancias del tipo penal, ya no es posible el castigo a título de dolo.

En materia de corrupción de menores y pornografía infantil, el principal error que suele acontecer a la hora de observar el tipo penal, radica en la edad de la víctima⁷⁴⁵, esto es la persona que realiza alguna de las conductas descritas por los tipos, tiene el convencimiento el sujeto pasivo es mayor de edad. La mayor parte de la doctrina califica esta situación como error de tipo lo que de conformidad con el art. 14 del CP, si es invencible implicará la exclusión de la responsabilidad penal y si fuera vencible la no punibilidad por no estar prevista la forma culposa.

En relación a la pornografía infantil en la Red, puede plantearse el error de tipo plantearse el mismo, tanto respecto del hecho de la descarga, y de las características del material descargado. A los efectos de dar credibilidad a esta alegación, un elemento especialmente importante es el de que solamente se hayan intervenido archivos aislados. En este sentido, la SAP de Albacete, sec. 1ra. nro. 9/2010, de 5 de marzo, absuelve ante el “escaso

⁷⁴⁵ Error en la minoría de edad, sin perjuicio de que cualquier persona puede conocer por el desarrollo sexual de una mujer si ésta es o no menor, existen edades límites en que las mismas pueden ser confundidas, sin poder determinarse con certeza cuál es la edad real de ellas. Más allá de ello la SAP de Ciudad Real, sec. 2da. Nro. 10/2010, de 25 de marzo declara que “tan sólo y exclusivamente se ha de responder, que para cualquier persona, el conocimiento de ése dato resulta obvio con la simple visión de las fotos y resto de material pornográfico que figuran unidas a la causa”.

número de archivos pornográficos, solo dos, cuando lo normal si se dedica a recibir y difundir pornografía infantil, sería que tuviera un número mayor de archivos a disposición de la red”. La SAP de Las palmas, sec.6ta., de 8 de octubre de 2010, opta por la absolución pus “una imagen por sí sola entendemos que no puede generar la existencia de este delito, pues no aparece de forma inequívoca el elemento subjetivo”.

En muchos casos se plantea como modalidad de error las descargas accidentales. Se hace referencia a que buscando pornografía de adultos, se produce en forma casual el hallazgo de pornografía infantil y que la intención era eliminarla inmediatamente. En realidad hay que examinar caso por caso, y aún admitiéndose que se pueden descargar archivos de pornografía infantil por error, la STS nro. 107/2010, de 16 de febrero manifiesta que, “el acusado no sólo compartió el indicado archivo, ni los que conformaban la carpeta Incoming, sino que de ésta también habría arrastrado hasta el disco duro de su ordenador personal, hasta otros 78 archivos de idéntico contenido pornográfico con menores de edad” y con nombres sumamente sugestivos en relación a la conducta que se le imputa.

En algunos casos la alegación del error es incompatible con la lógica, es decir que es difícil aceptar que una persona que tiene guardados en su ordenador más de diez mil archivos de carácter pornográfico, apareciendo en una gran parte de los mismos niños menores de trece años, ”haya accedido a los mismos de forma fortuita sin ser consciente de su contenido” (SAP Barcelona, sec. 3ra. Nro. 26/2010, de 8 de enero) .

Error en cuanto a la difusión: Se rechaza que el acusado ignorara que mediante los programas “*Peer to Peer*”, a la vez que obtenía archivos los ponía a disposición de terceros, pues dicha circunstancia es una característica intrínseca del sistema empleado para compartir archivos, quedando claro, además que el acusado era usuario habitual del mismo, como lo demuestra el histórico de descargas” (STS nº 1074/2009, de 28 de octubre).

Del mismo modo, la SAP Madrid, sec. 4º, nº30/2009, de 12 de marzo, rechaza la alegación de desconocimiento de la función de compartir de los programas *2P2*, pues “además de ser de conocimiento general para cualquier usuario de las mismos, y que en el caso del acusado era intenso por el tiempo de su utilización (más de dos años) y la cantidad de archivos pornográficos descargados, en todos ellos aparecen junto a la descargas propias, las ajenas

realizadas por los otros usuarios, y más concretamente el programa Emule en su página principal aparece visible las descargas de otros usuarios de los archivos guardados”.

Según la jurisprudencia del TS hay soluciones en las que no se aplica el tipo de distribución automáticamente por el número hecho de utilizarse un programa “P2P”. En algunos supuestos se acepta la alegación de error por desconocimiento de la actividad de distribución (STS nº 105/2009, de 30 de enero).

B. Error de prohibición

Como contrapartida de la conciencia de lo ilícito encontramos el error de prohibición que se refiere a la ausencia de ese conocimiento. Es la ausencia del conocimiento de la existencia de las normas jurídicas.

De allí que el autor debe conocer y entender la antijuridicidad del acto, y en consecuencia el desvalor general, pero de ninguna manera el tipo concreto que se ha violado. Si se acepta la teoría de las normas el autor debe conocer la norma violada, su valor, en relación con el orden jurídico, y la seguridad alcanzada⁷⁴⁶.

El error de prohibición⁷⁴⁷ aparece como una deficiente o incorrecta representación del permiso o la autorización de la conducta, así como también un desconocimiento de la prohibición. Es decir, se dan las categorías del error o ignorancia. Por ejemplo; un argentino viaja a España y almacena material pornográfico para su consumo. Mientras que el delito de tenencia de material pornográfico para uso personal en nuestro país no constituye delito, en España sí, circunstancia que hace que se le inicie una causa penal por tenencia de material pornográfico para uso propio. Evidentemente, el argentino no actuó con conciencia de lo ilícito;

⁷⁴⁶RUDOLPHI, Hans-Joachim, “*StGB, Systematische Kommentar*”, t. I, pp. 140 y sgts., en DONNA, Edgardo Alberto, “*Teoría del delito y de la pena*”, Ed. Astrea, t. 2, p.281.

⁷⁴⁷ Error de prohibición: por ignorar que poseer pornografía infantil es delictivo, aunque difícilmente esta hipótesis tenga acogida favorable. La STS nº340/2010, de 16 de Abril considera que “en cuanto a la significación antijurídica de tan reprobable comportamiento no cabe sino estimarlo concurrente en cualquier persona común, en la que no concurren específicas patologías”.

por lo tanto, falta un elemento de la culpabilidad al adolecer el autor de la conducta de un error de prohibición que en su caso determinará la exclusión de la culpabilidad o disminución de la misma, en función de que el error padecido fuera vencible o invencible.

Habrá un error directo si recae sobre la propia existencia de la prohibición. El autor sostiene que su actuar es jurídicamente irrelevante, porque supone la falta de norma o cree que ella en general, no tiene alcance o, que la misma carece de eficacia material. Y error indirecto, si recae sobre los límites de una causa de justificación. En el caso de ejemplo, pertenecería a la primera categoría.

C. No exigibilidad de la conducta adecuada

Si un sujeto actúa conforme a circunstancias anormales concretas, no cabe atribuirle responsabilidad penal. Se hace referencia a estos supuestos “cuando el hombre actúa en una situación motivacional anormal, a la cual el hombre medio hubiera sucumbido”⁷⁴⁸.

Se dice entonces que se ha obrado en una situación de no exigibilidad; porque se entiende que el derecho no considera exigible a nadie resistir una situación motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar.

El ordenamiento jurídico no puede imponer, salvo en casos determinados, el cumplimiento de sus mandatos. En consecuencia, si un sujeto interviene conforme a unas circunstancias anormales concretas no cabe exigirle responsabilidad penal. La no exigibilidad consiste en una dispensa otorgada en ciertas situaciones de reproche personal por el hecho injusto realizado.

La conducta sigue siendo antijurídica, pero su autor no es culpable, se excluye la culpabilidad. Un Derecho penal democrático no es un derecho de héroes, sino un Derecho da la medida del ciudadano medio. O sea, las conductas heroicas no son exigibles. El Derecho provee dos formas de no exigencia de la conducta adecuada: el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable.

⁷⁴⁸ MIR PUIG, Santiago, “*Derecho penal, Parte general*”, Barcelona, 2004, p. 592.

D. Miedo insuperable

El art. 20.6 del CP exime de responsabilidad penal “al que obrare impulsado por miedo insuperable”. Esta figura ha sido muy debatida en jurisprudencia.

En teoría existen formas de concurrencia de las figuras de los arts. 183 bis y. 189 con el miedo insuperable, si bien responden a los ejemplos típicos de la figura que analizamos, por ejemplo, –sujeto que obliga a otro a traficar con material pornográfico infantil, ya que de lo contrario abusarían sexualmente de su hija–. La observancia práctica de todos modos es ínfima, a tal punto que la jurisprudencia en relación al caso, es prácticamente nula.

E. Estado de necesidad exculpante

Aquí existen dos bienes jurídicos de idéntica naturaleza: “el mal causado es exactamente igual al que se trata de evitar, por lo tanto no existe la ponderación de bienes (art.20.5)⁷⁴⁹.”

En los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil esta figura debe rechazarse, por cuanto si en el estado de necesidad justificante su aplicación era prácticamente imposible, más aun lo será si existe un conflicto similar de bienes jurídicos de idéntica naturaleza, por lo que en su observancia práctica desde todo punto de vista debe rechazarse⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹ Ver nota 622.

⁷⁵⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, D., ob. cit., p. 377.

III.- Causas de inimputabilidad

A. Minoría de edad

Únicamente quien ha alcanzado una edad determinada y no padece de graves anomalías psíquicas, posee el grado mínimo de capacidad de autodeterminación que le es exigido por el ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal.

Aunque el autor no posea capacidad de culpabilidad, puede actuar pero no ser culpable, porque el hecho no descansa sobre una actitud interna jurídicamente desaprobada.

En este sentido ROXIN explica que el legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto jurídico penal, normalmente es imputable, por eso no regula la imputabilidad sino su ausencia, la inimputabilidad.

La capacidad de comprensión debe valorarse en cada injusto. Existen muchas situaciones en las que un sujeto podría quedar comprendido en esta figura. Por ejemplo, un psicótico que fotografía a menores desnudos cuando se bañan en el club, el oligofrénico que vende material pornográfico incitado por un tercero, sin conocimiento verdadero de la actividad que desarrolla. La mayor problemática se presenta en torno a la valoración de la inimputabilidad del sujeto activo por el supuesto concreto de la pedofilia.

La jurisprudencia española ha venido negando la eximente completa de pedofilia. Parece concluyente que la pedofilia, por sí misma o de forma independiente, no es capaz de generar una exención o atenuación punitiva.

En suma, no podrá aplicarse la eximente de responsabilidad penal, ya que los sujetos que padecen este trastorno conservan íntegra su capacidad intelectual y volitiva por lo que en principio y por sí sola no afecta a la culpabilidad.

Se ha contemplado⁷⁵¹ esta figura como el reverso de la imputabilidad. Esto es la negación de los requisitos psicobiológicos que permiten afirmar respecto de un individuo su capacidad para comprender el hecho típico, valorar su ilicitud y adecuar su comportamiento a dicha comprensión”.

El art.19 del CP dispone que “los menores de dieciocho años no serán responsables penalmente con arreglo a este Código”.

El fundamento es que aún no tienen madurez y capacidad suficiente para motivarse en las normas, si bien la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad establece un sistema específico de responsabilidad penal para los menores de dieciocho años y mayores de catorce, que combina razones de carácter psicopedagógico con criterios de imputabilidad y de prevención especial de finalidad predominantemente educativa.

B. Alteraciones o anomalías psíquicas en general

El art.20⁷⁵² del CP registra una serie de causas eximentes de responsabilidad según el grado de afectación de las facultades intelectivas y volitivas del individuo. Su origen radica en

⁷⁵¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, M., “*Instituciones de Derecho penal español*”, Madrid, 2004, p. 173.

⁷⁵²Artículo 20: “Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

el aspecto psicológico, el cual “constituye una perturbación de las facultades intelectivas o volitivas y esta perturbación debe incidir en la comprensión de la ilicitud del hecho o en la capacidad de orientar su conducta conforme dicha comprensión”. Si la perturbación no es plena sino parcial, la imputabilidad no quedará completamente anulada, pero sí disminuida, recibiendo el tratamiento de una eximente incompleta o de una circunstancia atenuante (art. 21, 1º y 2º)⁷⁵³.

C. Estado de inconsciencia

El estado de inconsciencia puede ser provocado por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

En los casos de corrupción de menores y pornografía infantil, por la propia naturaleza de los delitos, no se podrá utilizar esta eximente, toda vez que el sujeto activo no se encontraría en la situación de hecho y capacidad necesaria de poder realizar semejante conducta.

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6.º El que obre impulsado por miedo insuperable.

7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código”.

⁷⁵³ Ver nota 622.

De existir una mínima posibilidad de aplicar la eximente, se requiere atender a las circunstancias concretas del acto en relación con la afectación de la capacidad intelectual y volitiva del autor. Por ejemplo, piénsese en una fiesta particular en la que se encuentran presentes tanto mayores como menores de edad. Conforme avanza la noche el consumo del alcohol y drogas es cada vez mayor. A altas horas de la madrugada una persona de veinte años, con grandes síntomas de embriaguez convence a dos menores para que mantengan relaciones sexuales entre ellos mientras son filmados por aquél, quedando patente la influencia del alcohol y de las drogas, ya que la cámara no para de moverse de un lado a otro sin enfocar correctamente bastantes minutos a los protagonistas de la escena pornográfica.

A quien lesiona a otro en estado de incapacidad, estado al que se llega como consecuencia de una acción previa –*actio libera in causa*–, deberá juzgársele como capaz, si lo era al momento en que se puso en condiciones de incapacitarse y será responsable del resultado que luego se produce, si bien ese primer instante, en el de su acción anterior no preordenó su conducta, y se le debe exigir de acuerdo al derecho positivo y no a los sentimientos del juez que actuara de manera diferente a como lo hizo.

CAPÍTULO VII

PUNIBILIDAD Y PENALIDAD

I.- Punibilidad en la teoría del delito

A. Razones político-criminales de necesidad y posibilidad de la protección penal

A partir del análisis de las sucesivas reformas introducidas en el Código penal español, en relación a los temas que venimos desarrollando, es fácil advertir que la punibilidad en los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil ha ido en aumento.

Así es, en efecto, no sólo con respecto a la cuantificación de la pena, sino a la cantidad de conductas típicas que se han generado, a tal punto de hacer transparente el legislador su intención de establecer casi casuísticamente los tipos penales, a fin de que no existiera ninguna fisura por donde alguna conducta de reproche pudiera quedar sin castigo.

El debate central del Derecho penal ha girado en el último siglo en torno a la teoría del bien jurídico, y a la delimitación de cuáles son las conductas que legítimamente pueden prohibirse en un Código bajo conminación punitiva.

La protección de sentimientos, entendida como “las prohibiciones que pretenden evitar exclusivamente estados sentimentales desagradables”, constituye la materia sobre la que confluye la voluntad de influencia que la moral social quiere ejercer sobre el Derecho penal.

Una sociedad libre se basa en el presupuesto de que cada uno puede hacer y dejar hacer al otro lo que quiera, en tanto no afecte a la esfera jurídica del otro. Esto no excluye una regulación obligatoria de las buenas costumbres, pero ello se puede llevar a cabo con sanciones no tan extremas como las del Derecho penal.

Compartimos al respecto la teoría de ROXIN⁷⁵⁴, en cuanto sostiene que a los sentimientos no puede otorgárseles una protección jurídico-penal, pues el derecho penal debe estar reservado para las conductas más graves que afecten bienes jurídicos.

Si bien las razones político-criminales y legislativas que llevan a esta tesitura son serias, pues estamos hablando de las personas más desvalidas de la sociedad –menores y personas con discapacidad que necesitan de protección especial– como potenciales sujetos pasivos de los delitos en cuestión, la Política criminal no debe perder de vista la no vulneración bajo ningún aspecto de los derechos constitucionales que le asisten a los ciudadanos, a fin de no ingresar en la órbita de la intimidad de la persona, vulnerando el principio de intervención mínima del Derecho penal.

A pesar de que es una constante en la doctrina la apelación al principio de mínima intervención⁷⁵⁵, y a él responden las reformas legales en esta materia y también la que hoy nos ocupa intentando reducirse la intervención penal a los ataques a la libertad personal en el ámbito sexual, nos parece interesante resaltar la postura que rechaza la concepción que algunos autores mantenían del principio *ultima ratio* o de intervención mínima en esta materia, la de los que consideraban que la moral sexual social puede ser tutelada y resulta mejor protegida a través de instancias sociales no coactivas.

Entendía el autor últimamente aludido que en el marco del Derecho penal sexual pluralista no es ésta la referencia concreta que ha de dar el principio de *ultima ratio*. Así sostenía que en un Derecho penal sexual en el que se aspira a penar los ataques más graves a la libertad sexual personal, el principio de *ultima ratio* ha de ir referido a la posible existencia de medios extrapenales con lo que se consiga evitar tales graves atentados a la libertad.

⁷⁵⁴ ROXIN, Claus, “*Derecho penal, Parte general*”, tomo I, *Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*. (Trad. y notas de Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Ed Civitas S.A., Madrid, 1997, parágrafo 168.

⁷⁵⁵ HART, H.,L.,A., “*Derecho, Libertad y Moralidad*”, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 33 y sgts.

B. Corrupción de menores

Respecto de la corrupción de menores, se ha indicado⁷⁵⁶ que el hecho de que la pena aumente ostensiblemente –de seis meses a dos años, a la de uno a tres años–, en relación a la legislación anterior y la última reforma, no tiene sentido.

La circunstancia de que el menor presencie un acto sexual o un abuso sexual no explica tal incremento, pues el menor que presencia un abuso sexual podría interpretarlo como un acto totalmente consentido.

Si tuviera algún elemento especialmente impactante sería distinto, pero ello debiera haberse incluido en la figura, el presenciar una agresión sexual, que es bastante más grave, y tiene una potencialidad de afectación mayor por su contenido de violencia o intimidación.

C. Pornografía infantil

La punibilidad anterior de las figuras descritas por el art. 189 CP fue introducida en el Código Penal español, mediante LO 5/2010, que elevó las penas previstas para el tipo básico, entonces de uno a cuatro años, e igualmente elevó las penas de los subtipos agravados que estaban situadas en una franja de cuatro a ocho años de prisión. Estas mismas penas se mantuvieron en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013. Pero en la LO 1/2015 se elevaron aun más, lo que produjo una dura crítica por parte de la doctrina mayoritaria.

La extensión de las penas que el Código Penal español prevé para la pornografía infantil podría entenderse desmesurada, sobre todo si se tiene en cuenta el constante cuestionamiento de la proporcionalidad de las penas previstas para esta figura delictiva, por parte de la doctrina y jurisprudencia, especialmente, en relación con los supuestos de difusión de pornografía infantil.

En las últimas reformas, el legislador, sin embargo, ha optado, no ya por confirmar la extensión de las penas para esta clase de delitos, sino incluso por incrementarlas, consciente de

⁷⁵⁶ Idem nota anterior, pp. 588, 589.

la gravedad de esta clase de comportamientos que, como ya señalaba el preámbulo de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la Lucha contra la explotación sexual de los niños y la Pornografía infantil, pueden ser considerados como una de las formas más graves de explotación sexual de los niños, llegando a constituir una grave violación de los derechos humanos y del derecho fundamental del niño a una educación y un desarrollo armoniosos.

A su vez, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la Lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que viene a sustituir a la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, señala que “los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, incluida la pornografía infantil, constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño, a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Es así que artículo 189 del Código Penal establece, conforme la LO 1/2015, penas de uno a cinco años de prisión para los tipos básicos recogidos en el artículo 189.1 a) y b), elevándolas a una franja que va desde los cinco a los nueve años de prisión cuando se trata de los subtipos agravados.(art. 189.2 CP) y a cinco y catorce tratándose de la agravante específica del art. 189.3 del CP.

Estas penas, sin embargo, quedan reducidas a un periodo de tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años, en los supuestos de mera tenencia para el propio consumo.

Realmente, el juicio de proporcionalidad de las penas que se establecen para los delitos de pornografía infantil quiebra, si se considera la difusión de la pornografía infantil como una práctica censurable, pero que no guarda relación o vínculo alguno con el abuso sobre los menores de edad.

Sin embargo, la proporcionalidad de las penas estaría plenamente justificada si se considera la pornografía infantil como una práctica íntimamente ligada al abuso sobre el menor, que precede y subsigue al abuso sobre el niño, como una parte del todo que constituye la

sexualidad de esta clase de delincuentes y que, en todo caso, constituye la actividad que de manera más determinante está provocando el inusitado aumento de las conductas de abuso sexual sobre los menores de edad, que en estos últimos años se viene produciendo.

En virtud de los cambios operados por la modificación del Código Penal por la ley LO 11/1999, la pena fijada para la posesión orientada al tráfico era inferior, a la fijada en las letras a y b del art. 189 (de uno a tres años en el primer caso, y de uno a cuatro en el segundo), lo cual suponía un distanciamiento respecto del referente, que ha sido en ocasiones tomado como modelo, del tráfico de drogas⁷⁵⁷.

Sin embargo, la promulgación de la LO 15/2003 equipara la consecuencia jurídica aplicable a los tipos anteriormente referidos, con penas privativas de la libertad de uno a cuatro años. Siendo elevada con la reforma 1/2015 a la pena de 1 a cinco años. Consideramos que no es elevando las penas el mejor modo de detener este flagelo social que está enfermando a nuestro niños reduciéndolos a la condición de objetos.

No tenemos más que analizar las sucesivas reformas, para darnos cuenta que aún con el aumento de las penas, esta criminalidad sigue en aumento, creando todo tipo de artificios, a fin de poder lucrar cada vez más con los menores.

Pocos son los estudios científicos, desarrollados hasta este momento, acerca de esta íntima conexión entre la pedofilia y la pederastia, pero todos ellos concluyen, de manera determinante, en la realidad de esta conexión, destacando por su contundencia el denominado “Estudio Butner” sobre la relación entre la pornografía infantil y el abuso sexual sobre el niño.

En el mes de diciembre de 2008 se publicó en la “Revista de Violencia Familiar” (Estados Unidos) el denominado “*ButnerStudyRedux*: un reporte sobre la incidencia de los delitos sexuales en personas condenadas por pornografía infantil”⁷⁵⁸, elaborado por Michael L. BOURKE y Andrés E. HERNÁNDEZ, pertenecientes a la Oficina Federal de Prisiones de los Estados Unidos, y que viene a constituir uno de los estudios más serios hasta el momento

⁷⁵⁷ TAMARIT SUMALLA, Joseph M^a., “*La protección...*”, ob. cit., p. 112.

⁷⁵⁸ *The “Butner Study” Redux: A Report of the Incident of Hands-on Child Victimization by Child Pornography* puede ser consultado en <http://www.springerlink.com/content/c313832g17rt2850/>

elaborados acerca del comportamiento sexual de los consumidores de pornografía infantil a través de *Internet*.

El trabajo buscaba determinar si los consumidores de pornografía infantil a través de internet eran sólo coleccionistas de este tipo de material, con bajo riesgo de incurrir en prácticas de delitos sexuales o si, por el contrario, se trataba de verdaderos delincuentes sexuales cuyos abusos sobre menores de edad no habían sido todavía descubiertos.

El estudio se llevó a cabo en la prisión federal de *Butner* (North Carolina), sobre 155 reclusos condenados por delitos relacionados con la pornografía infantil y el abuso sobre menores que voluntariamente se prestaron a participar en él, de entre los cuales se distinguieron dos grupos: un primer grupo constituido por reclusos condenados por delitos de posesión, recepción o distribución de pornografía infantil, que en el momento de su condena no presentaban ningún antecedente penal conocido por abuso sobre menores de edad y un segundo grupo, constituido por aquellos condenados por esta misma clase de delitos que sí contaban con antecedentes anteriores de abuso sexual sobre menores de edad.

El “*Informe Butner*” recoge cómo la gran mayoría de los condenados por delitos referidos a la pornografía infantil a través de internet negaron inicialmente su atracción por esta clase de material y, en particular, por las prácticas sexuales con menores de edad, intentando dar explicaciones de su conducta como algo ajeno a su voluntad en lo que habían participado por casualidad. Al final del estudio, la totalidad de los participantes, vino a reconocer su interés sexual por los menores de edad, llegando incluso a admitir la mayoría de ellos que, con carácter previo a su detención, habían ya cometido abusos sobre algún niño.

Para llevar a cabo este estudio, se siguieron terapias con cada uno de los participantes de, al menos, seis meses como mínimo de duración (la terapia completa se prolongaba durante dieciocho meses).

A lo largo de estas terapias se buscaba que el delincuente reconociera ante el terapeuta los abusos que había cometido sobre menores de edad y que no habían resultado descubiertos, delimitando el concepto de abuso a cualquier clase de tocamiento de los órganos genitales de un menor (incluyendo los pechos en el caso de las niñas), los contactos genital/genital y los contactos buco/genitales.

Para garantizar la veracidad de los relatos que pudieran ofrecer los participantes en el estudio, se adoptaron una serie de cautelas, como la inexistencia de ningún tipo de beneficio penitenciario a los participantes, la omisión de datos esenciales de las víctimas que pudieran facilitar la incriminación del participante en nuevos procesos penales o el uso del polígrafo para contrastar la veracidad de las manifestaciones, entre otras medidas.

En el momento inicial del estudio, de los 155 participantes, 115 (el 74%) pertenecían al primero de los dos grupos antes señalados, es decir, carecían de antecedentes penales conocidos por abusos sobre menores al tiempo de su sentencia condenatoria, mientras que los 40 restantes (el 26%), contaban con condenas por abusos sexuales a menores, teniendo identificadas a 75 víctimas, lo que arrojaba una media de 1,88 víctimas por delincuente. Al final del tratamiento, 131 de los participantes (el 85%), reconocieron haber abusado sobre algún menor de edad alguna vez en su vida y solamente 24 de los participantes negaron haber cometido algún tipo de abuso. Además, el número de víctimas reconocidas por el total de los participantes ascendió a la suma de 1.777, que arrojaba una media de 19,4 víctimas por cada agresor con antecedentes conocidos por abusos sexuales a menores y 8,7 víctimas por cada agresor sin antecedentes conocidos. Por último, resulta preciso destacar que, de los 24 participantes que siguieron manteniendo al final del tratamiento que nunca habían llegado a abusar de un menor de edad, únicamente dos pudieron pasar con éxito la prueba del polígrafo.

Los resultados de este estudio ponen de manifiesto, según sus autores, la evidente relación que existe entre el consumo de pornografía infantil a través de internet, y el abuso sexual sobre los menores de edad, pudiendo afirmar con rotundidad que los consumidores de pornografía infantil no son sólo curiosos que limitan su comportamiento al consumo visual de sexo con menores y, mucho menos, que su conducta se debió a la ingenuidad o pura suerte que hizo que esas imágenes pornográficas aparecieran en sus ordenadores. Es más, los resultados de este estudio permitieron afirmar a sus autores que la mayoría de los condenados por delitos relacionados con la pornografía infantil a través de internet son en realidad abusadores de niños no detectados, en los que el consumo de pornografía infantil a través de internet no deja de ser más que un comportamiento complementario e indicador de su parafilia. Concluyen los autores señalando que entre el consumo de pornografía infantil y el abuso sexual sobre menores de edad, existe una interacción compleja y recíproca.

De manera complementaria, los autores del trabajo pudieron concluir que la exposición a la pornografía infantil de estos delincuentes así como el contexto tecnológico a través del cual habían llevado a cabo su comportamiento delictivo, producía un tremendo efecto perjudicial sobre ellos que hacía que llegaran a normalizar el protagonismo del menor dentro de la sexualidad adulta, deshumanizando a los niños y desensibilizando al agresor respecto de las tremendas consecuencias victimizadoras sobre el menor de este tipo de conductas.

Añadían, por último, que todos estos efectos se veían potenciados sobremanera en los casos de participación del delincuente en algún tipo de cibercomunidad, ya que éstas no se limitan a desempeñar el papel de “puestos de mercado” del material ilícito, sino que también proporcionan una validación social de la conducta y un fuerte apoyo al individuo como consecuencia de su pertenencia al grupo.

Esta relación inmediata y directa entre la pornografía infantil y el abuso sobre el niño, entre la pedofilia y la pederastia, que pone de manifiesto el “*Estudio Butner*”, no hace sino confirmar una circunstancia que el sentido común señala como obvia. La persona que disfruta sexualmente con la contemplación de imágenes que al común de la sociedad llegan a repugnar, tiene necesariamente que disfrutar también con la práctica de esos comportamientos, por lo que constituye un peligro real e inmediato contra la infancia.

La pornografía infantil –igual que el sexo con los niños– no tiene un punto intermedio, o atrae o repugna, por lo que la opción de colocarse en el lado de la atracción, nunca puede considerarse accidental o no intencionada. Al mismo tiempo, la atracción por el consumo de pornografía infantil va a significar siempre la atracción por la práctica real de sexo con los niños.

Realmente si es así, lo importante no es seguir aumentando las penas, metodología que no ha persuadido a los sujetos activos de desistir en sus intenciones, sino elaborando campañas , a fin de concientizar a los niños y a los padres del cuidado que se debe tener con el uso de *Internet*.

El control de los padres sobre los menores es fundamental, además el uso de filtros que impidan el ingreso a paginas de pornografía infantil.

Creemos que la respuesta está en la educación y formación de los ciudadanos, quienes deben estar atentos lo que ocurre con sus hijos.

Como consecuencia de lo anterior, observamos que, hoy en día, prácticamente el 100% de los delincuentes que son acusados por delitos de agresión o abuso sexual sobre menores de edad participan también de manera activa en distintos foros de intercambio de pornografía infantil, pudiendo encontrarse en sus ordenadores, en el momento de su detención, abundante material pedófilo; que el tema de conversación en todos los lugares virtuales de reunión que pueden encontrarse en internet consagrados al intercambio de pornografía infantil, gira en torno al abuso directo sobre el niño, compartiendo los partícipes sus experiencias, dándose consejos de cómo abusar sexualmente de los menores y reforzando su permanencia en este mundo; que cada vez con mayor frecuencia, se vienen dando casos de pederastas que se acercaron a esta inclinación a través del consumo de pornografía infantil en internet; y que el desorbitado incremento de los casos de pornografía infantil en internet está viniendo acompañado –como no podía ser de otro modo– de un paralelo incremento de los casos de acoso sexual a los menores de edad a través de internet (*grooming*)⁷⁵⁹ y, en definitiva, de un aumento correlativo de los casos de abusos y agresiones sexuales a menores cuya evidencia, sin duda, podrá constatarse en los próximos años.

Por lo tanto, si con la punición de la pornografía infantil se busca adelantar las barreras de protección sobre la infancia, el juicio de proporcionalidad de las penas deberá hacerse tomando en consideración la importancia del bien jurídicamente protegido en última instancia, y la inminencia del peligro que sobre el mismo se cierne lo que, sin duda alguna, va a justificar plenamente ese juicio de proporcionalidad.

Se ha apuntado⁷⁶⁰ que resulta contradictorio –y así puede contemplarse en el Derecho italiano– la imposición de una misma pena al individuo condenado por facilitar material pornográfico de manera gratuita, y al que ha vendido o exhibido a través de una página *web* de pago reportándole semejante actividad ganancias económicas, finalidad primordial por la que

⁷⁵⁹ Acerca de los porcentajes de menores que han recibido propuestas de naturaleza sexual provenientes de un adulto a través de internet, puede consultarse el estudio realizado por ACPI (Acción contra la pornografía infantil) y PROTÉGELES para el Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid (noviembre 2002).

⁷⁶⁰ MORILLAS FERNANDEZ, David, ob. cit., p. 444

tipificación semejante iconografía por cuanto el verdadero pedófilo únicamente busca conseguir nuevo material llegando incluso a acceder a su intercambio de manera gratuita. En atención a este razonamiento, se abogaría por la introducción de una pena pecuniaria conforme a la técnica empleada por el legislador, por ejemplo, para castigar el tráfico de drogas, esto es multa de tanto al duplo de las ganancias económicas obtenidas en el desarrollo de la acción delictiva, opinión que compartimos.

Al respecto ha de mencionarse que en la última reforma al Código penal español operada por la LO 1/2015, el legislador ha incorporado en art. 189 bis en el que se regula la responsabilidad penal de personas jurídicas- que comprende a las que realicen transacciones de pornografía infantil- imponiéndoseles sanciones pecuniarias.

Es de resaltar que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física⁷⁶¹.

La jurisprudencia española se ha venido cuestionando la proporcionalidad de las penas en los delitos de difusión y distribución de pornografía infantil. Así, la STS de 20/7/2006, rec.1854/2005, señala que “nos encontramos ante los que se podría denominar delito solitario con incidencia sobre el bien jurídico cuando éste ya ha sido lesionado por aquellos que corrompen a los menores en el proceso de elaboración de material. Es decir la acción solitaria inducida por las más de las veces por impulsos sexuales incontrolados, no se dirige contra terceros concretos individualizados e identificados. Si el reproche consiste a contribuir en forma remota a que no se realicen estas prácticas, absolutamente condenables con menores, los esfuerzos deberían concentrarse preferentemente en la persecución de los autores materiales de la utilización de ellos, sea o no sea con fines lucrativos. No cabe descartar que se realicen que estas actividades se realicen por simple perversión sexual y que se difundan sin buscar ganancias. Nos encontramos por tanto ante un delito de mera actividad.

Resulta difícil demostrar que la conexión de a la red se realiza con el fin específico de promover la corrupción de menores. Normalmente tiene su origen en desviaciones patológicas sexuales evidentes que deben ser tratadas con ayuda científica. El legislador sostiene que el

⁷⁶¹ GÓMEZ Leopoldo M., “*El delito de pornografía infantil*”, Ed. Ad- Hoc, 2012, p. 87.

consumo de productos colgados en la red, induce, aunque sea remotamente, a la lesión del bien jurídico protegido, por lo que hay que ajustarse al contenido de la ley.

En la mayoría de los casos de acceso a la red, la relación de causalidad no sólo está desconectada de la acción, sino que se le da una inconmensurable extensión, de tal manera que la satisfacción de un placer solitario se convierte en delito. No está claro que la vía de protección del bien jurídico sea la más adecuada. Se utiliza un Derecho penal objetivo en el que la culpabilidad, más moral que jurídica se conecta con el resultado, a través de los hilos invisibles del ordenador y discurre por el inabarcable software de la red. Si de lo que se trata con esta política criminal es recriminar al sujeto y exponerlo a la vergüenza pública, aún sabiendo que su actividad solitaria, sólo de forma remota y figurativa incide sobre el bien jurídico protegido, el legislador puede hacerlo. Ahora bien, para ello debe guardar estrictamente el principio de proporcionalidad de la pena. En el caso que analizamos podría haber llegado hasta los cuatro años y seis meses de prisión. Estimamos que no guarda paridad con otras conductas más gravemente dañosas, contenidas en el mismo artículo de la ley”.

Sin embargo, la doctrina⁷⁶² rebate los argumentos de la sentencia del STS, por el cual se puede afirmar:

1) La difusión de pornografía infantil contribuye de manera directa y determinante a que se lleven a cabo conductas de abuso y agresión sobre menores de edad, al fomentar este tipo de prácticas y sustentar la desviación sexual de los pederastas mediante el consumo de pornografía infantil.

2) El consumo y difusión de pornografía infantil se encuentra directamente relacionado con el abuso sexual directo sobre el niño, no sólo porque el consumo del material es el que genera su producción, sino también porque la difusión se produce normalmente entre quienes ya han abusado de algún menor, refuerza su comportamiento y además sirve en último término para acercar, primero a la pedofilia y después a la pederastia, a quienes toman contacto por primera vez con este tipo de material.

⁷⁶² URIARTE VALIENTE, I., “*Pornografía infantil y la proporcionalidad de las penas*”, en “La Ley” (España), sección: doctrina, año XXXI, nº 7372, 30/3/2010, p. 5.

3) Parece evidente que la persecución penal del consumo y la difusión de la pornografía infantil constituye una de las formas más directas y eficaces de proteger la indemnidad sexual de la infancia, sobre todo desde el momento en que se puede afirmar la íntima y directa conexión que existe entre pedofilia y pederastia.

4) El consumo y difusión de pornografía infantil no constituye nunca una actividad solitaria pues, siempre y en todo caso, habrá un niño perjudicado por la conducta, bien en el mismo momento del consumo- el niño cuya indemnidad sexual fue agredida al producir la pornografía infantil y que vuelve al serlo cada vez que esa fotografía se difunde, bien en un momento posterior, al abusar sobre el menor concreto el pederasta que desarrolló su desviación a través de la pedofilia. Además el bien jurídico protegido es atacado gravemente cada vez que se permite cualquier tipo de actividad que conduzca finalmente al abuso sexual del menor.

Por su parte, la STS de 31/1/2009, rec. 1358/2008, en un supuesto de distribución de pornografía infantil a través de una red P2P, incide en la misma idea, señalando que “no puede llevarnos a una interpretación tan abierta que sancione penalmente con penas de prisión que arrancan en cuatro años (hoy cinco)⁷⁶³, y se prolongan a ocho años (hoy nueve)⁷⁶⁴, conductas de internautas que lo único que hacen es navegar en la red, y todo lo más guardar tales imágenes en el sistema (*incoming*) que se crea automáticamente por diferentes programas informáticos al uso; en este caso, tal archivo, podrá ser considerado para uso personal, lo que entrará de lleno en el tipo penal que se aloja en el art. 189.2 (hoy 189.5)⁷⁶⁵, y que abre las barreras penales con una pena mucho más ajustada a la actividad del infractor, salvaguardando el principio de proporcionalidad en la aplicación del derecho penal”.

Finalmente, la STS de 23/7/2009, rec. 873/2009, señala también que parece “una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico”.

Se ha observado que “el juicio de proporcionalidad quiebra si se considera la difusión de la pornografía infantil como puna práctica censurable, pero que no guarda relación o vínculo

⁷⁶³ La aclaración entre paréntesis es propia.

⁷⁶⁴ Idem nota anterior.

⁷⁶⁵ Idem nota anterior.

alguno con el abuso sobre los menores de edad. En definitiva, si con la punición de la pornografía infantil se busca adelantar las barreras de protección sobre la infancia, el juicio de proporcionalidad de las penas deberá hacerse tomando en consideración la importancia del bien jurídicamente protegido en última instancia y la inminencia del peligro que sobre éste se cierne⁷⁶⁶.

D. Especial referencia crítica al tipo de posesión para uso propio

La punición del delito de tenencia simple, previsto en la figura del art. 189.5, obedece más a dar cumplimiento con las normativas internacionales que a la voluntad de la reconocida doctrina de ése país. Es más, España fue uno de los últimos países europeos en incorporar esta conducta a su legislación.

En la Argentina la mencionada conducta resulta atípica, y sólo es punible la tenencia con fines, más allá de la difícil prueba para acreditar la intencionalidad.

Partir del supuesto de que, penalizando la simple tenencia de pornografía infantil, se va a erradicar la explotación sexual de menores es, cuando menos, inocente⁷⁶⁷. Así se ha señalado por quienes estiman que esta postura resulta tan ingenua como la que, desde la política antidrogas, se pretende penalizar al consumidor de drogas para así acabar con el tráfico de las mismas, atribuyendo al Derecho penal una eficacia que ningún estudioso le reconoce y desviando la atención de los lentos, costosísimos y revolucionarios remedios que la explotación de los menores tiene⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ GÓMEZ, L., “*El delito de pornografía...*”, ob. cit., p. 90.

⁷⁶⁷ ORTS BERENGUER, Enrique / ROIG TORRES, M., “*Delitos informáticos...*”, ob. cit., pág. 321.

⁷⁶⁸ Esta postura es refutada por GIMBERNAT ORDEIG, quien plantea que no puede establecerse una analogía entre la adquisición de droga para el propio consumo y la posesión de pornografía infantil, ya que estos supuestos nada tienen que ver, pues el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es el de la salud, y el titular de ese bien jurídico es el adquirente, por lo que carecería de cualquier clase de lógica político-criminal que se pretendiera castigar precisamente a aquel a quien la legislación penal trata de amparar; además: como la vida y la integridad física son bienes disponibles por su titular, de ahí que un CP que no castiga ni el suicidio frustrado ni la automutilación, tampoco puede castigar, inconsecuentemente, la adquisición de para el propio consumo de una sustancia que sólo potencialmente puede menoscabar la vida o la salud de quien legítima y libremente puede disponer de ellas. En cambio, el bien jurídico protegido en un eventual delito de adquisición de pornografía infantil no pertenece al comprador, sino a un tercero (por ejemplo, al bebé cuya libertad e indemnidad sexuales son

La criminalización de la tenencia de material pornográfico con menores significa ceder ante un pragmatismo de connotaciones mercantilistas que considera necesario intervenir indirectamente sobre la oferta a base de cortar la demanda⁷⁶⁹.

Más allá de reconocer lo acertado y pertinente que resulta un campo de actuación jurídico-penal que proteja al menor; evento y situación que reúne absoluto consenso y en la que insisten los organismos internacionales –armonizar las legislaciones para evitar la impunidad en la lesión de los derechos de los niños por la simple situación geográfica– también lo es suponer, erradamente, que este evento y situación se debe realizar en el Derecho penal.

Excepto algunos autores, pocos en realidad, que se muestran a favor de su tipificación, existe cierto consenso en la doctrina sobre lo desacertado que resulta la decisión político criminal tendiente a evitar la elaboración de material pornográfico infantil a través de la penalización de la posesión para uso propio. Es una difícil tarea la de justificar un contenido ofensivo mínimo en el acto de *simple visualización* de las imágenes pornográficas, que resulte suficiente para explicar por qué el legislador le ha adjudicado relevancia penal. A su vez, desde un punto de vista estrictamente práctico se muestra difícil el objetivo de perseguir este comportamiento, pues por regla general se lleva a cabo en el espacio inabarcable de *Internet*⁷⁷⁰.

Dicho de otro modo, debemos entender que con el art. 189.5 del CP, que criminaliza la adquisición y posesión de pornografía infantil, se pretende impedir la futura utilización de menores para la realización de dichos materiales. Compartimos la opinión⁷⁷¹ de que la tipificación de esta conducta no representa ninguna solución. El problema y su tipificación se encuentran en el inicio de la cadena de tráfico, y no en el consumidor final. Muy posiblemente en las motivaciones de este, subyacen eventos ocurridos en el proceso de formación de la

brutalmente atropelladas por el productor pornográfico), por lo que, al contrario de lo que sucede con quien se procura droga, el adquiriente no tiene ninguna legitimación para disponer de los intereses de un tercero. Ver ORTS BERENGUER, Enrique, ROIG TORRES, M., *“Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática”*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág. 207.

⁷⁶⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., *“La protección penal del menor”*, ob. cit., pág. 156.

⁷⁷⁰ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *“El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación”*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª. Época, N°18, 2006, pág. 194.

⁷⁷¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *“Análisis...”*, ob. cit., p. 323.

personalidad sexual, que generan atracción hacia personas menores de edad como consecuencia de algún episodio particular.

En consecuencia, la prohibición de la posesión de la iconografía relacionada no viene a representar alternativa alguna de solución, en tanto que la atracción física permanece sin afectar las tendencias del pedófilo a continuar consumiendo material pornográfico infantil⁷⁷².

Desde nuestra perspectiva, sin embargo, la atención y los esfuerzos de argumentación contra la penalización, deben proveerse de otro tipo de razones.

En principio, debe entenderse que la tenencia del material pornográfico no implica ni representa un abuso sexual. La raíz del problema de la explotación sexual de niños la ubicamos en el momento en el que se produce el acto de utilización del menor (abusos sexuales); y no ocurre cuando alguien ve una imagen alejado en el tiempo y el espacio del hecho, como si el acto se reprodujera en el tiempo mimetizándose⁷⁷³.

En segundo lugar, el tráfico de contenidos ilegales es movido por la intención de lucro de organizaciones criminales. Para acabar con la industria, lo lógico sería entonces castigar a los eslabones indispensables en la cadena de comercialización y distribución como la producción, venta y difusión, hipótesis que efectivamente tiene muy alto reproche social y jurídico previsto en el artículo 189.1.b) del CP español⁷⁷⁴.

Finalmente, compartimos la opinión de que, en la punición indiscriminada de la posesión de material pornográfico infantil, las insuficiencias político-criminales se conjugan con las debilidades dogmáticas. Sea que se opere dentro del enmarque de una lógica de fundamento del injusto post/consumativa, o dentro de una de adelantamiento o anticipación, no

⁷⁷² Esta postura, no obstante, es criticada por ESQUINAS VALVERDE alegando como contradictorio pedir la destipificación de la posesión de la pornografía infantil por considerarse que está alejada en el tiempo y la distancia del hecho de los abusos sexuales del menor y después estar de acuerdo con que se penalice todas las conductas de comercialización. Véase ESQUINAS VALVERDE, P., “*El tipo de mera posesión...*”, ob. cit. p. 197.

⁷⁷³ Idem nota anterior, p.198.

⁷⁷⁴ Desde la LO 11/1999, de 30 de abril, está tipificado en el Código Penal español el tráfico de pornografía infantil.

es posible apoyar sólidamente el castigo⁷⁷⁵. Ya sea por la inexistencia de lesión material del bien jurídico o por la insuficiencia de argumentos sobre una imputación objetiva arraigada en una peligrosidad hipotética y difusa, que se justifica ligada a criterios de acumulación de material pornográfico, no es de buen recibo en la doctrina la tipificación indiscriminada sobre supuestos que no resisten la prueba material.

En cuanto al adelantamiento de la punibilidad, en orden a que el delito de posesión para uso propio anticipa la barrera de intervención penal a un estadio previo y porque mantiene la punición, para combatir un peligro criminal de especial gravedad, sigue la estructura normativa de incriminación propia del Derecho penal del enemigo⁷⁷⁶.

Aunque en realidad estaríamos ante un Derecho penal del enemigo “*sui generis*” por cuanto centra el núcleo en la descripción de actos preparatorios que no acreditan la cualidad de singular peligrosidad, criminal objetiva inherente a los mismos, que requiriera una intervención penal de índole preventiva criminal.

Los actos preparatorios como regla general no han de ser punibles. Sólo muy excepcionalmente en algunos tipos de delito, en atención a la singularidad del bien jurídico protegido (como la seguridad de un Estado, la independencia nacional o los bienes de la humanidad), y a la entidad objetiva de la gravedad exteriorizadas en determinados actos preparatorios (como adiestramiento de una célula terrorista), podría recurrirse a la técnica normativa del Derecho penal del enemigo.

Pero ello no ocurre respecto de los actos tipificados en el art. 189.5 tenencia para uso propio o tenencia simple, en que se recurre a la incriminación solo por poseer o tener material pornográfico infantil.

⁷⁷⁵ COX LEIXELARD, J.P., “Contexto político-criminal. De los delitos de posesión. Waron Crime y expansión del Derecho penal”, en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (Coord.), “Delito, pena y proceso. Homenaje a Tito Solari Peralta”, Ed. Jurídica de Chile, 2008, pág. 142.

⁷⁷⁶ Ver POAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo: ¿Qué es?, ¿Existe?, ¿Debe existir, ¿Por qué existe?”, en JAKOBS Günther, POLAINO NAVARRETE, Miguel, POAINO-ORTS, Miguel, “El Derecho penal del enemigo en el contexto del Funcionalismo”, Flores Editor y Distribuidor, México, D.F., 2008, pp. 64 y sgts.

Esta aplicación de la aludida técnica de incriminación en los términos aludidos es especialmente defectuosa por comprometer, en los términos legislativos en que se ha producido, el propio y fundamental principio del acto en el Derecho penal.

De otro lado, pero también relacionado con la dogmática penal, es necesario analizar la situación de tener en la posesión y cuando provoca un estado.

El verbo tener no implica ni una acción ni una omisión, salvo que ese “tener” sea con la intención de realizar una acción, o sea, que se tenga para algo. La ausencia del elemento volitivo acarrea, desde nuestro punto de vista la atipicidad de la conducta por la orfandad de acción u omisión alguna, encontrándose amparado por el principio de reserva (art. 19 CN)⁷⁷⁷.

En tal sentido resulta ilustrativa la descripción formulada por LIJO⁷⁷⁸, al manifestar que el legislador, en lugar de acudir al modelo de mandatos imperativos –delitos de omisión– o mandatos prohibitivos de comisión–, adscribe a una pena a quien simplemente tiene; y tiene por ejemplo, las cosas del lugar quien permanece en la casa cuando el dueño la abandona, aunque mas no sea por unas horas. Quien repara un arma la tiene. Todo parecería indicar que con estos tipos penales (de posesión) se hayan querido señalar conductas evitables como hacer o no hacer algo, y no una relación eminentemente física entre una persona y un objeto, la formulación es deficiente.

La comisión del delito de tenencia supone necesariamente que ya se haya producido la lesión efectiva al bien jurídico que la norma intenta proteger⁷⁷⁹. Aquí estamos frente a un Derecho penal de autor, que penaliza la tendencia pederasta como tal, aun sin traducirse en actos que incidan sobre el menor o incapaz. Además existe la posibilidad de lesionar el derecho fundamental a la intimidad.

⁷⁷⁷ VIALE, C., “El cambio de paradigma político criminal del bien jurídico protegido del art. 128 del CP, en el período democrático”, en “Revista de Derecho penal y Criminología. La Ley”, octubre 2013.

⁷⁷⁸ LIJO, A., “Los delitos de tenencia o el tótem normativo al que se recurre para prohibir con tipos penales constitutivos”. Publicado en www.eldial.com.ar 19/3/2009.

⁷⁷⁹ BOUYSSOU, Norma, “Delitos de posesión: su escenario respecto de la acción y la tenencia de pornografía infantil para uso propio”. Suplemento extraordinario de Penal y procesal penal, 75° aniversario. “Revista La ley”, septiembre 2010.

E. Adelantamiento de las barreras de punibilidad

Algunos autores plantean la discusión en torno a los delitos de posesión partiendo de la distinción entre el concepto formal o material de delito. Ya advierte COX LEIXELARD⁷⁸⁰ que, si se parte de la concepción formal del delito, la delimitación del contenido de injusto de los tipos de posesión carece de relevancia, pues éste vendrá dado por su existencia legal y constitucionalmente producida.

Este enfoque es más bien pobre en criterios de corrección para enfrentar tipos delictivos con consecuencias insatisfactorias. Una visión material, por su parte, aunque por supuesto no garantiza mejores resultados, permite la inclusión de más elementos de ponderación.

Dentro de las teorías materiales, las ancladas en la protección de bienes jurídicos cubren un espectro que va desde el rechazo a la existencia de los delitos de peligro abstracto, hasta aquellas que, amparadas en la noción de bienes jurídicos supraindividuales, no sólo la toleran, sino que la ven con cierta satisfacción.

En general, las visiones materiales cuentan con más recursos interpretativos a la hora de intentar limitar los alcances de un delito de peligro abstracto⁷⁸¹. En efecto, compartiendo las advertencias del autor sobre los aportes del concepto material del delito, siempre será mejor ponderar un juicio a partir de evidencias materiales, que hacerlo con sujeción a potenciales eventos sobrevenidos respecto de los actos humanos. El peligro abstracto restringe el radio de acción permitida, y abre el horizonte a la sanción como único mecanismo contenedor de actos que se estiman como dañinos o potencialmente dañinos de un bien jurídico.

Entendemos que en el art. 189.5 del CP no se contempla una hipotética participación del mero poseedor en los delitos perpetuados en el material pornográfico. De ser así, entraría en concurso de delitos con cualquier otro de los contenidos en el Título VIII. Antes bien, la punibilidad prevista en el artículo citado se centra en evitar o prevenir que en el futuro se sigan utilizando a los fines que aquí comentamos a menores o incapaces por la existencia de un

⁷⁸⁰ COX LEIXELARD, J.P., “Contexto político-criminal...”, ob. cit., págs. 130 y ss.

⁷⁸¹ Idem nota anterior, p. 130 y sgts.

mercado negro que lo demanda en forma de material pornográfico. Como se deduce, se imputa la ocurrencia potencial de un delito, esto es, el peligro abstracto para los bienes jurídicos de contenido sexual de menores de edad e incapaces⁷⁸².

Tal ausencia de lesividad a ningún bien jurídico, a partir de la posesión de material pornográfico con menores en escena, deja claramente al descubierto un adelantamiento de las barreras del Derecho penal.

Se estima que la mera posesión de material con esta iconografía, puede ser catalogado entre los de *peligro abstracto remoto*, pues a la postre, si se castiga la posesión de material pornográfico, en cuya elaboración han sido utilizados menores o incapaces, es porque se presume que si se disuade al usuario de adquirirlo, los que lo producen dejarán de hacerlo, con lo cual se conjugará el *eventual riesgo* que, para los procesos de formación y socialización de unos y otros, entraña su intervención en la realización de los repetidos productos⁷⁸³.

En cambio, se critica que, al tiempo que indica se trata de un delito de *peligro abstracto puro*, con él se sigue el modelo penal de determinados países o regiones, sería el caso de los ordenamientos penales de algunos Estados norteamericanos⁷⁸⁴.

Por su parte, se considera⁷⁸⁵ que, si se parte del supuesto de que la finalidad del castigo del consumo de este tipo de materiales es incidir o atacar la explotación sexual infantil, ello obligaría a admitir un *desmedido e insólito avance de la barrera de protección*, pues de lo que se trataría no sería ya de castigar una incitación directa al abuso sexual de menores, pues el pedófilo puede limitarse a vivir su parafilia en el ámbito exclusivo de sus fantasías interiores, sino una *incitación* a una desviación sexual que *puede* llegar a provocar un atentado contra un bien jurídico (y ello sin entrar en la problemática de la eficacia de semejante incitación, pues ahí habría que plantearse si el usuario potencial de esta clase de pornografía es o no exclusivamente la persona que ya está afectada por esta patología sexual).

⁷⁸² BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Artículo 189...”, ob. cit., pág. 540.

⁷⁸³ ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la indemnidad...”, ob. cit., pág. 294.

⁷⁸⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., “Derecho penal y reforma legal...”, ob. cit., pág. 34.

⁷⁸⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., “La protección penal del menor...”, ob. cit., pág. 158.

Se estima que la única opción que posiblemente tendría acomodo, sería entender que se trata de un delito de peligro que se cierne como una amenaza para los procesos de formación y socialización de los menores e incapaces, sin requerir ningún tipo de lesión. Algo que podemos estimar lógico pero que se corresponde con una desfasada y errónea medida de Política criminal, en virtud de la cual se criminaliza una conducta carente de lesividad que, en cualquier caso, nunca debería haberse incluido en el Código penal⁷⁸⁶.

La percepción generalizada de la población en los países desarrollados sobre los riesgos y peligros que representa la red como escenario o espacio que expande las posibilidades de acción y el impacto de los efectos de la delincuencia organizada, así como el estado de alarma social sobre el que se dibuja el nuevo Derecho penal ha alimentado la tendencia expansiva de su uso hasta invadir ámbitos de la vida privada de los individuos.

En el reproche social que se hace al consumidor o poseedor de pornografía infantil se suele asociar directamente la conducta de este con los abusos sexuales sufridos por los niños que aparecen en dicho material⁷⁸⁷. Es decir, se utilizan y confunden indiscriminadamente términos relacionados pero nunca iguales como lo son la pedofilia y pederastia⁷⁸⁸.

Así se entiende cuando se atribuye a esa tendencia teñida de alarma social y con pretensiones morales la extensión de la relevancia penal de la pornografía infantil, hasta estadios previos completamente alejados de la libertad sexual y próximos a concepciones

⁷⁸⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “*Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil*” en AA.VV., “Ciberacoso: la tutela de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet”, GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coord.), 2010, pág. 198.

⁷⁸⁷ Conviene aquí recordar que el *pedófilo* es aquel que visualiza con fines de autosatisfacción este tipo de material, incapaz de llevar a la acción su fantasía con niños reales; mientras que el que abusa sexualmente de un menor es el *pederasta*.

⁷⁸⁸ Esta asociación directa que se hace del consumidor y el pederasta se recoge con el termino *dual offenders*, definido como los consumidores de pornografía infantil que además abusan de menores directamente, descubriéndose normalmente esta doble faceta en el curso de una misma investigación, a veces a partir de una investigación de pornografía, que lleva a descubrir un delito de agresión o de abusos sexuales y otras veces a la inversa. Véase DE LA ROSA CORTINA, J.M., “*Los delitos de pornografía...*”, ob. cit., pág. 261 a 294, en www.tirantonline.com.

preñadas de carga moral sobre las tendencias sexuales, como ocurre con la tipificación de la posesión para el consumo personal⁷⁸⁹.

Con el art. 189.5 del CP el Derecho penal pasa a tutelar intereses relativos a una difusa moral colectiva, criminalizando conductas no lesivas en las que queda diluida la función de protección de bienes jurídicos. En la tipificación de la posesión para uso propio de la pornografía infantil, la moral sexual ha adquirido protagonismo y aunque sabemos que los prejuicios culturales o morales influyen en el legislador a la hora de configurar los tipos penales, y que también pueden estar presentes en el intérprete y en el que tiene que aplicar la ley en los casos en los que el legislador no ha resuelto expresamente el problema, en un Estado social y democrático de Derecho debe velarse por los derechos o facultades subjetivos de los ciudadanos y no por concepciones ideológicas prejuiciadas sobre la realidad social.

Se ha compartido⁷⁹⁰ la premisa de que el único objeto posible a tutelar en el artículo 189.2 es la moral sexual resultando obvio que sólo de manera forzada y tangencial esa conducta lesionan la libertad sexual de los menores e incapaces.

Asimismo se señala que, cuando se tipifica la posesión de la pornografía infantil, en realidad se están protegiendo situaciones o relaciones sociales de la realidad que encajan dentro de una cierta idea de lo bueno y lo malo, representaciones sociales de lo que debe ser, pero no simples derechos o facultades objetivos.

F. Ilegitimidad de la tipificación de posesión de pornografía infantil

Existen tres puntos fundamentales a partir de los cuales se puede determinar la licitud o ilicitud de la tipificación expresa de la mera posesión de pornografía infantil. Estos son: a) la

⁷⁸⁹ MORALES GARCÍA, O., “*Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información*”, en AA.VV., “*Delincuencia informática, Problemas de responsabilidad*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. Consejo General del Poder Judicial, nº IX, Madrid, 2002, pp. 189 y 190.

⁷⁹⁰ BEGUE LEZAÚN, Juan José, “*Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contrala libertad e indemnidad sexual*”, en “*Revista del Ministerio Fiscal*”, Nº. 13, 2005.

protección de un bien jurídico que fundamente su aplicación; b) la utilidad práctica del precepto; y, c) la ampliación del tipo a otros supuestos⁷⁹¹.

Siendo coherentes con lo que hemos expuesto en las páginas anteriores, consideramos que *no existe un bien jurídico* que fundamente la tipificación de la posesión de pornografía infantil. La criminalización de la conducta es la respuesta punitiva del Estado a un sentimiento ilegítimo de un sector más o menos amplio de la sociedad que posee determinada moral sexual y procura su primacía sobre otras, o sobre la libre elección de la inclinación sexual. En efecto, la justificación de la punibilidad de la tenencia o posesión representa la asunción del Estado de una moral, en virtud de la cual reprime y castiga ciertas prácticas sexuales, probablemente no se haya reparado que con ello se discrimina a un colectivo de personas atendiendo a sus tendencias sexuales y se enseorea jurídicamente a ésta figura de la moral sexual colectiva, rechazada ampliamente por la doctrina penal española.

Manipular el ordenamiento jurídico, para disponer de las formas de control social del Estado al servicio de la protección de contenidos morales, es incompatible con un Estado democrático de Derecho.

En relación con *la utilidad del precepto*, nos preguntamos: ¿Qué cabe esperar una vez tipificada la conducta? ¿La eficacia de la incriminación se va a reflejar en la disminución de toda la cadena de tráfico? ¿Se puede corregir un trastorno de la personalidad como la pedofilia con un tipo penal? ¿O estaríamos en presencia de lo que la doctrina denomina un Derecho penal de autor?

En términos generales, los delitos de posesión han mostrado que no resultan ser eficaces en lo que declaradamente dicen proteger. El razonamiento político criminal es que eliminando la demanda se acaba con la oferta, por tanto, la penalización de la posesión está dirigida al que se estima el último eslabón de la cadena de tráfico de material pornográfico, es decir, el consumidor.

Hasta ahora se desconoce que a partir de la penalización de la pornografía infantil en España se haya producido la disminución en las tasa de criminalidad de distribución o

⁷⁹¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Análisis...” loc. cit.

producción de este tipo de iconografía, como esperaba el legislador; por supuesto, tampoco se han evidenciado efectos favorables en términos de una protección supraindividual a los menores en su indemnidad sexual.

Peor aún, si lo que se plantea desde la tendencia político-criminal de control del crimen, es garantizar a los miembros de la sociedad la seguridad necesaria para desarrollar su vida adecuadamente, con el recurso exagerado de tipos cada vez más alejados de la lesión de bienes jurídicos individuales, es imposible llevar a cabo esa finalidad.

Pese a su ineficacia los delitos de tenencia o posesión no son transitorios o fugaces en el sistema penal actual. Ante la tendencia político criminal de más control y seguridad se utiliza al Derecho penal como principal recurso, y los delitos de posesión son la herramienta más idónea pues permiten el adelantamiento de las barreras a través de los delitos de peligro abstracto.

Prevención, precaución, suspicacia, inocuización, prejuicio, parecieran ser los vocablos que alientan los cambios penales y que traducen los miedos sociales ante los riesgos potenciales. Toda una cultura preventiva que para garantizar las ansias de seguridad, expande las fronteras de control social no mediante medidas y políticas propias del Estado Social y Democrático, sino castigando cuanta conducta sea vista como el germen del delito de acuerdo con una moral dominante. En la doctrina, sin embargo, se advierte con mucha fuerza de la ineficacia de este uso indiscriminado y poco distintivo de los tipos de posesión, imponiendo protecciones genéricas y descentrando el esfuerzo que ha de privilegiarse sobre el bien jurídico, dejando en evidencia la inutilidad de la actuación represiva⁷⁹².

Por último, hay que tener en cuenta que si la penalización de la posesión obedece a una medida de Política criminal tendiente a actuar sobre el consumidor como el último eslabón de la cadena del tráfico, parece acertada la idea del legislador de tipificar como delito la simple posesión de material pornográfico infantil. Tal vez, el recurso de criterios de flexibilidad punitiva pueden fundar en la política real otra línea de actuación administrativa y legislativa más ajustada con las tesis de la doctrina española, que demuestren la ineficacia jurídica y social de continuar por el sendero punitivo de estos actos.

⁷⁹² COX LEIXELARD, J.P., “Contexto político-criminal...”, ob. cit., pág.141.

La jurisprudencia americana, por su parte, ha determinado que la posesión para el propio consumo de la *pornografía virtual* no representa ninguna afectación o ataque al bien jurídico indemnidad sexual, puesto que la lesividad de la acción originaria está muy alejada en el tiempo, en el espacio y en la línea de acción de la mera posesión para el consumo.

Esta hipótesis también debería de manejarse en el supuesto de la posesión de material real. Así se expresa, alegándose en relación con la producción de pornografía virtual que ésta se encuentra excesivamente alejada de la acción originariamente lesiva para el bien jurídico «indemnidad sexual del menor» (es decir, la de abuso sexual), lo mismo podría decirse respecto de la simple posesión de pornografía real, pues también en este caso ha de negarse toda ofensividad del comportamiento en lo tocante a dicho interés concreto. Y, por otro lado, si en favor de sancionar penalmente el comercio con aquellas imágenes ficticias se ha alegado la reiteración, la persistencia que las mismas suponen en cuanto al ataque contra la intimidad y la dignidad del menor que ya lleva implícito el acto del abuso sexual, un enfoque similar podría sostenerse en lo concerniente a la posesión de la pornografía «auténtica».

De igual modo ocurrirá en cuanto al frecuentemente esgrimido punto de vista de que castigando esas conductas se desincentiva o dificulta la futura comisión de abusos sexuales a niños y se reprimen las tendencias pederastas. Por consiguiente, *sensu contrario*, también resultará criticable la idea de su respectiva tipificación penal apelando al principio de la libertad de expresión, y de opinión como garantías constitucionales en beneficio de todo ciudadano, especialmente por lo que se refiere al marco de privacidad de éste y de sus derechos personales⁷⁹³.

Rechazamos la pretensión cada vez mayor de control del Estado sobre conductas que no afectan a ningún bien jurídico. Es el caso del consumidor de pornografía infantil, que le es violentado un derecho constitucionalmente consagrado como la libertad de expresión cuando se adelantan las barreras de protección del Derecho penal invadiéndose la esfera íntima de la vida privada y pretendiendo penalizar tendencias o fantasías sexuales que forman parte de la libertad de pensamiento de la persona.

⁷⁹³ ESQUINAS VALVERDE, P., “*El tipo de mera posesión...*”, ob. cit., pág. 192.

En este sentido, vale citar una célebre y añeja sentencia de la Corte Suprema sobre la causa Stanley versus Georgia de 7 de abril de 1969 en Estados Unidos. Ésta defendía expresamente que (...) la simple posesión de material obsceno nunca puede ser punible, ya que tal opción político-criminal implicaría un inadmisibles control del pensamiento por parte del Estado, irreconciliable con el principio constitucional de la libertad de expresión (...) que resulte plausible el interés gubernamental en regular el uso de la pornografía, la afirmación de dicho valor colectivo no puede ser aislada, en cualquier contexto del que se trate, de todos los intereses constitucionalmente protegidos, ya que, se dice, también es fundamental el derecho a ser libre, excepto en circunstancias muy restringidas, de intrusiones no deseadas por parte de las autoridades en la esfera de privacidad personal⁷⁹⁴.

Queda claro que en la penalización de la posesión simple de pornografía infantil existe un distanciamiento entre la conducta del sujeto, y la lesión de un bien jurídico individual o personal. Esto es así, entre otras cosas, porque el tipo fue canalizado a través de un modelo de incriminación que paulatinamente va haciendo abstracción de condiciones de la conducta provocadora del resultado.

Que continúe siendo criminalizada en el Código penal español sólo puede significar que responde a la necesidad del Estado de dar cumplimiento a la función de neutralización de la fuente de peligro, como le exige la nueva orientación político criminal, y la de satisfacer la creciente demanda social por seguridad. En suma, son desproporcionadas las consecuencias de castigar una conducta desprovista de todo efecto externo reconocible.

Por lo demás, no parece la solución más correcta intentar salvaguardar el interés del menor como potencial víctima de la pornografía infantil, a través de la sanción penal de la conducta del simple consumo o visualización de la iconografía asociada, por parte de personas adultas y con plena capacidad jurídica.

En conclusión, consideramos que es ilegítima la penalización de la tenencia simple de pornografía infantil porque no reúne los tres requisitos indispensables, a saber: no se salvaguarda ningún bien jurídico a menos que el legislador acepte que se protege la moral

⁷⁹⁴ ESQUINAS VALVERDE, P., “*El tipo de mera posesión...*”, ob. cit., pág. 218. En PARRA GONZÁLEZ, Ana, loc. cit.

sexual colectiva; el precepto no tiene ninguna utilidad o eficacia demostrada, y, el tipo no puede ni debe ser ampliado a otros supuestos.

G. Finalidad de la pena en el delito de posesión para uso propio

La pena establecida en el artículo 189.5 del CP español es de tres meses a un año de prisión o multa de tres meses a dos años. A partir de la definición de los límites de la pena nos preguntamos: ¿cuál es la finalidad de la pena en la posesión para el simple consumo? ¿Se cumple la finalidad resocializadora establecida en las penas de prisión? ¿Se cumple la prevención especial? ¿Se trata de una norma de prevención general?

La pena privativa de libertad como institución destinada a cumplir el fin de resocialización está altamente cuestionada. La cárcel ha terminado siendo sinónimo de depósitos de individuos considerados peligrosos para la sociedad.

Ahora bien, tomando en consideración la particularidad del autor del delito –el pedófilo–, el mismo es una persona que siente atracción sexual por los menores de edad y en cuanto tal, tiene una necesidad de satisfacción sexual innata que debe satisfacer como cualquier otra persona dependiente de alguna droga.

La prisión para el caso de personas castigadas por tendencias pedófilas carece de utilidad a los efectos de que abandone tales inclinaciones, pues no existe ningún evento que lleve a considerar que una vez cumplida la condena, hayan desaparecido las pulsiones que al parecer le llevan a la búsqueda de espacios de realización sexual con menores de edad⁷⁹⁵. Esto es, la finalidad preventiva de la pena de prisión establecida en el precepto que revisamos únicamente tendrá valor sobre los postulados de lo que verdaderamente es: una norma de prevención general, en tanto que la atracción sexual por los menores, seguirá presente en el

⁷⁹⁵ Existen tratamientos psicosociales para delincuentes sexuales genéricos que han mostrado eficacia en la disminución de la tasa de reincidencia entre un 10 a 20 % para los que se han sometido de manera voluntaria. Este dato no debe ser subestimado por quienes propugnan salidas más allá de la protección de los intereses de la sociedad mediante funciones preventivas generalizadas. Ver REDONDO ILLESCA, S., “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, pág. 17; LÖSELL, F., “¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delincuentes sexuales?”, en REDONDO ILLESCAS, “Delincuencia sexual y sociedad”, Ed. Ariel, 2002, Barcelona, págs. 361-396.

individuo por motivos innatos a la personalidad sexual de la sujeto que en espacios de libertad tenderá a volver sobre los actos propios de quien procura su gratificación sexual⁷⁹⁶.

En definitiva, considerando que la conducta del consumidor es inocua, que además no tiene ninguna utilidad práctica su tipificación, y que la pena no tiene ninguna otra finalidad que no sea la de protección de la sociedad ante individuos calificados de peligrosos, no queda más que insistir en la destipificación⁷⁹⁷.

H. El Derecho penal del enemigo en la posesión de pornografía infantil

Para hacer frente a focos de peligro que desafían el sistema constitucional del Estado de Derecho y para combatir a través de la prevención criminal fenómenos excepcionales de extrema peligrosidad criminal como el terrorismo, el narcotráfico, los delincuentes sexuales, la inmigración ilegal, ha surgido una postura teórica en la doctrina penal denominada Derecho penal del enemigo, cuyo principal exponente ha sido la de su creador Günther JAKOBS, proseguido por una minoritaria pero selecta y relevante escuela de continuadores. Esta nueva postura teórica en la doctrina penal descansa sobre un núcleo central alrededor del cual vertebra todo su discurso: un Derecho penal y/o procesal penal en los que las garantías son relativizadas e incluso suprimidas. Seguidamente tratamos de describir sus rasgos característicos y ubicarlo como marco conceptual teórico penal en el que se inscriben las reformas penales recientes en España⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, ob. cit., pág. 212.

⁷⁹⁷ En PARRA GONZALEZ, Ana, ob. cit., p. 379.

⁷⁹⁸ Sobre una revisión crítica, entre otros, véase CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Derecho penal del enemigo?”, en ALCÁCER GUIRAO, R.; CUERDA RIEZU, A. R., *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid*, Universidad Rey Juan Carlos, 8, 9 y 10 de marzo de 2005, ps. 77-96, Ed. Dykinson. Universidad Rey Juan Carlos I, Servicio de Publicaciones, D.L, Madrid, 2006; DEMETRIO CRESPO, E., “Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”, en PÉREZ ALVAREZ, F., (Edit.), *Serta: in memoriam Alesandro Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, ps. 1027-1054; PORTILLA CONTRERA, Guillermo, “El Derecho penal del enemigo”, en “Jueces para la Democracia”, N° 49, 2004; GRACIA MARTÍN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, en “Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología”, N° 7, 2005; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La configuración del homo sacer como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, en PÉREZ ALVAREZ (Ed.), *Serta: in memoriam Alesandro Baratta*, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, ps. 1401-1423; PRITTWITZ, C., “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán, ULFRIED, N.,

El actual Derecho penal del enemigo no es un simple retorno de una Política criminal autoritaria, sino una fase evolutiva nueva. La noción de Derecho penal del enemigo propuesta por JAKOBS en la primera aproximación (1985) es considerablemente más amplia (incluyendo sectores de regulación más próximos al «Derecho penal de la puesta en riesgo» o delitos de nueva introducción dentro del sector de la actividad económica) que la de la segunda y tercera fase (a partir de 1999), más orientadas con base en delitos graves contra bienes jurídicos individuales (de modo paradigmático: terrorismo).

La propuesta de JAKOBS parte de la coexistencia de dos modelos diferentes de Derecho penal: el primero dirigido a los ciudadanos con una función de seguridad normativa entendida como restablecimiento de la vigencia de la norma transgredida por el delincuente y la confianza de los ciudadanos en el Derecho; y otro Derecho penal dirigido a los individuos cuya función es la seguridad cognitiva dirigida a dar una respuesta más contundente frente a individuos que de forma grave y reiterada, se comportan en contra de las normas básicas que rigen la sociedad y constituyen una amenaza para el orden social. Para garantizar la seguridad cognitiva el Derecho penal del enemigo niega la condición de ciudadano a cierto tipo de delincuentes considerados enemigos sociales.

Según POLAINO-ORTS⁷⁹⁹, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido).

Un buen ejemplo es la posesión de pornografía infantil contemplada en el artículo 189.2 de CP español dirigida a castigar al consumidor de estos materiales. La conducta del que posee

“Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt”, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 259-288.

⁷⁹⁹ POLAINO ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo: *Qué es?, Existe?, Debe existir, Por qué existe?*” en El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo”, JAKOBS Ghunter, POLAINO NAVARRETE, Miguel, POLAINO ORTS, Miguel, Ed. Flores editor y distribuidor, México D.F., 2008, P. 61 y sgts. En el mismo sentido CANCIO MELIÁ, M CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del Enemigo*, en JAKOBS, G. /CANCIO MELIÁ, Manuel., “Derecho penal del enemigo”, Civitas, segunda edición, Navarra, 2006.

para su consumo está muy aleja del bien jurídico de la indemnidad o intangibilidad sexual del menor.

Otra característica de este Derecho penal del enemigo es que se imponen penas desproporcionadamente altas, especialmente, no se toma en cuenta la barrera de punición para reducir en correspondencia con la pena amenazada. Se recurre a los efectos inocuidadores con continuas reformas del Código Penal y/o a leyes penales especiales que, ante coyunturas particulares, establecen el incremento de las penas de prisión y se potencian medidas sancionadoras específicamente destinadas a combatir la peligrosidad de ciertos grupos delincuenciales: como los delincuentes sexuales.

Las características antes mencionadas del Derecho penal del enemigo pueden visualizarse en el artículo 189 del CP español que en sucesivas reformas se han aumentado las penas de prisión tanto del tipo básico como de las circunstancias agravantes.

I. Nuestra posición

Como punto de partida, es menester reconocer que los tipos de protección de sentimientos, aún cuando sean legítimos, pueden entrar en contradicción con un auténtico bien jurídico constitucionalmente reconocido para el autor de la conducta rechazada y considerada nefasta, desde los tabúes sociales y la moral sexual colectiva.

El tema aquí analizado de la posesión de pornografía infantil para consumo propio contemplada en el artículo 189.5 del Código Penal español llena todos los requisitos para ser considerada un tipo de protección de sentimientos, por lo siguiente:

a) no supone la lesión a ningún bien jurídico, la contemplación de las imágenes con esa iconografía, está alejada en el tiempo y en el espacio del abuso sexual sufrido por el menor;

b) la criminalización de la conducta afecta la esfera jurídica del otro. El derecho a la intimidad y privacidad de la persona que consume este tipo de materiales es violentado;

c) el consumo de estos materiales no deja consecuencias concretas identificables como daños tras la comisión del hecho;

d) sin duda, con este tipo se procura únicamente evitar sentimientos desagradables, contrarios a la moral sexual dominante, que lesionan las expectativas de conducta generalmente reconocidas que fundamentan un tabú.

A la tipificación de ésta conducta sexual ha contribuido el manejo mediático exacerbado que se hace en los casos de los niños que han sido víctimas de abusos sexuales. El sentimiento de miedo y enfado de un sector más o menos amplio de la sociedad, es utilizado para generar un escándalo y con ello la exigencia de más penas y castigos, para cualquier conducta cercana a la relación social entre adultos y menores.

El legislador español ha respondido al estado de alarma social, con la utilización del Derecho penal como única vía para calmar a las exigencias vindicativas sociales, creando nuevos tipos carentes de bienes jurídicos, que responden a sentimientos ilegítimos en la medida que entran en contradicción con los derechos del autor de las conductas penalizadas.

Partimos del supuesto de que el adulto que en un espacio íntimo tiene satisfacción sexual con la visualización de imágenes de pornografía infantil está haciendo uso de su derecho a la intimidad y privacidad. Es importante recordar el interés preponderante protegido constitucionalmente: el de que cualquier persona tiene derecho a la libertad ideológica, al libre desarrollo de su personalidad y a no ser discriminada por su condición o circunstancias personales (arts. 10.1, 14 y 16 CE) y, en consecuencia, a practicar las conductas sexuales que le parezcan oportunas.

Cabe concluir con las palabras de ORTS BERENGUER alusivas al arsenal punitivo previsto por el legislador para la libertad y la indemnidad sexuales en menores e incapaces, arsenal sin dudas tosco en que se ha victimizado, y victimiza a las personas a las que se quiere especialmente proteger.

Hacemos nuestras las palabras del mencionado autor, cuando afirma que la eficacia preventiva del Derecho penal es sólo relativa; que el Derecho penal, por su carácter subsidiario y fragmentario, debe ocuparse únicamente de las conductas más intolerables que atentan de la forma más grave contra los bienes tenidos por más valiosos en un conjunto social, y seleccionar las conductas más rechazables, más inaceptables para la convivencia ordenada de sus miembros, reservando para ellas la conminación punitiva; en consecuencia, que ha de evitarse

la criminalización de hechos tenidos, meramente, por inmorales; y que nunca debiera hacerse un uso simbólico del Derecho penal⁸⁰⁰.

En vista del afán punitivo manifiesto en las últimas reformas caracterizadas por nuevos tipos penales carentes de bien jurídico, con aumentos de penas en los ya existentes y con nuevas medidas complementarias a las penas, entre otros, nos asiste cierto pesimismo en relación con la posibilidad de eliminar los tipos penales clasificados como protectores de sentimientos o de tabúes y sentimientos. A pesar que son ampliamente cuestionados por la ciencia penal, sin embargo, consideramos, encontrará poco apoyo tanto en la doctrina penal que se está construyendo desde la ideología de la seguridad, como en la sociedad en la medida en que se refiera a las normas protegidas por nuevos tabúes⁸⁰¹.

Posiblemente el contexto social colonizado por la ideología de la seguridad de ínfulas a ésta forma de legislar penalizando comportamientos movidos por una fe social integrista que se abroga el juicio moral sobre los actos de las personas. Y los razonamientos que aluden a bienes intangibles como la seguridad nacional o la paz social amparen la creación de tipos o alarguen la pena de los ya existentes o ensanchen la cuarentena social inocuizando peligrosos sociales.

Seguramente será necesario no perder el norte del marco doctrinal en el que tarde o temprano, ha de dilucidarse su fundamentación, de manera que se vuelva sobre las condiciones materiales del delito y se recurra solo de forma accesoria, a las tesis protectoras del sentimiento social o a la prevalencia de ciertos juicios morales para regular bienes secundarios que, en cualquier caso, eludan su criminalización.

⁸⁰⁰ ORTS BERENGUER, Enrique, ALONSO RIMO, A., “*La reforma de los delitos...*”, ob. cit., pág. 41.

⁸⁰¹ HÖRNLE, T., “*La protección de sentimientos en el STGB*”, en Roland HEFENDEHL (edit.), “*La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?*”, Ed. Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, S. A, Madrid, 2007, p. 399.

II.- Penalidad: singularidades legales

A. Perseguibilidad

El legislador (art. 191 CP) ha creído conveniente dejar en la órbita del sujeto pasivo la posibilidad de persecución en este tipo de delitos, en orden a los aspectos íntimos que se encuentran comprometidos.

La norma enuncia además del agraviado a su representante legal o al Ministerio Fiscal: Sin embargo, cuando el ofendido no lo hiciera podrá subrogarse en sus derechos el Ministerio Público querellándose.

La denuncia no requiere de requisitos formales, podrá hacerse por escrito o en persona, compareciendo a juicio a fin de colaborar con la investigación, también la presentación de una querrela.

B. Perdón del ofendido

Con respecto al 2º párrafo del art. 191, desde 1989 ya había perdido total eficacia el perdón del ofendido, ello para poner fin a las presiones y/o eventuales coacciones o chantajes de que podía ser objeto la víctima de los delitos, y también para que no se truncara la investigación en delitos especialmente graves.

C. Agravante específica por la cualificación del sujeto activo

Conforme a los arts. 192.2 y 192.3 del CP, se trata de una agravante específica, que sólo se podrá imponer en los supuestos en que ascendientes, tutores, guardadores, maestros o curadores, o encargados de hecho o de derecho, del menor o incapaz intervengan como autores o cómplices, en la perpetración de los delitos comprendidos en el título, siempre y cuando estas circunstancias no estuvieran contempladas en el delito que se cometió. Ello es evidente sino estaríamos ante un caso donde se duplicaría la agravante.

Es una forma de punir el abuso de confianza o de autoridad del que se vale el agente para poder cometer el hecho facilitándosele su condición el acceso al menor.

En el inciso 3º también se castiga a los autores con la pérdida del ejercicio de los derechos que les asistían. Ya sea patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Además si se lo creyera necesario la inhabilitación para ejercer cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve el contacto con menores.

D. Filiación y fijación de alimentos

El precepto recuerda que este tipo de delitos llevan aparejados pronunciamientos sobre los perjuicios causados a las víctimas cuyo contenido será más de naturaleza moral que físico en muchas ocasiones. Dictada la condena por delito contra la libertad sexual, el legislador (art. 193 CP), admite la competencia del juez para concretar la responsabilidad civil, y fijar las cuestiones que procedan en orden a la filiación y los alimentos, lo que se fundamenta en la búsqueda de celeridad procesal y la evitación de acudir al correspondiente procedimiento civil⁸⁰².

E. Clausura de local o establecimiento

Por virtud del art. 194 del CP, se autoriza la clausura temporal o definitiva del local o establecimiento, abiertos o no al público, la primera de las cuales no podrá exceder de cinco años, para todos los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este Título (incluida la pornografía infantil). La LO 15/2003 había previsto un tipo específico en el art. 189.8 donde había existía la posibilidad de imponer las medidas previstas por el art. 129 del CP, cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización, asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a esas actividades. En consecuencia, el precepto legal del art.194 quedaba

⁸⁰² GOENAGA OLAIZOLA Reyes, “*Delitos contra la libertad sexual*”, en “Eguzkilore”, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, N°10 Extraordinario, Octubre 1997.

subsumido por esa norma. A tenor de la LO 1/2015 ese artículo ya no existe, por tanto, guarda su vigencia lo expresado por el art. 194.

CAPÍTULO VIII

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I.- Autoría

El autor del delito es quien lleva a cabo la conducta (acción u omisión), a la que cabe atribuir la significación que se desprende del injusto típico. Junto al sujeto activo pueden aparecer otros sujetos, que directa o indirectamente cometan o ayuden a desarrollar la conducta criminal al victimario.

El Código penal español contempla dos conceptos de autor, uno en sentido estricto, quien realiza el hecho como propio, y otro en sentido amplio, que comprende a los partícipes, especialmente importantes en el hecho de otro: el inductor y el cooperador necesario.

El problema de la aportación al delito estriba⁸⁰³ en la determinación de si la conducta del concurrente la realiza de manera directa de modo que el hecho típico cometido aparezca como su propio hecho, o si por el contrario su acción produce el delito solo de manera indirecta, o sea a través de la conducta de un tercero, de forma que el hecho típico aparecerá como un hecho ajeno en el que el concurrente, de uno u otro modo se ha limitado a colaborar. En el primer caso estaremos ante un supuesto de autoría y en el segundo en un supuesto de participación.

El art. 28 del CP⁸⁰⁴ define como autores a aquellas personas que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que sirven como instrumento. También se considerarán autores:

⁸⁰³ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 733.

⁸⁰⁴ Artículo 27: “Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices”.

Artículo 28: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

- 1) quienes inducen directamente a otros a ejecutarlo;
- 2) los que cooperan en su ejecución con un acto sin el cual el hecho no se habría efectuado.

Resulta muy claro el artículo cuando distingue entre quienes son autores y quienes se consideran autores. Este matiz lingüístico es importante para distinguir dentro del concepto amplio de autor las verdaderas formas de autoría de aquellas otras conductas de participación en la misma.

La diferencia inicial entre ambas figuras debe ser puesta de manifiesto en orden a lo que se ha denominado “principio de accesoriedad de la participación”, por cuanto el autor del ilícito no depende de un hecho principal para su comisión frente al partícipe que sí lo será castigado si existe un hecho antijurídico de parte del autor, es decir, actúa en una posición secundaria respecto de aquél⁸⁰⁵.

En relación al delito de corrupción de menores y al de pornografía infantil, analizaremos las distintas modalidades de autoría punibles. Si autor tal como manifestamos es quien realiza el hecho (núcleo del tipo), debemos plantearnos diversas cuestiones de hecho, que suceden cuando la acción es generada por una sola persona (autoría única inmediata), cuando se lleva a cabo valiéndose de un tercero como instrumento de ejecución (autoría mediata), o cuando se realice conjuntamente con varios individuos (coautoría).

En la autoría *directa* individual la acción criminal ha sido ejecutada por un solo sujeto, por ejemplo, quien utiliza a un menor para crear material pornográfico, quien produce material pornográfico, quien lo posee, etc.

En la autoría *mediata* autor mediato es el individuo que realiza el ilícito penal valiéndose de otra persona como instrumento. Aquí por cierto deben existir por lo menos dos individuos, uno que ejecuta la acción, y otro que se vale del sujeto.

Artículo 29: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

⁸⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Comentarios...”, ob. cit, p. 317; MIR PUIG, Santiago, “Derecho...”, ob. cit., pp. 367 y 396.

Esta figura debe distinguirse de la del partícipe, en tanto aquí opera una instrumentalización del ejecutor que puede estar fundada sobre la base del error, o el empleo de violencia física o moral. Por ejemplo, el empleado de mensajería que debe entregar un paquete con material pornográfico contra reembolso y desconoce su contenido (error). A diferencia del caso en que el transportista estuviera integrado en una organización criminal, estructurada, conociendo en consecuencia el contenido de la carga y de forma libre y voluntaria decidiera realizar la entrega, en que el autor sería un autor mediato que funciona como inductor de la conducta del empleado.

ROXIN⁸⁰⁶ propone englobar en la autoría mediata los supuestos en que el ejecutor sea responsable pero actúa como simple eslabón de la cadena de mando, pues si bien no puede ser sacado del dominio de situación, al mismo tiempo, es un engranaje en la maquinaria del poder y esta doble expectativa impulsa al sujeto de atrás, junto con él, al centro del acontecer.

En consecuencia, si no existió ningún tipo de presión, y el ejecutor puede formar de libremente su voluntad no cabrá apreciar semejante opción⁸⁰⁷.

Hay *coautoría* en la realización conjunta de un delito por parte de varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Por ejemplo, sujetos que acuerdan utilizar menores para su exhibición en espectáculos pornográficos, para ello convocan a los menores, los filman desarrollando escenas sexuales y les pagan a los iluminadores, vestuaristas, guionistas, etc. Todos realizan la acción típica.

Al respecto de ha indicado⁸⁰⁸ que “tratándose de producciones en las que hay una distribución del trabajo, autor podrá ser únicamente quien esté en condiciones de decidir la intervención del menor (...), lo que no estará al alcance de quienes se limitan a iluminar la escena o a controlar la grabación, que a lo sumo podrá ser considerados como cómplices. Esta situación estará circunscrita, casi en exclusividad, a los casos en los que se realice una

⁸⁰⁶ ROXIN, Claus, “*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*”, traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Barcelona, 2000, pp. 269 y sgts.

⁸⁰⁷ Idem nota anterior, pp. 269-288.

⁸⁰⁸ ORTS BERENGUER, Enrique / ROIG TORRES, M., “*Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 130.

producción del citado material de forma directa, refiriéndome a casos como la grabación en vivo de imágenes destinadas principalmente a conformar películas o reportajes fotografiados de naturaleza pornográfica.

En relación al supuesto del art. 189.6 del CP, disintimos de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, respecto a que la acción no puede ser llevada a cabo de manera conjunta por varias personas, en cuanto el deber de impedir el estado de prostitución o corrupción del menor o incapaz, o poner semejante situación en conocimiento de la autoridad competente, es una potestad innata de la persona que goza de semejante responsabilidad –normalmente el tutor o representante legal del menor o incapaz–, no siendo posible que un tercero juegue ese papel.

Ese rol lo pueden ejercer dos personas representantes a la vez, por ejemplo, la madre, si se ha puesto de acuerdo previamente con el padre o el representante para generar la situación, y en ese caso no habría dos delitos independientes originados por los progenitores, sino coautoría. Este supuesto conformaría una excepción a la regla general⁸⁰⁹.

II.- Participación

Su concepto es la contribución en un hecho ajeno, en el hecho del autor, de ahí su carácter dependiente del hecho de éste. De allí que si no existe un hecho típico y antijurídico, cometido por alguien como autor, no puede hablarse de participación (accesoriedad limitada), ya que no se puede castigar a alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para el autor.

Existen tres posiciones doctrinales reconocidas para determinar qué requisitos son necesarios en el hecho principal, para que la participación pueda ser constitutiva de delito.

⁸⁰⁹ JESCHECK y WEIGEND, en sentido contrario, por cuanto consideran la coautoría como la “omisión de impedir el resultado frente al deber jurídico de actuar que corresponde conjuntamente a varias personas”, admitiendo “que el caso verdadero de autoría sólo existe cuando el deber conjunto de actuar sólo puede ser cumplido en común”. Ver JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEN, Thomas, “*Tratado de Derecho penal, Parte general*”, traducción española de OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5ª. ed., Ed. Comares, Granada, 2002, p. 734; de igual forma, MIR PUIG, Santiago, “*Derecho...*”, cit., p. 395; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN rechazan el planteamiento por cuanto lo consideran incorrecto, ya que se confunde “la omisión de la coautoría” con la “coautoría en la omisión”: ver COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, “*Derecho...*” ob. cit., p. 753.

A tal efecto se distingue entre una accesoriedad mínima (se contenta con requerir que la conducta principal sea típica), otra limitada (que exige cuando menos un hecho principal típicamente antijurídico) y finalmente una extrema o máxima, (que requiere un hecho principal típicamente antijurídico y culpable)⁸¹⁰.

Con lo expuesto quedan delimitadas tres formas de participación:

A. Inducción

Es inducción la motivación dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito. Su regulación legal aparece contemplada en el art. 28.a) del CP español. Este precepto considera autores a “los que inducen a otro u otros a ejecutarlo”.

En tal supuesto también se debe afirmar la dependencia global de la inducción al hecho principal, de modo que el inductor deberá responder por el hecho del autor que ha sido por él incitado. Por ello, en la inducción existe la concurrencia de dos voluntades cuya coincidencia o acuerdo determina la infracción delictiva. En este sentido SCHULTZ⁸¹¹ analiza al inductor como aquel que tiene el dominio del hecho, ya que posee dominio del plan. En igual sentido JOERDEN⁸¹² ha expresado que debe haber una diferencia entre el cómplice y el inductor que se basa en la distinta estructura de ambas conductas. Debido a que la idea criminal ha sido puesta por el inductor, éste vendría a ser la causa moral, con lo cual ya, en esa fase, existe un peligro para el bien jurídico. Sólo se podría discutir el elemento voluntario frente al hecho, sin embargo también este, está presente debido a la planificación del acto. El instigador domina la fase de decisión del acto, como el autor la fase de iniciación del hecho.

Hay en esa conducta un peso fundamental. Esta circunstancia es lo que lleva a las distintas legislaciones—y esto se aplica en España y en Argentina— a que la pena del instigador y el autor sea la misma, no siendo así siempre para el cómplice. La advertencia resulta

⁸¹⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, “*Derecho penal, Parte general*, 5ª. ed. Corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 754.

⁸¹¹ SCHULTZ y RATGEBER, p. 145, cit. por MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, “*Derecho penal. Parte general*”, t. II, n.º. 51, p. 436.

⁸¹² JOERDEN, Jan, “*Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffsrelationen und ihre Verkettungen*”, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

importante, por cuanto, en el supuesto del inductor que domina el hecho, aunque no participe en él, pasaría a ser autor. Esto ha permitido a JAKOBS⁸¹³ sostener que el influjo psíquico constituye la inducción sólo si el autor adopta su decisión y persevera en ella con dependencia de la voluntad del que influye⁸¹⁴.

Un supuesto común en la práctica de la pornografía infantil se produce cuando el consumidor de material pornográfico infantil se pone en contacto con otros pedófilos, y acuerdan verse en algún lugar en compañía de menores. La primera vez que ocurre esta reunión el nuevo integrante del grupo suele mantenerse un poco al margen de la situación limitándose a contemplar a los infantes –si quiera hablar con ellos– y las actividades desarrolladas por los adultos. Sin embargo, a partir de la segunda cita este individuo comienza a integrarse de a poco, siendo incitado por los demás a realizar tocamientos a los menores, fotografiarlos, etc., en una situación donde es él quien va a decidir si comete la conducta típica ante la incitación de sus acompañantes o no.

Acción del inductor

Es inductor quien ha determinado a otro directamente a cometer un hecho punible. Es quien crea en el otro –autor– la decisión del hecho punible (art. 45 *in fine* CP argentino y art. 28 a) del CP español).

Elementos objetivos

Es posible considerar como medio idóneo a cualquier medio en virtud del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de voluntad del sujeto a inducir, y que fuera eficaz para originar en el otro la resolución delictiva: la violencia física o moral el convencimiento, el ruego, el mandato, la promesa de una recompensa, un consejo, cuando la voluntad del autor es dirigida de dicho modo a una meta delictiva constitutiva de una lesión típica de un bien jurídico⁸¹⁵.

⁸¹³ JAKOBS, Günther, “*Derecho penal, Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 804.

⁸¹⁴ Idem nota anterior, p. 805.

⁸¹⁵ MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl-Heinz / ZIPF, Heinz, ob. cit., pp. 438/439.

La mera indicación de la posibilidad para delinquir no parece comparable a la ejecución del delito, por lo que GÓMEZ RIVERO sostiene que debe requerirse un plus de riesgo para que el inducido ejecute el hecho delictivo al que se le incita⁸¹⁶.

Es necesario que se induzca a una determinada lesión típica de un bien jurídico, pues la exhortación genérica a cometer hechos punibles de cualquier naturaleza no es suficiente. Piénsese, por ejemplo, en una página de Internet que posibilita la publicación de fotografías pornográficas en la *web* para aquellas personas que estén interesadas –si se le quita el requisito de inmediatez entre inductor e inducido, podría haber una provocación, que resulta impune por no encontrarse tipificada–.

Cabe apreciar la aplicación de este instituto en todas las figuras del art. 189 del CP siempre y cuando se cumplan todos los requisitos mínimos establecidos para su observancia.

B. Cooperación necesaria y complicidad

Existen dos clases de cooperadores, los necesarios y los cómplices. Conforme al art. 28.b) del CP serán cooperadores necesarios “los que cooperaren a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”, y a tenor del art. 29 del CP son cómplices “los que hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

Los primeros reciben un tratamiento punitivo semejante al autor del hecho en tanto su comportamiento resulta esencial para la comisión del ilícito penal, mientras a los segundos se impone la pena inferior en grado ya que, pues si bien participan en la realización del hecho criminal su aportación no trasciende como necesaria para la consumación del delito.

En la mayor parte de los comportamientos descritos en el art. 189 del CP, se pueden dar tanto la cooperación necesaria como la complicidad; sin embargo, existen dos figura típicas donde se pueden establecer algunas dudas, como las relativas al tráfico de pornografía infantil 189.1.b. y la prescrita en el art. 189. 6, la figura de omisión del deber de impedir la continuación del estado de prostitución o corrupción en el que se encuentren los menores o incapaces.

⁸¹⁶ GÓMEZ RIVERO, Carmen, “*La inducción a cometer el delito*”, Valencia, 1995, pp. 71 y ss.

El tráfico de pornografía infantil, inicialmente, constituye un supuesto típico que admite tanto la cooperación necesaria como la complicidad. Por ejemplo, una persona que le facilita a un tercero los equipos para filmar los videos de material pornográfico a tales efectos. Éste sería condenado por utilización de menores en la creación material pornográfico, y el que le facilitó los equipos podría ser partícipe necesario o cómplice, conforme cual hubiera sido la importancia de utilización de los equipos.

Ahora bien, la propia descripción del tipo del art. 189.1.b) contempla como conducta típica los actos que facilitaren la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil. Siguiendo el ejemplo anterior, la cesión de los equipos para la filmación con conocimiento de la actividad para lo cual se iban a utilizar, constituiría un acto de facilitación de producción de material pornográfico infantil. En consecuencia, nos encontraríamos en el supuesto de sancionar dos veces por un mismo hecho, resultando la misma pena a imponer tanto como autor que como partícipe necesario.

El legislador, al incriminar la conducta –facilitar la producción, venta, difusión, o exhibición del material como delito propia del tráfico–, ya ha aportado la solución.

En la complicidad no cabe ni plantear este argumento, en tanto el art. 29 CP, a la hora de definir al cómplice, requiere que la conducta típica no haya sido ejercida por el autor o cooperador necesario.

Se podría dar la complicidad sólo en el caso de que el sujeto realizara actos que no estuvieran detallados en la figura, ni incluidos en “facilitar”, principalmente por consistir en una aportación no relevante para el tipo. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Supremo lo relaciona con cualquier actividad que preste posibilidades, estímulos y oportunidades u ocasiones (...), con lo que hasta la más mínima aportación al hecho criminal debe incluirse como facilitación en detrimento de cualquier forma de participación.

Con respecto a la omisión del art. 189.6 del CP, en los delitos de omisión esta particularidad presenta distintas opiniones en la doctrina penal por cuanto existe un sector partidario de admitir semejante situación y otros la rechazan.

En el caso que fueran varios los titulares del deber, desde el momento en que tomara conocimiento de la situación y no actuaran tomara parte en el producción del delito como autores. En la inducción el tratamiento es distinto, puesto que un tercero puede inducir a los autores quienes tiene el deber legal de al tomar conocimiento evitar la situación.

III.- Deberes de garante

En el art. 189.6 se describe una omisión de deberes como un delito de omisión de conducta exigida por la posición de garante. En los delitos propios de omisión, se castiga la simple infracción de un deber de actuar y equivalen a delitos de mera actividad (por ejemplo, en la omisión del deber de socorro, la acción impuesta consiste en prestar auxilio a la víctima, en la omisión de impedir delitos –éste sería el caso analizado–, la acción exigida es “no impedir la comisión un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, la libertad o libertad sexual).

Todos estos delitos tienen en común una serie de elementos tanto objetivos como subjetivos, a cuyo análisis⁸¹⁷ nos remitimos.

El at. 11 del CP enumera las fuentes formales que hacen surgir la posición de garante. El legislador no se contenta con establecer de forma genérica la fuente que habilita la garantía del omitente, sino que ese “especial deber jurídico del autor”, al que se hacía mención en el párrafo primero del precepto, los desarrolla fijando tres conceptos.

- 1) existencia de una específica obligación legal de actuar
- 2) Existencia de una específica obligación contractual de evitar el resultado.
- 3) Por la injerencia o el actuar precedente del omitente, que haya creado una situación de riesgo para el bien jurídicamente protegido.

Determinadas personas están obligadas a velar por la integridad de un bien jurídico debido a que el mismo se encuentra dentro de su ámbito de dominio. Ellos han adquirido el

⁸¹⁷ Ver tipo penal, análisis de la figura del 189.6 CP en el presente trabajo.

compromiso de evitar que pueda ser puesto en peligro o incluso lesionado. Si debido a su conducta contraria a derecho, tal resultado o la lesión se producen, responderán como garantes.

El origen de este compromiso puede deberse a varias circunstancias, que la doctrina suele agruparlas en tres: deberes deducidos de una estrecha relación vital, deberes que surgen por el ejercicio de determinadas profesiones, y deberes de protección asumidos voluntariamente.

Deberes de garante deducidos de una estrecha relación vital

Los deberes de garante deducidos de una estrecha relación vital constituyen aquellos compromisos deducidos de la convivencia familiar o simplemente de la convivencia de hecho. En el caso el familiar que convive, el acogedor, etc. Sin embargo, resulta importante señalar que no toda comunidad de vida genera automáticamente la posición de garante. El juez para decidir sobre esta, debe comprobar dos extremos: la relación de dependencia y el contenido real de esa comunidad de vida existente entre el omitente y el allegado en el momento de la omisión.

La ponderación entre el grado de dependencia del omitente y el portador del bien jurídico no debe hacerse en abstracto, sino referida al concreto momento en que se produce la omisión. Además se requiere comprobar la existencia real de una comunidad de vida.

Deberes que dimanen de la regulación legal de determinadas profesiones. El fundamento de la posición de garante del profesional hay que buscarlo en la infracción al deber extrapenal derivado del papel social que desempeña el omitente.

Deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria de específicas funciones protectoras

Dentro de este grupo se incluyen, no sólo los compromisos asumidos por vía contractual, sino también los aceptados expresa o tácitamente de forma voluntaria. Lo importante es que la aceptación voluntaria de la protección coloque al bien jurídico en una clara situación de dependencia respecto del omitente⁸¹⁸.

⁸¹⁸ En la actualidad la doctrina más avanzada estima con acierto, que es preferible prescindir del contrato como origen de la posición de garantía y si, en cambio fijar la atención en el hecho de si el sujeto ha creado con la

Deber de vigilancia de una fuente de peligro

La posición de garante también puede aparecer cuando la indemnidad del bien jurídico depende del control personal de determinadas fuentes de peligro ya existentes⁸¹⁹ o generadas por alguna acción u omisión precedente contraria a derecho.

En todos estos casos el sujeto queda en posición de garante y en consecuencia obligado a evitar la producción del resultado típico.

La doctrina distingue dos grupos de supuestos: el deber de control de fuentes de peligro situadas en el interior de la esfera de dominio del sujeto; y el actuar precedente o injerencia.

En el primer caso el fundamento es el principio de confianza, o sea, la sociedad confía que aquél que ejerce el poder sobre un espacio delimitado dominará los peligros para terceros que en dicho ámbito puedan proceder de objetos, personas, animales, instalaciones o maquinarias, etc., aquí se encuadraría el tipo del 189.6. Los sujetos activos calificados deberán impedir la continuación del menor en el estado de corrupción y prostitución en la que se encuentra el menor, o acudir a la autoridad si careciere de medios suficientes para la custodia del menor.

En el segundo caso se hace referencia al garante por injerencia o por una acción y omisión precedente generadora de un riesgo para el bien jurídico. Se trata de un tema controvertido debido a que una admisión de esa fuente de garantía sin restricciones introduce en forma solapada componentes propios del “*versari in re illicita*”.

asunción voluntaria del compromiso, una situación de confianza de tal índole que el sujeto ha dejado en manos del garante la protección del bien jurídico.

⁸¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “*Lecciones de Derecho penal, Parte general*”, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 154.

IV.- Responsabilidad de las personas jurídicas

El art. 189 bis CP establece que, cuando de acuerdo a la establecido por al art. 31 bis⁸²⁰ una persona jurídica es responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le

⁸²⁰Artículo 31 bis: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

impondrán penas de multa y atendidas las reglas establecidas por el art. 66bis⁸²¹, los jueces, tribunales podrán asimismo imponer la penas recogidas en las letras d b) a g) del apartado 7 del art. 33⁸²².

-
- 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
 - 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
 - 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
 - 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
 - 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
 - 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

⁸²¹Artículo 66 bis:“En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

Se ha señalado⁸²³ que, tratándose de producciones en las que hay una distribución el trabajo, “autor podrá ser únicamente quien esté en condiciones de decidir la intervención del menor (...), lo que no estará al alcance de quien se limita iluminar la escena o a controlar la grabación, los cuales a los sumo podrán ser considerados como cómplices”. Esta situación está circunscrita, casi en exclusividad, a los supuestos en los que se realice una producción de la citada materia en forma directa, refiriéndonos a casos como la grabación de imágenes destinadas, principalmente a conformar películas o reportajes fotográficos de naturaleza pornográfica. Pero resulta más complejo el caso en el que intervino una organización o unión de personas tendientes a difundir esta iconografía. Es el caso habitual de la publicación de material pornográfico a través de Internet en donde, al menos dos o más personas se distribuyen las tareas de publicación.

Desde otro punto de vista, la doctrina tiende a identificar los delitos sexuales con los de “propia mano” que se caracterizan por la necesidad de que la acción sea ejecutada personalmente por el sujeto activo descartándose de esta forma la autoría mediata.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66.
 - b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.
- ⁸²² Art. 33.7: “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
 - f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
 - g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”.

⁸²³ ORTS BERENGUER, Enrique, ROIG TORRES, M., “*Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 130.

Por nuestra parte, no creemos que estos delitos pertenezcan a dicha categoría, principalmente por el alejamiento que la legislación viene sufriendo principalmente respecto de criterio puramente morales a la hora de fundamentar los tipos.

En atención a esto último, creemos que la posibilidad de considerar autor al “hombre de atrás”, es viable teóricamente. Incluso si no se aceptara la autoría mediata, la amplia descripción típica empleada por el legislador, permitiría igualmente, castigar a quien obliga a otro a perpetrar determinadas conductas sexuales típicamente relevantes⁸²⁴.

Hay ciertas hipótesis que resultan mejor explicadas si se vinculan a la autoría mediata, como es, por ejemplo, el caso contemplado en el precepto concerniente a la determinación a realizar acciones de significación sexual delante de un tercero. Parece que el modo de describir la conducta está dirigido a aquellas situaciones en que una persona obliga a un tercero a realizar conductas lesivas desde el punto de vista del bien jurídico (típicas) ante un tercero, lo más probable que por petición de este último, sea a modo de favor, sea por medio del pago de una prestación.

En este caso, como en todos aquéllos de difícil encuadramiento dentro de la autoría directa, lo aconsejable es recurrir a la autoría mediata, tanto porque es lo correcto doctrinal y legalmente, como porque permite, en la medida de lo posible, evitar perniciosas consecuencias a nivel de impunidad de conductas especialmente graves.

Al respecto se ha advertido que, nuevamente, el problema que puede plantearse es si en estos casos puede proceder la aplicación del art. 30 del CP⁸²⁵, cuyos requisitos de aplicación

⁸²⁴ COX LEIXELARD, Juan Pablo, “*Los abusos sexuales. Aproximación dogmática*”, Ed. Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2003, p. 282.

⁸²⁵ Artículo 30: “1. En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.

2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda.

3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

son sintéticamente dos. Por una parte que la difusión forme parte de la estructura típica del delito y por otra, que lo difundido se encuentre valorado negativamente por el ordenamiento jurídico. En este caso parece que concurren ambos elementos. Hay difusión en los casos de *streaming* y utilización de redes 2P2, siempre y cuando no se exija previo pago y de otro lado, no se puede cuestionar que el ordenamiento jurídico valora negativamente la pornografía infantil o de incapaces. De mantener tal criterio las consecuencias serán dos⁸²⁶:

1) La exclusión de la responsabilidad de los cómplices en el delito (p. ej., quien en su página *web* proporciona un enlace a otra página *web* en la que se alojan contenidos pornográficos de estas características; o quien consciente de que esas actividades de difusión tienen lugar en su negocio dedicado a la explotación de equipos informáticos pro precio, se abstiene de intervenir para impedirlo; o el técnico informático de una empresa o de la universidad que no impide que en los equipos bajo su control se llevan a cabo tales actividades –aunque ciertamente estos últimos serían ejemplos de complicidad por omisión, algo más complejo de elaborar–.

La segunda consecuencia de la aplicación del art. 30 sería la limitación de la responsabilidad de los autores que responderían escalonadamente. Para evitarlo, probablemente la única solución sea tomar en consideración que el art. 189.1.b, no sólo sanciona a quien distribuya pornografía infantil, sino a quien facilita su difusión, por lo que resulta clara la voluntad legal de sancionar también a los cómplices de tal delito, incluso a título de autor.

Teniendo en cuenta el término *facilitar*, expresado en el art. 189 CP, consideramos esencial hacer una especial referencia a criterios jurídicos a través de los cuales pueden responder penalmente por este tipo de conductas los proveedores de acceso a *Internet Service Providers (ISPs)*. Estas son organizaciones empresariales que –normalmente con ánimo de

4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior”.

⁸²⁶ GÓMEZ LEOPOLDO, “*El delito de pornografía infantil*”, ob. cit., p. 79.

lucro— además de dar a personas acceso a Internet, les ofrecen otros servicios como por ej. hospedaje en las páginas *web*.

Se sostiene⁸²⁷ que, si se trata de un delito de consumación instantánea, los responsables del *ISP* sólo responderán de las conductas delictivas que en su caso tengan lugar, desde que hayan conocido la realización de actividades delictivas y decidido sin embargo no bloquear el acceso. No responderá de conductas delictivas anteriores, pues en ese caso se trata de delitos ya consumados. Si se tratara de un delito permanente, los responsables de la *ISP* responderán de conductas delictivas, desde el momento en que conocen la actividad delictiva y deciden no bloquear el acceso, permitiendo con su omisión la continuidad de la actividad delictiva.

En concreto, se estima⁸²⁸ que a los prestadores de servicio de alojamiento *web* se les exige de responsabilidad si no tienen conocimiento del carácter lesivo u ofensivo de lo que alojan, y cuya realización propician al facilitar ese alojamiento. La idea de partida es la admisión del desconocimiento, salvo que sea recibida una indicación concreta (administrativa o judicial) de que debe ser retirado un dato o archivo. Si se desobedece ese mandato es posible incurrir en responsabilidad patrimonial y administrativa, pero en principio, sólo eso.

Luego puede haber obligaciones adicionales, como la de mantener un registro o archivo de las comunicaciones, que tiene su explicación en posibles necesidades en la investigación de delitos, pero si que tampoco pueda generar una fuente de responsabilidad penal la pura y simple inobservancia de ese deber.

En el mismo sentido, se estima⁸²⁹ que “como las empresas dedicadas a la provisión de contenidos en Internet no los pueden controlar (pues meramente juegan un papel técnico de ser intermediarios de la circulación de información) y sería exacerbado imponerles su vigilancia, se les ha exigido (art.11) ley34/2002) un carácter de “custodia pasiva”, de modo y manera que

⁸²⁷ FERNÁNDEZ TERUELO Javier G., “*La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: Cuestiones claves*”, Universidad Nacional de educación a Distancia, Boletín de la Facultad de Derecho, N° 20, 2002, pp. 267-268.

⁸²⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Internet y Derecho penal. Imputación de delitos y determinación de la competencia*”, en “La Ley penal”, sección: estudios, n° 37, abril 2007, 112772007, disponible en www.laleydigital.es, p.12.

⁸²⁹ VELASCO NUÑEZ, E., “*Aspectos procesales de la investigación y de la defensa en los delitos informáticos*”, en “La Ley” (España), n° 6506, sección: doctrina, año XXVII, 16/6/2006, disponible en: www.laleydigital.es, p.13.

responderán penalmente, en su caso, por no haber detectado en sus páginas la existencia de contenido ilícitos una vez hecho, notificado, ordenado y sabido, si éstos no los retiran (comisión por omisión), además de los supuestos en que ellos sean los propios creadores directos o cooperadores necesarios en la difusión del contenido de lo ilícito o asuman el papel de moderadores o gestores en foros de debate. No les son de aplicación los criterios de autoría en cascada fijados por el art.30 del CP español para los delitos de difusión mecánica, pues amén de parecer pensados para la prensa, son más delitos los informáticos, de difusión telemática y en cualquier caso la capacidad de control de introducción de contenidos presuntamente ilícitos en el proveedor es inexistente. Vulneraría el principio de culpabilidad hacer recaer responsabilidad penal en los prestadores de servicio y proveedores de Internet, pues ellos no originan, ni modifican, ni seleccionan, ni destinan información de contenido ilícito, en el hecho de acceder o transmitir lo que hayan hecho sus usuarios y no tienen sobre los mismos, mientras dure esta ignorancia, ningún poder de dirección, autoridad o control”.

CAPÍTULO IX

ITER CRIMINIS

I.- Planteamiento

Todo delito nace, como toda acción humana, en la mente del autor, la deliberación puede ser o más o menos breve o hasta estar ausente, pero la resolución es presupuesto de todo hecho doloso⁸³⁰. Por ello pueden señalarse dos etapas delimitadoras de la evolución del *iter criminis*, una interna y otra externa.

En la interna encontramos todos los momentos del ánimo a través de los cuales se formaliza la voluntad criminal y que preceden a su manifestación-la ideación del delito, la deliberación anterior a la decisión de cometerlo la resolución criminal; mientras que la segunda tiene su origen a partir de la exteriorización de la voluntad, desde la que el proceso de realización del delito puede proseguir a través de la preparación y la ejecución, hasta la consumación⁸³¹.

No cabe incriminar penalmente los actos ejercitados en la primera etapa, en tanto el mero pensamiento de la acción no es sancionable –*cogitationis poena mnemo patitur*–, pero desde el momento en que se manifiesta la voluntad de realizar un ilícito penal, existiendo una afectación al bien jurídico, aunque sea de manera abstracta, ya es posible incriminar semejante actitud. El Derecho penal español se caracteriza por mantener lo que se ha denominado teorías objetivas, esto es la razón del castigo es la puesta en peligro del bien jurídico protegido lo cual explicaría que, aún dirigidas por una misma finalidad subjetiva, se castiguen de diversa forma la preparación, la ejecución imperfecta y la consumación⁸³².

La preparación del delito se diferencia de la simple manifestación de la voluntad criminal en que aquella se dirige a la ejecución, mientras que ésta puede llevarse a cabo sin tal finalidad. Ejecutar el delito es, dar comienzo a la realización del hecho típico. En la práctica el problema es determinar en algunos supuestos, distinguir el instante proceso en el que comienza lo jurídicamente relevante; es decir el origen de la fase externa, en el sentido de si los actos

⁸³⁰ MIR PUIG, Santiago, “*Derecho...*”, ob. cit., p. 335.

⁸³¹ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, “*Derecho...*”, ob. cit., p. 712.

⁸³² MIR PUIG, Santiago, “*Derecho...*”, ob. cit., pp. 336-339.

están orientados o no, a la comisión del delito ya que admitir semejante posibilidad puede poner en peligro determinados principio básicos como la seguridad jurídica, presunción de inocencia, intervención mínima del derecho penal⁸³³. ¿Debería castigarse a una persona que compra una computadora con el propósito de adquirir pornografía infantil?

II.- Actos preparatorios punibles

Por regla general, los actos preparatorios están tan alejados de la consumación que no podrán aparecer como una amenaza para el bien jurídico protegido. Sólo por razones especiales de política criminal se comprende por qué, el legislador únicamente castiga de modo excepcional las conductas preparatorias⁸³⁴.

El delito de corrupción de menores es de aquellos delitos que se conocen como de “mera actividad”, siendo su principal características que no se exige un resultado típico separable, del inmediatamente producido por la acción típica: corromper.

La calidad de delito de mera actividad nada dice respecto de la posibilidad de concebir la conducta en etapa de tentativa, pues ello depende de la fraccionabilidad de ésta. En los abusos sexuales, sí se pueden distinguir etapas o grados de ejecución, sobre todo en relación al acompañamiento de las circunstancias constitutivas de abuso, por lo que la tentativa punible es perfectamente plausible.

En el ordenamiento jurídico penal español, el código sanciona de manera expresa determinados actos preparatorios en delitos como, la tenencia de precursores para la elaboración de drogas (art. 371).

Asimismo los artículos 17 y 18 del CP incluyen bajo la terminología actos preparatorios punibles la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir. El fundamento de esta

⁸³³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermín, PRATS CANUT, J.M., “*El iter criminis*”, en QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, “*Compendio...*”, ob. cit., p. 575.

⁸³⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, traducción española de OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5ª. ed., Editorial Comares, Granada, 2002, p. 562.

última es la mayor peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal requiriendo la concreta alusión del tipo penal aplicable al efecto para su sanción, circunstancia que no concurre en los delitos de pornografía infantil, lo que permite negar esta modalidad en el delito que analizamos. Así, se ha afirmado que “el CP de 1995 abandona el sistema de punición general de los actos preparatorios, tanto por sus defectos jurídicos y políticos cuanto por su inoperancia real, sin perjuicio de que se castiguen en aquellos casos en que se haga expresa indicación de su punición”⁸³⁵.

Esta opción es la que debe prevalecer en un Estado social y democrático de Derecho, pues –como afirmaba JIMÉNEZ DE ASÚA– la incriminación es rechazada por quienes conciben el Derecho penal como el más enérgico medio de tutela de las libertades, y el art. 1 de la Carta magna propugna como el primer “valor superior” de su ordenamiento jurídico la libertad, no pudiendo conminar con pena conductas carentes por sí mismas de lesividad⁸³⁶.

En coincidencia con lo afirmado, no cabe apreciar actos preparatorios en las conductas típicas de pornografía infantil, integrantes del art. 189 del vigente texto punitivo.

La única excepción podría llegar a ser la consideración de la simple posesión como acto preparatorio punible. La motivación de esta apreciación, se concreta en un claro intento del legislador de evitar la futura circulación del material pornográfico infantil entre pedófilos. El consumidor de la citada iconografía tiende a medio o largo plazo a contactar con otros sujetos a través de *chats* creados al efecto, para proceder al intercambio de material pornográfico infantil, con la finalidad de contar siempre con nuevas representaciones pictóricas; en tanto es un denominador común en el ser humano, buscar nuevas imágenes cuando las antiguas han sido demasiado observadas y no aportan el beneficio buscado.

El hecho de poseer pornografía infantil ¿lleva implícito un futuro intercambio con terceros?

Se ha de partir de la premisa de la existencia de un bien jurídico, que de no apreciarse en la mera tenencia haría decaer la adecuación del Derecho penal a estos supuestos, por carecer de

⁸³⁵ QUNTERO OLIVARES, Gonzalo, “Artículo 17”, en QUNTERO OLIVARES, “Comentarios...”, ob. cit., p.130.

⁸³⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás, “Derecho...”, ob. cit., p. 721.

relevancia la manifestación de una conducta neutral desde el punto de vista axiológico de la valoración jurídico-penal.

III.- Tentativa

La tentativa se encuentra definida por el art. 16.1 del CP español en los siguientes términos: “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

La tentativa se caracteriza por la no producción del resultado típico, porque hay un intento que fracasa, o bien porque no se ha completado la ejecución, o bien porque completada ésta, el resultado delictivo no se ha producido⁸³⁷.

En relación a lo expuesto, la figura del art. 183 bis y la casi totalidad de las figuras del art. 189 CP admiten la tentativa, sin perjuicio de tratarse de delitos de simple actividad, si bien en un principio no parecería lícito admitir la tentativa acabada por cuanto supondría la consumación del ilícito penal.

Por las propias características de los tipos analizados la tentativa acabada, también será posible apreciarla en algunas conductas descritas de tráfico (art. 189.1.b); en cambio, en los casos de exhibición del material pornográfico infantil, el tipo no se consumará hasta que los usuarios accedan o vean las imágenes.

Se plantea⁸³⁸ el supuesto del individuo que introduce material pornográfico en la Red siendo detenido, y procediéndose a la retirada antes de que algún usuario haya tenido posibilidad de examinarlo. Este supuesto debería ser considerado como de tentativa acabada ya que el sujeto activo ha realizado todos los actos individuales necesarios para la realización del

⁸³⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, “Derecho...”, ob. cit., p. 727.

⁸³⁸ ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, M., “Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

delito, sumándose en el monto en el que un tercero ajeno a las intenciones del auto contempla la iconografía.

La tentativa se admitiría en las hipótesis típicas del precepto mencionado, y la excepción sería el delito putativo, o sea, los supuestos en que el autor cree estar cometiendo un delito, cuando realmente su comportamiento es irrelevante desde el punto de vista jurídico penal. A fin de respetar el principio de legalidad jamás se podría incriminar esta conducta.

De todas formas, lo más frecuente es la tentativa inacabada, por ejemplo, el abortar la presentación de un espectáculo pornográfico en donde iban a aparecer menores manteniendo relaciones sexuales, pero la intervención policial evita la comparecencia de los infantes.

En relación a la tentativa inidónea, que consiste en la actuación del autor dirigida a la realización del tipo penal, no pudiendo alcanzar al consumación del hecho por razones fácticas o jurídicas. Por ejemplo, el sujeto que realiza video filmaciones de menores manteniendo relaciones sexuales sin saber que la filmadora no funcionaba correctamente.

IV.- Desistimiento

El art. 16.2 del Código penal exime de responsabilidad por el delito tentado⁸³⁹ a quien “evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

El fundamento de esta figura ha sido muy debatido y suele fundarse en la desaparición de la antijuridicidad, del hecho, de la culpabilidad o de la reprochabilidad.

⁸³⁹ Art. 16: “2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

ROXIN propone un criterio de valoración del desistimiento basado en la racionalidad del delincuente, y habrá de estudiar si semejante acto responde a los hechos típicos del victimario en cuyo caso deberá rechazarse la impunidad, mientras que si su actuar fuera distinto del común de los delincuentes, se admitirá se admitirá.

Con respecto a los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil, no existen problemas en la aplicación de la figura. En cuanto al desistimiento cualquier ejemplo resulta práctico modificando la intervención de la policía que interrumpe, por la del sujeto activo por ejemplo la persona que convoca a una serie de menores para la creación del material y desiste en su intento para dedicarse a otra actividad lícita.

El párrafo del art. 16.3 menciona el supuesto de que interviniendo varias personas en el delito uno quisiera desistir, y expresa que en ese caso quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada e impidan o intenten impedir seriamente la consumación, sin perjuicio re la responsabilidad en la que hubieran podido incurrir por los actos ejecutados si estos fueren constitutivos de otro delitos.

Por ejemplo, en el caso que intervinieran tres sujetos para distribuir material pornográfico, cuando están llevando los videos para ser entregados, uno desiste de su actitud pretendiendo convencer a los otros, deshaciéndose de parte del material en cuestión lo que origina una fuerte discusión con los otros dos que recogiendo el material siguen con su acción. Quien desiste queda exento del delito de tráfico por cuanto el arrepentimiento obra como una circunstancia eximente.

V.- Análisis de la consumación en las singulares figuras típicas

A. Corrupción de menores

La corrupción de menores del art. 183 bis CP queda consumada cuando se ha lesionado el bien jurídico protegido, esto es la indemnidad sexual del menor y la correcta formación y desarrollo de su sexualidad. Es un delito formal por tanto no requiere de un resultado material.

El art. 189 del CP contempla varias figuras, cada una de las cuales presenta un momento de consumación propio que responde exactamente al momento de vulneración del bien jurídico protegido.

189.1.a) Captación y utilización de menores o incapaces con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos para elaborar el material, financiar o lucrarse con la actividad.

1) *Captación*. La consumación se produce a partir de que el sujeto activo capta al menor o incapaz con la finalidad prevista en el tipo.

2) *Utilización* de menores o incapaces con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos. A partir del momento en que el menor o incapaz entra a formar parte del espectáculo o la actividad exhibicionista o pornográfica. El tipo puede consumarse por una acción activa del infante –mantener relaciones sexuales– o pasiva –menor utilizado en una escena pornográfica en la que sólo se limita a mirar los juegos sexuales efectuados por otros menores–.

2) *Elaboración* de material pornográfico. El tipo se consuma desde el instante en que el sujeto activo empieza a desarrollar alguno de los verbos –filmar, fotografiar, grabar– que forman parte de la acción originadora de la creación de la iconografía, independientemente del soporte utilizado.

3) *Financiación*. La consumación se produce en el momento en el que el autor acuerda aportar los medios económicos o materiales necesarios para la actividad exhibicionista o pornográfica sea llevada a cabo.

4) *Lucro*. La consumación se produce en el momento en que el autor obtiene rédito de la actividad efectuada.

B. Pornografía infantil

1) *Producción*. Se consuma cuando concluye la actividad técnica de plasmación y procesado a soporte gráfico de las imágenes obtenidas de los menores o incapaces.

2) *Venta*. Si bien no existe un criterio unánime del momento consumativo, de conformidad con lo expuesto en la STS del 10 de marzo de 1992 (RJ1992/2068), el tipo de venta se consuma en el preciso instante en que la citada iconografía se oferta al público para su venta, sin necesidad de que exista un comprador determinado, en tanto la praxis del precepto únicamente se preocupa de sancionar el individuo que negocia con el material ilícito.

3) *Distribución*. Se consuma cuando se concreta un pacto entre los interesados para llevar a cabo la operación, puede ser expreso o tácito.

4) *Exhibición*. Se consuma cuando se pone a la vista material pornográfico o infantil, se consuma en el momento que el tercero ve las imágenes pornográficas, siendo necesario en caso de ser Internet, que no solo se introduzca la iconografía sino que también se la mantenga.

5) *Facilitación*. Engloba a cualquier actividad orientada a proporcionar medios y formas para la obtención de pornografía infantil. El delito se consumará cuando el sujeto activo desarrolle la acción generadora de la conducta delictiva, por ejemplo soporte del material pornográfico infantil.

6) *Poseción* orientada al tráfico. Es difícil determinar el momento consumativo por cuanto existe un adelantamiento de la barrera punitiva, si desconociendo cual es el fin de la posesión. Lo que se está castigando es “una intención o dolo de tráfico, pero meramente supuesto ya que no se ha manifestado por actos externos”⁸⁴⁰, tampoco está establecido en el tipo

⁸⁴⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca, “*Delitos contra la salud pública*”, en BAJO FERNÁNDEZ, “Compendio de Derecho penal (Parte especial)”, Madrid, 2003, p. 669.

la cantidad ni calidad de la posesión, razón por la cual al no existir jurisprudencia que lo determine, y debiéndose tener presente que las colecciones de imágenes llevadas a cabo por los pedófilos pueden ser muy amplias, sin necesidad de querer traficar con ellas, hacen ilógico establecer un límite cuantitativo a partir del cual quepa aplicar el precepto.

C. Tipos autónomos

Concurrencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos de menores (art. 189.4)

Este delito se consuma cuando el autor comienza a presenciar el espectáculo, ya que quedaría en tentativa si el mismo compra la entrada, y cuando se dispone a verlo, la policía efectúa un procedimiento cancelando la audición.

Posesión simple (art. 189.5)

La consumación se produce a partir que el sujeto activo ostenta la tenencia material del bien, y la posibilidad de comportarse verdaderamente como propietario del mismo.

En la actualidad casi en su totalidad los supuestos de posesión de material pornográfico, son de índole y origen informático, por ello se hace necesario buscar nuevos criterios jurídicos para un problema también muy actual. Tanto la jurisprudencia germana como la doctrina se han encargado de definir el concepto de difusión de pornografía para determinar en qué momento, y bajo qué acción ocurre efectivamente la simple transmisión de contenidos y comienza el estado jurídico de la posesión⁸⁴¹.

¿En qué instante comienza o se consuma la posesión de pornografía infantil a través de internet?

Se han propuesto al respecto tres posiciones:

⁸⁴¹ ESQUINAS VALVERDE, P., “*El tipo de mera posesión...*”, ob. cit., pág. 209.

a) En primer lugar, la aceptada y aplicada en gran parte de las legislaciones y jurisprudencia a nivel internacional, que consiste en que hay posesión cuando se guardan los archivos o imágenes en algún dispositivo de almacenamiento⁸⁴².

b) Una segunda postura considera que bastaría la exposición visual en la pantalla del ordenador de las imágenes para que se considerara la posesión, es decir, que sería suficiente que los datos se hayan descargado en la memoria de trabajo del ordenador del usuario, aunque aún no se hubieran guardado en ninguna memoria permanente.

c) Y la tercera postura encuentra que cometerá la conducta típica de posesión quien siendo consciente de la existencia de datos ilícitos en la memoria *caché* no proceda a eliminarlos⁸⁴³.

En concreto, estas posturas pueden sintetizarse como sigue:

La posesión ocurre cuando se almacenan en dispositivos ficheros con imágenes u otro material iconográfico. El tipo no se realiza sólo con contemplar el material pornográfico en la pantalla, podemos acceder al el en la red. Es necesaria la presencia física y tangible así como su almacenamiento en los discos duros del ordenador u otro dispositivo o medio permanente de conservación de los datos. Ésta información debe estar, obviamente, en el ámbito o esfera de disposición del sujeto⁸⁴⁴.

La mayor parte de la doctrina española se pronuncia a favor de esta posición. Así, se estima⁸⁴⁵ que el concepto de posesión debe delimitarse restrictivamente, y en ningún caso podrá

⁸⁴² Véase ORTS BERENGUER, Enrique, “*Derecho penal, Parte especial*” 3ª ed., Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 294 y sgts

⁸⁴³ En la llamada ante-memoria de reserva o caché del ordenador situada en el disco duro del mismo por regla general y de forma automática se graban las direcciones y contenidos de la Red consultados por el usuario, a fin de garantizar en el futuro un acceso más rápido a esas páginas. En el caché o *almacén secreto* permanecen registrados los datos aun después de terminada la conexión a Internet, y aun después de apagado el ordenador los datos permanecen disponibles hasta que, dependiendo de la intensidad y frecuencia con la que el usuario se introduzca en la Red, serán sustituido por las nuevas referencias. Véase ESQUINAS VALVERDE, P., “*El tipo de mera posesión...*”, ob. cit., págs. 213 y ss.

⁸⁴⁴ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e...*”, ob. cit., págs. 294 y ss.

⁸⁴⁵ URIARTE VALIENTE, Luis María, “*Delitos relativos a la pornografía infantil y corrupción de menores*”, Centro de Estudios Jurídicos.

abarcar el simple visionado de la pornografía sin que vaya acompañado de un acto expreso de “ocupación” de la misma, como podría ser el grabado a través de cualquier medio, la impresión de la imagen, o cualquier otro acto de adquisición que permita de algún modo al sujeto volver a acceder al disfrute de ese material sin depender de la colaboración o actuación de un tercero.

En este sentido, no sería posesión el almacenamiento en el ordenador de una dirección *URL* que ofreciera pornografía infantil, pues la efectiva conservación de la pornografía en ese sitio no dependería de la voluntad del usuario, sino del titular de la página *web*⁸⁴⁶. En la misma línea se entiende que es impune la conducta de quien acceda a las páginas con pornografía en la red sin descargarla⁸⁴⁷⁻⁸⁴⁸.

Queda claro que el tipo de posesión incluye tanto la tenencia física de material pornográfico, como su almacenamiento en los archivos de un ordenador. El solo hecho de contemplarlo en el monitor tras haberlo buscado en la red no constituiría este delito. La jurisprudencia española también la recogen las sentencias que expresamente señalan que fueron incautados archivos con la referida iconografía en los discos duros de los ordenadores personales o en otros dispositivos de almacenamiento de datos.

2. Una segunda postura más polémica entiende que la misma se realiza cuando los contenidos, imágenes etc. son transferidos de forma electrónica y se accede a la llamada *memoria de trabajo* del computador, es decir, cuando simplemente se descarguen en la pantalla o monitor del mismo⁸⁴⁹. En este sentido, la posesión quedará consumada sencillamente cuando

⁸⁴⁶ URIARTE VALIENTE, L.M., “*Delitos relativos...*”, ob. cit., pág. 6.

⁸⁴⁷ ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “*La persecución de la pornografía infantil. Problemas relacionados con su distribución por Internet*”, en “*La Ley Penal*”, nº 37, Sección: Estudios, Ed. La Ley, abril 2007, págs. 67-80.

⁸⁴⁸ En esta misma línea, véase MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J., “*Internet y pornografía infantil*”, en “*Actualidad informática Aranzadi*”, nº 40, julio de 2001, págs. 1-9.

⁸⁴⁹ Conviene en este punto aclarar lo siguiente: Adquirir la tenencia, es un acto que precede el tener o bien que coincide temporalmente con el tener. Por eso, la jurisprudencia ve ya en el acto de adquisición el comienzo de la tenencia. Esto no puede ser objetado. Sólo que no se puede reducir la acción de tener al acto de adquirir la tenencia. Pues el legislador, apoyándose en el mero tener, quiso lograr, precisamente, que la persecución penal fuese aliviada, en la medida en que ya no es necesario probarle, al tenedor, la adquisición ilegal del estupefaciente. Pero aquí justamente se busca una determinación de la tenencia que se base solamente en un hacer activo. Véase STRUENSEE, Eberhard, “*Los delitos de tenencia*”, en Günther JAKOBS y Eberhard STRUENSEE, “*Problemas capitales del Derecho penal moderno*”, en “*Libro Homenaje a Hans Welzel*”, Ed. Hammurabi, 1998, Buenos Aires, págs. 111 y ss.

los datos se hayan descargado en la memoria de trabajo del usuario, aunque todavía no se hubieran almacenado o grabado de hecho en la memoria permanente o disco duro del ordenador, pues existió la posibilidad de que en cualquier momento se guardaran o almacenaran dichos contenidos.

Esta tesis es recogida por la jurisprudencia alemana⁸⁵⁰. Sin embargo, parte de la doctrina de ese país argumenta que la decisión tomada por el Tribunal Superior se había pronunciado en relación al concepto de *difusión de imágenes pornográficas*, para lo que es suficiente con poner en camino los datos. Pero, tanto el término típico *posesión*, la expresión *procurarse la posesión y la adquisición de la posesión*, se habían dejado abierto a interpretación. En este sentido, reafirman que para la tenencia de pornografía infantil será necesario que la información se encuentre ya grabada en un soporte de datos permanente a disposición del destinatario⁸⁵¹.

Ahora bien, la función de la memoria de trabajo del ordenador es como la pantalla de un televisor que proyecta contenidos que desaparecen sin posibilidades de recuperación una vez que se abre otra dirección de Internet o se desconecta el ordenador. Como lógicamente se sigue, no cabe sostener que la memoria de trabajo tenga por objeto o contenido dato alguno, ya que para ello sería preciso que la información luciera una cierta permanencia o estabilidad, siendo que la fijación de las imágenes en este caso no pasa de ser una proyección volátil. Por tanto, esa memoria no puede ser considerada homóloga a los dispositivos expresos de almacenamiento como verdadero soporte de datos o material sobre el que se fijan a efectos de guardado de ficheros en los términos que contempla la normativa. Que esté al alcance no traduce si no que tales características forman parte del funcionamiento del mismo computador, al igual que los datos que se asientan provisionalmente en ella.

⁸⁵⁰ Véase la reseña de la Sentencia del BGH de 27 de junio de 2001: la difusión de pornografía infantil a través de *Internet* se consuma, en efecto, en cuanto que los datos llegan al ordenador de uno de los usuarios, con independencia de que una vez allí accedan sólo a la citada memoria de trabajo, o bien incluso ya a un soporte o medio de archivo permanente. El BGH hizo descansar su decisión, como señala HARMS, S., "... das blosse Anschauen...", ob. cit., pág. 647, en la nueva definición otorgada por la Ley de servicios de información y comunicación de 22 de julio de 1997 (*Informations- und Kommunikations Dienstegesetz, luKDG*) en el concepto jurídico de material ("*Schriften*"). De acuerdo con dicha reforma, pues, dentro de la noción de *material pornográfico* se incluirían, además de las fotografías, películas, publicaciones, etc., asimismo todo soporte de datos y, por tanto, también la propia memoria de trabajo» del ordenador. Sobre la mención específica a esta última aparición recogida en la Exposición, véase ESQUINAS VALVERDE, P., "*El tipo de mera posesión...*", ob. cit., pág. 210 (nota al pie).

⁸⁵¹ ESQUINAS VALVERDE, P., "*El tipo de mera posesión...*", ob. cit., pág. 211.

En consecuencia, no puede apreciarse como posesión punible, ni equipararse con una relación de dominio durante un cierto tiempo, condiciones que actúan como fundamento del tipo previsto en el art. 189.5 del CP.

Una postura similar ha tenido el Tribunal Superior Español respecto del delito de tenencia de drogas, según el cual resulta suficiente para considerarlo con una *posesión mediata* de ésta. Por posesión mediata se entiende aquella situación en la que el individuo, aunque sin detentar físicamente la sustancia, puede procurarse la misma, puede disponer de ella sin restricciones y ésta queda a merced de su voluntad.

Sin embargo, no es posible encajar ésta noción de posesión mediata para el caso del delito de posesión de pornografía infantil. No es posible, insistimos, porque –como bien se ha apuntado– “la naturaleza, en sí ya desproporcionada, de éste aconseja apreciar su consumación sólo en aquellos supuestos más indiscutibles: es decir, a partir de que se adquiriera la disposición material sobre la cosa y las facultades características del propietario”.

3. La tercera de las posturas que revisamos aduce que cometerá la conducta típica de posesión quien siendo consciente de la existencia de datos ilícitos en la memoria *caché* no proceda a eliminarlos. No sería imputable, por defecto, la responsabilidad penal a aquel usuario que no haya llegado a percatarse del asiento de este tipo de materiales en la llamada memoria caché.

Es de señalar el giro dado en la doctrina germana. Para conseguir incriminar tales hipótesis, se ha planteado una nueva redacción del tipo de tentativa de *procurarse la posesión* (§184.b.IV StGB), argumentando que si la intención verdadera del legislador es la erradicación definitiva del mercado relativo a la pornografía infantil, también debería reprimirse el acto de simple contemplación aunque no ocurra un registro de las imágenes en la memoria caché, en el disco duro del ordenador o en cualquier otro dispositivo de almacenamiento⁸⁵².

Esta postura se enfrenta a la complicación de la prueba del dolo en la conducta. ¿Qué sucede con el internauta medio que por lo general desconoce la función de la memoria caché?

⁸⁵² ESQUINAS VALVERDE, P., “*El tipo de mera posesión...*”, ob. cit., pág. 211.

¿Podrá atribuírsele una posesión consciente? ¿Cómo determinar las circunstancias particulares mediante las cuales la posesión es fortuita, accidental o consciente?

La doctrina germana, para dilucidar respecto de lo planteado arriba, y convenir que ha existido un consumo deliberado movido por un deseo de naturaleza sexual y no una aproximación fortuita u ocasional, ha tomado como indicadores tanto la frecuencia de acceso a las imágenes como la extensión temporal de cada momento. De esa forma traza la línea de demarcación que separa el acto fortuito del acceso intencionado que si revela un interés.

En definitiva, como ya se habrá podido apreciar este tercer considerando va dirigido a castigar la simple tentativa de procurarse la posesión. La legislación germana ha rebajado, aun más que la española, la frontera mínima de punibilidad a estadios muy anteriores a la consolidación de la tenencia en sí. Ésta comienza ya con la simple *tentativa de procurarse* la posesión.

Queda claro entonces que con la simple visualización de algún contenido con iconografía pornográfica con menores captado por la memoria de trabajo del ordenador o en el archivo caché, ya se habría traspasado el umbral de la relevancia penal y existe la posibilidad de abrirse una investigación judicial y, eventualmente, autorizar un registro del ordenador personal del usuario. Para que se cumpla el tipo subjetivo (dolo), se determinan las circunstancias en la que se produjo el acceso a la red para concluir sobre si el acceso ha sido fortuito o ha habido voluntad de búsqueda, exposición y archivo.

Se estima que sostener esa opción interpretativa proclive a castigar el mero comportamiento de consumo implicaría realmente aproximarse «de forma inquietante» a una política *penal* de represión del puro y simple pensamiento, lo cual no puede de ningún modo tolerarse en el marco del Estado de Derecho. Y aún más criticable se antoja la mencionada posibilidad, prevista en la normativa germana, de sancionar con la pena de la consumación incluso la tentativa de hacerse con el material pornográfico, de modo que ya la búsqueda (también la que resulte infructuosa), de las correspondientes páginas en *Internet* podría ser vista como un inmediato comienzo de la ejecución.

Ajustado a lo que hemos expuesto es criterio nuestro que la posesión de pornografía infantil obtenida a través de *Internet*, no se consuma hasta que se guarda de forma deliberada

las imágenes en algún dispositivo de almacenamiento. Por tanto, no compartimos las posturas defendidas por el legislador y jurisprudencia germana que adelantan las barreras punitivas a estadios anteriores a la obtención de la posesión.

Bastaría, según esta interpretación, con la elemental contemplación de las imágenes para estar en presencia de una *tentativa de procurarse* la posesión de pornografía infantil, es penalmente relevante en dicha información, es decir, el paso previo muy anterior a la tenencia. Más aun, la simple búsqueda de determinadas páginas o información en Internet aunque resultare infructuosa podría considerarse como un inmediato comienzo de la ejecución.

Aunque buena parte de la referencia expuesta se corresponda con la jurisprudencia y la legislación germana; sin embargo, no están muy lejos de ser asumidas por otras legislaciones como la española, una vez han sido recogidas en la nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁸⁵³. Ésta sustituiría a la Decisión Marco 2004/68/JAI. En dicha propuesta está contemplada la tentativa para: la posesión, el acceso, el ofrecimiento y la producción de pornografía infantil continuando y ampliando el alcance de la orientación político criminal aquí denunciada.

Recordemos de manera sustantiva el sumario de razones que hemos venido desplegando. En resumen, abogamos por la eliminación del precepto contemplado en el artículo 189.5 del Código penal español;

a) Porque invade un ámbito de la vida privada de un adulto que el Estado no puede y no debe controlar;

b) No es efectivo para salvaguardar los intereses que pretende: la protección del menor. A efectos prácticos no se ha producido una disminución del consumo ni de los materiales disponibles en la red;

c) Su tipificación no tiene ninguna utilidad práctica;

⁸⁵³ Véase artículo 5 de La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que deroga la Decisión Marco 2004/68/JAI.

d) Es ilícita en cuanto no protege ningún bien jurídico; e) Es inconstitucional pues violenta varios derechos;

e) El costo de poner en marcha el sistema judicial es muy alto y la eficacia de la norma nula;

f) La posesión puede actuar como un efecto preventivo, catártico;

g) No se cumple la finalidad de la pena: no se resocializa. La pena es de multa hasta 3 meses o prisión de un año con lo que en ninguno de los caso alcanza para aplicar tratamiento psicológico;

h) La estancia en prisión solo tendría valor a efectos de prevención general.

Art. 189.6. Delito de omisión del deber de impedir la continuación del estado de prostitución o corrupción en el que se encuentren los menores e incapaces. La consumación se produce a partir del instante en el que se omite el deber jurídico de actuar si necesidad de que acontezca resultado ulterior alguno siempre y cuando el sujeto activo tuviere conocimiento del estado de corrupción del menor y no haga lo posible para evitarlo o ponerlo en conocimiento de la autoridad competente.

CAPÍTULO X

CONCURSOS DE DELITOS Y NORMAS

I.- Concurso de delitos

Hay concurso de delitos cuando un mismo sujeto ha infringido varias veces la ley penal, y por ello debería responder por varios delitos. Existen dos formas de concursar los delitos, la real y la ideal⁸⁵⁴. La primera se produce cuando un sujeto por medio de uno o varios hechos, ha violado varias veces la ley penal, antes de que hubiera recaído sentencia en relación a alguna de ellos, y por ello debe responder por varios delitos. La segunda se produce cuando una sola acción u omisión constituya dos o más infracciones.

En el concurso de leyes también nos encontramos ante una acción u omisión que está comprendida en dos o más tipos delictivos.

La diferencia entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos radica en que en este último, es preciso castigar al sujeto por todos los tipos delictivos realizados, pues de lo contrario no se captaría la totalidad del contenido de lo injusto de su conducta. En cambio en el concurso de leyes basta con que se aplique uno de los tipos en los que es subsumible la acción u omisión para captar la totalidad del contenido de lo injusto.

Concurso real de delitos

El concurso real de delitos es un supuesto de pluralidad de acciones u omisiones y pluralidad de delitos. El sujeto ha realizado varias acciones u omisiones, y cada una de ellas es constitutiva de un delito. Es preciso que no haya recaído sentencia condenatoria por ninguno de los delitos al cometerse los restantes, a diferencia de lo que sucede en la agravante de reincidencia.

El Tribunal Supremo exigió, además, durante mucho tiempo, para aplicar el concurso real, que los distintos delitos fuesen enjuiciados en un mismo proceso a pesar de que el código

⁸⁵⁴ Esta distinción no es del todo admitida en la doctrina penal española. Así, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “*La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función normativa concursal*”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XXII, Madrid, 1979, propugna un tratamiento unitario a ambas tipologías concursales, al afirmar que no tiene sentido el esfuerzo por distinguir los conceptos de unidad y pluralidad de acciones, no puede depender una consecuencia tan importante de criterios tan formales e irrealizables, como la unidad o la pluralidad de acciones, y que el criterio de acumulación material no es válido para ninguna modalidad concursal.

no exigía tal requisito. Se enjuician en un mismo proceso los delitos conexos. Este es un concepto procesal que viene definido en el art. 17, inciso 5º, de la ley de Enjuiciamiento Criminal⁸⁵⁵. Son delitos conexos según lo dispuesto en ese precepto, aquéllos que se imputan a un procesado al incoarse contra él una causa por cualquiera de ellos si tuvieren analogía o relación entre sí a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados⁸⁵⁶.

En relación a las conductas que analizamos, que tiene como destinatarios o protagonistas a menores o incapaces, como el bien jurídico es de titularidad individual- habrá un concurso real de delitos, pudiéndose apreciar la continuidad delictiva⁸⁵⁷.

En la Ciencia penal se han elaborado distintos criterios para determinar la pena aplicable al concurso de delitos:

1) Acumulación material de las penas

En este caso se suman todas y cada una de las penas de los delitos cometidos. Este criterio seguido por el Código penal español de 1848 (art.76), en su versión originaria y en el Código penal italiano de 1930 (arts.71 y ss.) ha sido objeto de numerosas críticas. Según MITTERMAIER, el poder aplicativo de una pena es muy superior si se cumple después de otra, con lo que la suma de las penas tendría un poder aplicativo mucho mayor que el que resultaría de sumar el poder afflictivo de cada una de ellas. Los positivistas italianos rechazaban, sin embargo esta argumentación señalando que el recluso se habitúa a vivir en la prisión y por ello

⁸⁵⁵ Artículo 17: “Considéranse delitos conexos:

1.º Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.

2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.

3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros, o facilitar su ejecución.

4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

5.º Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”.

⁸⁵⁶ CEREZO MIR, José, “*Obras Completas*”, “Derecho penal, Parte general”, Ed. UBIJUS, ARA Editores, Perú 2006, pp. 1195 y sgts.

⁸⁵⁷ CUERDA ARNAU, M^a. Luisa, “*Los delitos...*”, ob. cit., p. 211, si bien este postulado fue anteriormente formulado por diversos autores como CARMONA SALGADO, ORTS BERENGUER, ROIG TORRES, DIEZ SÁNCHEZ.

el poder aflictivo de las penas privativas de la libertad no aumenta sino que disminuye conforme el sujeto se va adaptando a la vida carcelaria⁸⁵⁸. En cualquier caso, la retribución no es el único fin de la pena, sino que ésta, además de ser justa ha de ser necesaria, desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial⁸⁵⁹ y la pena resultante de la acumulación material, no lo es. Puede ser, incluso contraproducente desde el punto de vista de la reinserción social del delincuente. Por otra parte, mediante la acumulación material, es fácil que se llegue, por otra parte, a la imposición de penas de excesiva duración y contrarias al precepto constitucional que prohíbe las penas inhumanas (art. 15)⁸⁶⁰.

Absorción: se impone la aplicación de la pena del delito más grave, que absorbe a las demás, el inconveniente mayor de este criterio es que favorece a que los delincuentes cometan varios delitos, pues se castiga el más grave y los de menor gravedad quedan impunes.

El sistema de *exasperación* introduce una corrección al criterio de la absorción, que consiste en aplicar una pena del delito más grave incrementándola en cierta medida, es el sistema previsto en el CP para el concurso ideal y para el concurso medial en el art. 77.

Acumulación jurídica: Parte del criterio de la acumulación material, es decir la suma de las penas, pero establece un máximo de cumplimiento por razones humanitarias y atendiendo a los fines preventivos de la pena.

Este sistema fue introducido en la reforma parcial de 1870 del viejo Código penal y es el seguido en el nuevo Código en los arts. 73, 75 y 76⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ Ver ANTÓN ONECA, José, “*Derecho penal, Parte general*”, ob. cit., p. 473.

⁸⁵⁹ Ver POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Nota sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previstos en la regla 2ª del artículo 70 del CP*”, en “Cuadernos de Política Criminal”, nº 13, Madrid, 1981, pp. 81 y ss.; GALLEGO DIAZ, M., “*El sistema español de determinación de la pena*”, ob. cit., pp. 425 y 432-433.

⁸⁶⁰ CUERDA RIEZU considera que el sistema de acumulación material es anticonstitucional, pues el juez o tribunal, al proceder a la suma de las penas, no puede tener en cuenta los fines de reeducación, y reinserción social del delincuente, que el art. 25.2 de la Constitución asigna a las penas privativas de la libertad. Ver CUERDA RIEZU, Antonio, “*Concurso de delitos y determinación de la pena*”, cit., Ed. Tecnos, 1992, pp. 36-39.

⁸⁶¹ En el Código penal, el tratamiento del concurso ideal es más benévolo que el del concurso real, lo cual se explica porque en el concurso ideal estamos ante una sola acción u omisión que constituye dos o más infracciones, con lo que se da una coincidencia en el proceso de ejecución, que determina una menor gravedad de desvalor de la acción. Ver SANZ MORÁN, Ángel, “*El concurso de delitos en la reforma penal de 1993*”, en “Cuadernos de Derecho Judicial”, 1995, pp. 214-215.

II.- Concurso de leyes

Existe cuando una acción u omisión está comprendida en varios tipos delictivos pero solo se puede aplicar uno de ellos, porque comprende la totalidad del injusto de la conducta realizada por el sujeto⁸⁶². Sólo en este sentido cabe hablar de un concurso aparente de leyes penales, pues la acción u omisión están realmente comprendidas en los diversos tipos delictivos⁸⁶³. El Código penal español introduce por primera vez una regulación completa del concurso de leyes en su art.8º, donde se establecen los criterios para resolverlo⁸⁶⁴.

Principio de especialidad: “El precepto especial se aplicará con preferencia al general”. El tipo de la ley especial contiene todos los elementos del tipo de la ley general, más alguno o algunos elementos adicionales. Los supuestos de aplicación de este principio podríamos representarlos con dos círculos concéntricos, siendo el precepto especial el de menor diámetro.

Principio de subsidiariedad: “El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente esa subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. Si

⁸⁶² RODRÍGUEZ DEVESA considera que en los supuestos de concurso de leyes no se da siempre una unidad de acción, por lo que no considera oportuno estudiar el concurso de leyes en relación con el concurso de delitos, sino en el marco de la teoría de la ley penal, como un problema de interpretación de las leyes penales. Ver RODRÍGUEZ DEVESA, José M^a. / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “*Derecho penal español, Parte general*”, ob. cit., pp.195 (especialmente nota 1) y 196. SAINZ CANTERO también considera que el concurso de leyes debe estudiarse en la teoría de la ley penal, pues el problema es ante todo una cuestión de aplicación de la ley penal. Como lo son las que surgen de la eficacia temporal o espacial de la ley. Ver SAINZ CANTERO, José Antonio, “*Lecciones de Derecho penal, Parte general*”, II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, p. 120, pero el concurso de delitos, ideal y real, es también una cuestión de aplicación de la ley penal.

⁸⁶³ Un problema diferente es el de la posibilidad de poder combinar la ley preferente y la desplazada, teniendo en cuenta el marco penal de la ley desplazada o las consecuencias accesorias a medidas de seguridad prevista únicamente en ésta última, como se hace en Alemania (principio de la combinación) y postula en España MIR PUIG, Santiago, “*Derecho penal, Parte general*”, ob. cit., pp. 676-677.

⁸⁶⁴ Artículo 8: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
- 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
- 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
- 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

dos preceptos están en relación de subsidiariedad sólo se aplicará el subsidiario en el caso de que no sea aplicable el principal.

Principio de consunción: “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”. Se aplica cuando nos encontramos con un tipo penal más amplio o complejo que comprende los juicios des valorativos contenidos en otro u otros tipos más simples. Por ejemplo, los actos preparatorios punibles, así como la tentativa quedan consumidos por el delito consumado⁸⁶⁵, los daños acusado por la fractura de pared o cerraduras quedan consumidos por el delito de robo con fuerza en las cosas.

Principio de alternatividad: “En defecto de los criterio anteriores, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor”. Este era el único criterio que se recogía expresamente en el anterior Código penal (art.68), y cuya formulación trae origen de la teoría de BINDING y es aplicable en los supuestos en los que los tipos se comportan como círculos secantes. Tiene por tanto una zona común y otra exclusiva. Estos supuestos no pueden resolverse con arreglo al criterio de la especialidad. Y es discutible que pudiera hacerse con arreglo a los de subsidiariedad y consunción. En cualquier caso, la expresa inclusión en el Código del principio de alternatividad obliga, por el principio de vigencia, a buscarle un especio propio de aplicación. Por ejemplo el delito de acoso sexual del 184.2 del CP y el delito de amenazas condicionales del art. 171.1, tienen una zona común, cuando el acoso sexual se realiza mediante el anuncio expreso o tácito de causar en la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación; y una zona propia, pues la amenazas condicionales pueden no consistir en el anuncio de un mal relacionada con las legítimas aspiraciones de la víctima en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, o no realizarse con un fin sexual u el acoso puede cometerse simplemente prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica. Cuando el hecho esté comprendido en la zona común, es decir el acoso se cometa mediante una amenaza condicional de la mencionadas en el apartado 2º del art. 184, se aplicará la pena del delito más grave, por lo tanto el delito de amenazas condicionales⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 679, considera, en cambio, que la tentativa se encuentra en una relación de subsidiariedad del delito consumado.

⁸⁶⁶ CEREZO MIR, José, “*Derecho penal, Parte general*”, ob. cit., p. 206.

A. Corrupción de menores

La corrupción de menores es una figura residual, en él tendrían cabida aquellos comportamientos sexuales, realizados con menores o con incapaces, que no constituyan agresiones, ni abusos sexuales, ni un delito de exhibiciones, provocación sexual, o pornografía infantil⁸⁶⁷.

Es claro que como existen otros delitos en los que se castigan conductas sexuales realizadas con menores o con incapaces, van a menudear los conflictos de normas, como por ejemplo con los delitos de abusos sexuales, de agresiones sexuales, de exhibicionismo y provocación sexual incluso otros delitos relativos a la prostitución que habrán de resolverse, conforme los principios de especialidad o consunción, dando preferencia a los delitos citados, por sobre el 183 bis del CP.

No obstante lo expuesto, se puede dar un concurso de delitos, con la violación por ejemplo, si además del acceso carnal se producen otros hechos cronológicamente separados, y en los que se resalta el distinto bien jurídico protegido en la violación y en la corrupción de menores⁸⁶⁸. O cuando se aprecia un concurso real con el delito de exhibición de material pornográfico⁸⁶⁹ y también la continuidad delictiva cuando el sujeto pasivo sea el mismo⁸⁷⁰.

Si se plantea la relación entre la utilización de menores para la pornografía infantil, y el delito de corrupción de menores. En nuestra opinión no cabe apreciar conjuntamente utilización de menores del 189.1.a y la corrupción de menores del 183 bis del CP, pues “toda acción pornográfica infantil lleva implícita, por sí sola, la corrupción del menor o incapaz”, debiendo aplicarse preferentemente conforme al principio de especialidad, el 189.1 a).

⁸⁶⁷ CUGAT MAURI, Miriam, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, en “Comentarios a la reforma penal de 2010” (Dir: Francisco ÁLVAREZ GARCÍA y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010.

⁸⁶⁸ SSTS de 20 de abril de 1995 y 10 de abril de 1997.

⁸⁶⁹ STS de 1 de Octubre de 2007.

⁸⁷⁰ STS de 31 de enero de 1997.

Más dudosa se plantea la cuestión si el sujeto activo, además de corromper al menor utilizándolo para la producción de pornografía, procede con posterioridad a difundir el material producido. Aquí, para comprender la totalidad de la antijuridicidad, y dado que se lesionan otros bienes jurídicos (indemnidad sexual de los menores en general como tipo de peligro, intimidad y propia imagen del menor afectado), nos inclinamos por considerar aplicables las disposiciones del concurso real de delitos.

B. Pornografía infantil

1) Art. 189.1,a) del CP

En el supuesto del art. 189.1.a) podrán concurrir, junto con la conducta típica particular, agresiones sexuales, abusos, prostitución y en menor medida cualquier otro comportamiento castigado por el Código penal. Por ejemplo, un adulto que antes de filmar a varios menores manteniendo relaciones sexuales, le muestra material pornográfico⁸⁷¹.

Recordemos que toda acción pornográfica infantil lleva implícita por sí sola la corrupción de menores o incapaces, no cabiendo en consecuencia apreciar concurso de delitos entre los párrafos 1y 3 del art. 189 debiendo subsanarse el conflicto en virtud del concurso de normas penales a favor del primero.

Pagar a un menor para utilizarlo con fines de elaboración de materiales pornográficos podría calificarse conforme al tipo de prostitución del art. 187.1, castigado con penal de uno a cinco años y multa, y conforme al tipo de utilización de menores para la pornografía del art 189.1 a), castigado con pena de prisión de uno a cinco años. Parece debiera dar lugar a la

⁸⁷¹ CUERDA ARNAU afirma en este caso que los supuestos en que el sujeto activo se exhibe ante el pasivo o muestra a éste material pornográfico y , al mismo tiempo lo fotografía desnudo, deben resolverse en virtud del 8.4 CP a favor del 189 CP, siempre que se estime que en este caso también tienen cabida los casos de utilización del sujeto pasivo par exclusivo deleite del autor. Ver CUERDA ARNAU, M^a. Luisa, “*Los delitos...*”, ob. cit., p. 211. La STS 1265/3003 (RJ2003/7899) ha tratado la figura de exhibición de material pornográfico “como una forma autónoma de desarrollarse los actos de abuso sexual que según el hecho probado, siempre o casi siempre, tenían lugar en el contexto y con la exhibición de estos medios que empleaba para estimular la voluntad y lograr el consentimiento de la menor. Ello nos plantea problemas concursales o de absorción, ya que la exhibición de material pornográfico, para ser delito independiente, requiere una entidad propia y autónoma de la que carece, cuando forma parte de una puesta en escena, encaminada a conseguir captar la voluntad del la menor, prevaliéndose de la confianza existente entre ambos. Nos encontramos ante un concurso normativo, que debe ser solucionado aplicando las reglas de la consunción o absorción prevista en el artículo 8.3 del Código Penal”.

aplicación del concurso de Leyes a solucionar conforme al principio de alternatividad, pues ambos tienen elementos específicos diversos.

Entendemos que no son aplicables simultáneamente en concurso estos dos tipos. La expresa previsión de un concurso de delitos entre el de prostitución, los de abusos sexuales y agresiones sexuales podría interpretarse *a contrario sensu*, como una exclusión del concurso de delitos entre el de prostitución y el de pornografía infantil⁸⁷².

Cuando los concretos actos no tengan anclaje en la figura del art. 187.1º, si han consistido en utilizar al menor para fines, o para un espectáculo de carácter exhibicionista o pornográfico, puede ser sancionado por la figura del art 189 CP⁸⁷³. Sin embargo, si además de producirse el material se difunde a terceros, entendemos que cabría aplicar simultáneamente, como concurso real, el delito de prostitución y el de difusión de material pornográfico, pues para abarcar la total antijuridicidad, teniendo en cuenta los distintos bienes jurídicos protegidos, sería necesario aplicar ambos.

2) Art. 189.1.b) del CP

El caso más común es el supuesto del individuo que desarrolla alguna de las conductas ilícitas enunciadas en la letra a) del presente artículo –creación de material pornográfico– para luego vender la referida iconografía.

⁸⁷² Ver RODRÍGUEZ MESA, María José, “*Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios*”, en “La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea”, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 335.

⁸⁷³ STS nº 195/1998, de 16 de febrero (Pte: Martín Canivell, Joaquín): “aunque en la redacción del número primero del artículo 189 no se exige como elemento del tipo la existencia de precio por la utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, la ubicación de la figura que se crea en el capítulo de los delitos relativos a la prostitución implica que tal actividad se ha de considerar como una forma específica de promoción, facilitación o favorecimiento de la prostitución, constituyendo un peligro para los menores utilizados de caer posteriormente en conductas de entrega carnal retribuida por lo cual la acusación de realizar actos de facilitación de la prostitución de menores como son los de retribuirles por contactos físicos con ellos de significación sexual, cuando tales actos no tengan su encaje en la figura del 187.1º, si han consistido en ser objeto o materia para fines o para un espectáculo de carácter exhibicionista o pornográfico cuya realización ha sido atribuida a los imputados, puede ser sancionado por la figura penal específica, que incluye en sus elementos tipificadores algunos de la figura general del artículo 187.1º, cual es la facilitación de la prostitución de los menores utilizados, aunque no el de la retribución de sus utilizaciones”.

3) Art. 189.5 del CP

Para desarrollar la mayoría de la acciones prevista en el art. 189.1.b) es necesario poseer el material, por lo que no cabe hablar de dos delitos, sino de uno propio, que inexcusablemente lleva aparejado el anterior. El traficante de pornografía infantil debe poseer el material, por lo que se aplicaría la figura del 189.1.b).

En el caso de concurso con cualquier otro delito, estaríamos en presencia de un concurso real, por ejemplo el sujeto que trafica con drogas, y cuando se efectúa un allanamiento en su casa se encuentra gran cantidad de material pornográfico, en caso de que el mismo no se pudiera determinar que es con fines, concursaría realmente con la figura prevista por el art. 189.5. del CP.

4) Art. 189.6 del CP

En el caso de omisión del deber de impedir el estado de prostitución o corrupción del menor o incapaz, su aplicación debe reducirse a casos muy específicos no cabiendo el concurso de delitos, sino el de normas penales. Así pues por su propia naturaleza, la conducta del párrafo 6 quedaría subsumida por la del 189.1. Conforme a ello, la aplicación de la omisión del deber de impedir el citado estado, se imputa únicamente cuando el sujeto activo no responda como autor de la infracción principal.

C. Agresiones o abusos sexuales

Algunos autores consideran que la relación con los delitos de agresión o abuso sexual, en los que pudiera haberse incurrido para elaborar el material, es de concurso de Leyes, siendo éstas de aplicación preferente. En nuestra opinión la solución es aplicar el concurso de delitos, pues para abarcar toda la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta han de aplicarse simultáneamente todos⁸⁷⁴.

⁸⁷⁴ En el mismo sentido, JIMÉNEZ VILLAREJO, “Artículo 189”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.), “Comentarios al Código Penal”, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 1486.

III.- Delito continuado

La figura del delito continuado⁸⁷⁵ se encuentra regulada en el art. 74 del Código penal⁸⁷⁶.

También para GÓMEZ TOMILLO, “*Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde un perspectiva político criminal*”, en “Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología”, RECPC, N° 07/4/ 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, “no debe descartarse de antemano, pese a la coincidencia de bienes jurídicos, el posible concurso de delitos con las agresiones o los abusos sexuales, presentes los requisitos típicos de estos delitos (por ejemplo, cuando se graba videográficamente una violación). Quizá el matiz que cabe introducir es la consideración de que para la existencia del citado concurso deben coincidir los sujetos activos de uno y otro comportamiento, es decir, el sujeto activo de las potenciales agresiones o abusos sexuales y el del delito del artículo 189.1. a). El mencionado concurso de delitos se explica si se tiene en cuenta que los bienes jurídicos protegidos por unas y otras figuras delictivas no son exactamente coincidentes. En el artículo 189.1.a) del Código Penal no sólo tutela la indemnidad sexual del menor, o incapaz, sino también su derecho a la intimidad, o, si se quiere, su derecho a la propia imagen”. Igualmente para BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Pornografía infantil en la Red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho penal*”, Ed. Ubijus, México, D.F., 2008, “el concurso de delitos entre la utilización del art. 189.1 y los delitos de abusos o agresiones sexuales es obligado si tienen lugar sus respectivos presupuestos típicos, dado que aunque todos estos delitos lesionan el mismo bien jurídico (la libertad sexual) estamos ante distintas maneras de atacarlo, compatibles entre sí y que no se presuponen unas a otras (ni todo abuso o agresión sexual de un menor o incapaz tiene miras exhibicionistas o pornográficas, ni toda utilización exhibicionista o pornográfica de un menor presupone un abuso o agresión sexual). Así pues, en estos supuestos el ataque contra la libertad sexual no se agota en el condicionamiento del ejercicio de la sexualidad, sino que a éste puede sumarse el que se produzca con la actuación sexual concreta”.

También para MORALES PRATS Y GARCIA ALBERO, “cuando la utilización de menores con fines pornográficos o exhibicionistas o en la elaboración de material pornográfico se lleve a cabo a través de los medios típicos previstos en los delitos de agresión sexual (arts. 178 y ss.) y de abuso sexual (arts. 181 y ss.) y concurren asimismo los actos sexuales exigidos en los mismos, se deberá establecer el correspondiente concurso de delitos con la infracción prevista en el art. 189.1.a) Código penal. También debe tenerse presente que en la utilización de menores de 13 años o de incapaces con abuso de su alteración mental rige una presunción absoluta de ausencia de consentimiento (ex art. 181 Código penal)”. En el mismo sentido, MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*”, 6ª ed., Thompson Aranzadi, Navarra 2007, p. 269.

⁸⁷⁵ Art. 74: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten,

Conforme a la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior, posee los siguientes requisitos:

a) Una pluralidad de hechos, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido sometidos a enjuiciamiento y sanción por el órgano judicial es decir, pendientes en el mismo proceso;

b) Exigencia de un dolo unitario, no renovado, de un plan alternativo unidad de resolución o de propósito;

c) Unidad de precepto penal violado, entendida en que las múltiples actuaciones queden subsumidas en un mismo tipo básico o fundamental, aunque con frecuencia el STS seguía un criterio muy restrictivo exigiendo unidad de tipo. Negó así la continuidad entre hurto y robo, así como entre tentativa y consumación.

d) Unidad de sujeto pasivo. Esta exigencia fue muy criticada, pues si bien tenía sentido contra bienes jurídicos eminentemente personales carecía de fundamento, respecto de los bienes patrimoniales. Con respecto a los primeros la jurisprudencia era fluctuante, a veces lo aceptaba y otras no, pero con respecto a los segundos, exigía de un modo constante la unidad de sujeto pasivo. Requisito éste que finalmente renunció a exigir ante las críticas recibidas por parte de la Ciencia penal española.

e) La unidad de ocasión: las distintas acciones debían realizarse en situaciones análogas o semejantes.

f) La imposibilidad de individualizar las distintas acciones. Este requisito fue abandonado en los años setenta debido a las críticas de la doctrina.

Con carácter secundario, el Tribunal Supremo también exigía una cierta conexión espacial o temporal entre las diversas acciones. Esta no es una condición exigida en el Código.

al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

⁸⁷⁶ No han faltado voces críticas pidiendo que no se regulara la figura en el Código penal.

No es obstáculo para la aplicación del delito continuado, el que el autor haya contado en cada acción u omisión con la cooperación, necesaria o complicidad, de personas diferentes⁸⁷⁷. Cabe apreciar la continuidad no solo respecto del autor, sino también respecto a los partícipes que hayan intervenido en todas las acciones⁸⁷⁸.

En lo que respecta al elemento subjetivo se hace referencia a la unidad de plan (No siendo necesaria por tanto en esta variante la unidad de dolo o resolución de voluntad), y se incluye al supuesto de aprovechamiento de idéntica ocasión.

La unidad de lesión jurídica debe apreciarse cuando las diversas acciones u omisiones sean comprendidas en un mismo tipo básico o fundamental, es decir un tipo básico y en uno agravado o privilegiado.

No cabe apreciar el delito continuado, dada la regulación legal del mismo en el art. 74, en los delitos imprudentes, pues se exige que el sujeto actúe en función de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. El aprovechamiento indica la exigencia del dolo.

En el 74.2 se establecen las penas, si se tratara de delitos contra el patrimonio, teniendo en cuenta el perjuicio total causado, ello puede dar lugar a una agravación de la pena que correspondería de no apreciarse el delito continuado (sino un concurso real de delitos). Es evidente que no resulta posible aplicar a continuación, como hace la opinión dominante, la regla de determinación de la pena del apartado 1º, pues al sumar el perjuicio total causado existe sólo una pena, y no varias que pudieran ser objeto de comparación.

En el art., 74.3 se dispone que quedan exceptuadas de su aplicación las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad

⁸⁷⁷ Ver ANTÓN ONECA, José, “*Delito continuado*”, Barcelona, España, 1954, pp. 15-16; CASTIÑEIRA PALOU, M^a. Teresa, “*El delito continuado*”, Ed. Bosch, Barcelona, pp. 152 y sgts.

⁸⁷⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, “*Derecho penal, Parte general*”, 5ªed. Corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 754.

sexual, en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Dentro de esos delitos, el legislador confía en la jurisprudencia y la doctrina la tarea de determinar los supuestos en los que cabe aplicar el delito continuado. No suministra para ello criterio alguno, lo que supone un abandono de su responsabilidad y una infracción clara del principio de legalidad.

Se ha sostenido⁸⁷⁹ que no debería apreciarse el delito continuado en los delitos contra la libertad sexual y se debería aplicar únicamente en los delitos de abusos y acosos sexuales, cuando la víctima sea la misma, en los que aparece en primer plano la infracción de normas de la ética social, y sólo en segundo plano el ataque a la libertad sexual⁸⁸⁰.

En materia de pornografía infantil, la utilización de esta figura debería ser más habitual que en otras tipologías criminales, en tanto la secuencia lógica de comisión lleva implícita la creación del material pornográfico y su posterior tráfico (art. 189.1.a y b).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 866/2002 de 30 de noviembre (ARP 2002/849) reflexiona sobre si las actuaciones del acusado, fotografiando las zonas anales y genitales de niños de quince años constituyen un delito continuado del art. 189.1.

El órgano judicial en su razonamiento manifiesta que el art. 74.3 del CP no impide su observancia en los delitos contra la libertad sexual pero manifiesta que “restringe su aplicación dejando a los tribunales aplicar tal continuidad delictiva, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho y el precepto infringido.

Finalmente la Audiencia, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el precepto infringido, el lugar donde se sacaron las fotografías, el fin perseguido y el tiempo que duró la

⁸⁷⁹ CERESO MIR, José, *“Obras completas de Derecho penal, Parte general”*, ARA editores, Editorial UBIJUS, Lima, Perú, p. 1183.

⁸⁸⁰ El TS solía apreciar el delito continuado en el delio de estupro correspondiente al actual de abusos sexuales, siempre que la víctima fuer a la misma, ver sentencias de 21 de enero de 1994, 16 de diciembre de 1996 (A, 9654). También ha aplicado el delito continuado en los abusos sexuales del art.181.2 en relación al artículo182, exigiendo al unidad de sujeto pasivo, en la sentencia de 9 de septiembre de 1999 (A.7381 Alto Tribunal. En contra de ello, CASTIÑEIRA PALOU, M^a. Teresa, *“Artículo 74”*, en *“Comentarios al Código penal”*, III, ob. cit., p. 1070.

actuación del acusado –desde 1997 al 2001–, concluye que no existió un delito continuado, sino quince delitos del artículo 189.1 del CP, de los cuales cinco de ellos sí merecen semejante calificación al tratarse de varias fotografías de un mismo menor.

En ese sentido, la Audiencia Provincial de Valencia, en S 6772002, de 28 de mayo (JUR 2002/191343), aprecia como continuados los abusos sexuales, por un lado, y exhibición de material pornográfico, por otro, en tanto “constituyen reiterados ataques al mismo sujeto pasivo llevados a cabo en un mismo marco temporal y circunstancial (reiterados durante un período de tiempo)⁸⁸¹”.

En la doctrina española, se ha resaltado⁸⁸² la multiplicidad de resultados lesivos imputables a una única conducta que plantea la cuestión concursal.

Resulta necesario delimitar cuándo nos encontramos frente a un concurso ideal o real de delitos, en su caso frente a un delito continuado y afirma: “En los delitos relativos a la pornografía infantil y la corrupción de menores cabe la figura del delito continuado como excepción del art. 74.3 del CP. Aplicación que, por otra parte, es jurisprudencia mayoritaria en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual en los que las víctimas son menores⁸⁸³, con independencia de lo criticable que pueda ser este criterio”.

⁸⁸¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, ob. cit., pp. 421 y ss.

⁸⁸² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, ob. cit., p. 30.

⁸⁸³ La STS 988/2006, de 10 de octubre, califica los abusos sexuales sufridos por menores durante años como delito continuado, cuando independientemente de que no se pueda determinar el número si se ha probado que fueron muchas más de tres veces respecto de cada uno de los menores.

CONCLUSIONES

En este trabajo hemos intentado integrar el tratamiento dogmático sobre los de delitos de corrupción de menores y pornografía infantil, con otros aspectos criminológicos que nos permitan un mayor acercamiento a la realidad jurídica y social de España y Argentina. Y hacer algunos aportes mínimos en lo que se refiere a la normativa y sistemática aplicable.

El abuso de menores e incapaces en todas sus formas es tan viejo como el mundo, por cuanto son seres inocentes y confiados, por su inmadurez psicofísica, esta circunstancia facilita el accionar de explotadores y pederastas que utilizan la situación en su propio beneficio. La pornografía en Internet no es más que una modernización de antiguas formas delictivas. En la actualidad la aplicación del delito penal, o de la perspectiva en la que trabaja la dogmática penal, tiende a romper el asilamiento de la ciencia jurídica respecto de lo político y social.

Es necesario tomar conciencia que la poca relevancia que se ha dado a las investigaciones de carácter empírico, en los ámbitos académicos es uno de los factores que ha conspirado contra el desarrollo de una política criminal madura. Esta debe concebirse como una política de Estado, con responsables sectoriales identificables y responsables, sólo así se podrá encarar el desafío que hoy debe exigirse, dismantlar el hábito de la emergencia, y programar líneas político-criminales que encuentren un firme basamento en investigaciones de carácter empírico-criminológico.

Ahora bien, a pesar de los conocidos efectos negativos de la legislación penal simbólica, la escasa eficacia que tantas veces manifiestan en la práctica los Estados en la prevención de las agresiones sexuales, y la lucha contra las actividades criminales de tráfico de personas muy ligadas a redes fuertemente organizadas, ha llevado no pocas veces a las organizaciones internacionales a postular una rebaja de las exigencias tradicionales del Derecho Penal y/o a

buscar la intensificación de la intervención penal mediante el adelanto de las barreras de protección, alcanzando a conductas más alejadas de los bienes jurídicos que se dicen proteger.

Esta tendencia se ha extendido durante la última década a la persecución de los delitos sexuales: enfocada predominantemente hacia la oferta y centrada en los actos concretos de explotación sexual o su favorecimiento (así como la producción o distribución de determinados materiales o exhibiciones pornográficas), ahora no sólo se quiere ampliar la esfera de intervención mediante el empleo de fórmulas ambiguas o de no fácil delimitación (*v.gr.*, actividades o prácticas sexuales ilegales)⁸⁸⁴, sino que se agudiza la actuación penal contra la demanda, contra los clientes del turismo sexual y de la pornografía infantil, fenómenos calificados expresamente por el Parlamento Europeo como las “prácticas que favorecen el paso, al acto pederasta”⁸⁸⁵, por el mero hecho de serlo y al margen de los actos concretos cometidos, y la sanción penal (aun atenuada) de la simple posesión para consumo privado de materiales de pornografía infantil o de la adquisición de los mismos a través de Internet constituyen ejemplos privilegiados de esta tendencia internacional.

Todo ello, sin que pueda esperarse una mayor incidencia real en las redes internacionales de la delincuencia organizada y abriendo nuevas brechas en principios básicos generalmente reconocidos como límite a toda política penal, poco o nada acorde con las exigencias de seguridad jurídica y con el respeto de los Derechos fundamentales y del marco de libertad esencial en una sociedad pluralista .

Por sus propias características, la intervención penal en este campo presenta múltiples dificultades, salvo que se controle en su misma fuente, como en el caso de la producción y difusión de imágenes y mensajes de carácter pederasta, o de los dirigidos específicamente a niños y jóvenes que son altamente susceptibles de afectar al desarrollo físico mental o moral de los mismos.

A tal efecto se propugna que los Estados incluyan en sus legislaciones un conjunto de normas penales apropiadas e intimidatorias contra la puesta en circulación de pornografía

⁸⁸⁴ DIEZ RIPOLLES, José Luis, “*Tratado*”, ob. cit., pp. 19 y ss.

⁸⁸⁵ Letra R. de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños, cit., Res. A4-0306/97, DOCE C 358/37, 24.11.1997.

infantil en *Internet* y que se esfuercen e incrementar su colaboración policial y judicial en este campo, así como que desarrollen una intensa acción administrativa dirigida al fomento de sistemas de autorregulación (códigos de conducta y líneas directas) por parte de los suministradores de *Internet*.

Difundida la información por red y sin perjuicio de que sea posible y deseable para la instituciones europeas la comunicación a los órganos policiales (*Interpol* y *Europol*) de los supuestos de incitación a la explotación sexual o de pornografía infantil detectados en las redes informáticas, los mecanismos preventivos más apropiados son aquellos filtros, sistemas de clasificación que permiten bloquear los contenidos ilícitos y perjudiciales, los cuales presuponen una suficiente sensibilización e información por parte de padres, educadores, y tutores.

En efecto, de un lado la libertad de expresión e información impide la declaración de ilicitud de cualquier tipo de mensajes que puedan afectar negativamente a los niños y jóvenes y que no tienen por qué ser perseguidos si van dirigidos a un público adulto. De otra parte cuando también se solicita a los Estados la previsión de sanciones penales para quienes adquieran los materiales (salvo que lo sea para la entrega a las autoridades, ello no deja de suponer potencialmente riesgos de criminalización de las propias víctimas de la explotación sexual infantil, algo que no se estima deseable.

Hemos analizado los delitos propuestos en ambos ordenamientos, el español y el argentino. En el primero es mayoritaria por no decir total la crítica al nuevo Código penal y en especial a la reforma practicada en los delitos contra la indemnidad y libertad sexuales.

Es llamativa la intensa crítica negativa utilizada por la doctrina más calificada cuando se habla de la LO 1/2015. La reforma supone un aumento exponencial de las conductas prohibidas y del rigor de las penas. Prácticamente todas las modalidades de delitos contra la libertad sexual se ven afectados por esta tendencia expansiva y punitiva. Y desde luego se incorporan algunas figuras novedosas. Ciertamente la modificación en alguna materia concreta tiene amparo en la normativa europea. Sin embargo, a nuestro juicio, ni la intensidad ni la extensión ni la severidad pueden justificarse en la transposición de las Decisiones Marco. Tomemos solo como referencia las modificaciones en los delitos de abusos sexuales a menores. Ni la elevación de la edad de trece a dieciséis años frente a cualquier contacto sexual con adultos (art. 183); ni

la de dieciséis a dieciocho años en caso de engaño (art. 182), parecen razonables ni posibles. No lo son si tomamos como parámetro de medición el estándar de libertad y moralidad sexual mayoritaria repetidamente volcados en las diferentes encuestas de opinión. Confiemos que la jurisprudencia y la fiscalía recurran en todos estos casos a la excusa del art. 183 quáter, que podrá poner las cosas en su lugar. En síntesis, hasta los dieciséis años los jóvenes españoles no poseen facultad de consentir válidamente en ningún aspecto de su sexualidad: ni siquiera para darse un beso.

Dos son las críticas principales que destacamos dentro de todo este torbellino de reformas. En relación al delito de corrupción de menores, atento la falta de precisión en su redacción, luego de tantos históricos intentos, su contenido sigue quedando impreciso afectando al principio de legalidad, taxatividad, certeza, imparcialidad etc., todos principios de raigambre constitucional que deben ser respetados por antonomasia. Sólo si el Derecho sancionador es preciso se logra limitar de modo efectivo a los órganos encargados de ejercer el poder de castigar, asegurando que darán a cada caso la respuesta punitiva que prescriben las normas. La exigencia de la precisión constituye un aspecto fundamental del principio de legalidad penal. De poco sirve exigir que la sanción esté predeterminada en una norma, si ésta aparece formulada en términos tan imprecisos que ni el ciudadano sabe con certeza qué conducta se declara punible⁸⁸⁶.

Como hemos expuesto, nos parece apropiada su derogación en virtud de la inconstitucionalidad de la figura y la poca utilidad que presta su existencia, que lleva más a problemas de concursales de aplicación, discusiones doctrinarias, y distintas tendencias jurisprudenciales que se alejan cada vez más, de un Derecho penal que otorgue seguridad jurídica a los ciudadanos⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶ FERRERES COMELLA, Víctor, *“El principio de taxatividad en la materia penal y el valor normativo en la jurisprudencia”*, Ed. Civitas, Madrid, España, 2002.

⁸⁸⁷ Es lógico que el TC haya incluido la exigencia de precisión dentro del principio de legalidad penal consagrado en el art.25 de la Constitución española. Según el TC, el principio de legalidad en el ámbito sancionador estatal, implica que...la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa⁹ (S133/1987, FJ4). “La ley debe definir con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa” (S196/1991)FJ3.” La norma punitiva aplicable ha de permitir predecir son suficiente grado de certeza las conductas que constituyen la infracción, el tipo y el grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa” (S25/2002, FJ4, citando sentencias anteriores.)

Con respecto a la segunda crítica, nos parece que más allá de que España haya efectuado la reforma, más por obedecer las directivas de la Decisión Marco que por estar convencida de su aplicación, el hecho de punir, aunque más no fuere con pena más leve el consumo propio de pornografía infantil, es a todas luces violatorio del principios de honda raigambre constitucional y de bases que inspiran las categorías más básicas de la dogmatica penal, que no deben dejarse de lado a la hora de realizar el trabajo legislativo.

No queremos repetir aquí los fundamentos para su destipificación y de su ilegitimidad que hemos brindado en el capítulo correspondiente, al que nos remitimos. Lo cierto es que la tenencia para uso propio no resiste el menor análisis y debe destipificarse.

El Derecho penal sexual trata de dar respuesta a una realidad eminentemente cambiante; como es la concepción que la sociedad tiene de la propia sexualidad, y de cuáles han de ser las conductas que merecen un reproche penal. Y esta evolución es continúa y generalizada en todos los países y en todos los tiempos, dando lugar a nuevas regulaciones en la materia. Parece una constante en la doctrina la aplicación en este ámbito, con mayor intensidad que en otros, del principio de intervención mínima lo que viene a suponer que el Derecho penal sexual debe quedar limitado a aquellos casos extremos que sin duda de ninguna clase, merecen ser punido.

Cuando existan dudas sobre si está justificada la punibilidad, deberá prescindirse de ella, en base a la presunción a favor de la libertad de una intervención legal. En esa situación de indecisión hay que exigir del legislador por consiguiente el coraje de la abstención⁸⁸⁸.

Es decir, no se trata de que las instancias estatales no intervengan o intervengan lo menos posible, sino de que consigan promover un ambiente social de amplia tolerancia en el que las posibilidades de autorrealización personal, en las diversas esferas vitales y también en la sexual sean numerosas.

⁸⁸⁸ KLUG, “*Problemas de filosofía del derecho y de política jurídica en el Derecho penal sexual*”, en la obra “*Sexualidad y crimen*”, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Ed. Reus, Madrid, 1989.

En ese contexto de mayor libertad de todos los ciudadanos, de mayor tolerancia y formación en el terreno sexual, el comportamiento contrario a la voluntad de otra persona estará cada vez menos justificado y se dará con menos frecuencia.

Desde otro lado del océano, en el ordenamiento argentino, más allá que aún queda mucho por corregirse y perfeccionarse, no se ha producido una expansión del derecho penal ni se han afectado ideas rectoras.

Se han tenido en cuenta los principios de mínima suficiencia y subsidiariedad teniendo presente que la figura del art. 128 se limita al material donde realmente han participado menores de dieciocho años, por cuanto no han sido incorporadas ni la pornografía virtual, ni las imágenes simuladas y la tenencia de pornografía infantil, solo será típica si es con fines inequívocos de distribución o comercialización, con lo cual se evita darle un carácter abstractísimo a la figura.

Además, se observa la presencia de una falencia en el tipo legal y es que no preveía la protección hacia los incapaces que también podrían resultar víctimas del delito y, a mi modo de ver, esto es una laguna que se mantiene luego de la última reforma del artículo (ley 26.388). Por otra parte, ninguno de los últimos cambios legislativos tuvo en cuenta la participación de ascendientes, tutores o guardadores en la perpetración del injusto penal, como agravante del mismo.

También se respeta el principio de proporcionalidad al castigar con pena más leve la tenencia de material pornográfico por afectar en menor medida el bien jurídico protegido. La responsabilidad de proveedores de servicios de Internet, como la de aquéllos usuarios que tienen almacenadas imágenes de pornografía infantil sin aparente conocimiento, son problemáticas que deberán ser resueltas a partir de una correcta interpretación judicial de la letra legal.

Además, se observa la presencia de una falencia en el tipo legal y es que no preveía la protección hacia los incapaces que también podrían resultar víctimas del delito y, a mi modo de ver, esto es una laguna que se mantiene luego de la última reforma del artículo (ley 26.388). Por otra parte, ninguno de los últimos cambios legislativos tuvo en cuenta la participación de

ascendientes, tutores o guardadores en la perpetración del injusto penal, como agravante del mismo.

Proponemos, como solución a los distintos aspectos desarrollados que el tipo penal estudiado, se integre dada la naturaleza intrínseca de tales eventos que describe el catálogo de las hipótesis desarrolladas en el art. 119 del CP; la pornografía infanto-juvenil que es la manifestación cultural de la paidofilia y que se produce para ser consumida, al igual que otros tantos objetos culturales. Por lo tanto, se debería perseguir: a quien la crea, la divulga y la adquiere. Por ello, propongo perseguir penalmente a quien “hace, divulga o adquiere objetos manifestaciones culturales de índole sexual representativos de actos pedofílicos”. En cuanto al tercer párrafo, sólo elevaría la protección de la víctima, es decir los menores de 18 años.

La llegada de la telefonía móvil, no solo facilita la subida de imágenes de abusos de niños en tiempo real y su distribución a través de software de redes *P2P* para estos dispositivos, sino que además incrementa el número de dispositivos que requieren ser secuestrados y sometidos a pericias forenses. Se requieren urgentemente compañías de prevención para informar a los usuarios de redes *WIFI* sobre los riesgos de mantener sus conexiones sin ninguna medida de seguridad.

Por último, la incorporación normativa de delitos informáticos como el *sexting*, el *grooming* y muchos más que se irán incorporando, en la medida de su creación y posterior utilización, resulta altamente positiva, ya que consideramos que la prevención del *sexting* y del *grooming* son los desafíos actuales para la sociedad.

Debido al carácter transnacional de estos delitos, los Estados están obligados a aunar esfuerzos y cooperar unos con otros en las investigaciones. El desarrollo de una política común es esperanzador. El Convenio del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen del año 2001, si bien no solucionó el tema de la competencia jurisdiccional, aunque hubiera podido hacerlo superando las ideas tradicionales sobre territorialidad de la ley penal en relación a la ciberdelincuencia, al menos comprometió a los Estados a que procuren armonización legislativa y la efectividad de la cooperación judicial y policial.

En este orden de cosas la insistencia de las organizaciones internacionales en asegurar el éxito de la persecución estatal, mediante la armonización de las disposiciones y penas y el

fomento de la cooperación (policial y judicial) internacional no presenta objeción alguna; tampoco la preocupación por completar las definiciones delictivas de alguna legislación dadas las insuficiencias que a veces manifiestan a la hora de abarcar la pluralidad de manifestaciones de la trata de seres humanos y explotación o abuso sexual de menores -que no siempre se produce por ejemplo con fines lucrativos- y las dificultades que de ello deriva no sólo para la eficaz persecución de hechos graves, sino igualmente para la cooperación internacional.

También las penas deberían incluir sanciones económicas importantes (incluida la confiscación) y han de preverse sanciones penales o administrativas para las personas jurídicas, aplicándose si procediera el Convenio de 1990 del Consejo de Europa.

A tal efecto se propugna que los Estados incluyan en sus legislaciones un conjunto de normas penales apropiadas e intimidatorias contra la puesta en circulación de pornografía infantil en *Internet* y que se esfuercen e incrementen su colaboración policial y judicial en este campo, así como que desarrollen una intensa acción administrativa dirigida al fomento de sistemas de autorregulación –códigos de conducta y líneas directas, por parte de los suministradores de *Internet*–.

Difundida la información por red y sin perjuicio de que sea posible y deseable para la instituciones europeas la comunicación a los órganos policiales (Interpol y Europol) de los supuestos de incitación a la explotación sexual o de pornografía infantil detectados en las redes informáticas, los mecanismos preventivos más apropiados son aquellos filtros, sistemas de clasificación que permiten bloquear los contenidos ilícitos y perjudiciales, los cuales presuponen una suficiente sensibilización e información por parte de padres, educadores, y tutores.

En efecto, de un lado, la libertad de expresión e información impide la declaración de ilicitud de cualquier tipo de mensajes que puedan afectar negativamente a los niños y jóvenes y que no tienen por qué ser perseguidos si van dirigidos a un público adulto. De otra parte cuando también se solicita a los Estados la previsión de sanciones penales para quienes adquieran los materiales (salvo que lo sea para la entrega a las autoridades, ello no deja de suponer potencialmente riesgos de criminalización de las propias víctimas de la explotación sexual infantil, algo que no se estima deseable).

A modo de colofón:

Hemos partido desde el puerto de la corrupción de menores navegando por la historia de su evolución, de su concepto y no hemos ido encontrando con novedosas creaciones como la fotografía, los videos, las películas, la informática que si bien han provocado avances de todo *tipo* con su aplicación, también han sido objeto de una utilización espuria y con fines altamente nocivos para la formación y evolución sexual de los menores. Han traído con ellas un lado negativo, y es que se han aplicado para conductas perversas que han generado una industria económicamente eficiente tanto para la criminalidad organizada, como para el consumo individual mediante la visualización del material.

En este rumbo nos dirigimos hasta el puerto de pornografía infantil, donde analizamos cada una de las conductas punibles y su ámbito de aplicación, tanto en el sistema legal argentino, como en el sistema legal español. Nos detuvimos allí, frente a la enorme reproducción de acciones que se han tipificado y de casuística reproducida, que en el afán de proteger a la libertad sexual, indemnidad, integridad sexual de los menores, no hace más que provocar la posibilidad de afectar distintos bienes inherentes a la persona, con la posibilidad de que en su aplicación, nos alejemos de lo que para un Estado Social y Democrático de Derecho sería deseable.

Nos hemos encontrado con varios obstáculos en el fondo del mar que debimos sortear, como la dificultad probatoria de distintos delitos por la cantidad de innovaciones que se generan diariamente para coadyuvar a encubrir este tipo de conductas, pues resulta muy difícil permanecer en una navegación estable con toda esta cantidad de bancos sumergidos en la inmensidad de las profundidades.

El viento -la legislación- nos obliga a navegar de cernida para poder continuar nuestra marcha, y llegar a destino poniendo a salvo los bienes protegidos por las figuras.

Desde el último puerto en que atracamos, nos vimos obligados a presenciar la invasión en la esfera de la intimidad de las personas, conculcándose derechos inherentes a esa condición, adelantando barreras de punibilidad, llevando a la práctica técnicas mal aplicadas por el legislador del Derecho penal del enemigo, sin ningún sentido práctico, puesto que ello no va a hacer desaparecer el puerto de la pornografía infantil.

Durante el curso de la navegación atacamos la existencia del puerto de salida –esto es, la corrupción de menores–, que no hace más que confundir a los navegantes en su travesía, puesto que tampoco se vislumbra como puerto, su definición es muy frágil y ambigua, y en la oscuridad del mar, hace que los navegantes, confundidos, desorientados, busquen allí, erróneamente, algún tipo de hospedaje.

Propusimos entonces cerrar el puerto, y hallar su contenido dentro del artículo 189 CP, circunstancia esta que redundaría en beneficio de todos los tripulantes de la embarcación.

Postulamos asimismo, para la próxima travesía, confeccionar mapas, con trazados de rumbos precisos, basados en la experiencia, adiestrar a la tripulación, previniéndoles situaciones a fin de evitar accidentes de los que saldrían lesionados, y unificar con todos los demás puertos del mundo las distintas legislaciones, a fin de que entre todos podamos exterminar este gran flagelo que hemos de llamar explotación infantil, a través de la corrupción de menores y pornografía.

No son buenos vientos lo que prometen acercarse en este mar por el que navegamos, todo hace sospechar que deberemos enfrentar varias y fuertes tormentas, pero no debemos olvidar que para llegar a destino, contamos con elementos que nos pueden prometer una mejor travesía, y sí depende de nosotros investigar, analizar y estudiar detenidamente las corrientes y los vientos, pero sin olvidar que de cómo ubiquemos las velas de nuestra embarcación (medidas de prevención, control y tipificación), para contrarrestar o capitalizar los efectos de ambos, dependerá cómo podremos llegar a buen puerto, y sin avería alguna, y así exterminar esta peste endógena enraizada en la sociedad de nuestro tiempo, que afecta la formación y desarrollo sexual de nuestros hombres y mujeres del mañana.

BIBLIOGRAFÍA

-AGUADO LOPEZ, Sara., “*El delito de corrupción de menores*” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2004.

-AGUIRRE, Eduardo, L. “*Bienes jurídicos y sistema penal*”, Ed. Fabián Di Plácido, BS AS., Argentina, 2005.

-ACALÉ SÁNCHEZ, María, “*El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*”, Ed. Comares, Granada, 2000.

-ALCÁCER GUIRAO, Rafael., “*¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*”. *Apuntes sobre el concepto material del delito,*” Atelier Selfie Mayor, Barcelona, 2003.

-ALONSO ALAMO, M., “*Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los Derechos Humanos*”. “*Estudios*”, Ed. Universidad de Valladolid, 2014.

-ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, “*Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual*”, *Revista Penal*, disponible en internet, en uhu.es.

-ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (DIR). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-ANARTE BORRALLA, Enrique., —*Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, en FERRÉ OLIVÉ, J. C.; ANARTE BORRALLA, E., *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999

-ANTON ONECA, José., Y RODRIGUEZ MUÑOZ, José, Arturo, “*Derecho penal*” T. II, Madrid, 1949.

-ARÁNGUEZ SANCHEZ, C., y ALARCÓN NAVIO, E. “*El Código Penal Francés*”, Granada, 2003.

-ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “Artículo 30”, en Cobo del rosal, Comentarios al Código Penal, T.III, Madrid.1999

-ARDIZZONE, “Associazione per delinquere e criminalità organizzata”, en Militello, V., Paoli, L.y Arnold, J.,II *crimine organizzato come fenómeno transnazionale*, Friburgo-Milán, 2000.

-AROCENA Gustavo, “Acerca de la nueva regulación de los delitos sexuales” (ley Nacional 25087), en “Semanario Jurídico”, Comercio Justicia, Editores, Córdoba, T.81, 1999-B”

-AROCENA, GUSTAVO ALBERTO, “Ataques a la identidad sexual”, Astrea, Buenos Aires, 2012.

-ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y otros en “Comentarios al Código Penal”, Madrid, .2004.

-ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE, I; FERRÉ OLIV, J.C., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2007.

-ARROYO ZAPATERO, “Política criminal y estado de derecho en las sociedades contemporáneas”, en AA.VV, Derecho penal de la Empresa del derecho penal económico del estado social, al derecho penal de la empresa globalizado, Luis Arroyo zapatero- Carlos Lascano- Adán Nieto Martín (Drs.), 2012.

-AZAOLA E., ESTER., “La infancia como mercancía sexual: México, Canadá y Estados Unidos”, Siglo XXI, México, 2003.

-BACIGALUPO, E., “Tipo y error”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1988.

-BACIGALUPO, ENRIQUE, “Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición. Hammurabi, Buenos Aires, 2009

-BAJO FERNANDEZ, M., “Compendio de Derecho Penal, Parte Especial”, Vol. II, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1998

-BARROSO TOLEDO, R. “*Delitos en Internet. Un enfoque de la pornografía infantil en la red*” En Rev. F@ro | Valparaíso, Chile | N° 13 (2011) | pp. 59 – 71 | e-ISSN 0718-4018 64 Epistemocrítica de la e-Comunicación. Elementos para una etnografía virtual de las prácticas científicas de la era digital.

-BASILICO, Ricardo, “*Sistema penal y diversidad cultural, la comprensión de la norma como garantía en el sistema*” en *Consideraciones acerca del pluralismo cultural en la ley penal*, 2012.

-BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “*Problemas básicos de los delitos sexuales*”, en: Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, número especial, agosto 1997.

-BEGUË LEZAÚN, Juan, José, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, Barcelona, España, 1999.

-BEGUË LEZAUN, Juan José “*Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contrala libertad e indemnidad sexual*” Revista del Ministerio Fiscal N°. 13, 2005.

-BENAVIDEZ, JORGE, “*De como el grooming se hizo delito*”. Informe especial del trámite en el Congreso, Revista Pensamiento Penal, Edición N° 162, 2/2/2013, disponible www.pensamiento penal.com.ar.

-BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. I y otros. “*Curso de Derecho Penal. Parte general*”, Ed. Experiencia, Barcelona 2004.

-BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Otros, “*Lecciones de Derecho Penal Parte general*. Ed. Praxis. Barcelona. España. 1999.

-BLANCO LOZANO, Carlos, “*Delitos relativos a la prostitución: conceptos de prostitución y corrupción de menores. Perspectivas jurídico-incriminadoras ante el nuevo código penal de 1995*”, en CPC, N° 61, 1997.

-BLANCO LOZANO, CARLOS, “*Tratado de derecho penal español*”, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

-BLANCO, Luis, “*Prostitución infantil, tráfico de menores y turismo sexual*”, Ed. Ad. Hoc, Junio 2008.

-BOIX REIG, Javier (Dir.), “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”, en “*Derecho penal, Parte Especial*”, Vol. I,” *La protección penal de los intereses jurídicos personales*” (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal), J., Box Reig (Dir.), Ed., Lustel, Madrid, 2010.

-BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique, “*Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la ley orgánica 11/1999*”, Actualidad Penal N° 35, Madrid, 1999.

-BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., “*Pornografía infantil en la Red*”, en Revista de Derecho penal, Delitos de Peligro, 2008-2 Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. Argentina.

-BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., “*Artículo 189.*”, en DÍEZ RIPOLLÉS y otros, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, tomo II*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

-BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., “*Art. 189.*” en AA.VV, “*Comentarios al Código Penal, Parte Especial*”, T.II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

-BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Pornografía infantil en la Red*” Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal. Ed. Ubijus, México, D.F., 2008.

-BOUYSSOU, Norma,” *Delitos de posesión: Se escenario respecto de la acción y la tenencia de pornografía infantil para uso propio*”, Suplemento extraordinario Penal y Procesal Penal 75° Aniversario, Ed. La Ley, Sept. 2010.

-BUENO AURÚS, Francisco, “*Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas*” en la ley, 1990.

-BUENO ARÚS, Francisco, “*Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999, en Delitos contra la libertad sexual*”, Estudios de Derecho Judicial N° 21, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

BUOMPADRE, Jorge, “*Tratado de Derecho penal, Parte Especial*”, T.I., 3° ed. Ed., Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2009.

-BUOMPADRE, Jorge, “*Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de la que no hay que hacer). Algunas observaciones a la ley 25087, de reforma al Código Penal*”. Rev. Ciencias Penales 1992-2, ED. M.A.V.E, Corrientes, 1999.

-BUSTOS RAMIREZ, J., Y HORMAZABAL MALAREÉ, H., “Lecciones de Derecho penal. Parte general, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

-CABRERA MARTÍN, M., “*La pornografía infantil*”, ob. cit., 3ra. Ed. actualizada y ampliada. Bs As., Argentina, 2009.

-CADOPPI, A., “*Commento all art.1º*”, en Cadoppi. “*Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*”, Milán 2002.

-CANCIO MELIÁ, Manuel “*Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*” La Ley Penal, N° 80, Sección Estudios, Marzo 2011.

-CANCIO MELIA, M., en Rodriguez Mourullo, “*Comentarios al Código Penal*”, Madrid, 1997.

-CANCIO MELIÁ, Manuel, “*Derecho penal del Enemigo*”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, Manuel., Derecho penal del enemigo, Civitas, segunda edición, Navarra, 2006.

-CAPRI, P. “Il profilo de pedófilo realtà o illusione?”, en Cataldo Neuberger, “La pedofilia”: Aspetti social, psico giuridici, normativi e vittimologici, Milán, 1999.

-CARAMUTI, Carlos., “*Concurso de delitos*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. 2010.

-CARMONA SALGADO, Concha, “La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, en Morillas Cueva, Lorenzo, “Estudios jurídico penales y político criminales del tráfico de drogas y figuras afines Ed. Dykinson, 2003., p.189.

-CARMONA SALGADO, C., “*Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*”, en Cobo del Rosal, *Derecho Penal Español*, Madrid, 2004.

-CARMONA SALGADO, C. “Delitos contra la libertad sexual II”, Cobo del ROSAL, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 2000.

- CARMONA SALGADO, C., *“Delitos contra la libertad sexual I”*, en Cobo del Rosal, *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1995.
- CARMONA SALGADO, C., *“La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”*, en Morillas Cueva, *“Estudios Jurídico Penales y político-criminales sobre el tráfico de drogas y figuras afines*, Madrid, 2003.
- CARMONA SALGADO, C., *“Compendio de Derecho penal español, parte especial, I”*, Madrid, 2002.
- CARMONA SALGADO, C., *“Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de las agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo”*, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thompson-Civitas, Navarra, 2005.
- CARNEVALI RODRIGUEZ, R., *“Algunas precisiones respecto de los delitos de Producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales”*. Departamento de estudios, informe en derecho 2/2012/agosto. Centro de estudios de derecho penal. Universidad de Talca. Chile.
- CARPONI SCHITTAR, D., *“Considerazioni sulla pedofilia. Dalla individualizzazione psichiatrica e psicologica del disturbo alla pedofilia come categoría criminosa”*., en Cataldo Neuburger, *La pedifilia. Aspetti sociali, psicogiuridici, normativi e vittimologici”*, Milán, 1999.
- CARRANZA TORRES , M, Pereyra Rozas, M. y BRUERA, H., *“La ley de delitos informáticos 26.388”*, JA, 2008-III-647.
- CÁRTER, Daniel, PRENTKY, Robert, KNIGHT, Raymond, VANDERVEER, Penny y BOUCHER, Richard, *"Use of Pornography in the Criminal and Developmental Histories of Sexual Offenders"*, en *Journal of Interpersonal Violence*, 2, 1987 .
- CARUSO FONTAN, María V., *“Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CARUSO FONTÁN, María V., *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor”*, Revista Penal N° 28, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

-CEREZO MIR José “Obras Completas”, “Derecho penal, Parte general”, Ed. UBIJUS, ARA Editores, Perú, 2006, p.1195.

-CEREZO MIR, J., “*Curso de Derecho Penal Español, Parte General*”, T. I, Ed. Tecnos S.A., Madrid, España, 1985.

-CESANO, J., “*Contribución para la determinación de bien jurídico protegido por las disposiciones penales de la ley 24.051, en “Ley, razón y justicia”*”, Año 1, N°1, enero-julio, Alveroni, Córdoba, 1999.

-COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DIEZ, M., “*Instituciones de Derecho penal español. Parte general*”, Madrid, 2004.

-COBO DEL ROSAL, M., “*Derecho Penal Español, Parte especial*”, Madrid, 2004.

-COBO DEL ROSAL, M., y SUÁREZ LÒPEZ, J.M. “*Código Penal*”, Barcelona, 2004.

-COBO DEL ROSAL, M., y QUINTANAR DIEZ, M., “*De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores*”, en Cobo del Rosal, Comentarios al Código penal Tomo IV., Madrid, 1999

-COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T., “*Derecho Penal, parte General, 5ªed. Corregida aumentada y actualizada*”, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

-COBO DEL ROSAL, M., Y QUINTANAR DIEZ, M., “*Artículo 189*”, en Cobo del Rosal, Comentarios al Código Penal T. IV., Madrid 1999.

-CONDE- PUMPIDO FERREIRO, C., “*Código Penal Comentado. T.I.*” Bosch, Barcelona, 2004.

-CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «*Delitos de prostitución. Especial referencia a la prostitución de menores*», en *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, 2000.

- CORCOY BIDASOLO, M., “*Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al espacio temporal de comisión de los hechos*” Eguzkilore, N°21, San Sebastián, diciembre de 2007.
- COSTO, EVA, “*Rastreadores de pedófilos. Pornografía infantil*”, Diario La Ley, ISSN 0213-1080, N°. 1286, 2010.
- COX LEIXELARD, J., P., “*Los abusos sexuales*”, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, Chile, 2003.
- COX LEIXELARD, J. P., “*Contexto Político-Criminal. De los Delitos de posesión*.” *War on Crime y Expansión del Derecho Penal*”, en Rodríguez Collao, Luis (Coord.) *Delito, Pena y proceso. Homenaje a Tito Solari Peralta*, Ed. Jurídica de Chile, 2008.
- CRESPO A., ”La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado Derecho Penal de las sociedades en riesgo: cuestiones problemáticas”. *Actualidad Jurídica*, Vol. 143. Derecho Penal, Córdoba, 2009.
- CUELLO CONTRERAS, J., “*El derecho penal español, Parte General*”, “*Nociones introductorias*”. “*Teoría del delito*”, 3° ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- CUELLO CONTRERAS, J., “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de normativa concursal (LL), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXII, Madrid, 1979.
- CUERDA ARNAU, M., L., “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores”, en *Cuadernos de derecho judicial*, N° 7, 1997.
- CUERDA RIEZU, Antonio, “Concurso de delitos y determinación de la pena”
- CUERDA RIEZU, A., Los medios de comunicación y el Derecho Penall en ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (Dirs.), *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos. In Memoriam*, Vol. II, Univ. Castilla-La Mancha/Univ. Salamanca, Cuenca, 2001.

- CUETO, M., “*La ley 26388 de Delitos informáticos, el art. 128 del Código Penal y los Tratados internacionales*”, en DJ. 4/8./2010.
- CUGAT MAURI, M., “*La tutela penal de los menores ante el “Online grooming”, “Ciberdelitos*”, Ed. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 2014.
- CUGAT MAURI, M., “*La nueva modalidad incriminadora del llamado “child grooming” o “ciberacoso*”, en Álvarez García, F.J./González Cussac, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CUGAT MAURI, MIRIAM, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en Comentarios a la reforma penal 2010*” (Dir.: Francisco Álvarez García y José Luis González Cussac), Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010.
- CUGAT MAURI, M., “*Comentarios al Código Penal, parte especial*” (Dir., Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán). Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, España,2004.
- CRUZ DE PABLO, José Antonio, “*Derecho Penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos*”, Grupo Difusión, Madrid, 2006.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, j., “*Torturas y otros delitos contra la integridad moral*”, en *Estudios Penales y criminológicos*, N° XXI, 1998.
- DE LA FUENTE JIMÉNEZ, “*Delitos de pornografía infantil*”, Santiago, 2008,
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “*Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*”, Monografías 756, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DE LUCA, Javier; LOPEZ CASARIEGO, Julio, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2009.
- DE VICENTE REMESAL, Javier, GARCÍA MOSQUERA, Marta, “*Abusos sexuales*”, “*acoso sexual*”, “*agresiones sexuales*”, “*delitos contra la libertad sexual*”, “*exhibicionismo y provocación sexual*”, “*prostitución favorecimiento y explotación*”, en Luzón Peña, Diego-Manuel, *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002.

-DÍAZ GÓMEZ, “*El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de la solución: El convenio de Budapest*”, en “*Revista electrónica de derecho*”, nº8, dic., 2010, (disponible en www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/diaz.pdf).

-DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “*Delitos contra la libertad sexual ¿Libertad sexual o moral sexual?*”, en: MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Política Criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007.

-DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “*Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?*”, en *Nuevas Tendencias en Política Criminal* (Dirs..Santiago Mir).

-DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “*El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, 2000.

-DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*”, ADPCP, Tomo XLIV, Fasc. III, 1991, p. 748, nota 116.

-DIEZ RIPOLLES, José, L., “*El derecho penal ante al sexo*”, Ed. Bosch, Barcelona 1981.

-DIEZ RIPOLLÉS, José L, y ROMEO CASABONA, C., M., “*Comentarios al Código Penal, parte especial,*” pág.292, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

-DIEZ RIPOLLES, José, L., “*Libertad sexual y ley penal*”, en Redondo, S., “*Delincuencia sexual y sociedad*”, Barcelona, 2002.

-DIEZ RIPOLLES, José, L., “*Las últimas reforma en el derecho penal sexual*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*”, Nº 16, Santiago de Compostela, 1991.

-DIEZ RIPOLLES, José, L., “*La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma.*” Barcelona, 1985.

- DIEZ RIPOLES, José, L., “*El bien jurídico protegido, en un Derecho penal garantista*”, en *Jueces para la democracia*, N° 30, 1997.
- DIEZ RIPOLES, José, L., “*El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual*”, en *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999-2000.
- DIEZ RIPOLLÉS, José L., “*Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*”, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1990.
- DIEZ RIPOLLÉS, José, L., “*Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*”, en *Revista Penal* N°2, 1998.
- DIÉZ RIPOLLÉZ, José L., “*Corrupción de Menores*”, *el país* 28/11/1996.
- DOLCINI, E., /MARINUCCI, G., (Dir.), “*Código penale commentato. Parte Sepeciale*”, 2° ed, Milán, 2006.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “*Un acercamiento al nuevo delito child grooming. Entre los delitos de pederastia*”, *Diario La Ley* N°7575, Sección Doctrina, 23Feb.2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, disponible en bib.us.es.
- DONNA Edgardo, A. “*Derecho Penal. Parte General*”, T.II, Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. Argentina, 2008.
- DONNA Edgardo. A., “*Teoría del delito y de la pena*”, TII, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- DONNA, Edgardo, A., “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As, Argentina, 2000.
- DONNA, Edgardo, A., “*La autoría y la participación criminal*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina. 1998.
- DURÁN SECO, Isabel, “*La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008 (I)*”, *La Ley Penal*, n° 63, 2009.

- ECHEBURÚA, E., y GUERRICOECHEVARRÍA, C., “*Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores*”, Barcelona, 2000.
- ECHEBURÚA, E., y GUERRICOECHAVARRÍA G., “Concepto, factores de riesgo y efectos psicopatológicos”, en Sanmartín, J., *Violencia contra niños*, Barcelona, 2002.
- ESPÍN, E., “*Los derechos de libertad*” (II)”, en López Guerra y Otros, *Derecho Constitucional, vol. I*, Valencia, 1994.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español(art. 189.2):razones para su destipificación*”, *Revista de Derecho penal y criminología*, 2do. Época N°18, 2006,
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R., y Otros, “*Código Penal 1995*”. Granada. 1999.
- ETCHEBERRY, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, T. IV, 3° ed., Santiago, 1998.
- FERNANDEZ, Gonzalo, “*Bien jurídico y sistema del delito*”, Ed. IB de F, Montevideo República Oriental del Uruguay. 2004.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, G., “*La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: Cuestiones claves*” Universidad Nacional de educación a Distancia. Boletín de la facultad de Derecho, N° 20, 2002.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G., “*Cibercrimen, los delitos cometidos a través de internet*”, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, España, 2007.
- FOURNIER DE SAINT MAUR, A., “The sexual abuse of children vía the internet: A new Challenge for Interpol”, Conferencia internacional, “Combating Child Pornography on the Internet”, Viena, 1999, (Su versión electrónica puede hallarse en <http://www.stopchildpornog.at/>).
- FRITZLAER, Von, Johannes., “*Summa sexuales*”, Turín 1969.
- GALLEGO DIAZ, M., “El sistema español de determinación de la pena”
- GARCIA ALBERO, R., “*El nuevo delito de corrupción de menores(art. 189.3)*”, en estudios de Derecho Judicial, *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, 2000.

- GARCÍA ALVAREZ, Pastora, “*El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de ley orgánica del 20 de septiembre de 2013*”, Revista General del Derecho Penal 20, (2013) Revistas@iustel.com
- GARCÍA GONZÁLEZ, Javier “Ciberacoso;: La tutela penal de la Intimidad, la Integridad y la Libertad sexual en Internet, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia España, 2010,
- GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO, “La regulación del derecho penal sexual en España”, en Los Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Dir.: Luis Reyna Alfaro), pág.242, Jurista Editores, Lima , Perú, 2005.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, “*Acerca del delito de pornografía infantil*”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E; GURDIEL SIERA, M. CORTES BECHIARELLI, E., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- GARCIA VALDÉZ, Carlos, “Temas de Derecho Penal” (Penología, Parte especial, Proyectos de Reforma).Ed. Servicio de publicaciones Ftad. de Derecho, Universidad Complutense, Madrid , 1992.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coord.), “*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010,
- GARCIA VAZQUEZ, P., “*Pornografía infantil*” Revista USC N°12, AÑO 2009”.
- GARGANI, A., —L'adeguatezza della struttura organizzativa, en De Francesco, G., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, Torino, 2001.
- GARRIDO MONTT, *Derecho penal, Parte Especial*, 3° ed., T. III, Santiago, 2007.
- GARRIDO, V., STANGELAND, P.; REDONDO, S., *Principios de Criminología*, Valencia, 2001.
- GAVIER, ENRIQUE A., ”Delitos contra la integridad sexual”
- GIL RUBIO. J., ”*Pedofilia virtual*”, LL, España Año XXIX N° 6961, Sección Tribuna, 5/6/2008, disponible en www.laleydigital.es

-GIMBERNAT ORDEIG Enrique en Roland Hefendehl (Ed), la presentación del libro: La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 2007.

-GIMBERNAT ORDEIG, E., “Artículo 11”, en Cobo del Rosal, “Comentarios al Código penal, Tomo I, Madrid 1999

-GIMBERNAT ORGEID, “Prólogo a la 5ª edición del Código Penal,” Ed.. Tecnos, insistiendo en el prólogo de la 3ª edición. Madrid, 1999.

-GIMBERNAT ORDEIG, E., “Autor y Cómplice en Derecho Penal”, Madrid, 1966.

-GIMBERNAT ORDEIG E., y Otros, “Código Penal”, Madrid, 2003.

-GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estado de Derecho y Ley Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

-GLASSER, M., “Paedofilia”, en Bluglass y Bowden, “Principles and practice of forensic psychiatry, Churchill Livingstone, 1990.

-GOENAGA OLAIZOLA Reyes, “Delitos contra la libertad sexual”, Eguzkilore, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, N°10 Extraordinario. Octubre 1997.

-GÓMEZ, Leopoldo. “El delito de pornografía Infantil”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina. 2012.

-GOMEZ RIVERO, C., “La inducción a cometer el delito”, Valencia, 1995.

-GÓMEZ TOMILLO, M., “Derecho penal sexual y reforma legal”, Análisis desde un perspectiva político criminal” en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC, N° 07/4/ 2005.
<http://criminet.ugr.es/recpc>.

-GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículo 183 bis”, en: Gómez Tomillo, Manuel (Dir.), Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010.

-GONZALEZ CUELLAR GARCIA, A., “Artículo 178”, en Conde-Pumpido Ferreiro, *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, T.II, Madrid 1997.

-GONZALEZ CUELLAR GARCIA, A., “Art 189”, en Conde –Pumpido Ferreiro, C., *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, T.II, Madrid 1997.

-GONZALEZ CUSSAC, J.- L.- (Director) y Otros, en “*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*”, Ed. Tirant lo Blanch, España, Abril de 2015.

-GONZALEZ CUSSAC, J., L., “*Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*”, Valencia, 1988.

-GONZALEZ RUS, Juan, José, “*Los de delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995*”, en Cuadernos de política criminal, Nº59, 1996.

-GONZALEZ RUS, J., J., “*La violación en el Código penal español*”, Granada, 1982.

-GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”l, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 1, 1999.

-GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “*El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011.

-GRACIA MARTÍN, L., “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 2005.

-GRANERO H., “*No todos los contactos en las redes sociales son “amigos” Grooming y Sexting, los delitos no tipificados en el Código Penal*”, publicado en el Dial.com, Suplemento de Derecho de Alta tecnología, DC142E, 13/10/2010.

-GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro, “*El Código penal de 1870*”, Salamanca, 1893.

-GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “*Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming*”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°. 842 – 2012.

-GUTIERREZ, Pedro, “*Delitos sexuales sobre menores*”, Ed. La Rocca., Buenos Aires, Argentina, 2007.

-GUTIERREZ FRANCÉS, María, L., “*Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal*”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.

-GUTIERREZ FRANCÉS María LUZ, “*Problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio virtual*”, en ROMEO CASABONA, Carlos María, *Ciberdelincuencia. Nuevos retos jurídico – penales, nuevas respuestas político criminales*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 43- 68.

-GUTIERREZ FRANCÉS María Luz, —Notas sobre la delincuencia Informática: Atentados contra la —Información como valor Económico de la empresarial, en *Ámbito Jurídico de las tecnologías de la Información* en Revista *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996. pág. 183- 209.

-GUTIERREZ FRANCÉS María Luz, —Reflexiones sobre la Ciberdelincuencia hoy (En torno a la Ley Penal en el espacio virtual) en *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de Universidad de La Rioja* (REDUR) nº 3, 2005, pp. 69- 92.

-HART, H.,L.,A., “*Derecho, Libertad y Moralidad*” Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson., 2006.,p.33 y sgts.

-HERRERA BRAVO, Rodolfo., „*Reflexiones sobre la delincuencia vinculada con la tecnología digital*“, 2001 (el artículo puede encontrarse en versión pdf, en [http:// rodolfo herrera.galeon.com/refxdel.pdf](http://rodolfo.herrera.galeon.com/refxdel.pdf)).

-HERRERO HERRERO, C, “*Criminología*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

-HÖRNLE, Tatjana, “*La protección de Sentimientos en el STGB*”, en Roland Hefendehl (edit.), “*La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?*”, Ed. Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, S. A, Madrid, 2007.

-HORTAL IBARRA, “El nuevo delito de online child grooming”(art. 183bis CP); ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?, en “Garantías penales y Derecho penal europeo”, Mir Puig-Corcroy Bidasolo (Dir.), 2012, siguiendo a Queralt, en “La tutela penal de los menores ante el online grooming”.

-JESCHECK, H., “Tratado de Derecho Penal, Parte General T. I y II”, 2da Ed. Traducido por el Prof. Ed. Comares granada., Barcelona, España, 2008.

-JESCHECK. Hans H.; WEIGEND, Thomas., “Tratado de derecho penal. Parte general”, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5ta. ed., Ed. Comares, Granada, 2002.

-JIJENA LEIVA, R., “Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático”, Santiago de Chile, 1992.

-JIMÉNEZ DE ASUA, L. “Tratado de Derecho Penal”, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950.

-JIMENEZ DE ASÚA, L., “Tratado de Derecho Penal”, Buenos Aires, 1970.

-JIMENEZ DIAZ, M., J., “Artículo 15”, en Cobo del Rosal, *Comentarios al Código penal, T. I., Madrid 1999.*

-JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Artículo 189”- en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Bosch Barcelona, 2007.

-JOERDEN JAN, *Strukturen des Strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: relationen und ihre Verkettungen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988.

-KLUG, “Problemas de filosofía del derecho y de política jurídica en el Derecho Penal sexual”, en la obra *Sexualidad y crimen*. Gimbernat Ordeig. Ed. Reus. Madrid, 1989.

-KOOL, en “Prevention by All Means? A legal Comparison of the Criminalization of ON line Grooming and its Enforcement, en “Utrecht Law Review”, oct. 2011

-LAMARCA PÉREZ, Carmen, “El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual” *Revista La Ley Penal* número 35 febrero 2007.

-LANNING, K., “*Child Molesters: A Behavioural Analysis*”. Washington D.C., 1992, citado por MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis Dogmático y Criminológico*. Ed. Dykinson, 2001.

-LATORRE Y RAMÓN GOMIS “*De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual*”, en Latorre, V., *Mujer y derecho penal*, Valencia 1995.

-LIJO, A., “*Los delitos de tenencia. O el tótem normativo al que se recurre para prohibir con tipos penales constitutivos*”. Publicado en www.eldial.com.ar 19/3/2009.

-LLORIA GARCIA, “*Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y a la integridad moral*”, en “*La Ley penal*, N°5

-LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “*Art.31*”, en Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal*, T.III, Madrid, 2000.

-LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “*El agente encubierto*”, en *La Ley*, N°4778, 1999.

-LOPEZ, A. “*La investigación policial en Internet: estructuras de cooperación internacional*”, en III Congreso de Internet, Derecho y Política. Nuevas Perspectivas, publicado en revista de Internet Derecho y política (IDP) N°5, UOC, 2007, p.66. (Disponible en :www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/lopez.pdf (accedido el 9/2/2011).

-LÖSELL, F., *¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delincuentes sexuales?*, en REDONDO ILLESCAS, *Delincuencia sexual y sociedad*, Ed. Ariel, Barcelona, 2002.

-MAGRO SERVET, “*El grooming o ciberacoso infantil: el nuevo artículo 183 bis del Código penal*”, en *Diario La Ley*, N°. 9530, de 20 de octubre de 2010.

-MANFREDINI, Mario, “*Dei Delitti contro il buom costume e l’ordine delle famiglie*, en VV.AA, *Tratatto di Diritto Penal*, 2da. ed., Francesco Vllardi Editor, Milano, 1921, vol. IX.

- MANZINI, Vincenzo “*Trattato*” di *Diritto Penale*”, Torino, 1947, t. VI, p. 589.

-MAQUEDA ABREU, María, L., “La reforma de los delitos sexuales: valoración y críticas de sus criterios rectores”, en Nuevo código penal y la Ley del jurado., 1998.

-MAQUEDA ABREU, María, L., “Los elementos subjetivos de la justificación”, en La Ley, revista Jurídica española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía ISSN-0211-2744, N°2, 1984.

-MARCO, Joaquín J., en García González, Carmen (Coordinadora), "*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., B., “La incorporación del “antiguo” delito de corrupción de menores en el “nuevo” Código penal”, en CPC, N°68, 1999.

-MARTÍN LORENZO, María, —Libertad e Indemnidad sexualesl, en ORTIZ DE URBINA, Gimeno (Coord.), *Memento Experto, Reforma Penal 2010, Ley Orgánica 5/2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

-MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, Juan, “Internet y pornografía infantil”. ”*Actualidad informática*”, Aranzadi, N° 40, julio de 2001.

-MAURACH, R., GOSSEL, K., ZIPF, H.,, “Derecho Penal. Parte General, T. I. y II”, Ed. Astrea., Bs. As, Argentina., Trad. 7º, ed. alemana. 1995.

-MEDINA ARIZA, J. J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en ANARTE BORRALLO, E., FERRÉ OLIVÉ, Juan. C., *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999..

-MENDOZA BUERGO, Blanca., “*Delitos contra la salud pública*”, en Bajo Fernández, *Compendio de Derecho Penal (parte especial)*, Madrid, 2003.

-MENGONI, Enrico, “Delitti sessuali e pedofilia”,., Ed. Giuffré. Italia. -2008-

-MEZGER, E., “*Tratado de Derecho Penal*”, Madrid 1957.

- MILITELLO, Vincenzo. —Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ; MÉNDEZ RODRÍGUEZ; DIEGO DÍAZ- SANTOS (Coord.), *Derecho penal sociedad y nuevas tecnologías*, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- MIR PUIG, “*Derecho Penal Parte General*”, Barcelona, 2004.
- MIRO LINARES, “*El cibercrimen; Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*”, 2012.
- MOLINA CANTILLANA, “*Delitos de pornografía infantil*”, Santiago, 2008.
- MORALES GARCIA, O., “*Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre Cyber-crime*”, en AA.VV, “*Delincuencia informática, Problemas de responsabilidad.*”, Dir. 9, 2002.
- MORALES GARCIA, O., “*Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios de intermediarios de la sociedad de la información*”, en Morales Prats, F., y Morales García, O., *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Navarra, 2002.
- MORALES PRATS, Fermín. “*Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español*”, en Cuadernos de Derecho judicial, *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet*, Madrid, 2000.
- MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 189”, en Quintero Olivares, *Comentarios al Nuevo Código penal*, Navarra, 2004.
- MORALES PRATS, F., GARCIA ALBERO, R., “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, en Quintero Olivares, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, 2004.
- MORALES PRATS, Fermín., GARCIA ALBERO, Ramón., “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, en Quintero Olivares, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, 2002.
- MORALES PRATS, F., GARCIA ALBERO, R., “*Delitos contra la libertad sexual*”, en Quintero Olivares, *Comentarios a la parte especial del derecho Penal.*, Navarra, 1995.

-MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón: “*Delitos contra la libertad sexual*” en Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Director, VALLE MUNIZ, José Manuel, Coordinador, Aranzadi, Elcano, 1996,

-MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir)/ MORALES PRATS (Coord.), “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*”, 5º ed., Pamplona, 2005.

-MORAN VIAL, J., “*Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías*”, Ed. Práctica de derecho., Valencia, España, 2003.

-MORILLAS CUEVA, L., (Coord.), DEL ROSAL BLASCO, B., GONZÁLEZ RUS, J., J., PERIS RIERA, J., SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J., OLMEDO CARDENETE, M., BENITEZ ORTÚZAF, I., “*Sistema de Derecho Penal Español. Parte especial*. Ed. Dykinson S.L, 2011.

-MORILLAS CUEVA, L., “*Curso de derecho penal español, parte general*”, Madrid, 1996.

-MORILLAS CUEVA, L., “*Derecho Penal, parte general*, Madrid, 2004.

-MORILLAS CUEVA, L., “*Derecho Penal, Parte General*”, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal. Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2010.

- MORILLAS CUEVA, L., “*Estudios penales sobre violencia doméstica*”, Madrid 2002.

-MORILLAS CUEVA, L., “*Metodología y ciencia penal*”, Granada, 1993.

-MORILLAS FERNÁNDEZ DAVID., “*Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil*” en AA.VV., Ciberacoso:” La tutela de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet”, García González J., (coord.), 2010.

-MORILLAS FERNÁNDEZ, David,L., “*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*” (*Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*), Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2005,

- MORILLAS FERNANDEZ, David., L., “*Los delitos de pornografía infantil en el derecho comparado*”, en *Cuadernos de Política criminal* N°84, 2004.
- MORON LERMA Esther., “*Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red.*”, Navarra, 2002.
- MUÑOZ SANCHEZ, J. “*El agente provocador*”, Valencia, 1995.
- NIETO MARTIN, “*El derecho penal europeo, una aproximación a sus problemas actuales*”, en *Piratas, mercenarios, jueces y policías: Nuevos desafíos del derecho penal europeo internacional*”, Arroyo Zapatero-Nieto Martin (Dir.), 2011
- NUÑEZ, Ricardo, “*Contribución para la determinación del bien jurídico protegido por las disposiciones penales de la ley 24.051*”, en “*Ley, Razón y Justicia. Año 1, N°1 enero-julio*, Alveroni, Córdoba, 1999.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel, “*La provocación al delito y el agente provocador en el tráfico de drogas*”, en Morillas Cueva, *Estudios jurídicos –penales y político- criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines.* Madrid, 2003.
- OLMEDO CARDENETE, M., “*El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. Análisis teórico y jurisprudencial*”, Barcelona, 2001.
- OLMEDO CARDENETE, M., “*Art., 27, 28, y 29*”, en Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal T. III*, Madrid, 2000.
- OLMEDO CARDENETE, M., “*Art., 20.7*”, en Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal T. II*, Madrid, 1999.
- OLMEDO CARDENETE, M., “*La inducción como forma de participación accesoria*”, Madrid, 1999.
- ORTS BERENGUER, Enrique. “*Determinación a la prostitución. Arts. 187, 188, 189 y 192 CP*”, en *Comentarios a la Reforma del C.P. 2015*, CUSSAC, José L.(Dir.) y Otros. Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, España, 2015. P. 606 y sgts.

-ORTS BERENGUER Y ROIG TORRES, M., *“Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática”*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001,

-ORTS BERENGUER, *“Ciberacoso”*, en AAVV, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

-ORTS BERENGUER, E., y OTROS, *“Derecho penal”, Parte especial*”, 3ª edición. Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, España. 2010

-ORTS BERENGUER, E.; ALONSO RIMO, A., *“Delitos contra la libertad sexual”*, Valencia, 1995.

-ORTS BERENGUER, E.; ALONSO RIMO, A., *La reforma de los delitos contra la libertad sexual-* en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.; DIEGO DÍAZ- SANTOS, R., *Derecho penal sociedad y nuevas tecnologías*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

-ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M., *“Delitos informáticos y delitos comunes, cometidos a través de la informática”*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

-ORTS BERENGUER, Enrique, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”*, en: VIVES ANTÓN, Tomás S./ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, Juan Carlos/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-ORTS BERENGUER, ENRIQUE, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales(III)”*, en *Derecho Penal Parte especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, 20.

-PALAZZI, Pablo., *“Delitos informáticos”*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

-PALAZZI, Pablo., *“Los delitos informáticos en el Código penal”*. *“Análisis de la ley 26.388”*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

-PARRA GONZALEZ, Ana, *“La pornografía en la Red, especial referencia a la posesión simple”*. Universidad de Salamanca, España, 2011.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *“Los delitos de posesión y los delitos de status. Una aproximación político-criminal y dogmática”*. Ed. Atelier. Barcelona, España. 2005

-PAVON GÓMEZ, P., *“La intimidad como objeto de protección penal”* Ed. Akal- S.A., Madrid, 1989.

-PEREDA-ABAD-GUILERA, *“Victimización de menores a través de Internet, descripción y características de las víctimas de online grooming, en “Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales: memoria II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores de Ciencias Penales, L.M. Cortes- F- Pérez Álvarez (coors), 2012.*

-PEREZ ALONSO, E.J., *“La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal. Granada, 1998.*

-PÉREZ CEPEDA, A. I., *“Un ejemplo más del Derecho penal simbólico: el delito de corrupción de menores”*, en *Revista Actualidad Penal* N° 22, 2001.

-PEREZ LUÑO, A. *“Impactos sociales y jurídicos de Internet”*, Argumentos de razón técnica, N°1, 1998.

-PÉREZ FERRER, Fátima, *“El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (art. 183bis)”*, Diario La ley, N.º 7915, 2012.

-PICOTTI, L., *“Aspectos supranacionales de la responsabilidad penal, de los proveedores de acceso y servicio en Internet”*, en *Contenido ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Navarra, 2002.

-POLAINO NAVARRETE, Miguel., *“¿Por dónde soplan actualmente los vientos del derecho penal?”* en Buompadre, Jorge, (Dir.) *El Derecho penal ante la criminalidad de núcleo duro. Una respuesta desde el estado de derecho*, Colección el Derecho Penal y procesal penal hoy.Nº2. Ed. Contexto, Resistencia Chaco. 2011.

-POLAINO NAVARRETE, Miguel, *“Lecciones de Derecho Penal, parte especial T.I, Tecnos, Madrid, 2010.*

-POLAINO NAVARRETE, Miguel, *“Introducción al Derecho Penal (con la colaboración de Miguel Polaino Orts), Universidad de Guánuco. Ftd de derecho y Ciencia Política, Ed. Jurídica, Grijley, Lima, Perú, 2008.*

-POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?*.” Cuadernos de política criminal N° 93, Madrid, 2007.

-POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Derecho Penal. Parte General*”, T.II., Ed., Bosch, Barcelona, España, 2000.

-POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*El bien jurídico en el derecho penal*”, en “*Anales de la Universidad Hispalense*”, N°19, 1974.

-POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (dirigido por M. Cobo del Rosal), M., Madrid, 1993.

-POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*El injusto típico en la teoría del delito*”, Ed. Mave, Buenos Aires, Argentina, 2000.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Nota sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previstos en la regla 2° del artículo 70 del C.P.*”. en Cuadernos de Política Criminal, N°13, Madrid, 1981.

-POLAINO NAVARRETE, M., “*Introducción a los delitos contra la honestidad*”, Sevilla, 1975.

-POLAINO ORTS, M., “*Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995. Especial consideración a la L.O. 11/1999*”, en Cuadernos de política criminal, N° 67, Instituto Universitario de Criminología Universidad Complutense de Madrid, 1999.

-POLAINO ORTS, Miguel, “*Derecho penal del enemigo: ¿Qué es?, Existe?, Debe existir, Por qué existe?*” en *El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo*”, JAKOBS Ghunter, POLAINO NAVARRETE, Miguel, POLAINO ORTS, Miguel, Ed. Flores editor y distribuidor, México D.F., 2008.

-POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte General*, 2° ed., Santiago, 2004.

-PONT VERGÉS, F., “*Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía?*”, en el Dial.com. Suplemento de Derecho y Alta Tecnología, 12/9/2007, (disponible en [www. el.dial.com.ar](http://www.el.dial.com.ar))

-PRATS CANUT, J.M. “*Art. 22*”, en Quintero Olivares, *Comentarios al Nuevo Código Penal. NAVARRA*. 2004.

- QUAYLE, E.; TAYLOR, M., "Child pornography and the Internet: Perpetuating a cycle of abuse", en *Deviant Behaviour*, 2002.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., "Derecho Penal español, Parte Especial", Ed, Bosch, Barcelona, 5º ed., 2008.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "*La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*".
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (Dir.) y Otros, "*Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*", 5ª edic., Ed. Thompson Aranzadi, Navarra, España, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "*Reformas en el Código Penal*", en *La vanguardia*, 19 de Mayo de 1999.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, F., Y PRATS CANUT, J., M., "*Manual de Derecho penal. Parte general*". Pamplona, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "*Sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2009. Examen crítico de las líneas maestras de la reforma propuesta*", en trabajo presentado en el *XXI Congreso de Alumnos Universitarios de Derecho Penal. Universidad de Salamanca*. Salamanca, 2009.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO en "*Problemas de la perseguibilidad de los ciberdelitos*", en "*Ciberdelitos*". Ed. Hammurabi, Bs. As. 2014.
- QUINTERO OLIVARES, G., y VALLE MUÑIZ, J., M., "*Artículo 21*", en Quintero Olivares, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, 2004.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, "*El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado*", *Diario La Ley*, nº 7746, 2011.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, "*Los delitos de grooming y sexting*", "*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*", CUSSAC José L. y Otros, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, España, 2015, p. 622 y sgts.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, "*El consentimiento de menores de 16 años como causa de exclusión de responsabilidad penal por los delitos sexuales*", en "*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*", CUSSAC José L. y Otros, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, España, 2015, p. 622 y sgts.

-REINALDI, Víctor, *“Los delitos sexuales en el Código Penal argentino 25.087”*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999.

-RIBAS, E., R., *“Minoría de edad, sexo y derecho penal”* Ed. Thompson, Reuters, Aranzadi, Navarra, España, 2013.

-RIQUERT, Marcelo., y Otros, *“Ciberdelitos”*, Ed. Hammurabi, Bs. As., Argentina. 2014.

-RIQUERT, Marcelo, *“Repensando cómo funciona la ley penal en el ciberespacio”*, en *Ciberdelitos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Diciembre 2014.

-RIQUERT, F., *“La ciber pornografía infantil en el Código Penal argentino”*. Ed. Hammurabi. Bs. As. Argentina. 2014.

-RODRIGUEZ ALMADA, H., *“Maltrato y abuso sexual de menores”*. “Una revisión crítica”. Ed. Comares. Granada. 2006.

-RODRÍGUEZ COLLAO, *“Los delitos sexuales”*, Santiago, 2004, p. 118 y ss.

-RODRIGUEZ DEVESA, J., M. y SERRANO GÓMEZ, A., *“Derecho Penal español. Parte General”*, Madrid. 1995.

-RODRIGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, A., *“Derecho penal español. Parte especial”*. Madrid 1995.

-RODRIGUEZ MANZANERA, L., *“Victimología, estudio de la víctima”*, Ed. Porrúa, México, 1989.

-RODRÍGUEZ MESA, María José *“Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios”* en *“La adecuación del Derecho Penal Español al ordenamiento de la Unión Europea”* Tirant Lo Blanch, 2009.

-RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “*Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad*”

-RODRIGUEZ PADRÓN, Celso, “*Los delitos de utilización de menores o incapaces, en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico*”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, (Dir.) Diez Ripollés Madrid, 2000.

-RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ de LINARES, M. A., SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Derecho Penal. Parte Especial I*, Madrid, 1998.

-RODRIGUEZ VAZQUEZ, Virgilio, “*El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de la tecnologías de la información y la comunicación*”, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología* ISSN 1695-0194.

-ROJO GARCÍA, J., CJ., “*La realidad de la pornografía infantil en Internet*”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 9, 2da. Época, 2002.

-ROMEO CASABONA, Carlos, M., “*La protección penal del software en el Derecho español*”, en *Actualidad penal*, N° 35, 1988.

-ROVIRA DEL CANTO, E., “*Delincuencia informática y fraudes informáticos*”, Granada, 2002.

-ROXIN, C, “*Derecho Penal Parte General*”, Tomo I, *Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*. (Trad. y notas de Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Ed. Civitas S.A., Madrid , España, 1997. Parágrafo 168.

-ROXIN, Claus, “*Derecho Penal. Parte General*, Civitas. Reimpresión de la 1° edición, Madrid, 1999.

-ROXIN, Claus, “*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*”, traducción de Cuello Contreras, José., y González de Murillo J., L., Barcelona, 2000.

-ROXIN, Claus, “*A protecao de bens jurídicos como funcao do direito penal* 2da. Ed., livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2009.

-RUIZ ANTÓN, en LOPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS (Coords.), *“Código Penal comentado”*. Akal, Madrid, 1990.

en el mismo sentido BOX-REIG, “De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual”, en Latorre (coord.) *“Mujer y Derecho Penal, en Buompadre, J.*

-SANZ MORÁN, Ángel “El concurso de delitos en la reforma penal de 1993.

-SAINZ CANTERO, J., A., “Lecciones de Derecho Penal. Parte General, T II, 2º ed., Bosch, Barcelona, 1985.

-SAINZ CANTERO, J., A., *“La reforma del derecho penal sexual”*, en Estudios penales. Libro Homenaje al Profesor, j. Antón Oneca. Salamanca. 1982.

-SANCHEZ LINDE, *“Delito de grooming: reflexiones sobre el bien jurídico protegido”*, en <http://penal.blogs.lexnova.es/2013/01/22/delito-de-grooming-reflexiones-sobre-el-bien-juridico-protegido/> Último acceso 26/5/2015.

-SÁNCHEZ TOMAS, J.M. “Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre menores de 12 años y abusando de trastorno mental”, en Cuadernos de política Criminal Nº61, Madrid, 1997,

-SCHROEDER, C., “La posesión como hecho punible” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, Nº 14, 2004.

-SERRANO GÓMEZ, *“Derecho penal parte especial”*., Madrid, 2004.

-SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *“La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 32, 2012.

-SETO, Michael C, MARIC, Alexandra y BARBAREE, Howard E., —The role of Pornography in the Etiology of Sexual Aggressionl, en *Agression and Violent Behaviour*, 6, 2001.

-SILVA SÁNCHEZ, Jesús., " *El retorno a la Inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos*", en *Libro Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos, Cuenca 2001*. Ver también, Von Liz, F. " *La idea del fin en el Derecho penal*", Programa de la Universidad de Marburgo de 1882 (Intervención y nota biográfica de José M Z. E, Comares, Granada, 1995).

-SILVA SANCHEZ, Jesús, M., " *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*", Ed. Bosch, Barcelona, España, 2002.

-SOLER, Sebastián, " *Derecho Penal argentino*", parte especial, 5º ed., T. III, Ed. Tea, Buenos Aires, Argentina, 1988.

-SORIA MIGUEL A., Y Hernández j., a., " *El agresor sexual y la víctima*", Ed. Boixareu, Universitaria, Psicología Nº15. Barcelona, 1994.

-SOBREMONTÉ, MARTINEZ, J., E., " *Prostitución y código penal*" Universidad de Valencia. 1983.

-STRUENSSE, Eberhard, " *Exposición y abandono de personas*", conferencia brindada por el Profesor Struense en la Universidad Nacional de la Patagonia en setiembre de 1997.

-STRUENSSE, Eberhard, " *Los delitos de Tenencia*", en Günther Jakobs y Struense, E.,- JAKOBS, G., " *Problemas capitales del Derecho Penal Moderno*". Libro Homenaje a Hans Welzel, Ed. Hammurabi, Buenos Aires. Argentina. 1998.

-SUÁREZ LOPEZ, J., M., " *El concurso real de delitos*", Madrid, 2001.

-SUÁREZ- MIRA RODRIGUEZ, Carlos, " *Manual de Derecho Penal. Parte especial*". T.II, 3ra. Edición, Thompson Civitas, Navarra, 2005.

-SUÁREZ - MIRA RODRIGUEZ, Carlos., " *Abusos sexuales a menores: art. 182, 183 y 183 bis. "Comentarios a la reforma del Código Penal Español, LO 1/2015"*, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona. 2014.

-SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, " *Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión*", en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

-TAMARIT SUMALLA, J., M., *“La Protección Penal del Menor frente al Abuso y explotación Sexual”* .Ed. Aranzadi. Navarra, España. 2002.

-TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010

-TAYLOR, M., HOLLAND, G. ;QUAYLE E., —Typology of Paedophile Picture Collections, COPINE Project, *The Pólice Journal*, 74, 2001

-TENCA, Adrián, M., “Delitos sexuales”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

-TIEGHI, Osvaldo, *“Delitos sexuales” T.I.*, Abaco, Buenos Aires, 1983.

-TIEGHI, Osvaldo, *“Tratado de Criminología”*, Universidad de Buenos Aires, 1989.

-TORNARIA, Luis *“Sobre el delito de corrupción”*, en *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal*, Año II, N° 3.

-TORRES FERNÁNDEZ, María Elena *“El nuevo delito de corrupción de menores”*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC* 01-12 (1999).

-TRÖNDLE, H.; FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53.^a, C. h. BECK Verlag, München, marginal 2, citado por Esquinas Valverde, P., *El tipo de mera posesión*.

-ÚBEDA DE LOS COBOS, Julio José., *“La persecución de la pornografía infantil. Problemas relacionados con su distribución por Internet-La Ley Penal”*, N° 37, Sección Estudios, Ed. LA LEY, abril 2007.

-URIARTE VALIENTE, Luis *“Pornografía infantil y la proporcionalidad de las penas”*, LL (España) sección doctrina, Año XXXI N° 7372, 30/3/2010.

-URIARTE VALIENTE, L. M., *“Delitos relativos a la pornografía infantil y corrupción de menores,”* Centro de estudios Jurídicos.

-VALLE MUÑIZ, J., M., “Art. 21”, en Quintero Olivares, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2004.

-VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *“El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”*, *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, 2012, N° 66.

-VARGAS CABRERA, B., *“Prostitución y corrupción de menores”*, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. T. III*, Madrid, 2000.

-VÁZQUEZ, M: *“La explotación sexual comercial de la niñez y su relación con la red Internet”*, en C. D. y J.P., N° 18-19, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

-VAZQUEZ MEZQUIA, B. *“Agresión sexual. Evaluación y tratamiento de menores.”* México, 1995.

-VAZQUEZ RAMON, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado, LL española, ejemplar N°7746, noviembre 2011.

-VAZQUEZ ROSSI, J., E., *“Lo obsceno, límites de la intervención penal”*. Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe. Argentina. 1985.

-VELAZQUEZ BARON., A., “De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución”. Ed. Bosch, Barcelona. 2004.

-VERA AZÓCAR y SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, *“Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil”*, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 49, 2011.

-VIALE, C., B., *“El cambio de paradigma político-criminal del bien jurídico protegido del art.128 del C.P. en el período democrático”*. *Revista de Derecho penal y Criminología. Dir. Eugenio Zaffaroni*. Ed. La Ley, Octubre 2013.

-VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *“La respuesta jurídico penal frente al stalking en España: presente y futuro”*, disponible desde [http:// www.uv.es/reccrim](http://www.uv.es/reccrim)

-VILLADA, JORGE LUIS, *“Delitos sexuales”*, la ley. Buenos Aires, Argentina, 2006.

-VIVES ANTON T., ORTS BERENGUER E., Y OTROS, *“Manual de Derecho Penal. Parte Especial: Ed. Tirant Lo Blanch, 3º Edición Actualizada de acuerdo con la LO 5/2010. Valencia 2010.*

-VIVES ANTON Y Otros, *Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015*, Ed. Tirant lo Blanch., Valencia, Abril 2015.

-VON LIZT, S., *“Tratado de Derecho Penal”*, traducido por Jiménez de Asúa; T.III. Madrid.

-WELZEL HANZ, *“Derecho Penal Alemán Parte General”*, Traducción de Sergio Yáñez y Juan Bustos. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chila, 1997.

-ZAFFARONI, LUIS ARROYO ZAPATERO, MATIAS BAILONE, ELIAS CARRANZA ADAN NIETO MARTIN, MOISES MORENO HERNANDEZ, JOSE SAEZ CAPEL, JAN SIMON *“Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”*, en AA.VV, 2012.

-ZAFFARONI., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *“Tratado de Derecho Penal, Parte General”*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

-ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÈ M., y Otros, *“El Derecho Penal Parte General”*, 2da. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

-ZUGALDÌA ESPINAR, J., M., *“Fundamentos de Derecho Penal”*, 3ra. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993.