

UNIVERSIDAD DE SEVILLA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y PROCESAL
ÁREA DE DERECHO PENAL

LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL COMO
PARADIGMA DEL MODERNO DERECHO PENAL
(ESTUDIO DEL ARTÍCULO 189 CP)

FELIPE BAUER BRONSTRUP

SEVILLA, 2015

UNIVERSIDAD DE SEVILLA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y PROCESAL
ÁREA DE DERECHO PENAL

LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL COMO
PARADIGMA DEL MODERNO DERECHO PENAL

(ESTUDIO DEL ARTÍCULO 189 CP)

Proyecto de investigación realizado por el Licenciado Felipe Bauer Bronstrup, bajo la dirección de la Doctora Antonia Monge Fernández, para la obtención del grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla.

V. B.

El Director de la Tesis

El doctorando

Fdo. Dra. Antonia Monge Fernández,

Prof. Titular

ÍNDICE

ÍNDICE.....	5
ABREVIATURAS.....	12
INTRODUCCIÓN.....	15

CAPÍTULO PRIMERO CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

I.	REFLEXIONES POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	27
1.	Marco legal internacionales en torno a la pornografía infantil.....	45
1.1	El ámbito de las organizaciones internacionales.....	45
1.2	El ámbito europeo.....	49
2.	La pornografía infantil en el ámbito comparado.....	55
2.1	La pornografía infantil en Italia.....	57
2.2	La pornografía infantil en Brasil.....	60
2.3	La pornografía infantil en Australia.....	65
2.4	La pornografía infantil en Estados Unidos.....	75
3.	Aproximación al concepto de pornografía infantil.....	87
4.	El debate en torno a la criminalización de la posesión de material pornográfico infantil para uso propio y la pornografía técnica...105	
4.1	Cuestiones relacionadas con la tipificación de la posesión de pornografía para consumo propio (art. 189.2 CP).....	106
4.2	Cuestiones relacionadas con la tipificación de la llamada “pornografía técnica” (art. 189.7 CP).....	118
	PROPUESTA DE NUEVA REDACCIÓN DEL TIPO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	127

II.	EVOLUCIÓN LEGISLATIVA SOBRE LOS DELITOS DE PORNOGRAGÍA INFANTIL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	130
	1. El Código Penal de 1995.....	131
	2. La reforma por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.....	133
	3. La reforma por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre...	137
	4. La reforma por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.....	141
	5. El proyecto de reforma de septiembre de 2013.....	144
	5.1 Elevación de la edad de consentimiento sexual.....	151
	5.2 La introducción de un concepto legal de pornografía infantil.....	154
	5.3 El nuevo concepto de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.....	158
	5.4 El nuevo tipo de “asistencia a espectáculos pornográficos o exhibicionistas”.....	159
	5.5 El nuevo tipo de “acceso a sabiendas y adquisición de pornografía infantil”.....	160
	5.6 Las nuevas medidas para la retirada de páginas Web con contenido pornográfico infantil.....	163
	5.7 La reformulación de los tipos cualificados.....	164
	a) <i>Cuando se utilicen a menores de dieciséis años de edad (art. 189.2.a)).....</i>	165
	b) <i>Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima (art. 189.2.d)).....</i>	166
	c) <i>Cuando el material fuera de notoria importancia (art. 189.2.e)).....</i>	167
	d) <i>Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, maestro o miembro de la familia (art. 189.2.g)).....</i>	168
	e) <i>Cuando concurra la agravante de reincidencia (art. 189.2.h)).....</i>	169

CAPÍTULO SEGUNDO
CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL BIEN
JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE
PORNOGRAFÍA INFANTIL

I.	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL.....	171
1.	Lo bienes jurídicos tradicionalmente tutelados.....	177
1.1	<i>Honestidad</i>	177
1.2	<i>Moral sexual</i>	180
1.3	<i>Libertad sexual</i>	184
1.4	<i>Indemnidad sexual</i>	189
2.	Los bienes jurídicos tutelados en los delitos de pornografía infantil.....	196
2.1	<i>El bien jurídico tutelado en el art. 189.1.a) CP</i>	198
2.2	<i>El bien jurídico tutelado en el art. 189.1.b) CP</i>	201
2.3	<i>El bien jurídico tutelado en el art. 189.2 CP</i>	208
2.4	<i>El bien jurídico tutelado en el art. 189.7 CP</i>	221
	Los bienes jurídicos tutelados en los delitos de pornografía infantil - ¿Una vuelta a la moral sexual?	225

CAPÍTULO TERCERO
ANÁLISIS DEL TIPO DEL ART. 189 CP

I.	ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO.....	230
1.	Captación o utilización de menores o incapaces para fines de espectáculos o en la elaboración de material pornográfico y la financiación de dichas actividades (art. 189.1.a) CP).....	230
1.1	<i>La utilización y captación de menores o incapaces para fines de espectáculos</i>	232
1.2	<i>La utilización y captación de menores para producir pornografía</i>	236
1.3	<i>La financiación de dichas actividades</i>	238

2.	Producción para la venta, distribución, exhibición, ofrecimiento de material pornográfico o la posesión para estos fines (art. 189.1.b CP).....	240
3.	La posesión de material pornográfico para uso propio (art. 189.2 CP).....	246
4.	Producción, venta, distribución, exhibición o facilitación de pseudopornografía (art. 189.7 CP).....	251
II.	LOS SUJETOS DEL DELITO.....	253
1.	El sujeto activo.....	253
2.	El sujeto pasivo.....	258
III.	ANÁLISIS DEL TIPO SUBJETIVO.....	264
1.	El dolo en el art. 189 CP.....	264
2.	El desconocimiento del sujeto en relación a la edad de la víctima: ¿error de tipo o error de prohibición?.....	273

CAPÍTULO CUARTO
CULPABILIDAD Y PORNOGRAFÍA INFANTIL

I.	LA PEDOFILIA COMO POSIBLE CAUSA DE INIMPUTABILIDAD.....	284
II.	LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EL ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO.....	288

CAPÍTULO QUINTO
LOS TIPOS CUALIFICADOS DE LOS DELITOS DE
PORNOGRAFÍA INFANTIL (ANÁLISIS DEL ARTÍCULO
189.3 CP)

- I. UTILIZACIÓN DE NIÑOS MENORES DE 13 AÑOS (ART. 189.3.a) CP).....296
- II. CUANDO LOS HECHOS REVISTAN DE UN CARÁCTER PARTICULARMENTE DEGRADANTE Y VEJATORIO (ART. 189.3.b) CP).....299
- III. CUANDO LOS HECHOS REVISTAN ESPECIAL GRAVEDAD ATENDIENDO AL VALOR ECONÓMICO DEL MATERIAL PORNOGRÁFICO (ART. 189.3.c) CP).....303
- IV. CUANDO EL MATERIAL PORNOGRÁFICO REPRESENTA A NIÑOS O INCAPACES QUE SON VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FÍSICA O SEXUAL (ART. 189.3.d) CP).....305
- V. CUANDO EL RESPONSABLE PERTENECIERE A UNA ORGANIZACIÓN O ASOCIACIÓN, INCLUSO DE CARÁCTER TRANSITORIO, QUE SE DEDICARE A LA REALIZACIÓN DE TALES ACTIVIDADES (ART. 189.3.e) CP).....307
- VI. CUANDO EL RESPONSABLE SEA ASCENDIENTE, TUTOR, CURADOR, GUARDADOR, MAESTRO O CUALQUIER OTRA PERSONA ENCARGADA, DE HECHO O DE DERECHO, DEL MENOR O INCAPAZ (ART. 189.3.f) CP).....310

CAPÍTULO SEXTO
ITER CRIMINIS

I.	LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	311
II.	LA CONSUMACIÓN EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	315

CAPÍTULO SÉPTIMO
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I.	AUTORES.....	320
II.	PARTÍCIPES.....	325

CAPÍTULO OCTAVO
DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE
PORNOGRAFÍA INFANTIL (ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS
192 Y 194 CP)

I.	LA LIBERTAD VIGILADA Y LA INHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD O EJERCICIO DE PROFESIÓN (ART. 192 CP).....	331
II.	CLAUSURA DE LOCALES (ART. 194 CP).....	342

CAPÍTULO NOVENO
PROBLEMAS CONCURSALES

I.	EL CONCURSO ENTRE LOS DELITOS DE PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL.....	346
II.	LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LOS ABUSOS SEXUALES O AGRESIONES SEXUALES.....	347
III.	LOS DELITOS DE POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA Y <i>PSEUDOPORNOGRAFÍA</i> Y LA LESIÓN DE LA IMAGEN Y LA INTIMIDAD DE LA VÍCTIMA (ART. 197 CP).....	349
IV.	EL DELITO CONTINUADO.....	354
	CONCLUSIONES.....	358
	BIBLIOGRAFÍA.....	367
	ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	393

ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
AP	Audiencia Provincial
Aufl.	Auflage (edición)
BFD	Boletín de la Facultad de Derecho
COCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CD	Compact Disc
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIVC	Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
CP	Código Penal
Dir.	Director
DP	Derecho Penal
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales)
Ed.	Editorial
ed.	Edición

eds.	Editores
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
etc.	Etcétera
FJ	Fundamento Jurídico
Ibídem	en el mismo lugar
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
JAI	Justicia y Asuntos de Interior
JPD	Jueces para la democracia
LO	Ley Orgánica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
op. cit.	obra citada
P2P	Protocolo p2p (peer to peer)
p.	página
PANCP	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal
par.	Parágrafo
pp.	páginas
PRCP	Proyecto de reforma del Código Penal de 2013
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDI	<i>Revista de Derecho Informático</i>
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RIDP	Revista de Internet, Derecho y Política
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
s./ss.	siguiente/siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

StGB	Strafgesetzbuch - Código Penal Alemán
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
TIC	Tecnología de la Información y de la Comunicación
Trad.	Traducción
TOL	Tirant Online (base de datos Tirant online)
UE	Unión Europea
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Vid.	Véase
VLEX	Repertorio jurisprudencial VLEX
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el fenómeno de la globalización supuso un importante cambio social en la mayoría de los países del planeta¹. En este sentido, el avance de la técnica ha posibilitado, entre otras cosas, no sólo la mayor rapidez en la movilidad de las personas por distintos territorios nacionales, sino también ha proporcionado nuevas facilidades en la comunicación y difusión de informaciones, que permite la interacción en tiempo real y a escala planetaria². El comercio masivo de las nuevas tecnologías, además, ha reducido los costes de las mismas, extendiendo estos medios a una gran parcela de la población. Así, en la nueva sociedad globalizada, la velocidad, la ubicuidad, la virtualidad y la transversalidad sustituyen a la territorialidad, la rigidez y la jerarquización³.

En el ámbito jurídico-penal estos fenómenos han suscitado nuevos desafíos a los Estados, cuyos instrumentos normativos tradicionales pasaron a ser ineficaces para responder de forma satisfactoria a las múltiples e inéditas situaciones derivadas de las nuevas tecnologías. En este sentido, herramientas como Internet han posibilitado el surgimiento no sólo de vías inéditas para la ejecución de delitos ampliamente conocidos – y así potenciando los tradicionales crímenes de estafa, contra la propiedad intelectual, contra la intimidad, de pornografía infantil, etc. -, sino también de nuevas situaciones todavía no

¹ Para *Castells*, globalización “en sentido estricto es el proceso resultante de la capacidad de ciertas actividades de funcionar como unidad en tiempo real a escala planetaria. Es un fenómeno nuevo porque sólo en las dos últimas décadas del siglo XX se ha constituido un sistema tecnológico de sistemas de información, telecomunicaciones y transporte, que ha articulado todo el planeta en una red de flujos en las que confluyen las funciones y unidades estratégicamente dominantes de todos los ámbitos de la actividad humana”. CASTELLS, Manuel, *Globalización, Identidad y Estado en América Latina. Temas de Desarrollo Humano Sustentable*, PNUD, 1999.

² CHICARRO LÁZARO, Alicia, “La labor legislativa del Consejo de Europa frente a la utilización de Internet con fines terroristas”, *RIDP*, nº 9, 2009, p. 2.

³ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “El ciberterrorismo: una perspectiva legal y judicial”, *CIVC*, San Sebastián, nº 22, 2008, p. 170.

contempladas por la ley penal que, por suponer un riesgo para bienes jurídicos legítimos, merecen ser tipificadas. Dicha delincuencia progresa y se perfecciona paralelamente al desarrollo de la técnica, lo que torna la legislación rápidamente desfasada, y demanda una continua evolución de los marcos legales, representando un verdadero desafío de política-criminal para los Estados.

Como paradigma de dicha criminalidad, el fenómeno de la pornografía infantil viene experimentando una continua expansión en la última década⁴, aprovechándose justamente de los progresos técnicos, no sólo para la captación de víctimas y producción de materiales – ahora con el predominio de la fabricación casera y amateur –, sino también para su difusión a través de la Red a cada vez más usuarios que se ubican en distintas partes del planeta. Todo ello la transforma en un fenómeno global, lucrativo y descentralizado, cuyo combate exige una coordinación internacional sin precedentes, por parte de los Estados.

En este sentido, sólo en los primeros meses que llevamos del año de 2015, son muy frecuentes las noticias encontradas en los medios de comunicación, relacionados con la pornografía infantil, realizados a través de los medios informáticos. Conforme con ello, no son inusuales los casos en los que las conductas son perpetradas por organizaciones dedicadas a la pornografía infantil⁵, así como por particulares (de entre los cuales se incluyen profesionales ligados a actividades infantiles – como profesores y entrenadores deportivos⁶ – e incluso

⁴ En términos estadísticos, la UNICEF estima que en 2011 habían más de 16 mil sitios de pornografía infantil en el mundo, que contienen millones de imágenes de abuso infantil y representan a decenas de miles de niños. Además, según el mismo organismo, la edad de las víctimas es cada vez más baja – un 73% de las víctimas parecen ser menores de 10 años - y las imágenes cada vez más gráficas y violentas. Para más información ver http://www.observatoriotrata.org/noticia/UNICEF_CALCULA_16_MIL_SITIOS_DE_PORNOGRAFIA_INFANTIL_EN_EL_MUNDO.

⁵ “Detenidos 26 miembros de una red de pornografía infantil en toda España.” *Vid* http://politica.elpais.com/politica/2015/01/31/actualidad/1422706481_970530.html.

⁶ “Detenido un entrenador de fútbol por pederastia.” *Vid* http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/01/19/catalunya/1421691567_158811.html. “12 detenidos en Alicante por distribuir pornografía infantil en Internet”, 4 de ellos trabajaba con menores y 1 elaboraba materiales que reflejaba el abuso de su propia sobrina. *Vid* http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/01/22/valencia/1421931303_710955.html.

religiosos⁷), lo que genera una fuerte alarma y conmoción por parte de la opinión pública, que demanda respuestas cada vez más contundentes y ejemplares a los responsables de los mismos.

Consciente de la relevancia y del carácter global del problema, la comunidad internacional y sus diversos organismos se han ocupado, en los últimos años, de adoptar innumerables convenciones y normativas, con el objetivo de inhibir las conductas relacionadas con la pornografía infantil y proteger a sus víctimas, invitando a que los países signatarios adopten reglas punitivas comunes, objetivando de esta manera la creación de legislaciones nacionales más armónicas entre sí y el combate de estas prácticas conjuntamente. Dichos reglamentos se caracterizan, en general, por establecer previsiones fuertemente restrictivas y punitivas, que recomiendan castigar la casi totalidad de las conductas relacionadas con la cadena pornográfica, lo que ha merecido objeciones por parte de la doctrina penal, que critica dicha técnica por vulnerar los clásicos principios penales, derivados del principio de *intervención penal mínima*⁸.

A pesar de ello, el legislador español, a través de sucesivas reformas al Código Penal de 1995, ha optado por introducir muchas de las referidas indicaciones, tornando nuestra legislación relativa a la pornografía infantil y de personas con discapacidad paulatinamente más expansiva y agravatoria. En este sentido, el actual artículo 189 CP⁹ castiga no sólo a productores y distribuidores

⁷ “Un segundo monaguillo acusa a los curas de Granada de pederastia.” *Vid* http://politica.elpais.com/politica/2014/11/25/actualidad/1416943836_927352.html.

⁸ Para *Diez Ripollés*, el principio de intervención mínima incluye dos subprincipios: “el carácter fragmentario del Derecho penal, que constriñe éste a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocadamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el Derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos”. *DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, JPD, n° 30, 1997, p. 12.*

⁹ El vigente artículo 189 CP dispone “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: a) El que capture o utilice 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 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 material pornográfico en cuya

de pornografía real – o sea, resultante de efectivos abusos a menores -, sino también al mero consumidor-poseedor particular de estos materiales, además de la pornografía producida artificialmente, o sea, sin la efectiva participación de menores. Dichas disposiciones – y en especial las dos últimas, previstas respectivamente en el apartado 2 y 7 del referido artículo – han sido objeto de largos debates parlamentarios y de críticas por parte de la doctrina penal, bajo el argumento de que las conductas criminalizadas, además de no ocasionar ningún daño directo a sus víctimas – careciendo, por lo tanto, del requisito de *mínima lesividad* -, tampoco poseen bienes jurídicos claramente definidos y dignos de tutela, que por ello logren justificar su pertinencia en la ley penal. Como consecuencia, estos tipos se alejarían de la dogmática clásica asentada en la mínima intervención, haciendo que el Derecho penal deje de ser utilizado como la *ultima*, para tornarse la *prima ratio* en el combate de conductas indeseadas. Es más, una parte de las voces críticas, en esta misma línea, argumenta que el único pilar que podría legitimar las disposiciones más controvertidas sería la aceptación

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 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 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.”

de la *moral sexual colectiva* como criterio penal válido - justificando los tipos en el rechazo de la mayoría social en torno a estas prácticas y a sus perpetradores.

La inclinación hacia una mayor punibilidad y alcance del Derecho penal, según muchos autores, es tendencia generalizada en la actualidad, conformando lo que se ha denominado “Moderno Derecho Penal”. Éste, además de castigar conductas de dudosa ofensividad y de no tutelar a bienes jurídicos claramente definidos, también se caracteriza por castigar actos que deberían ser considerados meramente preparatorios y previos a un daño efectivo, expandiendo de forma indebida las fronteras sancionadoras y pudiendo asumir rasgos del *Derecho penal de autor*, hace mucho rechazado en la órbita criminal por estar en contra de los principios democráticos¹⁰.

El Proyecto de reforma del Código Penal de 2013¹¹, plasmado en la LO 1/2015, que entrará en vigor el próximo mes de julio, lejos de apaciguar las críticas que se habían esgrimido contra los tipos ya vigentes y reavivar el protagonismo del Derecho penal mínimo, vino no sólo a agravar la penalidad del artículo 189 CP, sino que expandió aún más el ámbito de punición, incluyendo las conductas de *mera visualización* y de *pornografía virtual*. Esto, sumado a la propuesta de adopción de un amplio concepto legal para la pornografía infantil - que llega al extremo de englobar los materiales producidos con mayores de edad que aparentan minoridad - merman aún más la legitimidad de los tipos de pornografía infantil vigentes y futuros, abriendo brechas a renovadas críticas, ante la continua criminalización de conductas sin bien jurídico aparente y que no

¹⁰ La creación de tipos penales de autor resulta en gran parte de la creciente función simbólica asumida por el Derecho penal. En este sentido, “uno de los *modus operandi* de la función simbólica, destructora de la opinión pública, consiste en crear y delimitar un enemigo público (las brujas, los contrabandistas, los subversivos, los narcotraficantes, los corruptos, los drogadictos, los okupas, los terroristas). La tentación hacia la penalización del autor ha sido constante en la evolución de la función simbólica del Derecho penal de la que no se ha sustraído la práctica judicial, olvidándose los postulados básicos del Derecho penal que no son otros que el ideario liberal”. SANTANA VEGA, Dulce María, “Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos”, AP, Ref. IX, Tomo I, Editorial La Ley, 2001.

¹¹ Sobre los puntos más importantes de la reforma penal véase PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Directora), *El proyecto de reforma del Código penal de 2013 a debate*, Salamanca, Ratio Legis, 2014.

representan amenaza de lesión efectiva a los menores¹². La crítica a estos tipos controvertidos se intensifica en la medida que el Ordenamiento jurídico ya ofrece otros mecanismos legales para castigar y proteger bienes como la imagen o intimidad de las víctimas, lo que aumenta la duda de la real necesidad de igual previsión por parte del artículo 189 CP¹³.

Toda la problemática expuesta anteriormente nos ha llevado a plantear el real fundamento y objetivo que explicarían la tipificación de determinadas conductas relacionadas con la pornografía infantil en nuestro Código criminal, aparte del simple deber de armonización del derecho interno con normas internacionales y comunitarias. O, en otras palabras, ante tipos al menos aparentemente vaciados de contenido legítimo, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Qué bienes jurídicos justificarían su vigencia? ¿Estaría el Derecho penal en estos casos criminalizando conductas sin bienes jurídicos o, al menos, sin aquellos que han fundamentado la teoría penal hasta los días actuales y que exigen para su verificación la lesión objetiva y directa de intereses legítimos y fundamentales de la esfera personal de la víctima? ¿La protección de bienes difusos y abstractos, como defienden algunos autores, podría justificar en todos los casos el castigo anticipado de conductas aunque no generen daño directo a ninguna víctima individual? ¿Ante eventual inexistencia de bienes que justifiquen los tipos penales en estudio, podría el Estado estar justificando su *ius puniendi*¹⁴ en elementos subjetivos, como la moral sexual colectiva? Y, finalmente, ¿son los tipos penales del art. 189 CP compatibles con los principios de lesividad e intervención mínima, que constituyen la base del Derecho penal?

¹² En este caso, las críticas no sólo parten de la doctrina, sino también de grupos parlamentarios de oposición que la justifican como “populismo punitivo”.

¹³ Como ejemplo, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero. También, el propio artículo 197 del Código Penal ya se ocuparía de castigar alguna de las hipótesis referidas.

¹⁴ “El *Ius puniendi* es la facultad o potestad del Estado de imponer sanciones jurídicopenales – penas o medidas de seguridad – por la comisión de delitos, esto es, la competencia de hacer valer su cometido constitucional de órgano legitimado para solucionar los conflictos criminales desencadenados en la sociedad, que conforme a su escala de valores reconoce y se identifica con un ordenamiento punitivo, cuya única legítima titularidad es la estatal en el modelo del Estado de Derecho.” POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: Parte especial*, Tomo I, 5 ed., Barcelona, Bosch, 2004, p. 112.

Todo ello conlleva a una reflexión más amplia en torno de la idoneidad del Derecho Penal como instrumento para abordar el fenómeno de la pornografía infantil, o si por el contrario, el Estado debería apostar por medio alternativos, como la prevención y la disminución de los factores de riesgos, así como una política de asistencia y tratamiento a los individuos propensos a realizar conductas relacionadas con la pornografía infantil, rompiendo los estigmas y los prejuicios relacionados con el tema.

Todos estos interrogantes han guiado la elaboración de la presente tesis doctoral, cuyo interés se circunscribe justamente en la problemática más amplia y genérica del papel actual de la teoría del bien jurídico en el contexto del conocido como moderno Derecho penal, teniendo como marco de referencia los delitos de pornografía infantil. Conforme con ello, nuestro objetivo principal en esta investigación será justamente el estudio de los delitos del artículo 189 CP, dando especial énfasis a los bienes jurídicos que los justifican y fundamentan. Con ello, buscaremos verificar si existen razones para mantener su vigencia o si, por el contrario, los mismos efectivamente son representantes de la nueva tipología moderna – y sin vocación para solventar los problemas en la práctica –, justificable solamente a partir de criterios subjetivos y sin legitimación dentro de la teoría criminal¹⁵, fundada en la clásica teoría del bien jurídico.

En este sentido, la tesis que guiará este trabajo es la de que algunos de los tipos tal y como actualmente son adoptados por el artículo 189 CP, en virtud de la ausencia de lesividad a las víctimas y en la oleada de las características del conocido como moderno Derecho penal, sólo se fundamentarían en parámetros subjetivos relacionados con la *moral sexual colectiva*, una vez que no se puede a partir de ellos inferir cualquier otro fundamento para su vigencia. De esta forma,

¹⁵ Wohlers sostiene que una teoría del bien jurídico enriquecida teórico-socialmente puede “deslegitimar tipos penales que, medidos por el estándar de racionalidad de cada entorno social, exigen una imposibilidad fáctica, o protegen intereses que – de nuevo medidos conforme a la estructura normativa básica de la sociedad – no son en absoluto dignos de protección jurídica”. WOHLERS, Wolfgang, “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 403-404.

los mismos buscan atacar no más a conductas estrictamente lesivas a bienes jurídicos penalmente relevantes, sino responder a la creciente alarma social, resultante de los peligros acaecidos por las nuevas posibilidades contemporáneas, asumiendo un papel simbólico dentro del Ordenamiento.

Esta hipótesis tiene por base una visión liberal-contractualista del Derecho¹⁶, desarrollada a partir del siglo XVIII, en la que se buscaba proteger a los ciudadanos del poder absoluto e injustificado del Estado¹⁷. Asumiendo esta premisa, sería necesario garantizar al máximo las libertades de acción de los ciudadanos y actuar en el ámbito penal solamente en los casos en los que se vislumbre un peligro real a algún interés digno de tutela, no cabiendo tipificar conductas que no ofrezcan una mínima ofensividad. Contemporáneamente, esta lógica garantista es adoptada por la mayoría de los Estados democráticos, también como un límite al poder de actuación en el campo penal y de protección de las libertades ciudadanas.

Asumiendo dicha premisa, la verificación de nuestra hipótesis supondría la ruptura de los nuevos tipos con los clásicos paradigmas de la teoría penal, en la que el bien jurídico, que siempre constituyó su núcleo duro y una barrera de contención no negociable, empieza a perder protagonismo, en beneficio de otros

¹⁶ Según, “la concepción ideal del contrato social, los ciudadanos, detentadores del poder estatal, ceden al legislador sólo aquellas facultades penales que son necesarias para alcanzar una convivencia libre y pacífica, y sólo en la medida en que este fin no se pueda conseguir por medios más suaves. Para esta concepción, lo ideal es que el poder de intervención estatal y la libertad de los ciudadanos se lleven a un equilibrio que le garantice al individuo tanta protección como sea necesaria. Pero también tanta libertad individual como sea posible. Estas metas de nuestra tradición liberal-ilustrada de ningún modo han quedado obsoletas, sino que continuamente tienen que ser protegidas frente a tendencias limitadoras de la libertad de los más diversos orígenes”. ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 447.

¹⁷ En este sentido, *Locke* afirmaba que el Poder Legislativo de un Estado “no es, ni puede ser de ningún modo, absolutamente arbitrario en relación con las vidas y los bienes de los súbditos. (...) Su poder, por extremo que sea, está restringido a la persecución del bien público de la sociedad”. Esto es así, porque “los hombres no abandonarían la libertad del estado de naturaleza, ni se pondrían bajo la autoridad de nadie, si no fuera para proteger sus vidas, libertades y fortunas, y para asegurar su paz y tranquilidad por medio de la promulgación de normas de justicia y propiedad”. LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno civil*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2005, pp. 157-161.

criterios subjetivos, ajenos a los principios garantistas. Conforme con ello, el Derecho penal se podría estar convirtiendo en un instrumento político y simbólico, dejando de ser exclusivamente un recurso de *ultima ratio* para castigar conductas reprochables desde un punto de vista objetivo.

Es necesario referir que la elección de los delitos de pornografía infantil como objeto de nuestro trabajo no es desinteresada y se debe a tres razones principales. La primera, reside en la fuerte crítica que genera entre los sectores doctrinales, relacionada con la dificultad en determinar el bien jurídico que busca tutelar y, así, con su legitimación dentro del sistema penal. Ello lo transforma en un representante del conjunto de nuevos delitos integradores del moderno Derecho penal, que amenazan los pilares fundamentales de la dogmática criminal, que desde hace pocos años parecían incontestables.

En segundo lugar, por integrar el conjunto de los conocidos como delitos virtuales y que, por sus características, demandan una innovación legislativa constante por parte del Estado. Ello provoca que el legislador constantemente tenga que buscar nuevos mecanismos y soluciones jurídicas a esta forma de criminalidad cada vez más cambiante, lo que también torna el estudio de los tipos del artículo 189 CP digno de interés.

Finalmente, así como ocurre en la mayoría de los delitos sexuales – y principalmente los que involucran a menores –, las conductas relacionadas con la pornografía infantil generan una amplia sensibilidad y alarma social, con fuerte repercusión mediática. Ello puede llevar a que los gobiernos adopten políticas basadas meramente en valores y expectativas de la población mayoritaria, independientemente de la real eficacia y pertinencia de las mismas, con el fin único de conformar a la ciudadanía, lo que también transforma la pornografía infantil en un objeto de estudio merecido.

A partir de estos tres puntos, la elección de nuestro objeto de trabajo queda justificada, una vez que su estudio es indispensable en nuestro contexto

contemporáneo, en la que se asiste a una imparable maximización del Derecho penal, sin la observancia de sus fundamentos más básicos y en ámbitos que podrían ser atendidos por sectores jurídicos menos gravosos.

Para cumplir con los objetivos expuestos anteriormente y verificar la tesis propuesta, este trabajo se estructura en nueve capítulos, que serán desarrollados a partir de una metodología teórico-doctrinal y de un análisis de la jurisprudencia.

El primer capítulo se divide en dos epígrafes. En el primer, se hará un estudio general en torno al fenómeno de la pornografía infantil, detectando los problemas de política-criminal suscitados por aquélla, además de trazar una aproximación en torno a ese concepto y su previsión en las principales regulaciones internacionales y comunitarias – utilizadas por el legislador para justificar muchas de sus reformas. Aquí también haremos un estudio de derecho comparado, al cual se seguirá un abordaje en torno a las figuras de posesión de pornografía para uso privado y de pseudopornografía – las más controvertidas del art. 189 CP -, en el que expondremos los principales argumentos a favor y en contra de su vigencia, además de una propuesta de nueva redacción del tipo de pornografía infantil.

El estudio del derecho comparado tendrá como principal objetivo contrastar el Derecho español con otros cuatro ordenamientos penales - dos latinos (Italia y Brasil) y dos anglosajones (Australia y Estados Unidos) – representantes del *common law* -, en el que se dará especial atención a estos últimos, por ser éstos no sólo los pioneros en la detección y regulación de la pornografía infantil – anticipando muchas de las regulaciones internacionales -, sino principalmente por el enfoque adoptado por muchas de sus decisiones judiciales, que confrontan la protección de los menores con los derechos fundamentales de los supuestos delincuentes – tales como la intimidad, personalidad y libre expresión -, lo que sin lugar a dudas contribuirá y enriquecerá nuestro estudio. El estudio de algunas de las decisiones paradigmáticas de los

citados países también servirá para ejemplificar hasta dónde puede llegar el exceso de punición en los casos de pornografía infantil.

El segundo epígrafe del primer capítulo será dedicado al estudio de la evolución legislativa de los tipos de pornografía infantil en España, en el cual también se incluirá los principales puntos de modificación previstos por la LO 1/2015, que entrará en vigor en julio de este año.

El segundo capítulo será dedicado al estudio del bien jurídico tutelado en los delitos de pornografía infantil, que será precedido de un breve recorrido histórico por los intereses históricamente protegidos en los delitos sexuales, en los cuales buscaremos encajar los tipos vigentes de pornografía infantil. Este estudio dogmático será fundamental para apoyar y fundamentar nuestra tesis.

El tercer capítulo será dedicado al estudio del tipo objetivo y subjetivo del artículo 189.1, 2 y 7 CP, en la que prestaremos especial atención a los aspectos más controvertidos de cada uno de ellos y que también contribuyen a la crisis de legitimidad de los mismos. Los capítulos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno serán dedicados respectivamente al estudio de la culpabilidad, de los tipos cualificados, del *iter criminis*, de la autoría y participación, de las disposiciones comunes y de los problemas concursales.

Cumple referir que, a pesar de que el sujeto pasivo del art. 189 CP comprenda a menores e incapaces, a lo largo de esta investigación se hará mayor hincapié en las cuestiones generadas por los primeros, teniendo en cuenta que, como veremos, no existe verdaderamente un mercado de pornografía de incapaces.

El interés de esta investigación, al margen de lo ya indicado en líneas anteriores y más allá de los delitos de pornografía infantil específicamente, es poner de manifiesto el preocupante y paulatino cambio de paradigma que viene siendo adoptado por la ley penal – y, en lo que nos interesa la española – en la que, llegado a este punto, tendremos que o bien aceptar la consolidación de este

nuevo modelo represivo al extremo y que significaría el rompimiento de las bases del contrato social, con el abandono de paradigmas contruidos y adoptados desde hace siglos, en el que el Derecho criminal pasa a tener papel protagonista y activo en la resolución de problemas sociales, o bien revisar de forma crítica muchos de los tipos adoptados por nuestro Ordenamiento en los últimos años, teniendo como fundamento la teoría del bien jurídico y los paradigmas del Derecho penal mínimo.

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

I. REFLEXIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN TORNO A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

La problemática relacionada con la pornografía infantil no es un fenómeno nuevo en nuestra sociedad. En efecto, lo que actualmente es considerada una práctica jurídicamente condenable y digna del más categórico repudio social, hace pocas décadas era considerada lícita y bastante difundida en muchos países, llegando a su apogeo en los años setenta del siglo pasado¹⁸. En Europa, países como Dinamarca, Holanda y Suecia acaparaban el *estatus* de principales centros productores¹⁹, abasteciendo el mercado con pornografía impresa en distintos

¹⁸ La pornografía, “en el sentido moderno de la expresión, empezó en cuanto tal con la invención de la cámara a principios del siglo XIX. Prácticamente de inmediato, se empezaron a producir, comercializar y recopilar imágenes de contenido sexual en las que aparecían menores. Con todo, el fenómeno de la pornografía infantil no dejó de ser una actividad restringida a lo largo de prácticamente todo el siglo XX. Las imágenes se producían en lugares puntuales, siendo de baja calidad, de alto coste y de difícil obtención”. AGUSTINA, José Ramón, “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting”, *RECPC*, 12-11, 2010.

¹⁹ A finales de la década de 60 y principios de la década de 70, la mayoría de los países de Europa occidental pasaron por un período de relajación de las leyes de censura, en particular con respecto a la obscenidad. Dinamarca abrió el camino, de forma que la producción de todas las formas de pornografía fue legalizada en julio de 1969, estableciendo el tono para lo que se convirtió en una década de liberalización de las leyes de obscenidad en toda Europa. La mayor parte del material que ahora conocemos como pornografía infantil tiene sus orígenes en este momento, en términos de las películas de cine y posteriormente vídeos, y revistas que fueron producidas para la venta

medios – como revistas y periódicos -, que estaban al alcance de cualquier persona.

El giro en torno a la permisividad de estas conductas comenzó a partir de los años ochenta – y con mayor efectividad en las décadas siguientes²⁰ -, cuando varios Estados impulsaron medidas centradas justamente en prohibir la producción y la distribución de esta especie de material²¹. Dicha tendencia restrictiva en las legislaciones internas fue influenciada en gran medida por el surgimiento de distintos marcos internacionales – con especial protagonismo de la Convención del Derecho del Niño de las Naciones Unidas, en el año de 1989 -, que por primera vez han destacado el carácter supranacional del problema y la gravedad de los daños generados a sus víctimas. Dichos instrumentos se han multiplicado en los años recientes²², siempre objetivando armonizar las legislaciones nacionales y tornar más eficaz la protección y prevención de los abusos a menores e incapaces, resultantes de las conductas relacionadas con la cadena pornográfica infantil.

Sin embargo, a pesar de todos los esfuerzos realizados a lo largo de las últimas décadas para erradicar dicha delincuencia, en los últimos años se constata un incremento de ese fenómeno, que resurge con más intensidad y todavía con contornos internacionales inéditos, lo que dificulta su combate y persecución. En este sentido, el progreso de la técnica fue el gran responsable por las formas y características de manifestación contemporánea de la pornografía, una vez que posibilitó instrumentos más eficaces para la ejecución de estos delitos.

comercial. BERGELT, Kelley, “Stimulation by simulation: is there really any difference between actual and virtual child pornography?”, *Capital University Law Review*, n° 31-3, June, 2003, p. 43.

²⁰ RODRÍGUEZ MESA, María José, “El Código penal y la explotación sexual comercial infantil”, *EPC*, vol. XXXII, 2012, p. 198.

²¹ MORALES PRATS, Fermín, “Pornografía infantil e Internet”, *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*, Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001. Sin embargo, a pesar de la prohibición, mucho de los materiales producidos a su época de forma lícita continúa existiendo y todavía es objeto de intercambio entre consumidores, a través de medios físicos, digitales o virtuales.

²² En concreto, la pornografía infantil pasa a ser objeto de acuerdo más intenso entre los países a partir de la década de 1990.

En efecto, la evolución y la democratización de los medios tecnológicos – especialmente Internet y su falta de regulación jurídica²³ - permitió no sólo un nuevo campo de captación de las víctimas, sino también el abaratamiento de los costes de producción y reproducción del material, así como su fácil y anónima difusión a un número cada vez mayor de potenciales consumidores a través de la Red. Además, el espacio virtual ofrece otras ventajas, como el empleo de pocos recursos en relación al perjuicio que puedan causar, así como permite la comisión del delito en una determinada jurisdicción sin la necesidad de estar físicamente presente en el territorio sometido a la misma, pudiendo beneficiarse incluso de las lagunas de punibilidad presentes en determinados Estados²⁴.

De esta forma, lo que en los años setenta demandaba un aparatoso conjunto de equipamientos y una fácilmente detectable red de distribución, pasa a contar con dispositivos de audio y video cada vez más diminutos y vías de suministros virtuales discretas e inagotables. Todo ello, ha ocasionado que contemporáneamente la producción y difusión casera y amateur robe el protagonismo de lo que en el pasado era una práctica restringida a profesionales y individuos especializados, permitiendo que cualquier persona pueda ser un potencial sujeto activo del delito y abriendo un abanico infinito de posibles víctimas alrededor del planeta. De esta forma, la pornografía infantil, que hasta pocos años era considerada una práctica casi residual en nuestro país, cobra protagonismo inédito²⁵. Relacionado con todo ello, TAYLOR y QUAYLE también apuntan que el rango de personas involucradas en los delitos de pornografía infantil cruza las fronteras de clases, de ingresos y de profesión - abarcando

²³ JIMÉNEZ SERRANO, Jorge, “Tráfico de pornografía infantil: dinámica, roles y prevención”, *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, nº 05, octubre-diciembre, 2012, p. 36. Sobre las ventajas de Internet para la comisión de los delitos de pornografía infantil, véase PROCIDA, Richard; SIMON, Rita J., *Global Perspectives on Social Issues. Pornography*, Maryland, Lexington books, 2003.

²⁴ RODRÍGUEZ BERNAL, Antonio Pedro, “Los cibercrimenes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *RDI*, nº 103, 2007, pp. 07-09. Para un análisis completo de las ventajas de la delincuencia virtual, véase SVANTESSON, Dan Jerker B., *Private international law and the Internet*, The Netherlands: Klumer law international, 2007.

²⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: cuestiones claves”, *BFD*, nº 20, 2002.

médicos, empresarios, maestros, personalidades y policías - lo que dificulta aún más las tareas de detección²⁶.

La tecnología, además de perfeccionar las prácticas de pornografía ya conocidas – con la utilización de menores reales -, también abrió camino a nuevas modalidades delictivas, una vez que permite la manipulación de imágenes reales por ordenador – como forma de enmascarar la participación de adultos en actos pornográficos o de contenido sexual para que parezcan menores de edad -, y la creación de imágenes totalmente virtuales sin la necesidad de una víctima real, dando nuevos matices al problema.

Los referidos rasgos contemporáneos también han proporcionado un nuevo carácter a la pornografía en lo que se relaciona con su aspecto económico. En este sentido, a pesar de continuar generando un gran volumen de ganancias para sus perpetradores en la actualidad, el intercambio privado entre los consumidores sin cualquier ánimo de lucro – y teniendo por única motivación la solidaridad entre los mismos - pasa a tomar relevancia y representar una importante faceta en su forma de manifestación. Ello es otro elemento que obstaculiza la persecución de estas prácticas, en virtud de los múltiples canales utilizados por los mismos, como los correos electrónicos, los fórums virtuales con participación estricta y los mensajes instantáneos privados, en la que se permite el anonimato del usuario.

En este contexto, por ser fruto de las nuevas tecnologías, merece igualmente especial referencia el fenómeno conocido como *sexting* y que, si bien no es objeto de nuestra investigación, puede tener una potencial relación con la pornografía infantil. Este fenómeno hace referencia al material producido y difundido – normalmente por teléfono móvil - por menores de forma voluntaria a terceros con los cuáles tengan algún tipo de relación, por cualquier que sea el

²⁶ TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel, *Child Pornography. An Internet Crime*, New York, Brunner-Routledge, 2003, p. 05. La tarea de detección es todavía más compleja cuando la actividad de los pedófilos ocurre en el ámbito de grupos coordinados y especializados, en el que cada miembro tiene una función específica: familiarizar nuevos miembros, revisar contenidos, vigilar y controlar. Vid BENSCHOP, Albert. *Child Pornography in Cyberspace – Traces of Crimes*. Trad. Connie Menting. Agosto de 2003.

motivo. En España, dicho material puede tener relevancia penal cuando se verifica una difusión indebida y sin el consentimiento del emisor, tornándose una fuente más de pornografía infantil²⁷.

A los desafíos tecnológicos se debe sumar, además, el hecho de que en delitos cuyo sujeto pasivo sea un menor o incapaz – como el caso en estudio – siempre habrá un fuerte componente de rechazo social – según la moralidad mayoritaria –, con amplia repercusión mediática²⁸. Éstos sirven como un verdadero elemento de presión, que pueden incidir en la adopción de medidas para satisfacer el anhelo popular de castigar duramente dichas conductas, sin preocuparse en llegar a la raíz del problema o debatir en torno de la real eficacia y pertinencia de eventual nueva tipificación²⁹.

Toda la complejidad del cuadro expuesto anteriormente supuso nuevos retos a la política-criminal de los gobiernos, en virtud de la incapacidad de sus instrumentos penales clásicos en dar una respuesta satisfactoria a dicha problemática.

En vista de ello y siguiendo la tendencia internacional y europea³⁰, España ha optado por combatir dicho fenómeno a partir de la adopción de tipos penales

²⁷ GONZÁLEZ TESCÓN, María Marta, “Los riesgos de las TIC para la libertad e indemnidad sexual de los menores y su repercusión en la legislación penal española”, *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 328. Sobre el tema, véase también MARTÍNEZ OTERO, Juan María, “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Nueva Época*, n° 12, Diciembre-Febrero, 2013.

²⁸ BRONITT, Simon; MCSHERRY, Bernadette, *Principles of Criminal law*, 3° edition, Sydney, Thomson Reuters, 2010, p. 62.

²⁹ Los juicios mediáticos paralelos contribuyen para la fuerte conmoción popular en torno a determinados temas sensibles, siendo un elemento más a ser considerado por los gobiernos en el momento de legislar. En este sentido, en muchos países del mundo “se advierte, por ejemplo, que la función judicial está siendo obstaculizada, en ciertos casos, por la influencia distorsionante del factor mediático”. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Katia Miguelina, “Justicia penal, medios de comunicación y juicios paralelos”, *Gaceta Judicial*, agosto de 2009.

³⁰ Así como España, muchos países del entorno europeo optaron por adoptar tipos penales cada vez más restrictivos. Como ejemplo, Inglaterra tipifica la posesión domestica de material pornográfico (entendiendo por tal material también las fotografías “meramente indecentes”) y Francia las conductas como grabación o transmisión de la imagen pornográfica de menores. BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho penal español. Tomo II. El sistema de la parte especial*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 288-289.

cada vez más amplios, objetivando alcanzar la práctica totalidad de las conductas relacionadas con la cadena de la pornografía infantil. De esta manera, en la actualidad el castigo previsto en el artículo 189 CP incluye no sólo a los productores y distribuidores, sino llega al extremo de abarcar a los consumidores privados de pornografía real e, incluso, manipulada, como tendremos oportunidad de estudiar más adelante. El proyecto de reforma del Código Penal de 2013, plasmada en la LO 1/2015 que entra en vigor el próximo mes de julio, además, tipifica no sólo nuevas conductas - como el mero acceso a sabiendas de material pornográfico -, sino también adopta un amplio concepto relacionado con la pornografía infantil - que incluye los materiales producidos aun sin la participación de ningún menor de edad -, expandiendo todavía más la punibilidad.

Dichas medidas, además de poco justificadas - en muchos de los casos basada simplemente en el deber de transposición de la normativa europea³¹ -, han generado innumerables críticas en el ámbito doctrinal defensor de un Derecho penal mínimo e inclusive de grupos de pedófilos, que defienden la insuficiencia de dichas previsiones para combatir y controlar eficazmente el fenómeno, especialmente por tipificar conductas que no tutelan a un bien jurídico determinado³², o por no afectar a ninguna víctima en concreto³³. Éstas, según

³¹ Dicho deber es contestado por algunos autores. Vid SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, "La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el artículo 188 del Código penal: tráfico de personas para su explotación sexual", *CIVC*, nº 13, 1999. Sobre el deber de trasposición de las normas europeas, *Schünemann* es categórico al afirmar que el principio de protección de bienes jurídicos representa "la sólida roca del pensamiento liberal y, por tanto, de la justicia, que no deben ser sacrificados en aras de la europeización." SCHÜNEMANN, Bernd. "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación", en HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 226.

³² Sobre el papel de la teoría del bien jurídico en Derecho penal vid AMELUNG, Knut, "El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

³³ Como una de las voces críticas, Díaz y García Conlledo defiende que las "reformas penales en la materia deberían ir acompañadas de una clara fundamentación y explicación de su razón de ser. Aunque para ello tendrían que fundarse en una política criminal coherente y estudiada, y no puramente tendente a la agravación, cuando no al efecto simbólico o a la correspondencia con una determinada moral sexual". DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?", en Víctor Gómez Martín (coordinador), *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoria al Código Penal de 1995*, Madrid, Reus S.A., 2006, p. 208.

ellos, tendrían como único fundamento la *moral sexual colectiva*³⁴ y la punición de los consumidores por sus características personales.

La polémica resultante de la aplicación de referida política-criminal expansiva – y las críticas por su rasgo supuestamente moralizante - pudo ser verificada ya en la fase de los debates parlamentarios de los Proyectos de reforma del Código penal que han afectado al artículo 189 CP – y que resultaron en la LO 11/1999 y la LO 15/2003 - a los que se han presentado diversas enmiendas a su totalidad y acompañada de fuertes ataques desde la oposición.

En este sentido, el Proyecto de LO 11/1999 ha sido fuertemente criticado por muchos grupos parlamentarios, que lo ha considerado un retorno al pasado, justamente por su supuesto contenido moralizante. En este sentido, la portavoz del Grupo Mixto³⁵ acusó al texto literalmente de proponer incluir “en un código de libertades la protección de una moral que no comparten todos los españoles”, “introduciendo conceptos morales en algo que lo que sanciona son delitos”. Sobre los usuarios de pornografía, la portavoz argumentó que “es verdad que nos puede gustar o no, pero si soy usuario o voy a un centro o a un sitio en el que a lo mejor hay un espectáculo pornográfico de menores (...) o entro en un sitio a ver a una señorita haciendo *striptease* ¿le voy a tener que preguntar en público a esa señorita la edad que tiene para saber si la puedo mirar o no? Es verdad que tendrá que ir la policía para no permitirlo, pero el usuario no se va a convertir en un gendarme de la policía. Lo mismo dice del usuario de la pornografía, que tiene en su casa un

³⁴ Las conductas meramente inmorales y que no ofrezcan riesgo real a ningún ciudadano no deberían estar criminalizadas, según la doctrina mayoritaria, por no estar acorde con la teoría del bien jurídico, que tiene por objetivo, de entre otras cosas, evitar el exceso punitivo injustificado del Estado. Vid HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007; MUÑOZ CONDE, Francisco, "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal", en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coordinadores), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

³⁵ Discurso de *María Cristina Almeida de Castro*, proferido en la defensa de la enmienda a la totalidad, de devolución del Grupo Mixto (en nombre del Partido Democrático de Nueva Izquierda y de Iniciativa per Catalunya-Los Verdes).

vídeo. (...) No estamos para meternos tampoco incluso en la libertad de las personas”.

Termina su crítica defendiendo que la lógica utilizada en la reforma sería más bien castigar al usuario – supuesto creador de demanda – como responsable de la oferta. Creando un argumento paralelo, defiende que sería lo mismo que castigar un usuario de drogas por el tráfico de las mismas. Por todo ello, la portavoz defendió la despenalización del consumo porque “en la libertad interna, que no perjudica la exterior, que no la vende, que no la distribuye, que no perjudica al niño, que no la crea, ¿cómo vamos a meternos en esa conciencia?”, reforzando que el legislador no se puede aprovechar indebidamente de temas socialmente sensibles para “meter moralinas en un código que es un código de democracia y un código de libertad. (...) Lo que queremos es mantener el espíritu de libertad, protegerla además en sus más íntimas relaciones, pero no imponer una determinada forma de moral, porque creo que eso no nos corresponde, ni a esta Cámara, ni al Código Penal, ni a nadie”.

En la misma línea de argumentación de la portavoz del Grupo Mixto, otros parlamentares han criticado el carácter moralizante y retroactivo³⁶ del texto penal. Así fue la manifestación del diputado Francisco Rodríguez Sánchez, que defendió

³⁶ El portavoz de Eusko Alkartasuna, *Lasagabaster Olazabal*, en el mismo sentido, argumentó que el proyecto de ley presentado “retrotrae la legislación penal, en materia de libertad sexual, a la descripción de tipos penales aplicables a una edad y en un contexto social ni siquiera homologable en la etapa preconstitucional de la segunda mitad del siglo y más bien cercano al modelo que pudiera existir en los años 1925 ó 1931. (...) con el proyecto de ley que se nos presenta se dice cumplir compromisos internacionales y mandatos de esta Cámara, pero creemos que en el fondo no cumple el espíritu de lo que esta Cámara quería. Pensamos que es una reforma regresiva y, en definitiva, un profundo desajuste con la necesidad social del Estado en el que vivimos.” En este mismo sentido fue el discurso de María Teresa Fernández de la Vega, portavoz del Grupo Parlamentar Socialista, que defendió que “el proyecto de ley que nos acaba de ser presentado contiene una reforma radical del Código Penal de 1995 en materia de delitos sexuales que, en opinión del Grupo Socialista, rompe y quiebra la tradición democrática, liberal y modernizadora de nuestro Derecho penal sexual desde la restauración de la democracia y, acudiendo al ingenioso instrumento de la máquina del tiempo, nos devuelve al pasado, pero no se conforma con un viaje retrospectivo de cercanías, es decir, a la regulación franquista inmediatamente anterior a la Constitución de 1978, sino que nos invita a un viaje de largo recorrido hasta conducirnos, siempre hacia atrás, claro está, hasta el código penal de la dictadura del General Primo de Rivera de 1928 (...) una determinada moral sexual, que, aunque absolutamente respetable en lo privado, no pueden, mediante la amenaza de la cárcel, obligarnos a compartir a toda la sociedad”.

que el texto del Código Penal hasta entonces vigente sería suficiente para enfrentar el problema, argumentando que no se puede modificar la ley a base de tipificar conductas desde la “hipocresía moral dominante y con un abanico represivo tan amplio y tan duro en muchos casos”. Finalmente, afirma que la reforma sólo sirve para agudizar la dualidad y el cinismo de la “moral burguesa”.

En defensa del Proyecto, la Ministra de Justicia³⁷ esgrimió como principal argumento los antecedentes de otros países y los marcos internacionales, negando cualquier contenido relacionado con la moral sexual. Según ella, las “recomendaciones internacionales, los tratados, los informes de organismos constitucionales remiten directamente a los derechos fundamentales y a la obligación derivada de nuestro texto constitucional y de las declaraciones universales de garantizar su ejercicio y protección, lo que es obligación y justificación de nuestro Estado de Derecho. La defensa de los derechos fundamentales universalmente exigida no puede presentarse en forma alguna como un medio de imposición de morales determinadas, es una exigencia del Estado de Derecho. Este debe manifestarse especialmente activo en la respuesta a las nuevas formas de explotación, no de una forma aislada, sino en concurrencia con el resto de los países de nuestro entorno y los organismos internacionales competentes. No se trata --insisto-- de un proyecto que pretende imponer criterio alguno en materia de moral sexual”.

En concreto, justificó la tipificación de la tenencia de material pornográfico infantil en “el programa de acción aprobado por el Congreso mundial contra la explotación sexual de niños con fines comerciales, celebrado en Estocolmo en agosto de 1996”, que “reclama a los Estados que modifiquen sus legislaciones con el fin de establecer la responsabilidad penal tanto de los prestatarios e intermediarios de servicios de pornografía infantil, como de los clientes de dichos servicios. (...) De otra parte, el mismo programa de acción

³⁷ Discurso de la Ministra de Justicia *Margarita Mariscal de Gante y Mirón*, proferido en la presentación del Anteproyecto ante el pleno del Congreso.

menciona expresamente la posesión de material pornográfico en el que aparezcan niños como conducta que debe ser penalmente castigada. En la misma línea, la acción común, tantas veces citada, incluye en el concepto de explotación sexual de niños, y la reclama, la tipificación penal de la posesión de material pornográfico infantil”.

Finalmente, concluyó reiterando una vez más que “ninguna orientación de moral sexual puede justificar la explotación sexual de menores, la trata de seres humanos con fines de comercio sexual ni, en general, ningún acto que atente contra la libertad sexual de las personas, sean adultos, jóvenes, adolescentes o niños y, por supuesto, ningún proyecto cuya finalidad sea la protección de la dignidad humana en una de sus manifestaciones más íntimas, como es la libertad sexual, puede presentarse como un intento de reforma moral o imposición de una opción particular. Con este proyecto, el Gobierno cumple sus obligaciones internacionales y las recomendaciones de diversas instancias constitucionales, pero ante todo manifiesta su compromiso con la protección de los derechos de nuestros conciudadanos y la dignidad de las personas”.

El debate parlamentario relacionado con el Proyecto de LO 15/2003, a su vez, también ha suscitado diversas cuestiones, siendo acusado por miembros de la oposición de basar la mejora de la seguridad ciudadana exclusivamente en el incremento punitivo y la reducción de la libertad, siendo sus planteamientos político-criminales básicamente retributivos y buscando “más calmar la supuesta alarma social que entrar al núcleo central de los problemas”.

Esta discusión relativa a la adopción de una política penal expansiva adelantó, de alguna forma, el debate que se siguió en la doctrina, que en líneas generales también se ha mostrado bastante crítica. Conforme con ello, la propensión a expandir el castigo criminal es, según algunos autores, una característica del actual “moderno Derecho penal”, que tiende justamente a tipificar conductas previas a la producción de un daño y adoptar técnicas de *peligro concreto y abstracto*, llegando al extremo de tipificar conductas sin un

bien jurídico claramente determinable y tornando el Derecho penal la *prima ratio* en el combate de la criminalidad. Éste, según parte de la doctrina, es resultado, de entre otras cosas, de la acuñada sociedad de riesgo (*risikogesellschaft*), en la que las nuevas tecnologías que caracterizan las sociedades contemporáneas fomentan nuevas formas de peligro y de criminalidad³⁸.

En vista de todo ello, en el tema que nos ocupa, muchos autores abogan por un cambio urgente de paradigma, con la adopción de políticas criminales más eficaces, y que tengan como parámetro no más la reprochabilidad de conductas poco peligrosas – como la del mero consumidor de pornografía infantil -, sino que ataquen a la raíz del problema, que en la mayoría de los casos son resultantes de abusos sexuales derivados de la vulnerabilidad de las víctimas. Eso se hace todavía más urgente, teniendo en cuenta que en los últimos años el castigo por los casos de posesión son dominantes en la jurisprudencia, demostrando que los usuarios son los más afectados por la ley penal relacionada con la pornografía infantil, aunque no sean los causantes directos de los daños a las víctimas. En este mismo sentido son los datos divulgados por la Fiscalía, en relación a los procedimientos de diligencias previas, en los cuales también se puede constatar la superioridad en el número de casos de distribución y tenencia, en comparación con los casos de utilización de menores para elaborar material pornográfico³⁹.

En esta línea crítica, JENKINS advierte que leyes represivas en contra de la pornografía infantil pueden, además de injustas, no tener impacto sobre el

³⁸ Vid BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2006; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo”, en Santiago Mir Puig (Dir.), *Derecho penal del siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 377-378; MIR PUIG, Santiago, “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en Víctor Gómez Martín (Coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoria al Código Penal de 1995*, Madrid, Editorial Reus, 2006, pp. 122-125; GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

³⁹En este sentido, las diligencias previas relativas a la utilización de menores con fines pornográficos fueron de 281 en 2011, 302 en 2012 y 216 en 2013, en cuanto las diligencias relacionadas con la distribución o tenencia de material pornográfico fueron respectivamente de 627, 420 y 352. Los datos completos pueden ser obtenidos en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/index.html.

tráfico⁴⁰. De esta forma, sería más eficaz, por ejemplo, la apuesta por la constante especialización por parte de las fuerzas policiales – acompañando la evolución de la delincuencia -, con adquisición de conocimientos actualizados sobre el funcionamiento de Internet y de las nuevas aplicaciones, sistemas y desarrollos técnicos, así como la búsqueda de equipamientos de última tecnología y la coordinación entre fuerzas policiales de distintos países, con el establecimiento de vínculos con los principales proveedores de Internet. Dichos esfuerzos deben tener por objetivo justamente el de llegar al origen de la cadena productiva, combatiendo los grandes productores y distribuidores⁴¹.

JIMÉNEZ SERRANO, en esta misma línea, destaca que la implicación de los ciudadanos también es fundamental en el combate a este problema. Para ello se deben desarrollar proyectos de formación y sensibilización con los padres, maestros, niños y todos los usuarios de la red. El objetivo “sería reducir el consumo de pornografía a través de capacitación, educación, información y concienciación pública de que el uso de este tipo de materiales es algo sucio y degradante”⁴². De esta forma, convendría adaptar las estrategias de prevención en función de los entornos en los que se desenvuelven habitualmente los menores, de forma que las escuelas y los centros de actividades extraescolares deben estructurar protocolos preventivos, que incluyan también reglas para la selección de personal, así como su vigilancia y control. Es decir, el perfil psicológico y personal de un maestro de escuela, de un monitor de actividades extracurriculares e, incluso, de un conductor de transporte escolar debe reunir unas características mínimas que garanticen la indemnidad de las víctimas vulnerables. Por todo ello, la protección de los menores debería ocupar un lugar preponderante en las políticas públicas⁴³.

⁴⁰ JENKINS, Philip, *Beyond Tolerance: Child Pornography on the Internet*, New York, University Press, 2001, p. 205.

⁴¹ JIMÉNEZ SERRANO, 2012, *op. cit.*, pp. 38-39. En el mismo sentido, AKDENIZ, Yaman. *Internet Child Pornography and the Law. National and international responses*, Hampshire, Ashgate e-Book, 2008.

⁴² JIMÉNEZ SERRANO, 2012, *op. cit.*, p. 40.

⁴³ AGUSTINA, 2010, *op. cit.*.

Finalmente, como punto fundamental de política criminal en materia de pornografía infantil no se puede dejar de mencionar la penalidad con que se castiga aquélla. Como es sabido – y al margen del debate que ello pueda generar en ámbito teórico - la función primordial de la pena en un Estado social, además de cohibir la comisión de un delito (prevención general), es la *rehabilitación* y *resocialización* del delincuente, ofreciéndole la oportunidad de volver a la convivencia colectiva plena. Este es el contenido de la llamada prevención especial de la pena, cuya finalidad está dirigida al sujeto, con el objetivo de que el mismo no vuelva a delinquir, a través de su reinserción social mediante ciertas acciones educativas o de otro tipo⁴⁴.

Dicho objetivo está claramente plasmado en la Constitución española, que asegura en su artículo 25.2 que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”⁴⁵. Conforme con ello, el castigo no debe ser una mera retribución – la imposición de un mal por el mal cometido -, o prevención contra futuros delitos, sino servir de medio para educar al delincuente para cuando recupere la libertad⁴⁶.

Sobre el tema, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en el sentido de que, aunque el mandato presente en el art. 25.2 CE no deba ser considerado un derecho fundamental, sí es “un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos”⁴⁷. Es decir, la reinserción “no se formula en sí misma como un Derecho subjetivo, en sentido auténtico, del penado, sino como

⁴⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María, “La función del Derecho Penal”, en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013, p. 21.

⁴⁵ En este sentido, a partir de la adopción del nuevo texto constitucional de 1978, “el Estado español se adscribe decididamente en las corrientes que rechazan la finalidad retributiva de la pena de privación de libertad, y la fundamentan teóricamente en la reeducación y reinserción social”. BONA I PUIGVERT, Remei, “La función rehabilitadora de la pena de privación de libertad: entre el discurso teórico y el fracaso”, *JPD*, nº 20, 1993, p. 41.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal: parte general*, 8. ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2010, p. 555.

⁴⁷ STC nº 28/1988, de 23 de febrero, sala 1ª, ponente Francisco Tomás y Valiente. (VLEX-15033822).

un principio orientador de las penas y, en el mejor de los casos, como una finalidad de la imposición punitiva”⁴⁸.

Teniendo como base las referidas premisas, no cabe duda de que la simple imposición de la pena de prisión desacompañada de otras medidas – como hace la ley actual - es insuficiente para cumplir con lo preceptuado por el constituyente. En efecto, los tipos penales en estudio no consideran las particularidades de los autores de los delitos de pornografía infantil – la mayor parte constituida por individuos pedófilos –, que sienten necesidad de satisfacción sexual a través del contacto con menores, derivado de un desvío patológico de su personalidad⁴⁹. Por todo ello, la simple reclusión, principalmente para los autores de posesión de material pornográfico, carece de utilidad para que los mismos abandonen tales inclinaciones, pues no hay ninguna razón que haga creer que una vez cumplida la pena, el impulso y la adicción por los materiales con menores o la producción de los mismos haya desaparecido. Al tratarse del ámbito de realización sexual de los mismos, eventual tratamiento necesitaría una acción terapéutica eficaz y sin la cual la simple pena de prisión en estos casos sería inocua y no traería ningún beneficio al “delincuente”, en nada contribuyendo a su resocialización.

En síntesis, sumado a la necesidad de prevención general y de combatir de forma prioritaria las conductas que dan origen al material pornográfico y al abuso

⁴⁸ PEÑAS ROLDÁN, Lorenzo, “Resocialización: un problema de todos”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 14, 1996, p. 485. El mismo autor esclarece que la “resocialización permite ser entendida bajo dos sentidos bien distintos; como adaptación del preso, que no delincuente, a determinadas actitudes y valoraciones impuestos socialmente (sentido máximo) o como vía favorecedora de alternativas varias al comportamiento criminal (sentido mínimo)”. *Ibidem*, pp. 487-488. *Correcher Mira* argumenta que actualmente la función de las Instituciones Penitenciarias se relacionan más con las tareas de control y custodia que con el proceso de tratamiento e intervención que requiere la búsqueda de la resocialización del recluso. *Vid* CORRECHER MIRA, Jorge, “Nuevas perspectivas en la ejecución de la pena privativa de libertad: la privatización de las prisiones”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

⁴⁹ “Pederastia y pedofilia son los dos términos que se relacionan con los agresores implicados en acciones sexuales con menores. Aunque, desde el punto de vista clínico, el DSM-IV-TR (American Psychiatric Association, 2002) sólo utiliza el término pedofilia. Esta patología se incluye dentro del apartado de los trastornos sexuales, compartiendo capítulo con el resto de parafilias”. BECERRA-GARCÍA, Juan Antonio, “¿Existe un perfil característico de psicopatología de la personalidad en pedofilia?”, *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, nº 105, 2013, p. 32.

de los menores, es necesario que el Estado adopte medidas eficaces en la rehabilitación del pedófilo, para que éste pueda volver a convivir en sociedad y no más represente un riesgo. Para ello, en la línea de lo expuesto con anterioridad, el pedófilo no más debe ser visto o tratado como un monstruo que debe ser recluido de la convivencia con los demás, sino como un individuo que debe aprender sobre la consecuencia de sus actos y saber cómo volver a la sociedad⁵⁰.

A diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro ámbito cultural, España carece de planes de prevención vigentes en la lucha contra la pornografía infantil, por lo que es latente la necesidad de que la persecución a los productores y distribuidores sea acompañada por una efectiva política de protección a menores frente a los abusos sexuales, ya que éstos son los pasos previos a la producción de pornografía infantil⁵¹.

Una experiencia paradigmática en este sentido y que podría servir de modelo a nuestro país es el Proyecto Dunkelfeld (campo oscuro), puesto en marcha en Alemania. Dicho programa objetiva justamente abordar el problema de la pedofilia desde una *prevención primaria*, entendiendo al pedófilo como un individuo que necesita ayuda y no como un “mostro” digno de persecución y castigo penal. El programa, financiado públicamente – a través de fondos del

⁵⁰ La visión del delincuente sexual como un enemigo a ser combatido se moldea a la teoría del *Derecho penal del enemigo*, introducida por *Günter Jakobs*. Según citada teoría, la adopción de determinados tipos penales acaban creando una nueva categoría de ciudadanos- tenidos como peligrosos -, que son perseguidos y punidos, con independencia de los daños efectivamente causados por sus acciones. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Direito penal do Inimigo: noções e críticas*, Trad. André Luis Callegari y Nereu José Giacomolli, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 67. Prittwitz refiere que en este contexto, el Derecho penal no es “Derecho”, “sino guerra contra los malos y los peligrosos”. PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho Penal del Enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en Víctor Gómez Martín (coordinador), *La Política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 108. En el mismo sentido, Cancio Meliá sostiene que este sería el “sector del ordenamiento jurídico-penal, en el que la pena no significa un reproche hacia la conducta del autor, sino que actúa como un mecanismo de aseguramiento frente a autores especialmente peligrosos. En este sentido, mediante el Derecho penal del enemigo, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos”. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, p. XVII.

⁵¹ En este sentido, el último documento relacionado con el combate a la pornografía infantil está plasmado en el “III Plan de Acción contra la Explotación Sexual de la Infancia y la Adolescencia”, cuya vigencia finalizó en el año de 2013.

Ministerio de Justicia y de Familia -, ofrece terapia gratuita a los pedófilos que la quieran y busca evitar los abusos antes de que ocurran, ayudando al potencial agresor a controlar, eliminar o prevenir su trastorno sexual⁵².

A partir de todo lo expuesto, a nuestro juicio, y en la línea de la doctrina crítica, la opción político-criminal basada simplemente en la expansión y agravamiento de los tipos penales nos parece rechazable, por las razones que exponemos a continuación.

En primer lugar, porque el legislador no atiende las particularidades de esta especie delictiva, cuyos sujetos activos – en su mayoría pedófilos - difieren de los restantes sujetos de otros delitos, una vez que su conducta resulta, como apuntan estudios psicológicos, de un desvío en la personalidad, hecho que por sí sólo demanda una atención diferenciada en su tratamiento. Sin embargo, esto no ocurre en la ley vigente, ya que dicha particularidad no es considerada por el legislador, que trata al pedófilo como un delincuente ordinario. De esta forma, no hay como negar que una política criminal que desconsidere esta particularidad del fenómeno de la pornografía infantil siempre será deficiente y no cumplirá con los preceptos de un Estado social.

La ausencia de una preocupación relacionada con la rehabilitación del delincuente reafirma la característica fundamentalmente simbólica y coactiva de los tipos en estudio, que así asumen una función de prevención general, olvidándose de la necesaria prevención especial a la que deben atender las normas penales. En esta línea, reiteramos el argumento ya presentado anteriormente, en el sentido de que nada hace creer que una vez cumplida la pena de prisión, el pedófilo deje de practicar conductas con menores que busquen satisfacer sus necesidades sexuales.

En segundo lugar, sin embargo, compartimos la visión de los autores que defienden que el tratamiento del considerado “delincuente” no sería suficiente si

⁵² Para más detalles de este programa, véase <https://www.kein-taeter-werden.de/>.

no viene acompañado de buenas medidas preventivas, y con miras al combate prioritario de las conductas de los productores de pornografía – responsables directos por los abusos y violaciones a los derechos de los menores y que muchas veces se organizan en redes complejas. Eso se hace más urgente, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos – y eso lo corrobora la jurisprudencia, como veremos más adelante –, los abusos que originan materiales pornográficos infantiles ocurren en el seno familiar o de personas próximas a las víctimas, que recomiendan la intervención más activa del Estado, en el sentido de proteger a los menores vulnerables.

En tercer lugar, como último argumento, tampoco nos parece suficiente justificar ese afán expansivo de la ley penal en el simple deber de transposición de la normativa internacional al derecho interno. Primero, porque la soberanía de cada país en materia penal garantiza a los mismos elegir la mejor manera de adoptar las recomendaciones externas, así como las penas atribuidas a cada conducta, como forma de combatir eficazmente el problema. Así, el Estado español tiene la potestad de decidir la mejor forma de hacer la transposición, incluido el castigo y la rigidez punitiva de la conducta en cuestión. Es más, en muchos de los casos los propios instrumentos internacionales dejan claro que determinadas conductas son de adopción facultativa por parte de los signatarios, posibilitando a cada Estado decidir por la conveniencia de su adopción o no. En algunos de los casos, sin embargo, España optó deliberadamente por adoptar la previsión más gravosa, al no prever excepciones permitidas por los instrumentos internacionales en el castigo de determinadas conductas, como ocurrió - por citar un ejemplo - en el caso del artículo 3.2 de la Decisión Marco 2004/68/JAI, lo que podría haber excluido algunos supuestos, tornando la ley menos gravosa. Ello hace que el argumento del deber de transposición quede mitigado, demostrando que el interés del legislador español es lo que realmente determina la adopción de tipos penales.

Además, el deber de transposición jamás podrá estar en nivel superior a las garantías mínimas previstas constitucionalmente. En este sentido, el principio de

proporcionalidad, aunque no adoptado expresamente, está reconocido por los arts. 1º y 10.1 CE, que proclaman respectivamente la libertad y justicia como valores superiores del Estado y la dignidad y libre desarrollo de la persona. A estas garantías deben ser sumados los principios informadores del Derecho penal mínimo, en el cuál se encuentra la teoría del bien jurídico, que también debe servir de barrera a la adopción de tipos penales, no conformes con los mismos. Es decir, el compromiso de transposición no debe anular la exigibilidad de una mínima ofensividad y lesividad de las conductas tipificadas, de forma que, ausente este requisito legitimador, las mismas no deberían integrar la ley penal, debiendo ser perseguidas de otra forma. En este sentido, adoptar recetas genéricas sin considerar la realidad social de cada país también puede resultar bastante peligroso, ya que cada contexto demanda una atención específica.

De esta forma, aunque resulte indispensable reconocer la importancia de todo el aparato normativo internacional que se viene construyendo en los últimos años como forma de mejor combatir este fenómeno de contornos global, es necesario también reconocer su inequívoca vocación punitiva, que apuestan en la mayor tipificación de conductas el combate a este fenómeno, en detrimento de políticas preventivas e incluso, en el caso de consumidores-pedófilos, el ofrecimiento de medidas y oportunidades que le ayuden a superar eventuales adicciones y búsqueda por este tipo de materiales – brindando y reconociendo también la dimensión social más amplia del problema.

Por todo ello, el legislador parece haber optado por el camino más fácil para responder el clamor social en relación con los ilícitos cuyos sujetos pasivos sean los menores de edad, ya que sin lugar a dudas es bastante más fácil y eficaz de cara al gran público recurrir a normas penales duras, que embarcar en un intento de elaborar políticas preventivas más complejas y que consideren eventual reinserción del pedófilo en la sociedad. En este sentido, el ideal resocializador parece haber sido abandonado, con el traslado de las demandas de un mayor control social hacia la esfera del Derecho penal.

En consecuencia, creemos urgente una reformulación en la política criminal relacionada con la pornografía infantil, con una mayor preocupación en la prevención y medidas de resocialización del pedófilo, en detrimento de la expansión de tipos penales a conductas que no resulten en un daño efectivo a ninguna víctima.

La política criminal represiva adoptada por España y expuesta a lo largo de este epígrafe es fuertemente apoyada en sus obligaciones adquiridas internacionalmente. A continuación, estudiaremos los principales marcos internacionales y comunitarios en torno a esta materia y que han servido como referencia para las continuas reformas penales operadas en nuestro país.

1. Marco legal internacional en torno a la pornografía infantil

1.1 El ámbito de las Organizaciones Internacionales

Como hemos tenido oportunidad de mencionar con anterioridad, las organizaciones internacionales, en los últimos años, han prestado especial atención al fenómeno de la pornografía envolviendo a menores, lo que ha derivado en una regulación internacional cada vez más vasta en torno a la materia. Dichas normas tienen por objetivo primordial la coordinación de las acciones

entre los países, con el objetivo de dar una “respuesta penal coordinada, uniforme, severa y omnicomprensiva”⁵³. En este sentido, al igual que otros países, España justifica la adopción de muchos de los tipos penales relacionados con la materia justamente en la obligación de acoger los mandamientos internacionales, relacionados con la protección del menor. Dicho deber está expresamente previsto, entre otros, en el artículo 39.4 CE, que garantiza a los niños justamente la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Por todo ello, el estudio de la normativa internacional es fundamental para comprender la evolución legislativa interna.

La preocupación con esta temática a nivel global puede ser observada por primera vez en el año de 1989, en el ámbito de las Naciones Unidas, con el establecimiento de la *Convención sobre los Derechos del Niño*. Singularmente, su artículo 34 prevé la necesidad de que los Estados protejan a los niños contra todas las formas de explotación y abuso sexual, con especial mención a la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos⁵⁴.

Asimismo en el ámbito de las Naciones Unidas, es conveniente citar la *Resolución 1992/74 de la Comisión de Derechos Humanos*, por la que se aprueba el programa de acción para la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, así como la *Resolución 48/156 de la Asamblea General*, sobre la necesidad de adoptar medidas internacionales eficaces para prevenir la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Sin embargo, el documento más detallado sobre el tema es el *Protocolo Facultativo de esta Convención relativo a la venta de niños, la prostitución*

⁵³ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 20.

⁵⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989.

*infantil y la utilización de niños en pornografía*⁵⁵, que prohíbe cualquiera de estas prácticas, destacando, en su artículo 3, la necesidad de combatir, de entre otras cosas, “la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión” de pornografía infantil.

A parte de la regulación en el ámbito de las Naciones Unidas, conviene subrayar la Declaración adoptada de forma unánime por los participantes en la *Primera Conferencia Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil*, celebrada en 1996, en Estocolmo. Dicho documento menciona expresamente la necesidad de “desarrollar o reforzar y aplicar medidas legales nacionales para establecer la responsabilidad criminal de los proveedores de servicios, clientes e intermediarios en la prostitución, tráfico y pornografía infantil, comprendida la posesión de material pornográfico infantil, y otras actividades sexuales ilegales”⁵⁶. Esta regulación sería indispensable para combatir las redes delictivas internacionales que, aprovechándose de la legislación heterogénea, favorecen las dinámicas de globalización del mercado sexual de niños.

En 2001, la *Segunda Conferencia Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil*⁵⁷, celebrada en Yokohama, tras detectarse el incremento de la demanda de pornografía infantil, adoptó el *Compromiso Global de Yokohama*, que promueve la ratificación de los instrumentos internacionales contra la explotación sexual de los menores. Además instó a los países para adoptar medidas adecuadas para abordar los aspectos negativos de las nuevas tecnologías, en particular la pornografía infantil en Internet.

En 2004, la *Declaración de San José por la protección integral de la niñez y la adolescencia ante la violencia, la trata, el tráfico y la explotación en*

⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas, 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, de 25 de mayo de 2000.

⁵⁶ Declaración del I Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los niños, Estocolmo, 31 de agosto de 1996.

⁵⁷ Compromiso Global de Yokohama, Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Yokohama, Japón, 17 al 20 de diciembre de 2001.

cualquiera de sus manifestaciones, insta a “promover la adecuación de la legislación nacional para la penalización de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y difusión de la pornografía que utiliza personas menores de edad”⁵⁸.

Más recientemente, la *Tercera Conferencia Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil*, celebrada en 2008 en Río de Janeiro, deriva en la *Declaración de Río de Janeiro y el Llamado a la Acción para prevenir y detener la explotación sexual de niños y adolescentes*⁵⁹. Referido documento también defiende la tipificación de la producción, distribución y posesión intencional de pornografía infantil, incluyendo la penalización de imágenes virtuales y representación de niños, niñas y adolescentes, así como el consumo, acceso y visualización intencional de dichos materiales.

Finalmente, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, el *Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil*, de 1999⁶⁰, incluye en su artículo 3 “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía infantil o actuaciones pornográficas” dentro de la comprensión de las peores formas de trabajo infantil. Además, el mismo organismo considera la “producción, promoción y distribución de pornografía infantil que involucra niños y adolescentes como explotación sexual comercial infantil”, una grave violación de los derechos humanos del niño y adolescentes, comparando dichas prácticas a una forma de explotación económica análoga a la esclavitud y al trabajo forzoso⁶¹.

⁵⁸ Declaración de San José “Por la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia ante la Violencia, la Trata, el Tráfico y la Explotación en Cualquiera de sus Manifestaciones”, de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministras, Ministros y Altos Responsables de la Niñez y la Adolescencia, 18 y 19 de Octubre de 2004.

⁵⁹ Declaración de Río de Janeiro y Llamado a la Acción para prevenir y detener la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes, Río de Janeiro, Brasil, 28 al 28 de noviembre de 2008.

⁶⁰ Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en 17 de junio de 1999.

⁶¹ Más información en <http://www.ilo.org/ipecc/areas/CSEC/lang—es/index.htm>. En este mismo sentido, *Rodríguez Mesa* también sostiene que la explotación sexual comercial de la infancia

A partir de los documentos mencionados, queda clara la tendencia general de las organizaciones internacionales en presentar propuestas cada vez más restrictivas con las prácticas en torno a la pornografía infantil, influenciando la adopción interna por parte de los Estados de dicha perspectiva. En Europa, tenemos un conjunto de regulaciones bastante más específica en torno al tema y que vinculan a sus miembros, como veremos a continuación.

1.2 El ámbito europeo

El continente europeo, paralelamente a las mencionadas disposiciones internacionales de carácter global, también viene intensificando la elaboración de diversas regulaciones específicas en la materia para su territorio⁶². Como objetivo, busca armonizar la legislación de sus Estados miembros, tornando más eficaz y coordinado el combate a esas prácticas, cada vez más comunes en el continente⁶³,

(ESCI) es una de las peores formas contemporáneas de esclavitud, en la que el menor es tratado como un objeto comercial y sexual. RODRÍGUEZ MESA, 2012, *op. cit.*, p. 198.

⁶² La preocupación con estas prácticas fue expresada en la parte introductoria de la Propuesta de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 22 de diciembre de 2000.

⁶³ “A pesar de que la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE es cada vez más exigente con los Estados miembros en orden a garantizar de la forma más eficaz posible los intereses comunitarios – incluso recurriendo a la intervención penal -, las instituciones comunitarias siguen siendo bastante cautas en su intervención, dejando que sean los Estados quienes elijan las sanciones a aplicar”. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 15, 2001, p. 44.

llegando a sancionar los países que no tipifiquen a un mínimo de conductas que objetiven proteger a los menores de edad⁶⁴.

Como marco legal básico, la *Carta Europea de los Derechos del Niño*, de 1992, prescribe la necesidad de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, en la línea de la legislación nacional más protectora para el niño⁶⁵, en relación a la protección de los mismos contra toda la forma de esclavitud, de violencia o explotación sexuales. En este sentido, deberán adoptarse medidas para impedir que ninguno de estos sujetos en su territorio sea secuestrado, vendido o explotado con fines de prostitución o de producciones pornográficas. Además, introduce el derecho del niño a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.

En este mismo sentido, la *Resolución del Parlamento Europeo relativa a la protección y derechos del niño*⁶⁶, refuerza su condena a la explotación sexual de los menores, instando la prohibición total de la producción, del comercio, del transporte y de la tenencia de material que incite a los abusos sexuales contra niños.

Con el objetivo de tornar más efectiva la armonización legislativa en torno al tema, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta niños* y el *Memorándum relativo a la contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños*⁶⁷, en su artículo 26, insta a los Estados miembros a que incluyan en su legislación penal la tipificación y condena de los siguientes supuestos: “a) la

⁶⁴ Vid el caso *Söderman v. Suecia*, de 12 de noviembre de 2013, en el que Suecia fue condenada por el Tribunal de Derechos Humanos Europeo por no contar con una legislación que castigase a conductas relacionadas con la grabación de menores de forma clandestina.

⁶⁵ Carta Europea de los Derechos del niño, de 21 de septiembre de 1992.

⁶⁶ Resolución sobre la protección y los derechos del niño del Parlamento Europeo, de 08 de diciembre de 1997.

⁶⁷ Resolución sobre la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños (COM(96) 0547 C4-0012/97) y el Memorándum relativo a la contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños (C4-0556/96), de 27 de noviembre de 1997.

utilización de menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico; b) la producción, venta, distribución, exhibición o facilitación de la producción, de la venta, de la difusión, de la exhibición por cualquier medio o de la tenencia de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad; y c) los meros asistentes a los espectáculos previstos en el apartado anterior”.

En el mismo sentido, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea*⁶⁸ amplía los supuestos de tipificación, incluyendo disposiciones destinadas a condenar la producción y posesión de material pornográfico en el que se utilice a niños. Además, condena la producción de estos materiales que sean resultantes no sólo de la filmación de escenas reales, sino también de escenas técnicamente simuladas.

La lucha contra la explotación sexual infantil también es objeto de la *Acción común adoptada por el Consejo, sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea*, para combatir el tráfico de seres humanos y la explotación sexual de los menores, del año de 1997⁶⁹. Dicho documento caracteriza como forma de explotación sexual, entre otras cosas, “utilizar niños para actuaciones y material pornográficos, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material”. También obliga a los Estados a imponer penas eficaces, proporcionadas y disuasorias para estos tipos de delito.

De la misma forma, la *Recomendación n° R (91) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la explotación sexual infantil, la*

⁶⁸ Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 20 de enero de 1997.

⁶⁹ Acción común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

*pornografía, la prostitución y el tráfico de niños y jóvenes*⁷⁰ estimula la adopción como delito de los comportamientos de producción y distribución de pornografía infantil que implique a niños, de entre otras medidas.

Específicamente, la pornografía infantil en Internet pasa a ser regulada de forma especial a partir de la *Decisión 2000/375/JAI*⁷¹ que, reconociendo que “el abuso sexual de los niños y la producción, tratamiento, posesión y difusión de material pornográfico infantil pueden representar una modalidad importante de la delincuencia internacional organizada, cuya envergadura dentro de la Unión Europea suscita cada vez mayor preocupación”, decide adoptar distintas providencias con el objetivo de “prevenir y combatir el abuso sexual de los niños y, en particular, la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de material pornográfico infantil a través de Internet”.

Posteriormente, la *Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*⁷², admitiendo que la pornografía infantil “se está desarrollando y extendiendo por medio de las nuevas tecnologías e Internet”, en su artículo 3 insta a los Estados a adoptar medidas para garantizar la punición de las conductas intencionales, realizadas mediante sistemas informáticos o no, referentes a la producción, distribución, difusión, transmisión, ofrecimiento, suministro, adquisición o posesión de pornografía infantil.

Referida Decisión fue sustituida años más tarde por la *Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, que endurece todavía más las recomendaciones desde el continente. En este sentido, agrega a las conductas

⁷⁰ Recomendación nº R (91) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y el tráfico de niños y jóvenes, de 9 de septiembre de 1991.

⁷¹ Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet.

⁷² 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.

citadas anteriormente el mero “acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil”.

Paralelamente a las recomendaciones relacionadas con el combate de la pornografía infantil, se ha adoptado la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*⁷³, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Referido documento hace diversas referencias a los derechos de los menores, inclusive en los delitos sexuales.

En el ámbito del Consejo de Europa, en reconocimiento una vez más de que el fenómeno de la pornografía infantil tiene actualmente una estrecha relación con las nuevas tecnologías, en 2001, se ha establecido el *Convenio sobre la Ciberdelincuencia, firmado en Budapest*⁷⁴. Este fue el primer y más importante documento regulador de la criminalidad virtual en el continente y tiene por objetivo, de entre otros, definir conceptos básicos en torno a esa especie delictiva, estableciendo una mínima regulación europea e internacional. En ese sentido, el documento reconoce la necesidad de una cooperación entre los Estados y el sector privado en la lucha efectiva contra la ciberdelincuencia, estando abierto a la adhesión de países no europeos.

En lo que se relaciona con la pornografía infantil, el artículo 9 del Convenio motiva a los Estados a adoptar medidas legislativas y de otro tipo, que resulten necesarias para tipificar en su derecho interno como delito la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático, así como la oferta, difusión o adquisición de este material por este mismo medio. El documento también prescribe la posibilidad de criminalizar la

⁷³ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

⁷⁴ Consejo de Europa, Convenio sobre la Ciberdelincuencia, 23 de noviembre de 2001. La cibercriminalidad empieza a tener definición y a ser tratada desde un punto de vista criminal a partir de este Convenio, en el cual los países miembros del Consejo de Europa establecen los inicios de un marco legal para este tipo de delito y definen algunos términos en este campo. JIMÉNEZ SERRANO, 2012, *op. cit.*, p. 32.

posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos, aunque faculta su adopción de los mismos por los firmantes.

Además del referido Convenio, en el ámbito del Consejo se pueden destacar otros instrumentos, como la *Recomendación 1065(87)*, relativa al tráfico de niños y otras formas de explotación infantil, que establece la necesidad de que los Estados persigan la prostitución, la pornografía y la adopción ilegal; la *Recomendación 91 (11)*⁷⁵ sobre la explotación sexual, pornografía y tráfico de niño y jóvenes, que plantea estudiar la licitud de sancionar penalmente la mera posesión de pornografía infantil y promueve la cooperación internacional; la *Resolución 1099 (1996)* de la Asamblea Parlamentaria, que propone la creación de nuevos tipos penales que sancionen, de entre otros, la posesión, la creación y la distribución de material pornográfico que muestre a menores; y la *Recomendación (2001) 16*, sobre la protección de los niños contra la explotación sexual⁷⁶.

Finalmente, la *Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*⁷⁷, considerada como el primer y más completo tratado internacional específico para la protección de los niños y adolescentes frente a su explotación sexual⁷⁸, en su artículo 20 insta a que los Estados tipifiquen las conductas de producción, oferta, difusión, adquisición, posesión o acceso a pornografía infantil, cuando sean cometidas de forma ilícitas.

Como se puede constatar a partir de la selección de los instrumentos citados anteriormente, tanto la comunidad internacional, como la Unión Europea, en las últimas décadas, buscan establecer una legislación armónica entre sus miembros, con el objetivo de mejor regular y perseguir los delitos de pornografía

⁷⁵ Recomendación nº R (91) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de menores y jóvenes mayores de edad, de 09 de septiembre de 1991.

⁷⁶ DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁷ Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007. La Convención también es conocida como Convenio de Lanzarote.

⁷⁸ DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 29.

infantil – a través del establecimiento de una tipificación penal común y de instrumentos de cooperación.

En este sentido, y en lo que interesa a esta investigación, dichos documentos prevén de forma consensual la tipificación de tres tipos básicos: a) la producción o la utilización de menores en espectáculos pornográficos; b) la distribución de dichos materiales; y c) la posesión de pornografía infantil. Todos ellos fueron adoptados por la legislación penal española, como veremos más exhaustivamente en el tercer capítulo de este trabajo.

En el próximo epígrafe, analizaremos como la pornografía infantil es tratada por otros ordenamientos penales, europeos y no europeos.

2. La pornografía infantil en el ámbito comparado

En este epígrafe realizaremos un estudio comparado sobre los delitos de pornografía infantil, teniendo como referencia el derecho penal italiano y brasileño – como referencia de país europeo y latinoamericano respectivamente -, y australiano y estadounidense – como representantes del sistema del llamado *common law*⁷⁹. La elección de estos cuatro países no ha sido arbitraria y se debe a las razones que pasamos a exponer.

⁷⁹ El derecho anglosajón justifica la norma penal en el principio del daño – *harm principle* -, lo que significa que el Estado sólo estará legitimado a criminalizar una conducta cuando esta conlleve a

Inicialmente, el estudio del derecho comparado teniendo como referencial otro país europeo de tradición jurídica similar a la española – Italia - es fundamental con el objetivo de analizar cómo se comporta otro ordenamiento penal de nuestro entorno, frente a las normativas europeas aplicables a todo el continente. Conforme con ello, podremos contrastar si hay alguna diferencia apreciable entre dos legislaciones de un mismo entorno continental y cultural.

La elección de Brasil se debe no sólo a un interés personal del investigador – por ser este su país de origen -, sino también por ser un referencial latinoamericano y ofrecer una perspectiva desde un otro contexto social bastante distinto al español y europeo.

Finalmente, la elección de Australia y Estados Unidos se debe a tres razones. En primer lugar, ambos son representantes del llamado sistema jurídico del *common law* y, así, ofrecen un contrapunto a los países seguidores de *civil law*, representado tanto por España, como Italia y Brasil. En segundo lugar, ambos países han sido pioneros en legislar con profundidad el fenómeno de la pornografía infantil, erigiéndose en la actualidad como paradigmas de tipificar de una manera muy estricta dichas conductas, en el entorno occidental. En este sentido, como tendremos la oportunidad de analizar, se ha llegado a castigar no sólo los simples dibujos, sino también la literatura con contenido pornográfico infantil, en los cuales ni siquiera se vislumbra ni de una forma remota un bien jurídico digno de tutela. Además, estos países equiparan el fenómeno

algún daño a terceros en lo que se relaciona a sus derechos, teniendo en cuenta sus *welfare interests*, o sea, los presupuestos básicos de su bienestar. SEELMANN, Kurt, "El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena", en HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 373. En este sentido, la norma será la respuesta a una determinada conducta lesiva, de forma que cuando no haya daño, tampoco debe haber intervención penal. De esta forma, la idea básica asociada a este principio es que los ciudadanos tienen plena libertad para perseguir sus deseos y objetivos mientras no dañe a los demás y no viole derechos ajenos. HIRSCH, 2007, *op. cit.*, p.40. Conforme con ello, mientras que para nuestra dogmática tradicional el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, para el *harm principle*, su finalidad es la evitación de daños a terceros. WITTIG, Petra, "Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad", en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 342.

contemporáneo del *sexting* a la pornografía infantil, lo que también genera innúmeras críticas⁸⁰.

El tercer motivo de nuestro interés en ambos ordenamientos anglosajones está fundado en razones prácticas, sobre todo por lo que respecta al estudio de esta tipología delictiva, y al interesante debate llevado a cabo en Estados Unidos, donde se esgrimió el argumento del derecho a la libertad de expresión, como derecho fundamental de los autores que poseían el material pornográfico infantil.

2.1 La pornografía infantil en Italia

El tratamiento penal de la pornografía infantil en Italia, en virtud de las normativas europeas anteriormente citadas – que buscan armonizar la materia en el continente -, es bastante semejante al abordaje dado por el Ordenamiento penal español.

En este sentido, la llamada Ley de la Pedofilia⁸¹, de 1998, alteró los arts. 600-ter, 600-quater y 600-quater.1 del Código Penal italiano, que tipifica las

⁸⁰ En una encuesta realizada entre los jueces federales en Estados Unidos en el año de 2010, el 70% ha manifestado que considera la pena prevista para los casos de posesión y adquisición de pornografía infantil demasiado severa, y un 30% también lo ha considerado para los casos de distribución. *Vid* U.S. Sentencing Commission Results of Survey of United States District Judges, January 2010 through March 2010. Disponible en línea en http://www.ussc.gov/Research/Resemch_Projects/Surveys/20100608_Judge_Survey.pdf.

⁸¹ Ley n° 269, de 3 de agosto de 1998.

conductas relacionadas con la producción, tráfico, procura y posesión de pornografía infantil, así como la producción y distribución de pseudopornografía.

En específico, el art. 600-ter castiga con pena de prisión de seis a doce años y multa de 24.000 a 240.000 euros la *utilización y captación* de menores de dieciocho años para la *producción o actuación en espectáculos con carácter pornográfico*, así como la *venta, distribución, difusión*, incluida la vía electrónica, de los mismos. El artículo también incluye el castigo del *anuncio* o la *divulgación* de noticias con la finalidad de explotar sexualmente de un menor, aunque con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de 2.582 a 51.645 euros. Además, el artículo tipifica la conducta del sujeto que, no incidiendo en ninguna de las hipótesis anteriores, *ofrezca*, aunque a título gratuito, material pornográfico a terceros, previendo una pena de prisión de hasta tres años y una multa de 1.549 a 5.164 euros. El mismo artículo prevé un agravante de dos tercios de la pena para los casos en los que el material sea considerado de cantidad significativa, aunque no haga ninguna mención a lo que debe ser entendido como tal.

Finalmente, se castiga con pena de hasta tres años y multa de 1.500 a 6.000 euros aquellos que *asistan a espectáculos o actuaciones pornográficas*, en las que estén involucrados a menores de edad.

El último apartado del citado artículo también adopta un concepto bastante amplio en torno a la pornografía infantil, aunque haya sido precedido de un amplio debate legislativo⁸². Conforme con ello, será considerada pornográfica toda la representación, por cualquier medio, de un menor de dieciocho años que participe en actividad sexual explícita, real o simulada, o toda la representación de los órganos sexuales de un menor de dieciocho años de edad con fines sexuales.

A su vez, el art. 600-quater complementa el artículo anterior, castigando con prisión de hasta tres años y multa no inferior a 1.549 euros al que, a

⁸² *Manna*, comentando los trabajos legislativos anteriores a la aprobación de las modificaciones legales, esclarece que un grupo de legisladores entendía que el material pornográfico debería tener vinculación con la explotación sexual de menores, de modo a que la aplicación de los tipos de pornografía infantil fuesen lo más restringido posible. MANNA, Adelmo, "Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia", *L'Indice Penale*, Padova, v.2, n°1, ene-abr de 1999, p. 48.

sabiendas, *adquiera o posea material pornográfico* producido con menores de edad. Dicha pena se incrementa por no más de dos tercios si se trata de una gran cantidad de material.

Finalmente, el art. 600-quater.1 tipifica la llamada *pornografía virtual*. De esta forma, el artículo amplía la aplicación de las conductas previstas en los arts. 600-ter y 600-quater, a los supuestos de pornografía virtual, aunque reduciendo la pena en un tercio. La pornografía virtual, a su vez, engloba tanto el material producido utilizando imágenes de menores de dieciocho años o parte de los mismos, como imágenes hechas con técnicas gráficas que no reflejen, en todo o en parte, a situaciones reales, pero cuya calidad de la representación hace que situaciones ficticias parezcan reales.

De esta forma, es notable la similitud entre la ley penal española e italiana, con la diferencia de que esta última tipifica algunas conductas todavía no previstas en el ordenamiento de aquella. Conforme con ello, en Italia se equipara las conductas típicas tanto si realizadas con pornografía real, como con pornografía virtual – lo que engloba el castigo de la posesión de pornografía virtual -, así como el anuncio o divulgación de material pornográfico y la asistencia a espectáculos de carácter pornográfico⁸³.

⁸³ El Proyecto de reforma del Código Penal de 2013, como veremos en un momento oportuno, incluye modificaciones relacionadas con la pornografía virtual y con la asistencia a espectáculos, lo que acerca los ordenamientos penales español e italiano.

2.2 La pornografía infantil en Brasil

Los delitos de pornografía infantil en derecho brasileño están tipificados en el *Estatuto del Niño y del Adolescente* (Estatuto da Criança e do Adolescente)⁸⁴, que castiga las conductas de *producir, reproducir, dirigir, fotografiar, grabar, o registrar*, por cualquier medio, escenas de sexo explícito o pornográficas, involucrando a niños y adolescentes (menores de 12 y 18 años, respectivamente⁸⁵), con penas de prisión de 4 a 8 años de prisión y multa. Además, con la misma pena, se castiga a todo aquél que *facilita, recluta, coacciona*, o de cualquier modo, *negocia o intermedia* la participación de los menores y adolescentes en las citadas escenas o participa en las mismas. La misma ley también establece un tipo cualificado, para cuando el agente ejerza función pública, o bien cuando se aproveche de las relaciones domesticas, de cohabitación u hospitalidad, o de relaciones de parentesco, o sea tutor, curador o patrón de la víctima, o que ejerza autoridad sobre ella. La venta o exposición del referido material también se castiga con la pena de 4 a 8 años de prisión.

Finalmente, con la pena de 3 a 6 años de prisión y multa son castigadas las conductas relacionadas con el *ofrecimiento*, el *intercambio*, la *distribución o divulgación*, por cualquier medio, del material pornográfico infantil. Esta misma pena es aplicada a los responsables legales de los proveedores de Internet que, una vez notificados, no deshabiliten el acceso al contenido ilícito.

En lo que se relaciona con los consumidores, la ley castiga a quien *adquirir, poseer o almacenar* pornografía infantil, con pena de 1 a 4 años de prisión y multa, aunque esta puede ser reducida hasta 2/3 partes si la cantidad de

⁸⁴ Ley n° 8.069, de 13 de julio de 1990, modificada por la Lei n° 11.829/2008.

⁸⁵ Art. 2° del Estatuto.

material incautado es pequeña. Asimismo, el artículo salva a la persona del castigo si el material almacenado tiene la finalidad de comunicar a las autoridades competentes la ocurrencia de algunos de los supuestos anteriores.

Finalmente, el Estatuto igualmente castiga la *simulación* de la participación de un niño o adolescente en una escena de sexo explícito o pornográfico a través del montaje o alguna modificación, con una pena de 1 a 3 años de prisión y multa. En la misma pena incurre todo el que *vende, oferta, publica, adquiere, posee o almacena* dichos materiales.

A partir de esta breve exposición del texto legal, se puede inferir que la ley brasileña es igualmente bastante estricta con las prácticas relacionadas con la pornografía infantil, castigando prácticamente a todas las conductas relacionadas con la misma. En este sentido, se castigan no sólo a los productores y distribuidores directos del material pornográfico, sino también a los poseedores – aunque con una atenuante para pequeñas cantidades - y los prestadores de servicios de Internet, cuando los mismos no actúen con el fin de restringir el acceso al contenido ilícito.

En lo que se refiere a la pornografía virtual y simulada, la ley brasileña igualmente se muestra bastante más estricta que la española, castigando la práctica totalidad de las conductas, desde el productor y distribuidor, hasta el propio poseedor de las mismas.

El art. 241-E explicita que la expresión legal “escena de sexo explícito o pornográfica”, comprende cualquier situación que involucre a niños o adolescentes en actividades sexuales explícitas reales o simuladas, o la exhibición de los órganos genitales de los mismos para fines primordialmente sexuales. Sin embargo, dada la amplitud del concepto, queda de al arbitrio de la jurisprudencia la decisión del caso concreto⁸⁶. En este sentido, los tribunales ya se han manifestado que los fines primordialmente sexuales son aquellos que se

⁸⁶ La única referencia a eventual concepto en torno a la pornografía infantil es la que consta del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos del niño, incorporada al ordenamiento brasileño por el Decreto nº 5007 de 2004.

caracterizan por su indecencia, repulsión, o degradación del ser humano – que debe ser diferenciada del material meramente erótico. Sin embargo, reconoce el tribunal que la determinación del pornográfico no es fácil, una vez que depende, en gran medida, de la apreciación subjetiva de cada observador. De esta forma, puede pasar que aquello que el autor considera *erótico*, puede ser interpretado por el observador como *pornográfico*⁸⁷.

En este sentido, ya se ha incluido en el concepto de pornográfico aquellos materiales que, aunque no reflejen desnudez directa, muestren a los menores en poses provocativas, como es la simulación de un *striptease* o de actos sexuales, o tocando partes de su cuerpo, aunque sobre la ropa. Sin embargo, en otra ocasión la jurisprudencia entendió que fotos que reflejen a un menor tapando las partes íntimas con la mano son consideradas sensuales, pero no pornográficas⁸⁸. De esta forma, aunque exista la adopción de un concepto legal para la pornografía, la interpretación podrá cambiar según el Juez que aprecie el caso en concreto.

En lo que se relaciona a la determinación de la minoría de edad, los tribunales también ya se han manifestado en el sentido de que la mera visualización es suficiente para constatar dicha condición⁸⁹. Además, en el concepto de producción se incluyen también no sólo las fotos sacadas por los propios menores de edad, en presencia del adulto⁹⁰, sino también los materiales resultantes de la captación de imágenes a través de una webcam, no siendo necesario el contacto físico con la víctima⁹¹.

Sin embargo, aunque la ley no haga ninguna mención expresa, la jurisprudencia entiende que debe ser excluido del concepto de pornográfico

⁸⁷ Apelação Criminal TJ/DF nº 20090111058578, de 27/01/2011, relator Silvânio Barbosa dos Santos.

⁸⁸ Apelação Criminal, TJ/SP nº 993060140957, de 22/04/2010, relator Sérgio Coelho.

⁸⁹ Apelação Criminal, TJ/SC nº 20120560620-SC2012.0560062-0 (Acórdão), de 24/09/2012, relator Torres Marques; Apelação Criminal, TJ/SP nº 170166220108260000, de 03/02/2011, relator Otávio Henrique.

⁹⁰ Apelação Criminal, TJ/MG nº 1070208462976-6/001, de 19/05/2009, relatora Márcia Milanez.

⁹¹ Apelação Criminal TJ/SC nº 2013071648, de 25/11/2013, relator Carlos Alberto Civinski. Caso en el que el acusado, utilizándose de un perfil falso en las redes sociales, convence a que la víctima se desnude delante de la webcam, ocasión en que el autor captura las imágenes.

infantil aquellos materiales con algún valor artístico. A esta conclusión ha llegado un tribunal cuando analizaba el contenido de un libro intitulado “Immediate Family”, vendido legalmente en Estados Unidos. En éste, la fotógrafa profesional estadounidense Sally Mann publicó fotos de sus hijos en situaciones cotidianas, que incluían desnudos.

En torno al bien jurídico protegido en los supuestos de pornografía infantil, la jurisprudencia también ya se manifestó en el sentido de que los tipos objetivan proteger a la imagen y el “dominio del cuerpo” de los menores víctimas, especialmente por su situación de personas en desarrollo⁹². Además, la intención u objetivo del agente no importa para la configuración de los tipos de posesión o pornografía virtual⁹³, siendo irrelevante, en el caso de la primera, el número de menores involucrados, debiendo la posesión ser considerada un único delito⁹⁴.

El consentimiento de los menores víctimas tampoco es relevante, una vez que el derecho considera que el bien jurídico protegido en estos casos es indisponible, de forma que no excluye la tipicidad⁹⁵.

En lo que se relaciona con la pornografía simulada, hay investigadores que empiezan a defender que su castigo debe ocurrir en la esfera civil, teniendo en cuenta que el tipo objetiva no la protección de los menores, sino determinar padrones obligatorios de comportamiento sexual en la sociedad, lo que es incompatible con los principios penales y constitucionales más básicos, violando las libertades del autor⁹⁶. Por otra parte, también se empieza a defender en el ámbito doctrinal que la conducta de almacenar material pornográfico infantil debe

⁹² Apelação Criminal, TRF-5 nº 2245220134058100, relator Emiliano Zapata Leitão.

⁹³ Apelação Criminal, TJ/MS nº 0006576-65.2011.8.12.0017, de 05/05/2013, relator Luiz Gonzaga Mendes Marques.

⁹⁴ Apelação Criminal JR/PR nº 8124432, de 15/03/2012, relatora Sônia Regina de Castro.

⁹⁵ Apelação Criminal TJ/RS nº 70057781429, de 20/03/2014, relator José Antônio Daltoe César.

⁹⁶ TOTH SYDOW, Spencer, “Pedofilia virtual e considerações críticas sobre a lei 11.829/08”, *Revista liberdades*, nº 1, mai-ago, 2009.

ser considerada meramente inmoral, una vez que no tutela a ningún bien jurídico relacionado con la esfera sexual de los menores⁹⁷.

La desproporción del castigo de la pornografía virtual puede ser evidenciada en el caso de un individuo que ha sido condenado por poseer una única imagen en su móvil. Dicha imagen consistía en un montaje de un bebé recién nacido, con el pene erecto de un adulto, simulando una escena pornográfica. En su defensa, el autor alegó que ésta era fruto de una broma y que la había almacenado por hacerle gracia, no teniendo ningún interés sexual en la misma. Además, no se han encontrado ningún otro material pornográfico en ocasión del registro en su domicilio. Sin embargo, el tribunal entendió que dicha imagen se encajaba en el concepto legal de pornografía simulada, condenando al autor, bajo el argumento que el motivo que le ha llevado a almacenar el material es irrelevante.

La jurisprudencia brasileña también ya ha aceptado el castigo de la *tentativa* en el delito que castiga la producción de material pornográfico. En esta ocasión, el acusado había solicitado a la víctima que quitara la ropa, alegando de su intención de fotografiarlo desnudo, ocasión en que el menor se negó y huyó de la casa del acusado⁹⁸.

La continuidad delictiva en el tipo de distribución de pornografía infantil también ya ha sido aceptada por la jurisprudencia⁹⁹, en un supuesto en el que el acusado había sido condenado por haber publicado el citado material en grupos de discusión y a través de correo electrónico. Conforme con ello, el hecho de haberse constatado dos conductas sería suficiente para aplicar el régimen de la continuidad. Finalmente, los tribunales ya se han manifestado en el sentido de que la distribución se consuma con el simple hecho de “poner a disposición” el material a terceros, siendo irrelevante que éstos hayan efectivamente accedido a

⁹⁷ RAMALHO DE FARIAS, Alexandre, “A incidência da normativa internacional na delimitação do bem jurídico protegido nos delitos relativos à pornografia infantil”, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 2, nº 3, Curitiba, jul/dez, 2010, p. 184.

⁹⁸ Apelação criminal, TJ/RS nº 70042232199, de 22/08/2012, relatora Genacéia da Silva Alberton.

⁹⁹ Apelação Criminal TJ/MT nº 200336000141823, de 23/11/2009, relatora Assusete Magalhães.

los mismos¹⁰⁰. La distribución pasiva, a través de programas como Emule, también está subsumida en el tipo¹⁰¹.

A partir de todo lo expuesto, se puede verificar que la ley brasileña también trata la pornografía infantil con *tolerancia cero*, adoptando tipos penales con dudosos bienes jurídicos.

2.3 La pornografía infantil en Australia

Antes de abordar los tipos penales relacionados con la pornografía infantil en Australia, es necesario subrayar que a nivel político-criminal, la legislación australiana viene acompañada de un plan de acción contra la explotación comercial de menores¹⁰², como forma de mejor combatir este problema¹⁰³. Dicho plan reconoce que los menores en situación de riesgo están más expuestos a la explotación sexual, de forma que el problema debe ser atacado también en este aspecto. Conforme con ello, el documento recomienda la prevención y la intervención temprana, a partir de la eliminación de los factores que contribuyen a la explotación sexual comercial de los menores, englobando distintos sectores, tales como la educación, sanidad, servicios sociales, organismos gubernamentales

¹⁰⁰ Apelação Criminal TRF-3 nº 00108682120084036181, de 09/09/2013, relator Antonio Cedenho.

¹⁰¹ Apelação Criminal TRF-2 nº 200950010063790, de 03/04/2013, relator Messod Azulay Neto.

¹⁰² Vid Australia's National Plan of Action Against the Commercial Sexual Exploitation of Children.

¹⁰³ Aparte de ello, también existen otras iniciativas, principalmente relacionadas con Internet. Vid BRONITT, MCSHERRY, 2010, *op. cit.*

y no gubernamentales, patrocinando los programas de prevención internacionales. Conforme con ello, el éxito en la reducción de la pornografía infantil en el futuro estará en distintas esferas: la disminución de la vulnerabilidad infantil, la cooperación internacional y la regulación de nuevas tecnologías.

Una vez hecha esta breve aclaración, la competencia legislativa penal en Australia es repartida entre el gobierno central y sus estados/territorios¹⁰⁴. Conforme con ello, el primero es responsable de legislar en los delitos relacionados con las telecomunicaciones, de entre los cuales está incluida la pornografía online, así como los casos de importación y exportación de material pornográfico. Los estados/territorios tienen competencia residual, legislando, por lo tanto, sobre las demás conductas relacionadas con la pornografía infantil, como es el caso de la posesión, la promoción o la distribución de la misma. Sin embargo, aunque tengan autonomía en la elaboración de dichas normas, los tipos adoptados por los estados/territorios en torno a la pornografía infantil son muy semejantes entre sí, con la excepción de la minoría de edad, que oscila entre los 16 a los 18 años y que, al igual que en España, no coincide con la edad de consentimiento sexual¹⁰⁵.

A partir de todo ello, las disposiciones del gobierno central en torno a la pornografía infantil están tipificadas en el Código Penal de 1995 – *Criminal Code Act 1995* –, subdivisión B, donde se disponen los delitos cometidos en el extranjero incluyendo el abuso sexual de menores o la pornografía infantil. Referida ley, en su art. 273.5, castiga la posesión, el control, la producción, la distribución o la adquisición de material pornográfico infantil fuera de Australia

¹⁰⁴ Australia está dividida en seis estados – New South Wales, Victoria, Queensland, Western Australia, South Australia, and Tasmania – y dos territorios – the Australian Capital Territory and Northern Territory.

¹⁰⁵ En Australia hay tres niveles de edad para definir a un menor, frente a la pornografía infantil. En New South Wales, Queensland y Western Australia, el material debe estar relacionado con menores que son o aparentan ser menores de 16 años. En South Australia la edad se refiere a los 17 años y en las demás jurisdicciones los 18 años. La edad de consentimiento sexual, por otra parte, es de 16 años en todas las jurisdicciones, con excepción de South Australia y Tasmania, que la fijan en 17 años, y Queensland en la que la edad de consentimiento general es de 16 años y 18 años para las relaciones anales.

con 15 años de prisión, a parte de la responsabilidad civil correspondiente. En el art. 273.6 castiga las mismas conductas relacionadas con materiales que reflejen abusos infantiles, con la misma pena¹⁰⁶.

Conforme con ello, la ley hace una diferenciación entre el concepto de *material pornográfico infantil* y *material de abuso sexual infantil*, aunque en la práctica la pena prevista para ambos sea la misma. Según el art. 473.1 de la misma ley, el *material de abuso infantil* (al que se refiere el art. 273.6) es todo aquél que: a) refleja una persona o la representación de una persona que es o aparenta ser menor de 18 años de edad y que es o aparenta ser víctima de tortura, crueldad o abuso sexual. También, está incluido en el concepto los materiales que describen una persona que es, o parece ser implícitamente menor de 18 años de edad y que es o parece ser implícitamente víctima de tortura, crueldad o abuso sexual. A su vez, el *material pornográfico infantil* (al que hace referencia el art. 273.5) debe ser entendido como todo el material que refleja o representa a una persona que es o parece ser menor de 18 años de edad y que: a) está o aparenta estar adoptando una posición o una actividad sexual; o b) está en presencia de una persona que está o aparenta estar involucrado en una pose o actividad sexual. También, bajo el concepto de *pornográfico infantil*, están incluidos los materiales que reflejan, para propósitos sexuales, a) el órgano sexual o la región anal de una persona que es o parece ser menor de 18 años de edad, o b) la representación de estos órganos sexuales o de la región anal; o c) los senos, o la representación de los senos, de una persona del sexo femenino que es o parece ser menor de 18 años de edad. Por fin, el concepto engloba el material que describe a una persona que es o implícitamente parece ser menor de 18 años y que: a) está implicada o implícitamente está implicada en una actitud o actividad sexual (estando o no en presencia de otras personas); o b) que estén en presencia de otras personas que estén implicada o implícitamente están implicadas en una actitud o actividad sexual. También, los materiales que describen: a) un órgano sexual o la región

¹⁰⁶ Ley prevé también un tipo cualificado con pena de 25 años para los casos en los que se cometa cualquier de las conductas anteriores por tres o más veces, o bien si cualquier de las conductas es realiza por dos o más personas.

anal de una persona que es o implícitamente parece ser menor de 18 años de edad; o b) los senos de una persona del sexo femenino que es o implícitamente parece ser menor de 18 años de edad. En todos los casos, los materiales deberán, adicionalmente, ser considerados ofensivos según los padrones de comprensión de “una persona razonable”¹⁰⁷, aunque no haya ninguna especificación de lo que significa este concepto.

Finalmente, el art. 273.9 adopta expresamente algunas excepciones de responsabilidad penal para los tipos de los arts. 273.5 y 273.6 si la realización de la conducta conlleva un beneficio público. Según el citado artículo, una conducta en beneficio público debe ser entendida como aquella necesaria para la asistencia de: a) la aplicación de una ley de la Commonwealth, un estado o territorio, o de un país extranjero; o b) controlar el cumplimiento, o la investigación de una violación de una ley de la Commonwealth, un estado o territorio o de un país extranjero; o c) la administración de justicia (ya sea dentro o fuera de Australia); o d) la realización de investigación científica, médica o educativa – caso en que la conducta de la persona debe ser compatible con los objetivos de las mismas.

Además, se excluye expresamente la responsabilidad penal de los agentes de la ley, de inteligencia o seguridad, así como de funcionarios de países extranjeros en el desempeño de funciones similares a las de un oficial de inteligencia o de seguridad. Asimismo, excluye la responsabilidad de las personas que estén actuando en el ejercicio de sus funciones o siempre que la conducta de la persona sea razonable dadas las circunstancias a efectos de llevar a cabo este deber. Finalmente, tampoco serán imputados por estos delitos los individuos que hayan obrado de buena fe y con el único propósito de asistir a las autoridades en detectar estos contenidos ilícitos o potencialmente ilícitos, de entre otros.

¹⁰⁷ *Crofts y Lee* señalan que este requisito, aunque subjetivo, fue diseñado para evitar el excesivo alcance de la ley penal, una vez que lleva en consideración a la hora de determinar el carácter del material pornográfico el contexto en que el mismo es producido o visualizado. CROFTS, Thomas; LEE, Murray, “Sexting, Children and Child Pornography”, *Sydney Law Review*, n° 85, 2013, pp. 88-89.

A partir de lo expuesto anteriormente, se puede verificar la exhaustividad de la regulación nacional relacionada con la pornografía infantil, describiendo no sólo los tipos, sino también todas las hipótesis de exclusión de la responsabilidad, así como la descripción detallada de los conceptos de pornografía infantil y material de abuso infantil. Ambos casos incluyen las hipótesis de representación – es decir, la pornografía virtual y los dibujos -, así como de descripción – o sea, el material literario -, lo que amplía enormemente el alcance del concepto.

En lo que se relaciona con la materia sobre la cual tienen competencia los estados/territorios, tomaremos como punto de referencia la legislación del Estado de New South Wales (NSW), el más poblado de Australia, y que como hemos referido, es bastante similar, cuando no idéntica, a la disposición de los demás estados/territorios¹⁰⁸ sobre esta materia. Los delitos relacionados con la pornografía infantil en NSW se ubican en la parte 3 que dispone sobre los delitos contra la persona, división 15^a, arts. 91FA a 91HA, del Código Criminal de 1900.

A nivel conceptual, al contrario de la diferenciación realizada por la legislación nacional – entre material pornográfico infantil y material de abuso sexual infantil -, la ley de este Estado adopta un único concepto, a saber, *material de abuso sexual infantil*, que alcanza todo aquél que representa o describe: a) una persona que es, que parece ser o implícitamente es un menor víctima de tortura, crueldad o maltrato físico; o b) una persona que es, que parece ser o implícitamente es un menor en presencia de otra persona involucrada o aparentemente involucrada en una posición o actividad sexual; o c) las partes íntimas de una persona que es, parece ser, o implícitamente es un menor. En este último caso están incluidos la zona genital o anal, así como el pecho si se tratara de una persona del sexo femenino. En todas las hipótesis, se entiende por menor el individuo que no haya alcanzado la edad de los 16 años de edad.

Además, la comprensión en torno a este carácter de los materiales también

¹⁰⁸ Vid HOWIE, Rod; JOHNSON, Peter, *Annotated Criminal Legislation New South Wales*, Australia, Butterworths, 2009.

dependerá de la valoración de que los mismos sean ofensivos, según el parámetro de la “persona razonable”. No obstante, al contrario de lo que ocurre en la ley nacional, la ley del estado en cuestión sí que busca explicar el contenido de esta expresión, que debe observar tres características: a) los estándares de moralidad, de decencia y de decoro generalmente aceptados por la media de los adultos; y b) el valor literario, artístico o educativo (en su caso) del material; y c) el mérito periodístico (si los hay) del material, siendo el mérito del material como un registro o informe en un asunto de interés público; y d) el carácter general del material (si médico, legal o científico)¹⁰⁹.

En lo que se refiere específicamente a las conductas típicas, el apartado 91G castiga la utilización o captación de menores para producción de material de abuso de menores con hasta 14 años de prisión si la víctima era menor de 14 años, y 10 años de prisión para los casos en que la víctima fuera mayor de 14 años. Así, la ley prevé mayor punición cuando se utilice a víctimas de menor edad.

La ley también castiga los supuestos de producción, distribución y posesión de material de abuso de menores, siendo que el concepto de material engloba cualquier película, fotografía, material impreso o dibujo, además de los materiales manipulados o modificados con la finalidad de crear dicho contenido. También, castiga la celebración de cualquier contrato o acuerdo para la producción del mismo. Para todas las conductas mencionadas se ha previsto la pena máxima de prisión de 10 años. Finalmente, la ley prevé expresamente los casos de exclusión de la responsabilidad penal, similares a los previstos en la ley nacional y mencionados con anterioridad.

Es obligado señalar que, a partir del concepto adoptado por la ley, no será necesario probar que la víctima protagonista del material era, de hecho, menor de 16 años en el momento de la creación del material, siendo suficiente la mera

¹⁰⁹ Los demás estados y territorios utilizan al mismo requisito del “ciudadano razonable”, con excepción de South Australia y la Capital Federal, que exigen que el material tenga por objetivo la excitación sexual del destinatario.

apariencia de no haber llegado a esta edad¹¹⁰. Asimismo, la adopción de esta extensa tipificación penal en torno a la pornografía infantil ha generado decisiones bastante polémicas en los Tribunales, que ejemplifican los extremos a los que se puede llegar de seguirse esta opción.

Por lo que respecta a la punición de la literatura, es interesante citar el caso *Dodge vs. The Queen*, en 2002¹¹¹ y la polémica condena impuesta. El caso hace referencia a un preso de Western Australia que cumplía pena por abusos sexuales de menores y que, durante el cumplimiento de su condena, se ha dedicado a escribir 17 historias de contenido sexual explícito, en la que describía relaciones sexuales entre hombres adultos y jóvenes - en su mayoría varones menores de 10 años de edad -, dedicándose a difundir posteriormente dicho material a otros prisioneros. Dodge fue condenado por un delito de pornografía infantil, en su modalidad de difusión y posesión para uso propio de dichas historias. En este caso, el hecho de que no se hubiere utilizado a ningún menor real, la pequeña cantidad del material y la ausencia de ganancia económica fueron determinantes para reducir la pena, establecida finalmente en 12 meses de prisión. En este sentido, el tribunal justifica la pena en los efectos que dicho material literario podría tener sobre el lector, estimulando las conductas sexuales de personas con tendencias depravadas sobre menores de edad reales. Es decir, la pena se justificaría no por el daño generado a cualquier menor por el autor de la obra, sino por la *peligrosidad* que los estímulos que dicha literatura podría ejercer en una conducta futura de los pedófilos sobre menores reales. El mismo razonamiento, según el tribunal, podría ser utilizado para los supuestos de posesión de material pornográfico infantil.

Analizando específicamente el bien jurídico tutelado por los delitos de posesión de pornografía infantil, un tribunal también de Western Australia ha argumentado que el mismo se justifica en la existencia de una relación directa entre esta conducta y la producción del material pornográfico. Conforme con ello,

¹¹⁰ BRONITT; MCSHERRY, 2010, *op. cit.*, p. 701.

¹¹¹ Supreme Court of Western Australia, *Dodge v. The Queen*, 18 de octubre de 2002.

la posesión de pornografía infantil no puede ser caracterizada como un delito sin víctimas, de forma que la cantidad de pena a ser aplicada debe ser proporcionada a la cantidad de material incautado, una vez que cuanto mayor el número de imágenes, mayor será la degradación de los menores. Finalmente, sostiene el organismo que la demanda de los poseedores por materiales de pornografía infantil también sirve para animar a aquellos que abusan activamente de menores a grabar y publicar los resultados de sus conductas, fomentando indirectamente la corrupción sexual de aquellos¹¹².

Sobre la misma cuestión, en una reciente decisión del año de 2011, y también bastante polémica, un concejal fue condenado por un tribunal de Tasmania¹¹³, por haber descargado y poseer un libro en versión digital en su ordenador personal, con contenido pornográfico infantil¹¹⁴. La peculiaridad del caso se refiere al hecho de que el libro en cuestión “The Pearl” es una obra de la era victoriana, cuya primera publicación cuenta con más de 130 años, siendo la última edición de 2009, de Harper Collins editores. Además, dicho libro todavía es vendido dentro del territorio australiano, siendo encontrado en distintas librerías online - como amazon.com -, además de otras librerías de segunda mano del país. El procesado, finalmente, fue condenado al pago de una multa e inscrito en el registro de agresores sexuales. Dicha decisión ha ocasionado un fuerte debate en torno a la pornografía en las artes, siendo ampliamente criticada por el Colegio de Abogados Australianos (Australian Lawyers Alliance).

La cuestión de la relación del arte con la pornografía también ya había sido fuertemente debatida en el citado país a raíz del cierre de una exposición fotográfica por la policía, ocurrido en una Galería de Arte en Sídney, en el año de 2008. En dicha exposición, el prestigioso artista australiano Bill Henson, había seleccionado numerosas obras fotográficas, de entre las cuales figuraban niñas menores de 13 años retratadas desnudas, con la autorización de sus respectivos

¹¹² Supreme Court of Western Australia, R v. Jones, 5 de mayo de 1999.

¹¹³ Supreme Court of Tasmania, Traynor v McCullough, 25 de julio de 2011.

¹¹⁴ El contenido pornográfico del libro resulta de la descripción de relaciones sexuales entre adultos y menores de alrededor de 12 años de edad – edad de consentimiento sexual en Inglaterra en aquella época.

padres¹¹⁵. Lo ocurrido ha generado un amplio debate sobre la *sexualización* de niños y su uso apropiado en las artes y en la publicidad. Una parte de la crítica ha considerado las imágenes como pornográficas y de explotación de los menores implicados. Otros artistas han expresado una opinión contraria, considerando la clausura de ciertas galerías como un verdadero atentado a la libertad artística. La Fiscalía ha optado por retirar los cargos, considerando que sería un caso de alta dificultad probatoria. El gobierno del estado de New South Wales, después del incidente, ha impulsado un nuevo sistema de clasificación relacionado con los menores y el arte, que derivó en un Protocolo del mismo año, que exige a que todos los artistas obtengan permiso de los padres de los menores en el caso de posar desnudos, además de que las galerías adviertan el contenido de las imágenes antes de la exhibición¹¹⁶.

En lo que se refiere con la pornografía producida sin la utilización de menores – *pornografía virtual* -, es interesante citar asimismo la polémica decisión plasmada en el caso *McEwen v. Simmons*, de 2008¹¹⁷. Los materiales relacionados con este caso eran dibujos sexualizados, que tenían como inspiración la serie televisiva de “Los Simpsons”, principalmente los niños integrantes de la familia. En su defensa, el poseedor de dicho material, McEwen alega que los mismos no podrían entrar en el concepto legal de “personas” – hipótesis prevista en la ley, como hemos visto anteriormente -, teniendo en cuenta que eran personajes totalmente ficticios. Sin embargo, la Corte termina concluyendo que el concepto legal de “persona” sí que engloba a los personajes ficticios e imaginarios, de forma que considera incluido en este concepto los materiales en cuestión, confirmando la condena por pornografía infantil. Además, el tribunal argumenta la conveniencia de esta interpretación, teniendo en cuenta que los dibujos podrían ser un estímulo a la demanda de materiales que sí están relacionados con abusos de menores reales. Dicha decisión ha sido bastante criticada por la prensa que la acusó de garantizar a los dibujos animados los mismos

¹¹⁵ La misma muestra había sido exhibida anteriormente en dos ocasiones en la ciudad de Salamanca, España, con éxito de público y crítica en los años de 2003 y 2005.

¹¹⁶ BRONITT; MCSHERRY, 2010, *op. cit.*, p. 703.

¹¹⁷ New South Wales Supreme Court, *McEwen v. Simmons & Anor*, 13 de noviembre de 2008.

derechos de un ser humano¹¹⁸.

Finalmente, el fenómeno del *sexting* es equiparado a la pornografía infantil en todos los estados y territorios, con excepción del estado de Victoria, en el que la ley excluye la responsabilidad penal del menor que posee material pornográfico del cual es protagonista¹¹⁹. Es decir, el menor que posee su propio material pornográfico no podrá ser condenado por posesión de pornografía infantil. La misma ley también excluye expresamente del castigo al menor poseedor que no tenga más de dos años de diferencia con el menor protagonista del material. Las demás jurisdicciones en Australia no prevén ninguna excepción a los casos de *sexting*.

A partir del estudio de los tipos penales en Australia, así como de las decisiones citadas, es posible constatar algunas de las consecuencias resultantes de la adopción de una ley penal estricta en torno a la pornografía infantil, que llegan incluso a restringir algunos de los derechos de los autores, principalmente en el caso de la literatura y pornografía virtual, sin que en contrapartida se lesione a ninguna víctima en concreto. Los derechos de los autores de las conductas relacionadas con la pornografía infantil ha integrado el debate de estos delitos en Estados Unidos, como veremos a continuación.

¹¹⁸ Vid <http://journal.neilgaiman.com/2008/12/word-person-included-fictional-or.html> y http://www.theregister.co.uk/2008/12/08/simpsons_supreme_court/

¹¹⁹ Vid Crimes Act 1958 (Vic) s 70 (2).

2.4 La pornografía infantil en Estados Unidos

En la actualidad, los Estados Unidos son considerados la capital mundial de la pornografía. En este sentido, los estadounidenses producen y consumen más pornografía que cualquier otra nación del mundo, existiendo todavía hoy una amplia gama de legislaciones extremadamente protectoras con este tipo de material¹²⁰. En específico, la legislación en torno a la pornografía infantil en el país ha pasado por distintos cambios y debates hasta llegar a su configuración actual. En este camino, como veremos, la Primera Enmienda constitucional – que garantiza la libertad de expresión – y la jurisprudencia han tenido papel fundamental, en el sentido de equilibrar las intenciones expansionistas del legislador penal sobre esta materia¹²¹, aunque en la actualidad la ley también tenga un carácter bastante amplio.

Los debates relacionados con la pornografía infantil en Estados Unidos se remontan a los años 70, cuando la prensa empieza a denunciar la magnitud del problema¹²². Hasta entonces, la legislación no diferenciaba la pornografía de adultos y de menores, de forma que ambas estaban protegidas por el derecho de privacidad del poseedor. En este sentido, lo ha reconocido la Corte Suprema, en el caso *Stanley vs. Georgia*, en 1969, el derecho del sujeto de poseer pornografía e invalidando las leyes que prohibiesen dicha conducta¹²³, bajo el argumento de que la prohibición de la posesión implicaría el uso indebido de la ley a favor de la moral y la vulneración de garantías relacionadas con la libertad del sujeto.

¹²⁰ PROCIDA, 2003, *op. cit.*, p. 1.

¹²¹ Así, la Primera Enmienda prohíbe al Congreso de crear cualquier ley que limita la libertad de expresión. Sobre el tema, *vid* OST, Suzanne, *Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

¹²² LAROY, Anna K., “Discovering child pornography: the death of the presumption of innocence”, *Ave Maria Law Review*, vol 6, n° 2, Marzo de 2008, p. 6.

¹²³ U.S. Supreme Court, *Stanley vs. Georgia*, 7 de abril de 1969.

En 1973, el mismo tribunal, en el caso *Miller vs. California*¹²⁴, introduce el llamado *test Miller*, que ayudaría a establecer los casos en los que el material obsceno estaría bajo la protección de la Primera Enmienda y los casos en que no, siempre dependiendo del elemento *obscenidad*. Por lo que respecta a la pornografía infantil, para ser ilícito, el material debería contener actividades sexuales explícitas, de modo que la simple desnudez no cumpliría con dicho requisito¹²⁵.

La diferenciación expresa entre la pornografía infantil y la de adultos empieza con la histórica decisión emanada del Tribunal Supremo en el caso *New York vs. Ferber*, en 1982¹²⁶, en la cual se declara que la comercialización, difusión o distribución de pornografía infantil pasa a formar parte de las categorías de expresión de la libertad no protegidas por la primera enmienda constitucional. En este sentido, la Corte argumenta que la utilización de menores para fines pornográficos puede ser perjudicial para su bienestar, estando fuertemente relacionada con los abusos sexuales de los mismos. De esta forma, para la Corte, lo que se tutela en estos casos no es tanto la libertad sexual de los menores, sino el interés gubernamental de proteger el bienestar físico y psíquico de los mismos. A partir de ahí, la pornografía infantil podría ser prohibida independientemente de la verificación del carácter obsceno o no.

En 1990, en el caso *Osborne vs. Ohio*¹²⁷, la Suprema Corte pasa a incluir la imposibilidad de tutelar la libertad de expresión individual, en referencia a la

¹²⁴ U.S. Supreme Court, *Miller vs. California*, 21 junio de 1973.

¹²⁵ Como esclarecen *Procida* y *Simon*, en este momento había una diferenciación entre “obscenidad” y “indecencia”. La primera no era protegida por la Primera Enmienda y la segunda sí tenía dicha protección. El test Miller servía para determinar los casos en que se verificaba o no la obscenidad. Así, habían 3 preguntas: 1) ¿una persona mediana, aplicando los estándares contemporáneos de la comunidad encontrará que el trabajo tomado en su conjunto apela al interés lascivo?, b) ¿el trabajo muestra o describe, de forma claramente ofensiva, una conducta sexual específicamente definida por la ley estatal aplicable?, y c) ¿la obra, en su conjunto, carece de valor literario, artístico, político o científico serio? Sin embargo, los autores sostienen que determinar la obscenidad del material basado en este test no es una tarea simple, de forma que las tres cuestiones deben ser positivas para que el material sea obsceno. *Vid PROCIDA; SIMON, 2003, op.cit.*. El test era acusado por muchos autores de reflejar las preocupaciones morales de la mayoría. *Vid OST, 2009, op. cit.*

¹²⁶ U.S. Supreme Court, *New York vs. Ferber*, 27 de abril de 1982.

¹²⁷ U.S. Supreme Court, *Osborne vs. Ohio*, 18 de abril de 1990.

posesión de pornografía infantil, derogando, de esta forma, la tesis sostenida en el caso *Stanley*. Como argumento principal, se esgrime la protección de la infancia frente a la explotación sexual, como un delito de peligro, para impedir la reproducción indefinida de una situación de abuso sexual. Además, la Corte señala la dificultad de combatir la pornografía infantil simplemente atacando la producción y distribución, y que este material podría ser utilizado en el proceso de *grooming* y abusos sexuales de menores. Con ello, la Suprema Corte termina por legitimar las leyes que castigan la mera posesión de pornografía infantil.

Dicha decisión ha dado luz verde a que el Congreso del país sancionara una ley específica sobre el tema – *The Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act of 1990* – que tipifica por primera vez la posesión de pornografía infantil.

En aras de completar esta normativa, en 1996, el Congreso promulga la Ley de Prevención de Pornografía Infantil (*Child Pornography Prevention Act*), que buscaba abordar los casos de producción, transmisión y posesión de pornografía, principalmente aquellas realizadas a través de programas informáticos. Conforme con ello, la nueva legislación termina por incluir en el concepto de pornografía infantil el material, aunque producido virtualmente, que represente un menor o persona que parezca un menor de edad, involucrado en actividades sexuales explícitas. Sin embargo, la amplitud de la ley ha merecido severas críticas, una vez que la misma impedía cualquier expresión artística que implicara a menores o adolescentes en un contexto erótico o sexual. Dicha normativa, según algunas voces, era contraria a la libertad de expresión, debiendo por ello ser considerada inconstitucional.

La polémica ha desatado una nueva discusión ante la Corte de Apelación, resultante del caso *The Free Speech Coalition vs. Reno*, en el año de 1999¹²⁸. En esta ocasión, la Coalición por la Libertad de Expresión, protectora de los intereses de la industria pornográfica, buscaba obtener una declaración de

¹²⁸ Ninth Circuit Court of Appeals, *The Free Speech Coalition vs. Reno*, 17 de diciembre de 1999.

inconstitucionalidad de la ley de 1996, principalmente de la expresión “parezca ser un menor involucrado en actividades sexuales explícitas”, en vista de la imprecisión y vaguedad de la misma. Ésta, según la Coalición, prohíbe indebidamente la producción de pornografía en la que se utilicen a adultos simulando ser menores de edad, así como las imágenes creadas completamente por vía digital. La Corte le ha dado la razón a dicha Coalición, siendo la ley declarada inconstitucional, con el fundamento principal de que dichos materiales no causan daño a los derechos de los menores, de forma que la pornografía creada virtualmente estaría efectivamente protegida por los derechos de libre expresión. De esta forma, al no ser la producción de dichos materiales un delito, tampoco lo pueden ser, por consiguiente, su distribución y posesión.

En desacuerdo con este resultado, el Procurador General del Estado, objetivando derogar la decisión, interpuso recurso ante la Suprema Corte, derivando en el renombrado caso *Ashcroft vs. The Free Speech Coalition*¹²⁹. En esta ocasión, la Corte Suprema argumenta que el material creado virtualmente no puede ser considerado pornografía infantil, teniendo en cuenta que no hay ninguna intervención directa de los menores. Conforme con ello, cualquier prohibición en torno al tema limitaría indebidamente conductas relacionadas con la expresión artística que, a su vez, son inocuas desde el punto de vista penal. La Corte señala, además, que el texto en cuestión contenía determinados conceptos artísticos o de moralidad sexual colectiva no adecuados a la norma constitucional, rechazando el argumento de que la pornografía virtual podría ser utilizada por pedófilos en su intento de cometer otros crímenes sexuales, teniendo en cuenta que esta relación es extremadamente remota para prohibir este tipo de material. Como consecuencia directa de esta decisión, el Estado deberá probar a partir de entonces en cada caso no sólo que los menores reflejados en el material en cuestión son reales, sino también que el acusado sabía que las imágenes eran reales¹³⁰.

Una vez declarada dicha inconstitucionalidad, el Congreso estadounidense

¹²⁹ U.S. Supreme Court, *Ashcroft vs. The Free Speech Coalition*, 16 de abril de 2002.

¹³⁰ Sobre esta discusión probatoria, *vid* KRESTON, Susan S., “Defeating the virtual defense in child pornography prosecutions”, *The Journal of High Technology Law*, vol. 4, n° 1, July 2004.

publicó, en 2003, una nueva Ley de Protección y Prevención de la Obscenidad y de la Pornografía Infantil (Child Obscenity and Pornography Prevention of the Protected Act 2003), en la que se busca una vez más tipificar la hipótesis de pornografía virtual – todavía vigentes -, aunque esta vez de forma más restrictiva. En este sentido, la ley castiga las representaciones visuales obscenas que reflejen sea un abuso sexual de un menor, sea un menor involucrado en una conducta sexual explícita. También criminaliza a las representaciones visuales que reflejan una imagen que es o parece ser de un menor involucrado en situaciones de bestialismo, sadismo o masoquismo, así como manteniendo relaciones sexuales, sin que las mismas presenten un serio valor político, literario, científico o artístico. Dichas imágenes se refieren a cualquier representación visual, incluyendo dibujos, pinturas, esculturas o animaciones.

En la actualidad, los tipos relacionados con la pornografía infantil se ubican en el Título 18, Parte I, del Capítulo 110, § 2251 hasta el del §2260A, Código federal estadounidense (*U.S. Code*). Por lo que interesa a esta investigación, el §2252 castiga la *producción*, la *distribución*, la *posesión* o el *acceso de material pornográfico*, sea *virtual* o *realista*. De esta forma, la norma tipifica cualquier clase de pornografía de menores de edad, con penas de entre 5 a 40 años de prisión, en virtud del caso en concreto.

Complementando toda esta legislación restrictiva en torno a la pornografía infantil, el Congreso federal promulga en el año de 2006 el conocido como *Adam Walsh Child Protection and Safety Act*¹³¹, que tiene por objetivo proteger los menores de la explotación sexual y de la violencia, así como prevenir los abusos y la pornografía infantil. De entre todas las medidas, la ley prevé un *registro de todos los delincuentes sexuales* (Título I), cuyo acceso es público a través de Internet (Sec. 118)¹³². Los condenados por pornografía infantil, aunque en la modalidad de mera posesión y sin ofrecer riesgo real a menores, están sujetos a la

¹³¹ Public Law 109-248, de 27 de julio de 2006.

¹³² Por citar un ejemplo, el Estado de Florida publica la ficha de todos los condenados por agresión sexual – Florida Sexual Offenders and Predator -, en la que cualquier persona puede tener acceso a todos los datos de los mismos, como nombre, dirección, fecha de nacimiento, foto y etc. *Vid* <https://offender.fdle.state.fl.us/offender/homepage.do;jsessionid=uN8yPb7xBqRvzzVimqIoZx7>.

aplicación de dicha normativa, lo que le puede causar un gran daño, en virtud del estigma social que dicho registro genera.

Asimismo, al igual que en Australia, cada ente federado puede adoptar su propia normativa en torno al tema. Como ejemplo, teniendo por referencia la ley del estado de Florida, el Estatuto de Florida (*Florida Statutes*) del año de 2012 prevé en su capítulo 847 todos los delitos relacionados con la pornografía infantil. En términos generales se prohíbe la *producción*, la *promoción*, la *transmisión*, o la *posesión de pornografía infantil*, así como todos los *actos de carácter preparatorio* – como el conocido como *child grooming*. El Estatuto define pornografía infantil como cualquier imagen que muestre a un menor – una persona que todavía no ha alcanzado los 18 años de edad - involucrado en una conducta sexual¹³³.

Además, el art. 847.0141 prevé expresamente el castigo del *sexting*, aunque el sujeto activo sea también un menor de edad. Según esta disposición, un menor cometerá el delito de *sexting* cuando, utilizando un ordenador u otro dispositivo capaz de distribuir o transmitir datos electrónicos, transmite o distribuye a otro menor cualquier foto o video de cualquier persona que muestre desnudez, desde que este sea “nocivo para menores”. También comete *sexting* quien haya recibido este material y lo haya almacenado.

La tipicidad del *sexting*, de esta forma, está condicionada a que el material en cuestión sea nocivo para menores. En este sentido, la propia ley explica el contenido de esta expresión, que incluye cualquier reproducción, imitación, caracterización, descripción, exhibición, presentación o representación de cualquier tipo o forma, que represente desnudez, conductas sexuales o excitación sexual, cuando: a) apela predominantemente a un interés lascivo, vergonzoso o mórbido; b) es claramente ofensivo a las normas que prevalecen en la comunidad adulta en su conjunto con respeto a lo que es conducta o material adecuado para menores; c) en su conjunto carece de valor literario, artístico, político o científico para los menores. Completa esclareciendo que la lactancia materna de una madre

¹³³ Vid art. 847.001 de referido Estatuto.

a su bebé no es en ninguna circunstancia perjudicial para los menores.

Como puntos interesantes que deben ser abordados, en lo que se relaciona a la posesión de pornografía, la propia ley de Florida prevé una excepción (*affirmative defense*), que excluye de la responsabilidad el individuo que posee hasta tres imágenes. De esta forma, excluye la posesión fortuita y los casos en los que el individuo no posee una cantidad relevante. Además, la ley también exime de responsabilidad penal a aquél que de buena fe destruye el material o reporta el hecho a las autoridades competentes, también excluyendo los casos de posesión fortuita.

La interpretación en torno al concepto de pornografía, sin embargo, ha generado distintos debates ante los tribunales, que adoptan en general una comprensión bastante amplia. En el caso *U.S. vs. Knox*¹³⁴, por ejemplo, se discutía si los materiales de video de menores entre 10 y 17 años de edad, bailando en poses provocativas y vistiendo trajes de baño o ropa íntima podría integrar el concepto de pornografía, teniendo en cuenta que no había ninguna desnudez. El tribunal concluye que no hay necesidad de que se verifique cualquier desnudez para que el material se configure como pornográfico, señalando que el simple hecho de que el fotógrafo haya enfocado el área genital, aunque vestidas, es suficiente para demostrar su intención de producir imágenes para pederastas, lo que la ley justamente objetiva castigar.

La doctrina penal ha criticado fuertemente esta interpretación, teniendo en cuenta que la adopción de un concepto amplio de pornografía podría llegar, incluso, a clasificar como pornográficas las imágenes de menores en bañador en una playa. Además, tratar de construir el concepto de pornográfico en la interpretación o intención del destinatario es bastante problemático, teniendo en cuenta que, como apuntan algunas investigaciones, los pedófilos pueden incluso ser estimulados por imágenes de menores sin ningún contenido pornográfico. Por todo ello, la consideración de la desnudez como un elemento dispensable en la

¹³⁴ United States Court of Appeals for the Third Circuit, *U.S. vs. Knox*, 15 de octubre de 1992.

formación de un concepto de pornográfico abriría un nuevo espacio para que una amplia gama de materiales pueda caer bajo esta definición¹³⁵.

La interpretación extensiva de la ley por los tribunales no se restringe sólo al concepto de pornografía, sino también en la aplicación de tipos como el de posesión, lo que también genera críticas¹³⁶.

En el caso *New York Appellate Division State vs. Kent*¹³⁷, el acusado fue condenado por posesión de pornografía infantil, bajo la única evidencia de que los archivos temporales de Internet (Internet temporary files) encontrados en su ordenador demostrarían que el mismo había visualizado dicho material, lo que para muchos jueces sería suficiente para apoyar la condena por posesión y promoción de pornografía infantil. Concretamente, la condena se ha basado en una única página web encontrada en la memoria *cache*, sin que estuviesen grabadas por los mismos y no importando que el acusado supiera del almacenamiento automático de la referida información.

Sin embargo, esta tendencia a una amplia interpretación en torno a la ley, ha empezado a generar, en los últimos años, una crítica por parte de algunos jueces, que defienden la desproporcionalidad de la punición frente a algunas conductas, como por ejemplo, la posesión de pornografía infantil.

En el caso *United States vs. Paull*, Jerry Paull, de 65 años de edad y enfermo de diabetes fue condenado a 17 años y medio de prisión, por posesión de pornografía infantil. Sin embargo, uno de los magistrados formuló un voto particular, en relación con la excesiva pena impuesta. En su razonamiento, además de apuntar cuestiones específicas del caso, defiende que la repulsa social en contra de los consumidores de pornografía roza la caza a las brujas de la Europa del siglo

¹³⁵ HAMILTON, Melissa, "The efficacy of severe child pornography sentencing: empirical validity or political rhetoric?", *Stanford Law and Policy Review*, vol. 22, nº 2, marzo, 2011, p. 210.

¹³⁶ PENDLE, David, "*New York v. Kent*: Using Temporary Internet Files to Prove Possession of Child Pornography", en *Update Express*, National District Attorneys Association's National Center for Prosecution of Child Abuse, San Diego, septiembre de 2010.

¹³⁷ New York Appeals Court, *New York Appellate Division State vs. Kent*, de 12 de octubre de 2010.

XVIII, recordando que sólo en 2008 se ha registrado 2.200 procedimientos sobre la materia en las cortes federales, que en la mayoría de los casos terminan por enviar los individuos con trastornos pedófilos a la prisión por largos años¹³⁸.

En sentido similar cabe citar el caso *United States v. Beiermann*¹³⁹, donde el juez se negó a aplicar la pena según los parámetros recomendados, teniendo en cuenta que la repulsa por los delitos de pornografía infantil no son un indicador fiable de la necesidad de proteger al público de los autores de estas conductas.

En una investigación realizada sobre la pornografía infantil, HAMILTON concluye que la severidad de las penas previstas para estos delitos ya fue denunciada en otras decisiones, por ser *irracionales, excéntricas* y como un mero reflejo de un Congreso furioso. La autora señala, además, que la decisión de disminuir las penas en estos supuestos también viene motivada por la preocupación de los jueces en evitar los procesos de estigma y restricciones que dichas condenas conllevan al acusado¹⁴⁰.

Otro tema espinoso en lo que concierne a la pornografía infantil en Estados Unidos se relaciona con el tratamiento del *sexting*, que es equiparado en muchas ocasiones a la pornografía infantil. Es decir, el menor que produce, almacena o envía su foto personal de contenido pornográfico puede ser acusado de producción, posesión o distribución de pornografía infantil¹⁴¹.

Como fallo paradigmático, en el famoso caso *A.H. v. Florida*¹⁴², una pareja compuesta por dos menores – él con 17 y ella 16 años de edad – fue condenada por producir imágenes suyas, desnudos e involucrados en un contexto sexual. Los acusados alegaron que las fotos fueron producidas para consumo

¹³⁸ U.S. Court of Appeals, *United States v. Jerry Paull*, 23 de octubre de 2008.

¹³⁹ U.S. District Court for the Northern District of Iowa, *United States v. Brandon J. Beiermann*, 24 de febrero de 2009.

¹⁴⁰ *Vid* HAMILTON, 2011, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴¹ Como apunta Agustina, el *sexting* ofrece un riesgo a los menores, una vez que los puede exponer “al grooming y al cyberbullying, como medio de presión, chantaje, explotación y/o ridicularización contra la persona fotografiada”. Su peligro también reside en que “ese material puede ser difundido de manera muy fácil y ampliamente, de forma que el remitente inicial pierde totalmente el control sobre la difusión de dichos contenidos”. AGUSTINA, 2010, *op. cit.*

¹⁴² State of Florida Court of Appeal, *A.H., a child v. State of Florida*, 19 de enero de 2007.

privado de ambos y que no había ninguna intención de difundirlas a terceros. De esta forma, aplicarles la ley penal sería en este caso inconstitucional, una vez que violaba su derecho a la privacidad, no habiendo razones para la intervención penal. A su vez, la Corte ha defendido el interés del Estado en castigar dichas conductas, por su deber de proteger a los menores de la explotación sexual, particularmente la forma de explotación del presente caso – aunque sin concretar cuál sería dicha explotación, aun más considerando que lo que hubo fueron conductas espontáneas de la pareja formada por los menores de edad.

Conforme con ello, la Corte sostuvo que la verificación de los delitos de pornografía infantil no depende de la edad del que produce, ni tampoco del consentimiento de la persona retratada ni de su difusión a terceros. A su vez, la acusada ratifica la violación de su intimidad, teniendo en cuenta que las fotos fueron producidas para consumo privado de ella y su novio, no habiendo difusión a terceros.

De esta forma, entran en conflicto dos derechos. Por una parte, la legítima expectativa de privacidad de la menor en relación con sus materiales personales y, de otra, la protección de la indemnidad sexual y otros intereses del menor que deben ser tutelados por el Estado. La Corte opta por confirmar la sentencia recurrida, sobre la base de que la Constitución “no protege ningún derecho de los menores a que mantengan relaciones sexuales” y registrarlas mediante fotografía, señalando que los menores serían menos acreedores que los adultos del derecho a ver protegida su intimidad.

Además, argumenta la Corte que, aunque el material hubiese sido producido de común como recuerdo para los menores, no habría ninguna garantía de que los mismos en un futuro no vayan a compartir las citadas imágenes con terceros, o de que el ordenador no sufriera una invasión por *hackers*. De esta forma, la ley también buscaría prohibir la disponibilidad del material a terceros, aunque la misma sea meramente potencial.

Finalmente, el razonamiento empleado por el órgano jurisdiccional llega al

extremo de proteger incluso a los menores de sus propias conductas. Particularmente, argumenta que los menores del caso eran extremadamente jóvenes para decidir de forma consciente mantener una conducta sexual y proceder a la grabación de la misma, una vez que la producción de videos e imágenes puede provocar un trauma psicológico a los involucrados.

No obstante, en el citado fallo se redactó un voto particular, en contra de la condena de los menores, basado principalmente en el hecho de que la ley fue diseñada para la protección de menores contra abusos de terceros, lo que no se vislumbraba en el presente caso. Por todo ello, la aplicación de un castigo en el caso concreto violaría el derecho de privacidad de los acusados, teniendo en cuenta la ausencia de ánimo de difusión de los materiales a terceros.

En este mismo Estado de Florida, años antes, un menor de 15 años había sido condenado por producción, posesión y exhibición de pornografía infantil, realizado con su pareja también menor de edad. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, el acusado había enseñado a un tercero (menor de edad) dichos materiales, aunque su pareja no estaba presente en el momento de la visualización¹⁴³. En este caso, la Corte reconoció que la conducta tenía como víctima a la novia del autor que no había prestado su consentimiento para la exhibición del vídeo, así como eventualmente el propio menor a quien el video fue enseñado. En este sentido, el Tribunal también sostuvo que dicha conducta no está protegida por el derecho de intimidad del menor autor.

Un último caso relacionado con el *sexting* y la pornografía infantil que merece aquí ser destacado, tuvo lugar en el año de 2009¹⁴⁴. En esta ocasión, un Fiscal de Pensilvania amenazó con denunciar a tres menores por la elaboración de dos fotos - que, según su criterio, eran provocativas -, en el caso de que sus padres no aceptasen enviarlas a un programa de reeducación, para entender el equívoco de sus conductas. Dichas fotos, sin embargo, no reflejaban ni una actividad sexual

¹⁴³ Court of Appeal of Florida, State v. A.R.S., 19 de diciembre de 1996.

¹⁴⁴ United States District Court for the Middle District of Pennsylvania, Maryjo Miller, Jamy Day y Jane Doe v. George Skumanick, 23 de marzo de 2009.

ni sus áreas genitales. Los padres se negaron a acceder a dicha petición, argumentando que el material no trataba de pornografía, estando protegido por el derecho a la libre expresión de sus hijas, además de su derecho a dirigir su educación. Finalmente, el Tribunal le dio la razón a los padres de las menores, reconociendo que la amenaza a una eventual condena podría limitar el ejercicio de las libertades de las mismas.

A partir de los casos jurídicos paradigmáticos que hemos expuesto a lo largo de este capítulo se constata la desproporcionalidad en el castigo de diversas conductas, relacionadas con la pornografía infantil, lo que ha merecido un rechazo y una profunda crítica por parte de la doctrina mayoritaria.

En esta línea, el castigo de la literatura o del material pornográfico virtual parece rechazable, pues fundamentar el mismo en la protección de futuras víctimas o en la erradicación de la pornografía son argumentos inútiles y desproporcionados.

Asimismo, aún más rechazable resulta el castigo a los menores por la producción de material pornográfico de sí mismos, cuya desproporcionalidad es aún más evidente, si se tiene en cuenta que aquéllas están relacionadas con el ámbito personal de cada menor, su desarrollo sexual, esto es, su privacidad, cuya esfera no debe ser interferida por la intervención del Estado.

En síntesis, y del análisis de las legislaciones comparadas cabe concluir que la política criminal de *tolerancia cero* en torno a las prácticas relacionadas con la pornografía infantil no es exclusividad de España, siendo una constante también en los ordenamientos penales italiano, brasileño, australiano y estadounidense, que buscan igualmente castigar a la práctica totalidad de las conductas en torno a este fenómeno, tipificando conductas sin bienes jurídicos aparentes.

En este sentido, resulta evidente la influencia de elementos morales en el tratamiento penal de la pornografía infantil, pues más que orientarse a la protección de los menores víctimas centra su objetivo en el castigo de los

individuos que se satisfacen de tales conductas, individuos que son, incluso, considerados monstruos, y por ello deben ser señalados y reconocidos por el resto de los miembros de la sociedad.

El tratamiento en torno a la pornografía infantil no es exclusividad del Derecho penal español, como veremos a continuación. Por último, creemos necesario subrayar que, a pesar de las numerosas recomendaciones internacionales sobre el tema, la caracterización y persecución de los delitos de pornografía infantil dependen, en gran medida, del establecimiento y delimitación de un concepto concreto y objetivo en torno a este fenómeno, como veremos en el siguiente capítulo.

3. Aproximación al concepto de pornografía infantil

La determinación de un concepto en torno a la pornografía infantil es indispensable no sólo para definir las conductas que pueden o no ser constitutivas de un delito - y, así, perseguir y punir más efectivamente los mismos -, sino también para garantizar una mayor seguridad jurídica en esta materia¹⁴⁵. Dicha definición se torna todavía más relevante, teniendo en cuenta que la legislación

¹⁴⁵ En este sentido, “definiciones incompletas o poco acertadas están teniendo como consecuencia la puesta en libertad de muchos pedófilos, que se escapan entre los grandes huecos que dejan no pocas legislaciones”. CÁNOVAS, Guillermo, *Ladrones de inocencia*, Ed. Nuevos Escritores, Madrid, 2004, p. 79.

penal española vigente no ofrece una definición de “pornografía”¹⁴⁶, dejando la tarea exclusivamente en manos de la jurisprudencia¹⁴⁷.

Sin embargo, antes de adentrarnos en este debate, es necesario dejar claro que, al igual que en otros muchos fenómenos sociales, el consenso en torno a la noción de pornografía y de infancia dependerá en gran medida de elementos culturales de una determinada sociedad¹⁴⁸. Es decir, “la definición de pornografía infantil es compleja, por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, de creencias de tipo moral, de pautas de comportamiento sexual, así como de las ideas religiosas imperantes en cada comunidad”. Como consecuencia, “estas fluctuaciones conceptuales tienen un reflejo en los conceptos legales utilizados por los ordenamientos de cada país”¹⁴⁹.

De esta forma, es imposible establecer una definición única y universal, que sea válida para todos los tiempos y sociedades del planeta, teniendo la doctrina y las disposiciones internacionales un carácter meramente orientativo

¹⁴⁶ Como veremos *infra*, el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013, aprobado como LO 1/2015 prevé, de forma inédita, un concepto de “pornografía infantil”.

¹⁴⁷ Algunos autores defienden que no debe haber una definición universal y definitiva de pornografía infantil, que dependerá del caso concreto. En este sentido, “el ánimo libidinoso va inscrito en el propio concepto de lo pornográfico, por lo que corresponde 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-cultural”. GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Acerca del delito de pornografía infantil”, en Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (Coordinador), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 417.

¹⁴⁸ “Pretender encerrar los comportamientos sexuales en una norma jurídica es quimérico. El acercamiento a la comprensión del comportamiento sexual se realiza de cotidiano desde posturas éticas o morales (costumbres) más que desde un conocimiento científico de la realidad – incluidos el legislador y los operadores jurídicos -. (...) El comportamiento sexual del ser humano en sociedad, adolece del más mínimo análisis científico, y la necesidad de éste análisis es tal, que la regulación legal más moderna no tiene más fundamento científico que el que haya podido tener cualquier sociedad primitiva. Estas carencias científicas determinan que la norma legal, al margen de sus lagunas y defectos se encuentre impotente para ejercer el control social que pretende; y permite detectar desde la perspectiva transcultural la limitación de su validez universal.” ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, “El llamado delito de violación en el nuevo Código Penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996 (de la LO 3/1989 de 21 de junio a la LO 10/1995 de 23 de noviembre), *Delitos contra la libertad sexual*, Cuadernos de derecho Judicial, 1997, pp. 18-19.

¹⁴⁹ MORALES PRATS, 2001, *op. cit.*

sobre el tema¹⁵⁰. Es más, la propia definición de lo que entendemos por “niño” o “menor de edad” es una construcción social y temporalmente situadas, en la que contribuyen innumerables factores¹⁵¹, siendo un concepto profundamente moldeado por las presiones e interacciones políticas de una determinada sociedad¹⁵². En suma, lo que haya podido ser percibido como pornográfico en un contexto dado y en una época específica, no necesariamente lo será en otro contexto y en otra época, lo que es muestra evidente de la subjetividad de dicho concepto¹⁵³.

La principal dificultad para alcanzar una definición de pornografía infantil residirá en las hipótesis de cuando los materiales no reflejen una actividad pornográfica claramente explícita, o sea, en supuestos en los que la actuación de los menores no tenga característica primordialmente pornográfica. De ello deriva la discusión en torno a si se debe o no incluir en el concepto de pornográfico los meros desnudos infantiles. En este debate, cabría la difícil tarea de determinar si el material de menores producidos en un contexto naturista integraría o no dicho concepto, teniendo en cuenta que el naturismo es una actividad legítima y las imágenes tanto de adultos como de menores producidas en este contexto son presumiblemente apropiadas¹⁵⁴. Sin embargo, algunos estudios demuestran que dichos materiales, con la especial participación de niños pequeños, son utilizados

¹⁵⁰ Un interesante ejemplo práctico de como el elemento cultural puede ser determinante en la comprensión del sentido de la pornografía infantil - aún en sociedades con culturas similares, como la occidental - fue el polémico cierre por parte de las autoridades australianas de una exposición fotográfica que exhibía adolescentes semidesnudos en 2008, por considerarlas irrespetuosas con el derecho de los menores. La misma exposición había pasado por otros países en años anteriores - como en España, en la Universidad de Salamanca en 2003 -, con éxito de crítica. Para la noticia completa ver <http://www.elcomercio.es/gijon/20080523/mas-actualidad/internacional/policia-australiana-clausura-exposicion-200805231003.html>.

¹⁵¹ TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel, 2003, *op. cit.*, p. 03.

¹⁵² JENKINS, 2001, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵³ LEMINEUR RETANA, Marie-Laure, *El combate contra la pornografía infantil en Internet. El caso de Costa Rica*. San José, ADC Asesoría Creativa S.A., 2006, pp. 16-17.

¹⁵⁴ TAYLOR; QUAYLE, 2003, *op. cit.*, p. 4. En Alemania, por ejemplo, la extendida y ampliamente aceptada cultura FKK (Freikörperkultur) conlleva a la naturalidad de la desnudez infantil.

muy frecuentemente por pedófilos, indicando que el movimiento naturista ha sido explotado con fines pornográficos¹⁵⁵.

Conforme con ello, lo “pornográfico”, además de los criterios socio-culturales, podrá depender en gran parte del juicio individual de cada persona. Es decir, la dificultad en determinar dicha categoría puede radicar en el hecho de “que las fotografías que en la mente de un depredador tienen una connotación sexual, no necesariamente poseen características formales que hacen que puedan ser consideradas legalmente como pornográficas”. De esta forma, para un adulto que tenga un interés sexual en los menores de edad, una imagen formalmente no pornográfica, puede ser suficiente para satisfacer sus intereses¹⁵⁶. Por decir en otras palabras, habrá casos en los que el fotógrafo pueda crear una imagen, cuyo contenido sexual sea construido por el espectador, de forma que ni siempre un material atractivo a una persona con interés sexual en los niños será necesariamente pornográfica o con un alto contenido sexual¹⁵⁷. Volveremos a abordar el tema del aspecto cultural en la definición del pornográfico en el apartado dedicado al estudio de la culpabilidad.

Sobre la determinación de un concepto para pornografía infantil, en un informe del año de 2003, la ONG *Save the Children* en Europa¹⁵⁸ alertaba sobre los problemas ocasionados en lo que se refiere a las miles de imágenes infantiles clasificadas como eróticas (*child erotica*) que circulan por Internet. Ésta definición es utilizada por muchos de los distribuidores para evitar sanciones legales, que se presentan como sitios webs artísticos. Dichos materiales, también denominados “pornografía infantil blanda” o “fotografía de poses”, aunque sólo contengan imágenes de niños semidesnudos o desnudos, según dicho organismo, acaban por sexualizar a los mismos directa o indirectamente. En muchos de estos casos, como tampoco llegan a enseñar sus genitales o a representar actos sexuales,

¹⁵⁵ JENKINS, 2001, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁶ LEMINEUR RETANA, 2006, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵⁷ TAYLOR; QUAYLE, *op. cit.*, 2003, pp. 02-06.

¹⁵⁸ Informe de Save the Children Europe Group. Position paper on child pornography and Internet-related sexual exploitation of Children. Junio de 2003.

no son calificadas legalmente como pornografía infantil, no siendo por ello, ilegales¹⁵⁹. Por esta razón, alguna doctrina e instrumentos internacionales prefieren utilizar el término “imágenes de abusos a niños” en lugar de pornografía infantil¹⁶⁰, al entender que refleja mejor la esencia de estos materiales y lo ubica fuera del rango de insinuaciones aceptables y bromas obscenas¹⁶¹.

Abundando sobre el tema, la Red de Información de Lucha contra Pedófilos en el Centro de Europa (COPINE) ha identificado tres categorías de fotografías que, aun no siendo consideradas formalmente pornográficas, podrían ser sexualizadas por un adulto con especial interés en niños. En la primera categoría están las fotografías no eróticas y no sexualizadas, en las que los menores aparecen en ropa íntima o bañador; la segunda categoría comprende fotografías de menores desnudos o semidesnudos en entornos naturistas apropiados; y, la tercera, comprende imágenes tomadas subrepticamente de los menores en áreas de juego u otros entornos, en la que se captan su ropa interior u otros niveles de desnudez. De esta forma, según el citado organismo, aunque el material de las tres categorías no esté formalmente incluido en el concepto de pornografía infantil, el mismo puede ser indicativo de un interés sexual por los niños y, por lo tanto, son importantes para la investigación de los delitos relacionados con la pornografía infantil¹⁶².

Sobre el tema, WAYNE señala que la pornografía tampoco debe ser confundida simplemente con la obscenidad. Ésta, en líneas generales debe ser entendida como la representación, evento o estado de cosas – en cualquier de los casos con o sin contenido sexual - considerada desagradable, repugnante o chocante para el espectador. De esta forma, eventual contenido obsceno de la

¹⁵⁹ LEMINEUR RETANA, 2006, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁰ DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 33. Boldova aboga por la utilización de la expresión “pornografía de menores”, que englobaría no sólo a los infantes, sino también adolescentes y jóvenes menores de edad. Vid BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Pornografía infantil en la red: Fundamentos y límites de la intervención del Derecho Penal”, en Emilio José Armaza Armaza (coordinador), *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, Editorial Comares, Granada, 2010.

¹⁶¹ TAYLOR; QUAYLE, 2003, *op. cit.*, p. 07.

¹⁶² KRONE, 2004, *op. cit.*.

pornografía debe ser considerado como característica añadida y no como parte integrante de su definición¹⁶³.

Sobre todas estas cuestiones, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en España ya reconoció que la distinción de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, carencia de tipo moral y pautas de comportamiento¹⁶⁴.

Para una parte de la doctrina, lo que diferencia lo pornográfico y otros materiales con contenido erótico – sean obras literarias, artísticas, educativas, médicas, etc. -, es el propósito primario de la primera, concerniente a la excitación sexual de la audiencia¹⁶⁵. Conforme con ello, la pornografía es una representación verbal o visual de actos con contenido sexual, tratándose de un retrato de personas como objetos sexuales objetivando el placer de los demás. Es decir, el material pornográfico es el medio utilizado para generar un estímulo sexual y que puede llevar a la masturbación, de la misma forma que una novela puede llevar a la risa o llanto¹⁶⁶.

En una primera aproximación a este concepto¹⁶⁷, el DRAE relaciona la comprensión de “pornografía” al carácter obsceno de las obras artísticas o literarias, siendo el “obsceno” caracterizado como sinónimo de impúdico, torpe y ofensivo al pudor¹⁶⁸. Dicha definición carece de la precisión y concreción necesarias a los propósitos penales, por lo que para realizar una aproximación a un concepto de pornografía infantil debemos comenzar examinando las orientaciones

¹⁶³ WAYNE SUMNER, Leonard, *The hateful and the obscene. Studies in the limits of free expression*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 12.

¹⁶⁴ STS nº 1058/2006, de 2 de noviembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-25589600).

¹⁶⁵ WAYNE SUMNER, 2004, *op. cit.*, 14.

¹⁶⁶ BENSCHOP, 2003, *op. cit.*.

¹⁶⁷ La jurisprudencia en España ya ha utilizado la definición gramatical. *Vid* STS 1058/2006, de 2 de noviembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-25589600).

¹⁶⁸ Consulta realizada en www.rae.es.

y elementos caracterizadores de este fenómeno, según los distintos instrumentos internacionales.

El *Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa*¹⁶⁹ define *pornografía infantil*, en su artículo 9.2, como todo material que contenga la representación visual de un menor o de una persona que parezca un menor, o bien imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita. En este contexto, como *menor* se entenderá toda persona preferentemente con edad inferior a los 18 y, en todo caso, nunca menor de los 16 años¹⁷⁰. Así, el concepto engloba la conocida como pornografía virtual – o sea, sin la participación directa de un menor en su elaboración – y de materiales cuyo participantes aparenten minoridad aunque sean adultos, bastando para eso que la imagen sea suficientemente realista.

En este mismo sentido, la *Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*¹⁷¹ define pornografía infantil como siendo “cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o la zona pública de un niño, o ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)” (artículo 1º).

La *Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, que sustituye la Decisión marco antes mencionada, agrega nuevas hipótesis al concepto en su artículo 2, definiendo pornografía infantil como: “i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta

¹⁶⁹ Consejo de Europa, Convenio sobre la Ciberdelincuencia, 23 de noviembre de 2001.

¹⁷⁰ El Informe Explicativo (Explanatory Report) de dicho Convenio profunda en la definición de material pornográfico, en su art. 99.

¹⁷¹ 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.

sexualmente explícita real o simulada; ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines primordialmente sexuales; iii) 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; o iv) 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”.

La previsión de la referida Directiva es bastante más amplia que la definición adoptada por el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, que entiende por *pornografía* “todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

Este mismo concepto restringido ha sido utilizado 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 pornografía¹⁷², que en su artículo 2, define pornografía infantil 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”¹⁷³.

El Grupo Permanente de Trabajo sobre Delitos contra Menores (*Standing Working Party on Offences Against Minor*) de la INTERPOL, define la

¹⁷² Organización de las Naciones Unidas, 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, de 25 de mayo de 2000. Este concepto ya fue utilizado recientemente por el Tribunal Supremo en España, en la STS 264/2012, de 3 de abril, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-367851630)

¹⁷³ En vista de la amplitud de este concepto, “algunos países, conscientes de la posibilidad de conflicto con la libertad de expresión, formularon declaraciones durante la ratificación del Protocolo Facultativo, que las palabras “toda representación” debe ser eliminado sólo en el sentido de “representación visual”, de modo escrito la descripción de relaciones sexuales con los niños no se incluirán”. RODRÍGUEZ MESA, 2012, *op. cit.*, p. 230.

pornografía como “la consecuencia de la explotación o del abuso perpetrado contra un niño. Puede ser definida como toda forma de representación o promoción del abuso sexual de un niño, incluidos materiales escritos o de audio, que se concentra en la conducta sexual o los órganos genitales de un niño”¹⁷⁴. En este caso, la definición no está limitada a los medios visuales, siendo directamente relacionada con los abusos practicados en contra de un niño real.

Al margen de las referidas regulaciones internacionales, la jurisprudencia comparada también ha representado un papel indispensable en la labor de construcción de un concepto en torno a la pornografía infantil. En Estados Unidos, la Corte Suprema, en los casos *Roth v. United States*, en 1957¹⁷⁵, y *Miller v. California*, de 1973¹⁷⁶, ha establecido principios elementares para definir lo que debe ser considerado un material pornográfico. Según el Tribunal, el material tomado en su conjunto según estándares contemporáneos de la comunidad debe: a) apelar a los intereses más libidinosos; b) describir una conducta sexual de una manera abiertamente ofensiva; y c) carecer de un serio valor literario, artístico, científico, y político.

El Tribunal Supremo español, en sentido similar, define como pornográfica una obra cuando en una consideración conjunta o global, la pornografía se encuentre presente en todas sus páginas con una ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de información sexual seria y responsable. De esta forma, el carácter pornográfico sería el resultado de la combinación de dos criterios: “el contenido exclusivamente libidinoso del producto tendente a la excitación sexual de forma grosera y la carencia de valor literario, artístico o educativo”. Es decir, pornografía “es aquello que 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

¹⁷⁴ Recomendaciones sobre delitos contra menores, 61 Asamblea General de la INTERPOL de 1995.

¹⁷⁵ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, caso *Roth v. United States*, de 24 de junio de 1957. Disponible en http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/roth.html.

¹⁷⁶ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, caso *Miller v. California*, de 21 de junio de 1973.

que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código Civil”¹⁷⁷.

Conforme con todo ello, “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”¹⁷⁸, aun más cuando no reflejan actos de contenido sexual¹⁷⁹.

Por ello, alguna jurisprudencia ya ha considerado como no pornográfica las imágenes de menores captadas en playas nudistas¹⁸⁰ y otras en las que los menores aparecen en lo que se ha considerado *poses absolutamente normales*¹⁸¹. En este último supuesto, aunque el tribunal reconociera que en algunas de las fotos contenían poses con un carácter *insinuante* o, incluso, *erótico*, las mismas podían ser objetivamente consideradas como pornográficas u obscenas, que es lo que exige el tipo. Es decir, para que un mero desnudo integre el concepto de material pornográfico, es necesario un elemento añadido relacionado con la obscenidad o situaciones impúdicas¹⁸².

Por el contrario, valorando el caso concreto, el Tribunal Supremo ya ha atribuido el carácter de *pornográfico* a la fotografía de una menor desnuda, en virtud de las posturas adoptadas en algunas de ellas, en las que la menor era fotografiada con las piernas totalmente abiertas, exhibiendo los genitales¹⁸³. En un supuesto similar, la AP de Álava también ha considerado la foto de un desnudo como pornográfica, considerando que la menor había sido utilizada en un contexto sexual, una vez que muchas de las imágenes reflejaban un “zoom” reiterado hacia la zona genital (la vagina) de la niña. Conforme con ello, el tribunal argumenta

¹⁷⁷ STS nº 264/2012, de 3 de abril, ponente Juan Ramón Berdugo de la Torre (VLEX-367851630).

¹⁷⁸ STS nº 1342/2003, de 20 de octubre, ponente José Jiménez Villarejo. (VLEX-16206488).

¹⁷⁹ SAP Girona nº 422/2009, de 10 de junio, poniente Fátima Ramírez Souto. (VLEX-76705417).

¹⁸⁰ SAP Baleares nº 75/2009, de 22 de octubre, poniente Carlos Izquierdo Téllez. (VLEX-75625719).

¹⁸¹ SAP Las Palmas, nº 84/2010, de 8 de octubre, poniente Emilio Jesús Julio Moya Valdés. (VLEX-375140726).

¹⁸² STS 376/2006, de 08 de marzo, poniente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-20550092).

¹⁸³ STS nº 967/2013, de 19 de Diciembre, ponente Francisco Monterde Ferrer. (VLEX-487288266).

que el desnudo de una hija saliendo de la ducha puede considerarse material no pornográfico, pero cuando la imagen se centra en esta parte del cuerpo, no cabe duda que se transforma en material pornográfico. Finalmente, sostiene el organismo que aunque la ponderación de si una foto o video es o no pornográfico es más bien objetiva, correspondiendo al propio Tribunal enjuiciador su apreciación, la declaración del agente también puede ser significativa para conocer que el acusado tenía conciencia de que no era un material lícito. En el supuesto en análisis, el agente de la autoridad había señalado en juicio oral que el acusado le manifestó que había realizado esas fotos y videos para saciar su necesidad sexual y no hacer daño a su hija¹⁸⁴.

También sobre los meros desnudos, el mismo tribunal argumenta que aunque aisladamente no puedan ser considerados pornográficos, los mismos pueden ser utilizados con esta finalidad, especialmente si son empleados conjuntamente con otros materiales de menores en actitudes sexuales explícitas, lo cual, en función de las circunstancias concurrentes, puede justificar el inicio de una investigación¹⁸⁵.

En esta misma línea interpretativa, la SAP Zaragoza de 17 de septiembre de 2009, manifiesta que la cualificación de pornográfico de un material se vincula a tres requisitos: “a) que el mismo consiste o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual. b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales de cada lugar y momento. c) que si se trata de una obra, carezca de justificación literaria, artística o científica”¹⁸⁶.

De esta forma, puede concluirse que, al contrario de lo adoptado en muchos instrumentos internacionales sobre el tema, para la jurisprudencia

¹⁸⁴ SAP Álava nº 376/2008, de 2 de diciembre, poniente José Jaime Tapia Parreño. (VLEX-52348556).

¹⁸⁵ STS nº 782/2007, de 3 de octubre, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarda. (VLEX-31970051).

¹⁸⁶ SAP Zaragoza nº 48/2009, de 17 de septiembre, ponente Sara Arriero Espes. (VLEX-76737707).

dominante, no toda la expresión o imagen de la desnudez de un menor de edad está necesariamente vinculada con la intención de representar conductas sexualmente explícitas y por eso no son ilícitas¹⁸⁷. Ejemplo de esto pueden ser las representaciones artísticas, los álbumes de fotos familiares y de los íconos religiosos¹⁸⁸.

Finalmente, es importante mencionar que, aunque el Tribunal Supremo ya haya indicado algunos elementos característicos en torno a la pornografía, todavía no ha adoptado ningún concepto cerrado, dejando espacio para la valoración de las características del caso concreto. Así, en consonancia con lo expuesto al principio de este epígrafe, puede afirmarse que “la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y el pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico”¹⁸⁹.

No obstante, aunque gran parte de la doctrina esté de acuerdo con esta interpretación jurisprudencial¹⁹⁰, algunos autores abogan por diferenciar los parámetros utilizados para definir pornografía de adultos y de menores. Eso se justifica, según GÓMEZ TOMILLO, por el hecho de que “el concepto jurídico de pornografía también puede variar en función de los sujetos que intervienen en el hecho sexual representado. Es decir, mientras la mera exhibición del cuerpo

¹⁸⁷ Sin embargo, algunos autores ya se han manifestado sobre la necesidad de perseguir conductas relativas a materiales que, aunque no reflejan pornografía, contengan menores en situaciones íntimas. En este sentido, “debe ser objeto de reflexión la conveniencia de castigar – al menos con pena atenuada – los supuestos en que los materiales no reflejan exactamente formas de pornografía (entendida en su acepción más común como actividades de carácter sexual), como sucede con las fotografías de menores desnudos que, sin embargo, cumplen su papel lesivo en el juego de la oferta y la demanda que potencian esta actividad.” FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p.275.

¹⁸⁸ LEMINEUR RETANA, 2006, *op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁸⁹ STS nº 373/2011, de 13 de mayo, poniente Julián Artemio Sánchez Melgar. (VLEX-280758963).

¹⁹⁰ Así, subraya *Fernández Teruelo* 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 implica (...) 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 elemento del tipo, en concreto, la cualidad de pornográfico”. FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 262.

humano de una persona adulta desprovista de ropa en pose erótica difícilmente se considera como tal, el criterio varía cuando el representado es un menor”¹⁹¹.

Abundando en el tema URIARTE VALIENTE señala que cualquier imagen relacionada con los menores de edad y que presente un contenido de naturaleza sexual casi siempre será estimado socialmente como ofensiva al pudor y, por lo tanto, deberá ser considerada pornográfica. De esta forma, a diferencia de lo que ocurre con los adultos, en que no toda representación de contenido sexual tiene que ser considerada pornográfica – existiendo otros estadios intermedios, como puede ser la simple insinuación o erotismo -, en los casos de menores de edad, eventual representación de imágenes de los mismos, dotadas de contenido sexual, va a resultar casi siempre en un resultado pornográfico¹⁹².

Desde esta perspectiva, no podría descartarse la calificación de pornográfico para un desnudo *a priori*¹⁹³, de forma que cuando las circunstancias de producción, distribución o tenencia pusieran de manifiesto la utilización del material con fines sexuales habría de considerarse material pornográfico¹⁹⁴. Por ello, la determinación del carácter pornográfico, debería “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”¹⁹⁵. Es decir, resultará interesante atender a

¹⁹¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 5, 2005, p. 126.

¹⁹² URIARTE VALIENTE, Luis María, “Delitos relativos a la pornografía infantil y corrupción de menores”, *Estudios jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos, 2006, p. 3.

¹⁹³ Para *Boldova Pasamar*, “no es posible considerar automáticamente como pornográfico los simples desnudos en la medida en que en ellos no se incorpora una conducta sexual explícita. Puede ser decisivo en estos casos el contexto. También debe recordarse en este sentido que para que un material se ajuste al concepto de pornografía es preciso que resulte apto per se de modo general para involucrar intensamente en un contexto sexual a las personas que entren en contacto con dicho material”. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Títulos VII-XII y faltas correspondientes”, *Comentarios al código penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 531.

¹⁹⁴ DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 38. El mismo autor defiende que “teniendo sobretodo en cuenta las peculiaridades especiales que concurren cuando son menores las personas involucradas, puede defenderse la no necesidad de que se incluyan comportamientos obscenos”. *Ibidem*, p. 40.

¹⁹⁵ CABRERA MARTÍN, Myriam, “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal”, *Jornadas sobre Derecho de los menores. Documentos de trabajo*, Publicaciones de la Universidad

las circunstancias y contexto en el que la información aparezca en la red, siendo totalmente distinto la exhibición de un menor de edad desnudo en una revista médica, que en una página web dedicada a un contenido pornográfico¹⁹⁶.

Conforme con ello, se ha llegado a sostener que dentro de la zona de clasificación de la pornografía infantil “tendrían relevancia penal las categorías denominadas *posado erótico* (fotografías de niños en posados con contenido sexual y en distintos grados de desnudez) y *posados explícitamente eróticos* (fotografías poniendo énfasis en los genitales)”, aunque excluidas las categorías de *iniciación* (fotografías sin contenido sexual recopiladas de fuentes legales tales como revistas y catálogos)”¹⁹⁷.

A parte de la citada discusión, todavía existen autores que abogan por la objetivización del concepto de pornografía, de forma que el parámetro básico de definición no puede residir en el elemento de excitación sexual del material, sino en la protección de un menor contra la explotación sexual. Es decir, el material pornográfico debe ser entendido como la evidencia de un delito de abuso o agresión sexual de menores, de forma que la imagen de un niño posando desnudo no debe caer bajo la cláusula penal, aunque puedan existir personas que se sientan estimuladas sexualmente por su inclinación. De esta forma, el punto crucial en la definición de lo pornográfico no es la intención de despertar los deseos sexuales de terceros, sino la protección de los menores contra la explotación sexual¹⁹⁸.

Finalmente, es necesario dejar constancia que el material pornográfico puede ser manifestado a través de distintos medios. Así, los mismos se pueden

Pontificia Comillas, 2003, p. 402. Además “en cuanto a las categorías denominadas erótica (fotografías tomadas subrepticamente de niños en los que aparecen distintos grados de desnudez), creemos que no pueden darse reglas tajantes y habrá que estar a las concretas circunstancias concurrentes para determinar ante un desnudo si merece la calificación de pornográfico. La clave estaría en que el material visual, fotográfico, de video o de audio se centre bien en un comportamiento sexual de un menor, bien en sus órganos genitales, bien en su sexualidad”. DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 41.

¹⁹⁶ URIARTE VALIENTE, Luis María, “Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas”, *Diario La Ley*, nº 7372, Sección Doctrina, 30 de marzo de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

¹⁹⁷ DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁸ BENSCHOP, 2003, *op. cit.*

exteriorizar de forma visual - en la que se “incluyen fotos, imágenes en papel o digitales, diapositivas, vídeos tradicionales o digitales, caricaturas, dibujos en papel o digitales, pinturas, etc.” -, en la forma de audio - “con voces simuladas o reales de personas menores de edad y conversaciones telefónicas” - y también asumir una forma escrita - que incluye “todo tipo de textos (cuentos, cartas que relatan las experiencias de la “vida real” del autor, textos acompañados de historietas, etc.) que describen escenas pornográficas con personas menores de edad”¹⁹⁹. Sin embargo, la ley penal de muchos países y algunos instrumentos internacionales no son unánimes en el sentido de criminalizar esas tres formas de manifestación de la pornografía²⁰⁰, normalmente priorizando la tipificación de la forma visual.

Sobre este tema, nuestra jurisprudencia ya ha manifestado que la expresión “cualquier clase de material pornográfico” contenida en el art. 189.1 CP incluye “tanto fotografías como vídeos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiéndose por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no simples desnudos”²⁰¹.

Una vez expuestas las diferentes concepciones en torno al carácter pornográfico de los materiales, es igualmente fundamental abordar de forma breve la cuestión relativa a la edad de las víctimas, que integran el concepto específico de pornografía infantil. Este abordaje tiene un carácter fundamental, dada la tendencia contemporánea de que en muchas legislaciones ya no se necesite la demostración de la minoridad efectiva de la víctima, bastando la mera apariencia. Además, la comprensión en torno a esta característica puede sufrir variaciones en virtud de un contexto social y cultural en concreto, lo que, al igual que la discusión en torno al pornográfico, también dificulta la elaboración de un

¹⁹⁹ LEMINEUR RETANA, 2006, *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁰ La ley penal alemana incluye en el concepto las imágenes, los sonidos y los materiales descriptivos. *Vid* § 11 (3) STGB.

²⁰¹ STS 264/2012, de 3 de abril, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-367851630).

concepto universal. Ejemplo de ello, la ley penal alemana diferencia pornografía infantil – *Kinderpornographie* (§184b StGB) – de la pornografía juvenil – *Jugendpornographie* (§184c StGB). La primera se refiere a menores de catorce años y la segunda comprende materiales realizados con jóvenes entre los catorce y dieciocho años, lo que influirá en la determinación de la pena.

Como principal marco de referencia internacional, retomamos nuevamente la Convención del Derecho de los Niños, que define como niño a toda la persona menor de 18 años. Dicho criterio fue adoptado por gran parte de los países del entorno occidental – aunque con algunas excepciones²⁰².

España, siguiendo dicha recomendación – que también integra otros marcos internacionales y europeos –, adopta la edad de 18 años para consentir en la elaboración de un material pornográfico. Dicho criterio, como veremos en los siguientes capítulos, no coincide con la edad de consentimiento del menor en el ámbito sexual, siendo también objeto de crítica por amplios sectores de la doctrina. De esta forma, para que sea considerado *material pornográfico infantil*, es necesario que el protagonista sea un menor de los 18 años de edad, siendo irrelevante el eventual consentimiento del mismo en el caso de no alcanzar dicha edad mínima.

Las consideraciones expuestas anteriormente dejan clara la anunciada dificultad de establecer un concepto totalmente consensuado en torno a la pornografía infantil y que sea válido de forma universal – lo que sería teóricamente deseable, en virtud del carácter supranacional del fenómeno.

En el contexto español, la polémica en torno a la definición legal de pornografía infantil podrá ser zanjada definitivamente con la entrada en vigor de la LO 1/2015, en el próximo mes de julio. En una remodelación del actual artículo 189.1 CP, el prelegislador amplía el precepto con una definición para dicho

²⁰² En Australia, por ejemplo, la minoría de edad puede cambiar según el estado o territorio, variando de entre los 15 a los 18 años de edad.

fenómeno, teniendo como base el concepto presentado por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre.

Así, la citada LO define como *pornografía infantil*:

“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”.

De esta forma, el prelegislador, en la línea de la política-criminal expansiva mencionada anteriormente, opta por adoptar un concepto bastante amplio de pornografía, que pasa a considerar como pornográfico infantil el material elaborado no sólo con la participación de personas adultas que aparentan minoridad, sino también parece haber tipificado, en la letra d), la llamada pornografía virtual - producida en su totalidad a través de medios informáticos -, ambas conductas que no dañan al interés de ningún menor en concreto, por lo que su eventual aprobación abrirá camino al castigo de conductas sin víctimas efectivas.

Desde este punto de vista, la LO ha generado ya numerosas críticas relacionadas con su imprecisión técnica, incluso antes de su aprobación. En este sentido, hay autores que señalan que sería difícil, por ejemplo, “encontrar la diferencia entre la “representación de los órganos sexuales de un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales” de la letra b) y las “imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales” de la letra c)”²⁰³. De esta forma, todo indica que la eventual aprobación del nuevo texto legal no cerrará el debate doctrinal en torno a la comprensión de pornografía infantil, lo que reafirma la complejidad de la formulación del concepto.

En nuestra opinión, el establecimiento de un concepto de pornografía infantil debe seguir un criterio restrictivo. En este sentido, cualquier intento de definición y tipificación de la misma debe tener en cuenta el objetivo principal del Derecho penal, basado en la protección de los bienes jurídicos y de las víctimas efectivas de estas prácticas. Conforme con ello, teniendo en cuenta que el objetivo primordial de la norma que castiga la pornografía infantil es la protección del menor – impidiendo que el mismo sea utilizado como objeto en la producción de los mismos-, no se pueden castigar conductas que no hayan causado ninguna violación a los derechos de los mismos. Es decir, el concepto de pornografía infantil debe abarcar solamente los materiales producidos a partir de abusos reales, con menores reales, so pena de alcanzar indebidamente materiales que no son efectivamente pornografía, exacerbando la competencia penal.

De esta manera, deben ser excluidos del concepto las prácticas relacionadas con la *pseudopornografía* – que se abordará a continuación -, así como los materiales producidos por personas mayores de edad, teniendo en cuenta que de la producción de las mismas no conlleva daño a ningún menor, de forma que el castigo a estas conductas no cumpliría ninguna función en la protección de

²⁰³ NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “Notas de urgencia acerca de la atipicidad de la “posesión y producción de pornografía infantil para uso propio” en la pretendida reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8082, 14 de mayo de 2013.

los mismos. Siguiendo esta misma lógica, los meros desnudos de menores que no han sufrido cualquier abuso previo tampoco deben ser clasificados de pornográficos, así como toda la literatura y audio que no tengan su origen en dichos abusos, teniendo en cuenta que la producción de ninguno de estos supuestos resulta de la intervención directa sobre un menor de edad.

En este sentido, los eventuales daños acarreados por la utilización indebida o bien de la imagen o voz parcial de algún menor, o bien de un mero desnudo, está protegida por disposiciones protectoras de la intimidad – también aplicables plenamente a los adultos -, no siendo por ello necesario mantener o incluir artículo específico que la equipare a la pornografía infantil. En nuestra opinión, además, el material producido de forma voluntaria y para fines privados por un menor que haya alcanzado la edad de consentimiento sexual no debe ser tratado de forma genérica como material pornográfico y, así, ser objeto de punición como tal.

La determinación del concepto de pornografía infantil está relacionada con la tipificación de algunos tipos polémicos, como son la posesión y la *pseudopornografía*, como se verá en el apartado siguiente.

4. El debate en torno a la criminalización de la posesión de material pornográfico infantil para uso propio y la pornografía técnica

De entre todos los supuestos tipificados en el artículo 189 del Código Penal español, no cabe duda de que el delito de posesión de pornografía infantil para propio uso y de la llamada pseudopornografía son los que más discusiones

generan en la doctrina, suscitando un interesante debate teórico. Principalmente se relacionan con la cuestionable adecuación de dichos tipos a la ley penal, una vez que los mismos ponen *en jaque* muchas de las bases de la dogmática clásica, informada, entre otros, por los principios de lesividad y mínima intervención, y la teoría del bien jurídico.

En este epígrafe abordaremos el debate en torno a la criminalización de la posesión del material pornográfico para el propio consumo y la denominada pornografía técnica, cuyo análisis consideramos fundamental en aras de cumplir con los objetivos de esta investigación.

4.1 Cuestiones relacionadas con la tipificación de la posesión de pornografía para consumo propio (art. 189.2 CP)

El Código Penal, en su artículo 189.2²⁰⁴, castiga la posesión de pornografía infantil para uso propio. Dicha previsión es resultante de la política criminal ya adelantada en el epígrafe anterior, que opta por extender la sanción hasta el último eslabón de la cadena, suscitando posiciones divergentes en la doctrina penal. En este sentido, la doctrina crítica señala que, en líneas generales, el tipo es contrario al principio de intervención mínima, resultando excesivo el castigo de la simple

²⁰⁴ Art. 189.2 CP: “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”.

tenencia, generalmente con fines de autocomplacencia, del material pornográfico²⁰⁵.

Una primera posición doctrinal contraria al castigo de los tipos de posesión (autoconsumo)²⁰⁶, argumentan su crítica basándose en tres razones: en primer lugar, el derecho a la intimidad²⁰⁷, la privacidad, la libre conciencia y la personalidad del consumidor²⁰⁸ - que le garantizan no sufrir injerencias en su ámbito privado. En segundo lugar, en la ausencia de cualquier lesión derivada del mero hecho de poseer dichos materiales con fines privados. Y, en tercer lugar, en comparación con la tipificación del tráfico de drogas, donde la tenencia para el propio consumo es atípica, de forma que la posesión de pornografía infantil también debería serlo, con el objetivo de asegurar una lógica mínima dentro del Ordenamiento²⁰⁹. Cada uno de referidos argumentos es rebatido por los

²⁰⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador), *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 3. ed., Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, p. 180.

²⁰⁶ De esta opinión MORALES PRATS, Fermín, GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 4ª ed., Thompson Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 374-375 y TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Aranzadi, 2002, pp.110-159.

²⁰⁷ *El artículo 18.1 CE* establece: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

²⁰⁸ *El artículo 10.1 CE* establece: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

²⁰⁹ LEMINEUR RETANA, 2006, *op. cit.*, p. 90. *Guisado Moreno* resume los argumentos a favor y en contra del tipo de posesión: “Entre los argumentos a favor cabe destacar los siguientes: 1. La penalización es obligatoria por cuanto viene impuesta por la propia política europea (art. 3 de la Decisión Marco del Consejo, en donde se prevé la sanción expresa de la posesión de pornografía infantil). 2. La mera posesión es tráfico en potencia dado que el pedófilo responde a un perfil de sujeto que tarde o temprano traficará (con o sin fines lucrativos) con el material que posee, en la medida en que necesite buscar nuevas sensaciones para colmar sus necesidades. El material que posee está no sólo orientado a su propio disfrute, sino también a la cesión o intercambio con otros sujetos, con lo que fácilmente pasará de una conducta de mera posesión a una conducta de tráfico de material pornográfico infantil. Entre los argumentos esgrimidos en contra de dicha penalización, podemos señalar: 1. Aunque la tipificación de la posesión es obligatoria en virtud de la política comunitaria sobre la materia, admite matizaciones y reducción de pena en la configuración del tipo. 2. El problema principal de la pornografía infantil se encuentra en el inicio de la cadena de tráfico y no en el consumidor final (éste es ya no sólo el sujeto más débil de dicha cadena, sino que además su conducta es la menos relevante en términos de lesividad y peligrosidad). 3. Aun cuando no hay un único y exclusivo perfil del pedófilo, éste suele ser un gran coleccionista de material de pornografía infantil, posesión orientada típicamente al consumo y no al tráfico. 4. Lo que podemos denominar la “teoría del coste menor”, por cuanto que parte de considerar que la posesión de este material pornográfico supone un freno en el ciclo sexual de los

defensores de la punición de este tipo penal, que asimismo esgrimen sus propias razones para defender la pertinencia del mismo, como veremos a continuación.

En primer lugar, el primer aspecto señalado deriva en el debate en torno a la colisión de los derechos fundamentales: de una parte, los derechos subjetivos del consumidor-poseedor particular y, de otra, el derecho de protección de los menores contra la explotación sexual. Es decir, se trata de definir los límites en torno a los derechos del supuesto delincuente y el papel del Estado en la protección de los menores víctimas²¹⁰.

Para los defensores de la descriminalización, los derechos del consumidor particular se situarían en un nivel superior a los eventuales derechos de los menores, teniendo en cuenta que la Constitución les garantiza un espacio íntimo y preservado, cuya inviolabilidad estaría garantizada frente a la intervención de terceros e incluso de las autoridades públicas²¹¹. De esta forma, la licitud de la posesión del material pornográfico para el uso propio respetaría las preferencias y la personalidad de los consumidores – derechos también garantizados constitucionalmente –, aún más considerando que sería inviable el control de las fantasías y el comportamiento sexual de cada uno.

pedófilos, pues en la medida en que vean satisfechas por esta vía sus necesidades sexuales, se evitarán o reducirán otras conductas de mayor gravedad para menores e incapaces, tales como abusos, agresiones sexuales, etcétera. 5. Si se trata de criminalizar a toda costa, también habría que penalizar – cosa que el legislador no hace – al asistente a un espectáculo exhibicionista o pornográfico donde aparezcan menores. No se alcanza a comprender por qué se deja impune esta conducta pese a ser más altamente lesiva o perjudicial para los menores que la mera posesión para el propio consumo.” GUIADO MORENO, Angel, “El consumo de pornografía infantil en Internet. El lado oscuro de la Red”, *Revista de Contratación Electrónica*, n° 81, Abril, 2007, pp. 24-26.

²¹⁰ El concepto de víctima incluye todo “el individuo o grupo que padece un daño por acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita”. *Rodríguez Manzanera* también explica que la víctima de un crimen debe ser entendida como “aquella persona física o moral que sufre un daño producido por una conducta antisocial (y por lo tanto injusta) propia o ajena, esté tipificada o no, aunque no sea el detentador del derecho vulnerado.” RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 74.

²¹¹ Esta es la opinión de *Esquinas Valverde*, que defiende la supremacía de los derechos personales del consumidor – libertad de conciencia y derecho a la privacidad –, en eventual ponderación con los intereses supraindividuales que pudieran entenderse afectados por la conducta de posesión – moral social colectiva. ESQUINAS VALVERDE, 2006, *op. cit.*, p. 186.

En este sentido es el argumento de los grupos de pedófilos, que sostienen que la utilización de material pornográfico infantil no viola el derecho de ninguna víctima, de forma que su gusto por este tipo de material estaría relacionado con su derecho de personalidad, de forma que el Estado no puede castigar su manera de ser y de pensar. Conforme con ello, muchos grupos defienden su derecho de expresión y de amar a los niños, de forma que cuando no hay violencia, explotación o prostitución, su preferencia sexual debe ser respetada. Finalmente, señalan que los niños tienen derecho y, sobre todo, capacidad de elegir, y por lo tanto pueden demostrar el rechazo si no le gusta²¹².

El Tribunal Supremo ha desarrollado el contenido del derecho a la intimidad, que está “relacionado con la preservación de un ámbito de cuestiones relacionadas con la esfera íntima del individuo frente a la intromisión ajena, sea de otros particulares o sea de la autoridad pública, o, dicho de otro modo, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”. Este derecho, según el mismo Tribunal, no es absoluto y podría sufrir restricciones por razones justificadas, cuando concurren intereses constitucionales relevantes²¹³.

Sin embargo, aunque se reconozca que la intimidad no sea un derecho absoluto, habría que confrontar el problema relacionado con el momento de actuar e investigar al eventual consumidor. MUÑOZ CONDE traduce dicha problemática cuestionando si sería suficiente la sospecha de que alguien tiene este tipo de material en su casa para su uso privado para justificar una orden de allanamiento y registro. E, incluso, ¿qué cantidad se considerará que excede del simple uso y

²¹² TRABAZO ARIAS, Victoria; AZOR LAFARGA, Fernando, “La pedofilia: un problema clínico, legal y social”, en *EduPsykhé. Revista de Psicología y Educación*, vol. 8, nº 2, 2009, p. 207.

²¹³ STS nº 782/2007, de 3 de octubre, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. (VLEX-31970051). Bajo esta perspectiva, las “grabaciones realizadas por un particular con una cámara de video sin duda pueden recoger aspectos de su propia vida familiar y personal que en principio quedan protegidos por encontrarse dentro de esa esfera reservada, y también pueden referirse a imágenes de la vida pública que, aunque en sí mismos no afecten a la intimidad de quien procede a su grabación, sin embargo pueden poner de manifiesto la forma en la que el sujeto percibe y entiende su entorno, lo cual también quedaría comprendido dentro del ámbito protegido”.

constituye ya posesión para el tráfico?²¹⁴ Todas estas cuestiones refuerzan la recomendación de preservar la esfera particular del consumidor, con el fin de impedir que la autoridad pública intervenga indebidamente, amenazando sus derechos fundamentales.

Por el contrario, los partidarios del castigo de la posesión de material pornográfico infantil para el propio consumo hacen hincapié en la idea de que el combate al consumo deriva de la obligación de proteger a los menores de edad contra cualquier forma de explotación – indispensable en las dichas sociedades civilizadas²¹⁵ y también garantizada constitucionalmente²¹⁶. Dicho deber admite imponer límites a otros derechos – como los de libertad de expresión o privacidad del consumidor -, los cuales, como hemos visto, no son absolutos²¹⁷.

Corroborando este punto de vista, GIMBERNAT ORDEIG sostiene que decantarse por respetar la orientación sexual de los pedófilos implica una ausencia total de miramientos respecto a los menores de edad víctimas de agresiones sexuales filmadas o fotografiadas. Éstos, de no existir disposiciones penales que criminalicen esta conducta, deberán soportar, además del trauma padecido a raíz

²¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 19 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 258.

²¹⁵ “En el marco de la literatura científico-penal germana se define mayoritariamente la presencia de un interés jurídico fundamental en la persecución de tales conductas, que explicaría la presencia desde el año 1993 del comportamiento de simple posesión de pornografía precisamente entre los tipos contra la autodeterminación sexual (*die Sexuelle Selbstbestimmung*): ese interés o valor consiste en la protección del menor de catorce años frente a actuaciones de abuso o maltrato sexual por parte de los adultos. Por consiguiente, en coherencia con la posición sistemática que el par. 184.b.IV StGB ocupa en el catálogo de infracciones de la Parte Especial del *Strafgesetzbuch*, ha de entenderse que se castiga aquí también por una conexión aunque sólo muy lejana, con el fundamento general de todo el precepto, que es el de evitar la posibilidad de que los menores sean convertidos en “protagonistas” del mercado de pornografía infantil.” ESQUINAS VALVERDE, 2006, *op. cit.*, p. 176. En España, el principio del interés superior del menor está previsto en la legislación. *Vid* Ley 11/1981, LO 1/1996. El mismo también fue acogido expresamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión de 15 de noviembre de 2000 y por la jurisprudencia constitucional. *Vid* STC 114/1997, 71/1990, 124/2002.

²¹⁶ El artículo 39.4. CE establece: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

²¹⁷ LEMINEUR RETANA, 2006, *op. cit.*, p. 21.

de esas experiencias, la interminable lesión a su dignidad y su intimidad derivada de la reproducción y contemplación de las imágenes de aquellos actos²¹⁸.

En segundo lugar, el segundo argumento esgrimido por quienes sostienen la despenalización de las conductas de posesión de material pornográfico para el propio uso, se basa en la ausencia de daño derivado de la conducta, pues la posesión no lesiona ningún bien jurídico digno de tutela penal²¹⁹. Esto es así, porque el poseedor recibe el material “hecho” y, así, no tiene ningún contacto físico con el menor, que solamente podrá sufrir eventuales violaciones en el momento de la producción o en la distribución del mismo. En este sentido, el consumo sería un comportamiento alejado de aquél que dio origen al material, de forma que el poseedor podría satisfacer sus necesidades sexuales sin causar daño añadido a la víctima protagonista de dicho material²²⁰. De esta forma, aceptando la inocuidad del mero acto de poseer, no habría razones suficientes para tipificar la conducta como delictiva, so pena de castigar indebidamente las preferencias sexuales de los poseedores, característica típica de un *Derecho penal de autor*.

En este sentido, ya se ha argumentado incluso que la licitud de la posesión podría llegar a ser beneficiosa al conjunto de los niños, una vez que permitiría a los pedófilos saciar sus deseos, sin la necesidad de abusar directamente de un menor - disminuyendo el factor de victimidad²²¹. Es decir, la tenencia del material pornográfico podría ser considerada un factor de protección añadido a posibles futuras víctimas de la pornografía y de abusos en general, justamente porque

²¹⁸ NIÑO, Luis Fernando, *El bien jurídico como referencia garantista*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, pp. 40-41.

²¹⁹ El debate específico en torno a los bienes jurídicos relacionados a los delitos de pornografía infantil será abordados en el segundo capítulo de este trabajo.

²²⁰ Sobre la personalidad del pedófilo, “la mayoría de los autores coinciden en que con el tratamiento un pedófilo puede aprender a controlar su conducta pero la inclinación sexual en sí no cambia”. TRABAZO ARIAS; AZOR LAFARGA, 2009, *op. cit.*, p. 212.

²²¹ El factor victimidad “consiste en el conjunto de factores que predisponen a una persona o grupo a ser víctimas. Los factores que provocan victimidad son: el hombre mismo, la sociedad, la naturaleza en estado normal o alterado, etcétera. Para *Fattah*, la victimidad es la predisposición de unas personas a ser víctimas. La búsqueda de la Victimología es de establecer si los riesgos de ser víctima de algún crimen son igualmente repartidos en la población o bien si algunos individuos, a causa de ciertas características, son más predispuestos que otros a volverse víctimas.” RODRÍGUEZ MANZANERA, 2005, *op. cit.*, p. 83.

dicho material serviría de “escape” a los deseos sexuales de adultos pedófilos que, de este modo, no tendrían necesidad de llevar a cabo ningún acto abusivo directamente en contra de un menor.

Como principal contraargumento, un sector de la doctrina defiende que el consumo privado de este material genera una demanda en la producción y en el tráfico, perjudicando potencialmente futuros menores víctimas. O dicho con otras palabras, siguiendo la lógica de oferta-demanda, la pornografía infantil sería un producto de consumo en el mercado, de forma que son los consumidores los últimos responsables por el estímulo de la oferta²²². En este sentido, LEMINEUR RETANA subraya que “estimular la oferta implica que sea necesario producir más material de esta índole”, y “explotar sexualmente cada día más niños, niñas y adolescentes para satisfacer la demanda. Esta es una de las razones por la que la tenencia -consumo- sí daña a terceros”²²³.

Así, prohibiéndose la posesión, se inhibiría el tráfico y la producción, protegiéndose simultáneamente a las víctimas potenciales de estos actos. Conforme con ello, “el legislador pone nuestro Ordenamiento al día, adelantando al máximo las barreras punitivas de cara a la erradicación de la pornografía infantil, tratando de atajarla desde sus propias raíces, cual es la existencia de un mercado de consumo de la misma”²²⁴.

En la doctrina alemana, ROXIN también adopta el argumento de reducción de la demanda para defender el castigo de los consumidores, que se justifica en el hecho de que en el caso de la pornografía los productores no actúan en redes

²²² Criticando esa visión, *Morillas Fernández* señala que tipificar la posesión supone “un desconocimiento absoluto de las investigaciones criminológicas existentes sobre la materia y, en particular, de los efectos “beneficiosos” que la posesión lleva consigo para la inmensa mayoría de pedófilos, previniendo conductas típicas de mayor gravedad”. MORILLAS FERNÁNDEZ, 2010, op. cit., p. 41.

²²³ LEMINEUR RETANA, 2006, op. cit., p. 94. En contra de esta idea, *Cugat Mauri* sostiene que salvo en caso de encargo, “el usuario no puede considerarse responsable directo de la conducta concretamente cometida sobre los menores e incapaces que aparecen en las imágenes”. CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”, en Francisco Javier Álvarez García (Director), *Derecho penal español. Parte Especial (I)*, 2.ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2009, p. 692.

²²⁴ BLANCO LOZANO, 2005, op. cit., p. 286.

internacionales inaprehensibles, sino predominantemente como pequeños empresarios privados, que dependen de clientes dispuestos a adquirir el material por ellos producidos. Por todo ello, quedaría “dentro del marco del espacio de configuración del legislador perseguir esta intención protectora de bienes jurídicos a través del Derecho penal”²²⁵.

Finalmente, se argumenta que todo el material de pornografía infantil – excluido los casos de material completamente digitales, como veremos a continuación – refleja, por lo general, una situación de abuso sexual cometido en perjuicio de una persona menor de edad. Eso hace que sus consumidores sean *moralmente cómplices* y responsables de los abusos y daños infligidos a la persona menor de edad retratada, aunque no hayan participado directamente en la producción del material²²⁶.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, sin embargo, sostiene que la relación entre la prohibición de la posesión de material pornográfico y la disminución del tráfico de dicho material es *indirecta y lejana*, no sirviendo para justificar la criminalización de la primera, resultando un artículo meramente simbólico²²⁷. La preocupación por fenómenos dañinos, sobre todo para las víctimas menores de

²²⁵ ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01, 2003, p.14.

²²⁶ LEMINEUR RETANA, 2006, *op. cit.*, p. 95.

²²⁷ Según el referido autor, “aun en el caso de que el legislador español hubiera actuado guiado por su sentido de responsabilidad en el cumplimiento de compromisos internacionales, la tipificación de la posesión para el uso de material pornográfico elaborado con la utilización de menores o incapaces me parece desafortunada. Por una parte, puede que el bien jurídico de la indemnidad sexual (si es este el protegido) de menores e incapaces se vea de alguna manera afectado por estas conductas, pues, como se alega en defensa de su tipificación, si no hubiera consumidores, no sería rentable la creación y distribución de pornografía infantil (o con incapaces), y ésta disminuiría o desaparecería con el correspondiente beneficio para los menores e incapaces. Pero esta afectación es indirecta y lejana, y no se refiere a conductas que lesionen o pongan en peligro directamente el bien jurídico. También la posesión para el consumo de droga (más claro, el propio consumo) afecta a la salud pública, en cuanto sin consumidores no habría (o habría poco) tráfico y producción, sin que por ello sea recomendable penalizar el mero consumo o la tenencia de droga con ese destino. Ello no quiere decir que la conducta deba ser necesariamente lícita (no lo será, sin duda, la adquisición del material, pues no lo es la venta), sino simplemente que el Derecho Penal (fragmentario, subsidiario, con carácter de *ultima ratio*) no debe intervenir ante lo que, como mucho, supone un peligro sumamente abstracto”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2006, *op. cit.*, pp. 201-202.

edad, no debe inclinarse por la utilización del Derecho penal en todo caso²²⁸. De esta forma, la mera posesión estática o el simple mantenimiento de tal poder de disposición no sería en realidad lo que directamente fomentaría la actividad comercial relacionada a la pornografía infantil, “sino más bien la demanda, es decir, las conductas dirigidas a procurarse o proporcionarse esa posesión”²²⁹.

MORILLAS FERNÁNDEZ, en este contexto, critica al legislador penal que, en el intento de detener el comercio de pornografía infantil atacando el último eslabón – el consumidor privado - no ha seguido la misma lógica en relación al espectador de espectáculos pornográficos, aunque ésta última conducta sea bastante más lesiva, al producirse la victimización del menor frente a los propios asistentes²³⁰.

Otro argumento que abogaría por la descriminalización de la posesión se fundamenta en las dificultades probatorias, “a las que puede enfrentarse un juez para resolver si un determinado material ha sido elaborado con auténticos menores o incapaces, o si éstos han tenido una real participación en el referido proceso, cuando los menores utilizados son desconocidos”. Esto es así porque en muchas ocasiones, aunque los individuos parezcan menores de edad, en realidad son mayores de dieciocho años, “convenientemente maquillados y depilados para aparentar menor edad”. En otras ocasiones también puede suceder que se intercalan imágenes de menores entre escenas en las que no han tenido intervención alguna para producir la impresión contraria o que se utilicen otras técnicas que no permitan afirmar con seguridad la utilización de un sujeto menor de edad en el material producido²³¹. En estos casos, no habría delito a ser perseguido ante la inexistencia de real material pornográfico infantil²³².

²²⁸ *Ibidem*, p. 207.

²²⁹ ESQUINAS VALVERDE, 2006, *op. cit.*, p. 178.

²³⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, 2010, *op. cit.*, p. 41. La LO 1/2015 de reforma del Código Penal introduce el tipo de asistencia a espectáculos pornográficos, acabando con esa asimetría en el tratamiento de conductas similares.

²³¹ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho penal (parte general y parte especial)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 480.

²³² TAYLOR; QUAYLE, 2003, *op. cit.*, p. 03; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2005, *op. cit.*, p. 180.

El último argumento contrario a la punición del tipo de posesión de material pornográfico para el consumo propio, compara este supuesto con la legislación antidroga - que salva del castigo al mero consumidor -, de forma que siguiendo la misma lógica el primer supuesto tampoco debería ser tipificado, cuando se trate de posesión sin distribución.

No obstante, el referido argumento ha sido atacado por los defensores de la punición del artículo 189.2 CP, quienes subrayan una diferencia fundamental entre ambos supuestos que impide la comparación, y que reside en la naturaleza del producto consumido y del bien jurídico tutelado en cada uno de ellos. En el caso del delito de tráfico de drogas, el bien jurídico es la salud pública, cuya titularidad es del propio consumidor, que puede disponer de ella. Es decir, no habría lógica en castigar a aquél a quien la legislación trata de amparar. En cambio, el bien jurídico tutelado en el caso de la posesión de material pornográfico pertenece a la víctima – es decir la dignidad e integridad de los menores de edad, su imagen y su libertad²³³ - y no al poseedor que, por ello, no tiene legitimación para disponer de dicho interés²³⁴.

Asimismo, y en comparación con otros tipos penales, GARCÍA VALDÉS sostiene que la posesión se asemeja estructuralmente al delito de *receptación*. Esta similitud se apoya en los siguientes argumentos. De una parte, el receptor ataca el mismo bien jurídico que el delincuente originario - una vez que la adquisición de la cosa sustraída perpetúa y agudiza la situación antijurídica. Y, de otra, muchos de estos delitos no existirían si no hubiese personas que dieran salida a las alhajas sustraídas. La misma lógica, según este autor, sería aplicada al consumidor de pornografía que, con su conducta, perpetúa el ataque a la libertad y dignidad de

²³³ CRUZ, Fernando; MONGE, Ivannia, *Explotación sexual comercial, contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas nacionales. Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana*, Oficina Internacional del Trabajo/IPEC, San José, Costa Rica, 2004, p. 26.

²³⁴ GARCÍA VALDÉS, 2004, *op. cit.*, pp. 420-421.

los niños, además de contribuir con el mantenimiento y expansión de dicha industria, que opera y se mantiene en función de los compradores²³⁵.

En virtud del carácter controvertido y, para muchos autores, poco justificable del artículo 189.2 CP²³⁶, algún sector de la doctrina penal defiende que hay que proponer una interpretación lo más restrictiva posible del mismo. De este modo, “no deben considerarse comprendidos en el tipo los hechos de mera contemplación o audición sin tenencia física o almacenamiento, aunque no sea fácil descubrir la diferencia valorativa entre las dos conductas, salvo que veamos en la tenencia para el uso un riesgo – sin duda remoto – de tráfico”²³⁷. De esta forma, “la exigencia de posesión excluye la tipicidad de la mera visualización de pornografía infantil por lo que, en realidad, no se sanciona penalmente el consumo, sino la acumulación de estos materiales”²³⁸.

JIMÉNEZ SERRANO, si bien se muestra favorable al castigo de consumidores de pornografía infantil, refuerza el argumento de que para que el combate a la pornografía infantil sea realmente eficaz, es necesario también desarticular la red en todo su conjunto, identificando las personas que están en contacto directo con los menores²³⁹.

En nuestra opinión, siguiendo la doctrina crítica, el mero acto de poseer material pornográfico no conlleva ningún daño a la esfera sexual de los menores, teniendo en cuenta que tal lesión sólo puede producirse en el momento de la

²³⁵ *Ibidem*, p. 420.

²³⁶ Para *Guisado Moreno*, “la posición partidaria de penalizar la mera posesión de este tipo de material pornográfico ofrece una línea argumental muy deficiente, existiendo más – y más sólidos – argumentos a favor, si no ya de una despenalización total de esta práctica, sí al menos de una atenuación de la pena.” GUIADO MORENO, 2007, *op. cit.*, p. 26.

²³⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, 2006, *op. cit.*, p. 204.

²³⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Cibercrimen: los delitos cometidos a través de Internet – estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red -*, Constitutio Criminalis Carolina, 200, p. 78. La LO 1/2015 pasa a tipificar la conducta de mera visualización de material pornográfico.

²³⁹ El autor también opina que los consumidores, “no sienten a menudo la presión policial”, sino “un fuerte anonimato e impunidad cuando se descargan y distribuyen el material pornográfico”. JIMÉNEZ SERRANO, 2012, *op. cit.*, p. 39.

producción del material pornográfico, o como mucho en el momento de la distribución, conductas que son anteriores a la tenencia privada. Por consiguiente, en esta conducta falta el requisito de mínima lesividad, que acaso justificaría una eventual intervención por parte del Derecho penal en la esfera de los particulares.

A mayor abundamiento, pretender justificar el castigo del consumidor de material pornográfico en el argumento de que el autoconsumo conllevaría una disminución de la demanda tampoco constituye un argumento sólido, una vez que el Estado no debe utilizar su *ius puniendi* como forma de eludir su responsabilidad frente al combate de la pornografía en su origen, sea persiguiendo a los productores, sea adoptando políticas preventivas. De este modo, el objetivo de disminuir la demanda en la compra de material pornográfico no puede ser razón suficiente para justificar una lesión de la libertad de los consumidores, aún más teniendo en consideración de que en estos casos nos encontramos ante conductas relacionadas con una desviación psicológica, de forma que la simple represión de la tenencia privada no es suficiente para corregir las conductas pedófilas de los consumidores. Conforme con ello, no existen motivos suficientes para concluir que la tipicidad de estas conductas implicaría una menor demanda de los pedófilos para saciar sus deseos.

Conforme con ello, comulgamos la idea de que la impunidad de la tenencia para el autoconsumo conllevaría un efecto preventivo en el sentido de comprender que esta tenencia satisfaría los deseos de los pedófilos evitando un eventual abuso sexual sobre el menor. Además, considerando que de la acción de poseer no resulta cualquier exteriorización, el tipo lesiona el espacio de intimidad y privacidad del consumidor, que tiene garantizado constitucionalmente un espacio libre de la intervención de terceros. Es decir, el individuo que utiliza su espacio íntimo para su satisfacción sexual, a través de la simple visualización de imágenes sin que de ello resulte en ninguna consecuencia en el mundo exterior, estaría haciendo uso de su derecho a la intimidad y privacidad, que no pueden ser lesionados a cualquier precio. De ser de otro modo, más allá de buscar proteger a los menores concretos, el Ordenamiento penal estaría aceptando el castigo de

conductas que en nada lesionan a terceros, interfiriendo indebidamente en la esfera de libertad de los particulares. Es decir, el criterio objetivo del bien jurídico sería sustituido por criterios subjetivos de la *moral sexual dominante*, que no pueden servir para justificar la vigencia de ningún tipo penal.

Si el tipo de posesión de material pornográfico infantil real no encuentra consenso en la doctrina, el tipo de pseudopornografía – especie de la conocida como pornografía técnica - es todavía más controvertida, como veremos a continuación.

4.2 Cuestiones relacionadas con la tipificación de la llamada “pornografía técnica” (art. 189.7 CP)

Como se ha destacado en la introducción, al igual que hemos denunciado con relación a la posesión de material pornográfico, la llamada “pornografía técnica” genera asimismo un agudo debate doctrinal²⁴⁰. Y, al igual que en el supuesto anterior, la principal controversia en torno a su aplicación y punición está relacionada con la ausencia de lesividad de la conducta e, incluso, en la ausencia de posibles víctimas, que dificultan la determinación del bien jurídico protegido. Asimismo, como argumento contrario a la criminalización de la pornografía técnica, se han esgrimido razones basadas en una posible violación de

²⁴⁰ Art. 189.7 CP: “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.”

la libertad del sujeto activo de este delito, por lo que se refiere a su libertad de expresión.

Antes de abordar el debate suscitado en torno a esta modalidad típica, es necesario delimitar el concepto de pornografía técnica, donde hay que incluir tanto la llamada “pornografía virtual”, como la “pseudopornografía”.

En primer lugar, en la *pornografía virtual*, la pornografía se produce mayoritariamente a través de programas de ordenador que buscan reproducir por completo imágenes de menores con contenido pornográfico, sin la participación directa de ninguna víctima real. Por ello, esta modalidad de pornografía asimismo abarca las imágenes de personas mayores, pero que en virtud de elementos como maquillaje, depilación o alguna alteración gráfica por ordenador aparentan la minoridad. Como veremos a continuación, esta modalidad pasa a integrar el concepto de pornografía infantil, tipificada y reconocida recientemente por la LO 1/2015.

En segundo lugar, en los casos de *pseudopornografía*, se constata la “alteración de imágenes por medio de la colocación de la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o bien en el añadido de objetos a una imagen”²⁴¹. Es decir, aunque sean utilizados elementos de un menor real, el contenido pornográfico es resultante de una *manipulación*, por la cual se añaden otros caracteres, sea por medio informático, sea por la introducción de la imagen de alguna parte corporal de un adulto²⁴². En este caso, al tratarse de la incorporación de elementos de menores reales en la composición del material, aunque de forma parcial y sin necesariamente haber ocurrido contacto directo o abuso, la lesividad de la

²⁴¹ MORALES PRATS, 2001, *op. cit.*.

²⁴² La definición exacta en torno a la pornografía virtual y a la pseudopornografía puede sufrir variaciones en la doctrina. *Vid* BOLAÑOS VÁZQUEZ, Hezel Jasmin; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; FUERTES IGLESIAS, Carlos, *Delitos relacionados con la pornografía de personas menores de 18 años. Especial referencia a las tecnologías de la información y la comunicación como medio comisivo*, San Salvador, Universidad Tecnológica de El Salvador, 2014. La Exposición de Motivos de la LO 15/2003, de 23 de noviembre, caracteriza los supuestos penados por el art. 189. 7 CP como “pornografía infantil virtual”.

conducta puede ser considerada mayor que la del primer caso, razón por la que algunos autores defienden su tipificación²⁴³ y consiguiente criminalización.

En suma, hay dos grandes grupos de pornografía simulada: la pornografía virtual – que incluye normalmente imágenes generadas por ordenadores o de forma digital, así como los dibujos –y la pseudopornografía – que engloba imágenes de personas reales, alteradas o modificadas digitalmente, normalmente por una mezcla o por un montaje de partes de distintas personas, que objetivan la creación de una nueva imagen²⁴⁴.

En España, al contrario de otros países²⁴⁵, el vigente artículo 189.7 del Código Penal sólo contempla los casos de *pseudopornografía*, una vez que exige en la producción de la pornografía la utilización de la voz o de la imagen de un menor aunque alteradas, lo que excluye la pornografía virtual del tipo. Es decir, el legislador pretendió tipificar sólo los casos en los que no se ha utilizado a menores directa o personalmente en la elaboración del material, aunque se hayan tomado sus imágenes o grabaciones de voz obtenidas de otro modo, para introducirlas en un contexto pornográfico, aunque dichas conductas no lesionen la libertad o indemnidad sexual del menor²⁴⁶.

²⁴³ Morales Prats, 2001, *op. cit.*.

²⁴⁴ NAIR, Abhilash, “Real porn and pseudo porn: The regulatory road”, *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 24, nº 3, November, 2010, p. 224.

²⁴⁵ Al contrario del caso español, en Alemania “se sanciona con idéntica pena la conducta de tráfico de pornografía real (elaborada mediante la utilización directa y efectiva de menores), de la pornografía infantil simulada (ya sea artificial, creada únicamente gracias a medios tecnológicos de manipulación de imágenes, o técnica, con la participación de adultos caracterizados como niños), y de la pornografía virtual (es decir, la que consiste en imágenes ficticias creadas parcialmente mediante fotografías de menores reales e identificables), con tal de que cualquiera de esas modalidades (...) tenga por contenido el abuso sexual de menores”. ESQUINAS VALVERDE, 2006, *op. cit.*, p. 177. *Vid* FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen*, 60. Auflage, C.H. Beck, München, 2013, pp. 1259 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2014, pp. 1817 ss.; HEINRICH, Manfred, “Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas”, en *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, De Gruyter Inc, pp. 131 ss. Recientemente, en el año de 2014, Japón también ha prohibido la posesión de pornografía infantil, excluyendo de la sanción, sin embargo, todo lo relacionado con el contenido pornográfico en “mangas” o comics. *Vid* Consultor Jurídico, de 20 de junio de 2014 (VLEX-515748710).

²⁴⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2006, *op. cit.*, p. 205.

Los autores favorables a la criminalización del tipo de la llamada *pseudopornografía* basan su argumentación en cuatro motivos principales, que pasamos a exponer sucintamente. En primer lugar, opinan que relevancia reviste si el contenido del material es o no real, teniendo en cuenta que lo que debe prevalecer en estos casos es la voluntad de impedir que estas imágenes, de la misma forma que las reales, se conviertan en un instrumento más de promoción de la pornografía infantil entre los consumidores. En este sentido, la pornografía infantil, en cualquier de sus formas, permanece siendo pornografía infantil, sea en su forma real, sea en la forma simulada²⁴⁷.

En segundo lugar, los autores favorables a la criminalización de la pseudopornografía consideran que referidos materiales pornográficos podrían servir de herramientas para la desinhibición durante el proceso de seducción que se lleva a cabo para convencer al menor de dejarse retratar en conductas explícitamente sexuales²⁴⁸, o como paso previo para un abuso sexual – el denominado *child grooming*²⁴⁹, lo que también recomendaría la vigencia del tipo objeto de estudio.

Conforme con ello, la pornografía infantil sirve como un estímulo utilizado tanto por pedófilos, como por abusadores de menores, en el convencimiento de sus víctimas, que se pueden sentir tentadas a participar en determinados comportamientos explícitos, al visualizar determinados materiales

²⁴⁷ BERGELT, Kelley, 2003, *op. cit.*, p. 18.

²⁴⁸ LEMINEUR RETANA, 2006, *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁹ Las conductas relativas al *child grooming* fueron tipificadas en España por el artículo 183 bis CP, añadido por la LO 5/2010. Como ha destacado *Monge Fernández*, la “acción nuclear consiste en acciones realizadas por un adulto, utilizando medios tecnológicos virtuales, con la finalidad de concertar un encuentro de carácter sexual, consiguiendo un contacto corporal para llevar a cabo un delito de abuso sexual, agresión sexual o para utilizarlos en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar material pornográfico”. El legislador, además, “extiende la punibilidad a la mera “toma de contacto” en Internet, a través de los *Chats*, o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación, con pretensiones de carácter sexual, exigiéndose, además que tal oferta vaya acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento”. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años: análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 234.

pornográficos de otros menores que les parezcan interesantes o aceptables. Ello crearía inevitablemente un aumento en los casos de abusos de menores reales²⁵⁰.

En tercer lugar, un ulterior argumento para defender la tipicidad de estas conductas se basa en razones probatorias, dado que la destipificación de la pseudopornografía infantil abriría una vía de defensa a los pedófilos, que podrían alegar que su material resulta de un montaje. Es decir, teniendo en cuenta que la evolución de la técnica perfecciona cada vez más la calidad de las imágenes creadas por la vía tecnológica, cabría al Estado la difícil incumbencia de distinguir entre cuáles son totalmente reales y cuáles no lo son, prueba que sería dispensable con la tipificación de la pseudopornografía. Es decir, la citada dificultad probatoria disminuiría potencialmente las condenas criminales, teniendo en cuenta que ni siempre los agentes de la ley serán capaces de determinar la diferencia entre un niño real o simulado²⁵¹.

Sin embargo, como bien apunta MAYER LUX, considerando el principio de ofensividad, no resultaría legítimo consagrar tipos penales a partir de problemas probatorios que pueda enfrentar el órgano persecutor penal. Es decir, la “persona, en tanto titular de derechos fundamentales, no tiene por qué sacrificar dichos derechos a fin de compensar las dificultades que el Estado enfrente al pesquisar la perpetración de un delito”²⁵².

En cuarto lugar, como último argumento, de la misma forma que la pornografía infantil real, la *pseudopornografía* también causa adicción, lo que puede afectar a futuros niños víctimas de pornografía real. Es decir, el uso que los usuarios otorgan a la *pornografía técnica* es el mismo que le concederían a cualquier otro material de pornografía infantil, razón por la cual esta modalidad debe ser tipificada de la misma forma. En este sentido, la pornografía simulada

²⁵⁰ BERGELT, 2003, *op. cit.*, p. 06; AKDENIZ, 2008, *op. cit.*, p. 11.

²⁵¹ BERGELT, 2003, *op. cit.*, pp. 14-15.

²⁵² MAYER LUX, Laura, “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, *Política Criminal*, versión online, vol. 9, n° 17, Santiago, 2014.

servirá de estímulo a los abusadores, teniendo en cuenta que proporcionan la percepción de los menores como un objeto sexual, lo que inevitablemente será utilizado para promover una subcultura de explotación sexual a menores reales²⁵³.

En otro extremo, los defensores de la atipicidad, argumentan que en la *pseudopornografía* no se verifica el abuso de ninguna víctima en concreto, una vez que el carácter pornográfico reproducido en el material no refleja la realidad, sino siempre será derivado de un montaje resultante del manejo de instrumentos técnicos. En vista de ello, desde amplios sectores doctrinales se ha demandado la descriminalización de esta conducta, “por cuanto en tales supuestos no se verifica una utilización real de menores, de modo que la prohibición del referido material supondría una injustificada y desproporcionada limitación a la libertad de expresión”²⁵⁴.

En este sentido, además de esgrimir la ausencia de lesividad de la conducta, algunos autores sostienen – en la misma línea de los casos de posesión de material pornográfico infantil para uso privado -, que la prohibición de la *pseudopornografía* limita indebidamente algunos de los derechos fundamentales del autor, principalmente los relacionados con la libre expresión y creación artística, garantizados constitucionalmente²⁵⁵. De esta forma, algunos autores defienden que la pseudopornografía no debe integrar el concepto de pornografía infantil, teniendo en cuenta que la misma integra la esfera de pensamiento de cada individuo y, por lo tanto, compone parte de su esfera privada²⁵⁶.

²⁵³ BERGELT, 2003, *op. cit.*, p. 13.

²⁵⁴ MAYER LUX, *op.cit.*, 2014.

²⁵⁵ Establece el artículo 20.1 CE: “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. (...) 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

²⁵⁶ BERGELT, 2003, *op. cit.*, p. 38.

Conforme con ello, los derechos de intimidad personal, de libre desarrollo de la personalidad y de libertad de conciencia son incompatibles con las normas penales que apuntan a la represión de la personalidad, una vez que castigan a las personas por lo que son y no por lo que hacen, permitiendo la transcendencia de prejuicios y estereotipos personales del operador de justicia, sobre condiciones personales de índole racial, de extracción socio-económica, de marginalidad, de estilo de vida, de orden ideológico y político, de carácter cultural y etc. Todo ello contribuye al Derecho penal de autor, una vez que crea tipos penales que crean etiquetas, como la de “ratas”, “desechables”, “viciosos”, “vagos”²⁵⁷.

Abundando sobre la conveniencia o no de la tipificación de la mencionada conducta – *pseudopornografía* -, algún sector de la doctrina ya se ha manifestado en el sentido de que este tipo sólo tendría razón de ser “si lo que trata es de impedir que la imagen o la voz reales del afectado sean empleados torticeramente con una finalidad muy distinta de la esperada, especialmente si permiten el reconocimiento del mismo”. No obstante, “si la alteración o modificación de la voz o de la imagen son de tal magnitud que no permiten su reconocimiento, no parece necesaria la conminación con pena de tales conductas, pues no se sabe muy bien qué bien jurídico pudiera resultar entonces comprometido en el entorno de valores en el que nos estamos moviendo”²⁵⁸. Es decir, los casos en los cuales no sea posible la identificación del menor utilizado no merecerán castigo penal.

En este contexto, NAIR argumenta que difícilmente cualquier crítica a este supuesto será capaz de cambiar la legislación, teniendo en cuenta que hay en la sociedad una aceptación universal de que la explotación sexual infantil, en cualquiera de sus formas, debe ser prevenida. De esta forma, la idea de que la representación sexualizada de un niño constituye abuso infantil y va en contra de su dignidad, independientemente de su efectiva participación en el acto, parece

²⁵⁷ TOROCA, Fernando, “La personalidad y el Derecho penal de autor”, *Capítulo Criminológico*, vol. 33, nº 2, Abril-Junio, 2005, p. 177.

²⁵⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2005, *op. cit.*, p. 182.

haber sido aceptada, incluso como siendo interés superior al derecho de libre expresión de los adultos²⁵⁹.

Sea cual sea el entendimiento sobre la pertinencia o no de la prohibición y criminalización de la posesión de *pornografía infantil* y de la *pseudopornografía*, lo cierto es que estos tipos penales no protegen un bien jurídico claro - o por lo menos no se moldean adecuadamente a aquellos indicados en la ley penal -, lo que potencia las críticas y el debate en torno a su adecuación, principalmente en lo que se refiere a la necesidad de su tutela a través del Derecho penal²⁶⁰. En este sentido, verificada tanto la ausencia de lesividad, como la de víctimas en estas conductas, un sector de la doctrina corrobora que su tipificación sólo puede justificarse a partir de criterios morales y políticos²⁶¹.

En nuestra opinión, la falta de lesividad del tipo de pseudopornografía es patente, teniendo en cuenta que en estos casos el carácter pornográfico del material resulta de un montaje - y no refleja la realidad – por lo que no existiendo ni daño, ni peligro a víctimas menores concretas, no habría razón para mantener la vigencia del tipo.

Es más, pretender mantener la tipicidad de la citada figura bajo el argumento de que la *pseudopornografía* pueda servir como modo de seducción de menores en un momento previo a la comisión de otro delito, sería aceptar las premisas del moderno Derecho penal, que funcionará como verdadero *instrumento preventivo* de conductas inciertas y lejanas, lo que tampoco debe ser aceptado a nuestro juicio. Todo ello conllevaría una mera suposición y un *adelanto de la barrera penal* – criminalizando lo que eventual y remotamente podría servir para la comisión de un delito -, lo que evidencia la distorsión del verdadero papel del Derecho penal en la sociedad, de tutelar bienes concretos y

²⁵⁹ NAIR, 2010, *op. cit.*, p. 226.

²⁶⁰ Esto se deriva del hecho de la dificultad en la delimitación del bien jurídico protegido en esta tipología delictiva, pues la penalización de esta conducta vulneraría los principios penales generales, que recomiendan el recurso al Derecho Penal cuando otras ramas del Ordenamiento jurídico sean insuficientes para restablecer el orden vulnerado.

²⁶¹ AKDENIZ, 2008, *op. cit.*, pp. 270-271.

relevantes, suponiendo una intervención indebida en el ámbito privado del presunto delincuente, principalmente en lo que se relaciona con su libertad de expresión.

En síntesis, la tipificación de los tipos anteriormente analizados – autoconsumo de material pornográfico y pseudopornografía -, donde el legislador castiga a los sujetos con una personalidad desviada – tendencia pederasta -, son resultantes del expansionismo penal y forman parte de un *derecho penal de autor*, incompatible con los principios y garantías que informan el Estado de Derecho. Es más, el anhelo de perseguir tales conductas con la pretensión de contentar a la sociedad, respondiendo a las costumbres y gustos de una determinada mayoría social evocaría la protección de la *moral sexual*, interés criticado y en absoluto digno de protección por el Derecho Penal, lo que recomiendan su *destipificación*.

En el próximo epígrafe, abordaremos la evolución legislativa en torno a los delitos de pornografía infantil, así como los cambios en esta materia previstos por la LO 1/2015, que entrará en vigor el próximo mes de julio. Antes, sin embargo, presentaremos una propuesta de modificación en la redacción del art. 189 CP, teniendo en cuenta todas las cuestiones ya estudiadas hasta el momento.

PROPUESTA DE NUEVA REDACCIÓN DEL TIPO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

A partir de todo lo mencionado a lo largo de este primer capítulo, creemos indispensable la reformulación del tipo de pornografía infantil presente en el Código Penal español. Conforme con ello, presentamos la siguiente propuesta de redacción:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que capture o utilice a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos o 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, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hubiesen 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. Será considerado pornográfico, a efecto de este artículo:

a) Todo el material visual que retrate a un menor o incapaz real participando en una conducta sexualmente explícita;

b) Todo el material visual que retrate el cuerpo de un menor o incapaz desnudo o la sólo región genital de los mismos, con fines primordialmente lascivos o sexuales.

Asimismo, debe excluirse del concepto de pornografía:

- a) el material producido por un menor de edad, que retrate imágenes o vídeos pornográficos de sí mismo o de otro menor con quien mantuviere relación de intimidad, desde que no sean posteriormente distribuidos o utilizados indebidamente por terceros;
 - b) el material producido en un contexto familiar y sin ánimo lascivo;
1. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen cualquier acto previsto en el apartado 1 de este artículo, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
- a) Cuando se utilicen a menores de 13 años;
 - b) Cuando los hechos revistan de un carácter particularmente degradante o vejatorio;
 - c) Cuando el material refleje a menores o incapaces 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 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 persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho del menor o incapaz, 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;
 - g) Cuando concurra la agravante de reincidencia.
2. Si los hechos a que se refiere la letra a) del apartado 1 se hubieren cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.
3. El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o un 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.

5. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objetivo 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.

Los Jueces y Tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas Web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces 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.”

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA SOBRE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Como se ha referido en la primera parte de esta investigación, la preocupación por el incremento de la pornografía infantil ha hecho que, en los últimos años, innumerables instrumentos y normativas en los ámbitos comunitario e internacional pasasen a recomendar la tipificación de distintas conductas relacionadas con estas prácticas, con la pretensión de establecer una mínima regulación entre las legislaciones nacionales en torno a esta materia específica.

En consonancia con esta tendencia, la normativa internacional representó uno de los pilares determinantes para que el legislador penal español adoptase las reformas que han llevado a la tipificación de nuevas conductas referentes a la pornografía infantil. A continuación, analizaremos la evolución legislativa de éstas disposiciones en el ordenamiento penal nacional, desde su versión original – con la aprobación del Código penal de 1995 -, hasta su más reciente reforma.

1. El Código penal de 1995

El texto original del artículo 189 del Código Penal de 1995 era:

“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 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 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”.

La inicial redacción del Código Penal de 1995 no contenía ninguna prohibición en torno a las conductas relacionadas con el tráfico y distribución de material pornográfico de menores o incapaces, castigando únicamente la utilización directa de los mismos en su producción o en espectáculos exhibicionistas y pornográficos realizados en directo. De esta forma, la redacción original consideraba atípicas las conductas de difusión y tráfico de material pornográfico infantil²⁶², ocasionando numerosas lagunas de punibilidad. Es decir,

²⁶² “El CP/1995, en su texto originario, delimitaba el castigo con relación a la pornografía de menores a las conductas de los que directamente los utilizaban para la creación o elaboración del material pornográfico. Por consiguiente, la ley penal no contemplaba una norma que directamente

la ley no contemplaba ninguna norma que directamente se enderezase al castigo de quienes se limitaban a traficar con pornografía de menores sin haber intervenido previamente en su elaboración o producción²⁶³.

Como recuerda FERNÁNDEZ TERUELO, dicha problemática fue evidenciada en una decisión emitida por el Juzgado de Instrucción nº 24 de Barcelona, que tuvo que sobreseer un caso de difusión de pornografía infantil, al no existir previsión legal específica para sancionar los supuestos de venta, exhibición y distribución de pornografía infantil realizados por cualquier medio. En el supuesto dos estudiantes de telecomunicaciones fueron detenidos a raíz de una operación de la Interpol en la que se detectó un servidor de internet que ofrecía fotografías de pornografía infantil para intercambio. La policía intervino en el disco duro de uno de los ordenadores 2000 imágenes pornográficas de niños entre 3 y 15 años, además de disquetes, agendas, cintas de video y fotografías también conteniendo imágenes pornográficas²⁶⁴.

En concreto, el Tribunal tuvo que interpretar como atípica la conducta enjuiciada, bajo el argumento de que la difusión de pornografía, incluyendo la infantil, no era delito a menos que se produjese de forma directa entre los menores, pues así lo exigía el art. 186 CP²⁶⁵. Por idénticas razones, el relato fáctico tampoco se pudo subsumir en el art. 189.1 CP, al tratarse de la difusión de material pornográfico, y no de la producción del mismo, contemplada en el artículo hasta entonces vigente²⁶⁶.

se enderezase al castigo de quienes se limitaban a traficar con pornografía de menores sin haber intervenido previamente en su elaboración o producción.” MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1007.

²⁶³ MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1007.

²⁶⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 56.

²⁶⁵ El artículo 186 del Código Penal prevé que “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”.

²⁶⁶ No obstante, recuerda *Morales Prats* que “en alguno de los planteamientos se sustentó que el antiguo tenor del art. 189.1 CP no suponía un obstáculo para una interpretación teleológica en la que tuviera cabida el castigo de las conductas relacionadas con el tráfico de pornografía infantil, aunque para tal menester hubiera que forzar la interpretación del concepto legal de utilización de menores con fines pornográficos hasta límites cercenadores del principio de legalidad penal. En

Además de ser muy restricta la tipicidad de las conductas, el apartado 2 en su versión original castigaba con pena agravada los casos en que mediara una relación de tutela, potestad o guarda entre el menor o incapaz y el autor del delito, incluso con la posibilidad de privar dicha patria potestad a quienes hubiesen incurrido en alguna de las conductas del tipo, por iniciativa del Ministerio Fiscal.

Tanto la necesidad de cubrir estas lagunas legales como la necesidad de acatar las disposiciones internacionales en la materia propiciaron que el legislador penal acometiera sucesivas reformas, ampliando las conductas merecedoras de sanción penal.

2. La reforma por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril

La Ley Orgánica 11/1999, que modificó el Título VIII del Libro II del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad sexual, supuso un importante cambio en la redacción original del artículo 189.1, dividiéndolo en dos apartados:

“1. Será castigado con la pena de 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

efecto, era forzado un recurso interpretativo según el cual la conducta de mera difusión o cesión del material pornográfico infantil, una vez ha concluido ya el proceso de elaboración del mismo y, por consiguiente, todo contacto con el menor, debía equivaler a la utilización directa del menor para tales fines. Por esa vía de razonamiento se abría la puerta a la analogía ‘in malam partem’”. MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1008.

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 fuere 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 o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

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)”

En su *apartado a)* mantuvo la prohibición de la utilización de los menores e incapaces en espectáculos en directo, ampliando una previsión más explícita relacionada con las conductas de elaboración de cualquier clase de material

pornográfico, incluyendo la financiación de dichas actividades. De esta forma, la ley penal tipifica la persecución de las conductas relacionadas con la producción de material con contenido pornográfico infantil y de incapaces, sea directa o indirectamente –a través de su financiación.

Con el nuevo *apartado b)*²⁶⁷, el artículo 189.1 también extiende la punición a actos relacionados con la venta, exhibición, producción, distribución, o facilitación de cualquiera de las referidas conductas de esta clase de material. Además, la nueva redacción abarca el castigo de tales conductas, incluso, cuando los materiales sean de origen desconocido y tengan su procedencia en país extranjero²⁶⁸, incluyendo de esta forma conductas realizadas por Internet - uno de los principales objetivos de la Ley Orgánica 11/1999²⁶⁹ -, normalmente sin un origen conocido²⁷⁰. Finalmente, como novedad, se criminaliza la posesión de dichos materiales pornográficos para la realización de cualquiera de las conductas descritas.

El nuevo tipo ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, basadas en la equiparación de las sanciones para ambos supuestos. En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO argumenta que “no parece lógico – ni proporcional – que se utilice idéntica respuesta penal frente al que recurre directamente a los menores para elaborar material pornográfico que frente al que, sin haber tenido nada que ver con la elaboración de dicho material, lo venda, distribuya, exhiba o facilite,

²⁶⁷ La necesidad de introducir una previsión con los supuestos del artículo 189.1.b) ya estaba contenida en una proposición de Ley, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, en 1996, que instaba al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica justamente para tipificar penalmente las conductas de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos, cuando en ellos aparezcan menores de edad. En el año siguiente, el defensor del Pueblo dirigió una recomendación al Ministerio de Justicia en el mismo sentido.

²⁶⁸ En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 23.4.d) prevé la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.

²⁶⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 256.

²⁷⁰ Esto es indispensable teniendo en cuenta que “en muchas ocasiones, las más importantes conductas delictivas se realizan desde países con legislaciones porosas o flexibles respecto a determinadas infracciones penales, que poseen medios muy limitados, o que no han ratificado ningún tratado y que se hallan fuera de la acción de la justicia.” *Ibidem*, p. 251.

frente a quien únicamente los posea para esos fines. El primer supuesto ostenta una lesividad mayor, por su clara proximidad al bien jurídico protegido, en la medida en que supone la utilización de los menores en actividades de carácter pornográfico y no simplemente de su imagen”²⁷¹.

Además de los referidos cambios, la nueva disposición introduce aún una pena agravada no sólo para los miembros de organizaciones o asociaciones que se dedicaren a este tipo de actividades, sino también a los que hagan participar a la víctima en un comportamiento de naturaleza sexual que pueda perjudicar la evolución o desarrollo de su personalidad.

Según la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica, el objetivo del Gobierno fue la revisión de los tipos penales para “garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces”, una vez que el texto original no respondía adecuadamente “a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego”. Estos no podrían estar reducidos a la libertad sexual, debiéndose también tener en cuenta 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 e incapaces. En este sentido, la voluntad de menores e incapaces carecería de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente libre.

De esta forma, el nuevo texto busca tipificar de manera “más precisa los llamados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes”, reconociendo la influencia no sólo de la Resolución 1099 (1996) de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, sino también de la acción común sobre el artículo

²⁷¹ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 60.

K.3 del Tratado de la Unión Europea, ambos del Consejo de Europa, en la reformulación del texto penal²⁷².

En síntesis, la LO 11/1999 supuso una notable ampliación de los supuestos que pasan a ser objeto de persecución penal, completando el vacío legal del texto original.

3. La reforma por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

Con posterioridad, continuando con la tendencia restrictiva en relación a los delitos de pornografía infantil, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, además de incrementar la penalidad de las conductas anteriormente descritas y prever nuevos tipos agravados, incluyó dos nuevos apartados al art. 189 CP bastante controvertidos, relacionados con la criminalización de la *posesión de pornografía infantil para uso propio* y a la conocida como *pseudopornografía*, cuyo debate se ha planteado anteriormente en este trabajo:

²⁷² “El Título II de ésta establece las medidas que deben adoptarse a escala nacional obligando a los Estados miembros a revisar su legislación y sus prácticas para garantizar que las conductas indicadas tengan la consideración de infracción penal y se castiguen con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. El Título III, de Cooperación entre Estados miembros, se refiere a las medidas de cooperación judicial entre aquéllos, especialmente a la rapidez en la tramitación de comisiones rogatorias y al intercambio de información sobre menores desaparecidos. Y el Título IV, de Compromiso y actuación consecutiva, establece la obligación de los Estados miembros de someter a la consideración de sus servicios competentes las propuestas pertinentes para aplicar la presente Acción común con miras a la adopción de las mismas.” DE LA MATA BARRANCO, 2001, *op. cit.*, p. 59.

“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 pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique 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.”

De esta forma, revisten tipicidad las conductas del mero poseedor, aunque sin intención de difundirlo posteriormente, así como la producción, difusión y otras conductas similares de materiales en los cuales no hayan participado directamente un menor o incapaz. Con ello, el legislador penal continúa en su línea reformista, ampliando el castigo de las conductas

relacionadas con la pornografía de menores e incapaces, incluyendo cualquier conducta desde los productores hasta los consumidores.

Sin embargo, la Exposición de Motivos²⁷³ de la referida Ley Orgánica no hace ninguna mención al bien jurídico tutelado por los nuevos tipos, lo que ha suscitado enconados debates en la doctrina penal en torno a la punición de las conductas de autoconsumo de material pornográfico y de pseudopornografía, argumentando que en el primer caso – autoconsumo – no existe ningún contacto directo autor-víctima y, en el segundo – pseudopornografía -, ni siquiera se lesiona un interés relevante²⁷⁴.

Conforme con ello, para una parte de la doctrina crítica, la reforma en conjunto no puede ser valorada de forma positiva, teniendo en cuenta que el Derecho penal una vez más interviene en ámbitos en los que no resulta sencillo determinar bien afectado alguno. De esta forma, la tipificación de conductas como la posesión de pornografía infantil para autoconsumo o formas de pseudopornografía en las que no se han utilizado menores reales, al margen del reproche moral que las mismas pueden determinar, parece escasamente compatible con otros principios como el de la ofensividad y última ratio entre otros, siendo una consecuencia de la presión de determinados sectores sociales.

Además del nuevo contenido, la reformulación del tipo también ha resultado criticable a nivel formal, por la técnica legislativa adoptada, que separa la nueva modalidad típica relativa a la difusión de pornografía infantil virtual del resto de supuestos, ubicándola en el apartado 7, tras cuestiones autónomas como son los tipos agravados y la corrupción de menores. Finalmente, la reformulación fue achacada de castigar el mero hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, lo que en definitiva queda dentro de la moral sexual de cada uno²⁷⁵.

²⁷³ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003.

²⁷⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, pp. 62-64.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 65.

En definitiva, la reforma de 2003 supuso un cambio relevante en relación a los delitos de pornografía de menores e incapaces, ampliando la tipicidad de las conductas con respecto al texto inicial de 1995²⁷⁶.

4. La reforma por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

La alarma social ocasionada en nuestro país por los medios de comunicación, ante la conmoción social generada por los delitos sexuales graves, junto con el deber de armonizar nuestra legislación con la normativa europea, llevó al legislador penal a acometer una importantísima reforma, operada por la LO 5/2010:

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: a) El que captare o 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 o se lucrare con ellas. b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión

²⁷⁶ En palabras de la Fiscalía General del Estado, “debe partirse de que el abordaje penal de la pornografía infantil, efectuado a través de estas reformas, se orienta con cada vez mayor intensidad a un mismo objetivo de política criminal: atacar estos comportamientos en todas sus fases, dentro de una política de tolerancia cero”. Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

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 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 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 pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique 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”

En su Exposición de Motivos, ya se puede constatar la influencia de la normativa internacional en la reforma, ya que el texto reconoce que el Estado español “tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones” de la norma penal²⁷⁷.

Particularmente, el legislador penal ha incorporado las recomendaciones previstas en 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, y pese a lo previsto en la citada Decisión, en lo que se refiere al artículo 189 CP, la única modificación realizada se tradujo en la supresión de su apartado 8, manteniendo su redacción. Por lo tanto, y en contra de lo hubiese

²⁷⁷ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010.

sido necesario, la mencionada reforma no supone un cambio sustancial en la regulación de los delitos de pornografía de menores e incapaces.

5. El Proyecto de reforma de septiembre de 2013

El controvertido Proyecto de reforma del Código Penal impulsado en el año de 2013 y aprobado recientemente como Ley Orgánica 1/2015, introduce una amplia reforma del Código Penal en diversas materias²⁷⁸, que entrarán en vigor en el próximo mes de julio. En su Exposición de motivos, los cambios se justifican, entre otras cosas, en “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia”, por lo que sería necesario “poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas por la sociedad como justas”.

Dichos argumentos son en gran medida criticables, una vez que justifican la reforma no en aspectos jurídico-penales objetivos – o sea, para la mejora

²⁷⁸ El proyecto de reforma de Código penal genera múltiples críticas por parte de la doctrina. En suma, “el procedimiento de elaboración de la reforma ha cumplido de forma superficial la exigencia de la documentación contemplada en la Ley del Gobierno como obligatoria para adjuntar a un Proyecto de Ley. Los órganos que son preceptivos que participen en el curso del expediente, los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, se recabaron ambos en relación con una anterior versión del Anteproyecto, en el que después se han introducido algunas modificaciones de especial relevancia. Tampoco, como ha señalado el Consejo de Estado en su dictamen, el expediente no incorpora las alegaciones, propuestas, estudios, informes o documentos aportados por entidades y órganos consultados. Además, existe una ausencia total de cualquier previsión de impacto, plan de implementación de las nuevas medidas y disposiciones legales, ausencia de una evaluación económica, etc. No se ha realizado ni un solo estudio previo de detección de problemas y planteamiento de estrategias, ni tampoco has sido sometidos los textos a un procedimiento transparente y público de consulta a la comunidad científica y a los sectores profesionales relacionados con el sistema.” PÉREZ CEPEDA, 2014, *op. cit.*, p. 07.

técnica de la legislación -, sino en eventuales percepciones subjetivas de la población en general, que no deben ser un parámetro considerable en la elaboración de las normas penales. Además, asume indirectamente que el vigente sistema penal no garantiza una razonable previsión de las decisiones judiciales, poniendo en entredicho la seguridad jurídica - e incluso la legalidad - del mismo.

En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial ha redactado un Informe, desde una posición crítica refutando los argumentos esgrimidos por el legislador para justificar la reforma, subrayando que el prelegislador “debería limitarse a dejar constancia de las razones de oportunidad que le han llevado a proyectar tales medidas, sin ampararse en el pretexto de mejora del funcionamiento y la imagen de la Administración de justicia, institución que, por otra parte, precisa de otro tipo de reformas que agilicen, sin menoscabo de los derechos de los ciudadanos, la sobrecarga que gravita sobre numerosos órganos judiciales”. Además, termina afirmando que aunque hubiese dudas en torno a la previsibilidad de la actividad jurisdiccional, “difícilmente esa reforma legislativa o cualquier otra podrán evitar lo que es inherente a cualquier decisión humana y, singularmente, a la interpretación por los jueces de las normas y su aplicación individualizada al caso concreto”²⁷⁹.

²⁷⁹ Para el Consejo General del Poder Judicial, “cuando el prelegislador afirma que es necesario garantizar que las resoluciones judiciales sean previsibles, lo que realmente deja entrever es que tales resoluciones son, a día de hoy, inesperadas o sorprendentes. Ante tal argumento, lo primero que cabe decir es que no se llega a entender cómo una reforma de la normativa penal sustantiva puede contribuir a mejorar la previsibilidad de las resoluciones judiciales, pues en notorio que los Jueces y Magistrados se limitan a aplicar la normativa vigente en cada momento y, si se dice que en el presente las resoluciones judiciales son imprevisibles, también lo serían una vez la proyectada reforma entre en vigor”. En relación a los juicios paralelos, el organismo sostiene que los mismos “condicionan la opinión pública respecto de procedimientos judiciales revestidos de un alto grado de trascendencia social y, en ese contexto, no cabe descartar que determinadas resoluciones judiciales puedan defraudar expectativas de mayor rigor o ejemplaridad. No obstante, es de esperar que no hayan sido esas las razones tomadas en consideración para entender necesario dotar de mayor previsibilidad a las resoluciones judiciales, pues cuando la impartición de justicia se pretende subordinar a presiones o beneplácitos externos, tal función se aleja peligrosamente de los parámetros constitucionales.” Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En sentido crítico similar, sostiene *Pérez Cepeda* que la “percepción pública de la legitimidad de las instituciones de justicia existe si actúan de forma competente, garantizando un procedimiento justo y protección igualitaria a toda la sociedad, entonces esa confianza resulta óptima para prevenir el delito”. PÉREZ CEPEDA, (prólogo) 2014, p. 8.

Por lo que respecta a los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales, los cambios acometidos en esta materia fueron impulsados principalmente por la necesidad de transponer la Directiva 2011/92/UE - relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil - que “obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales”.

En virtud de ello, la entrada en vigor de la LO 1/2015 supondrá importantes cambios en los delitos sexuales no sólo completando las lagunas de punibilidad denunciadas en el ámbito de la pornografía infantil (por ejemplo, la necesidad de incluir un concepto de pornografía infantil), sino sobre todo, reflejados en la tipicidad, ampliando las conductas con una penalidad aún más exacerbada y suscitando de este modo nuevas críticas²⁸⁰.

Entre las innumerables objeciones que se pueden realizar es indudable reconocer que el texto de la LO 1/2015 genera gran inseguridad jurídica en muchos ámbitos, por la falta de concreción y amplitud de las conductas, pero sobre todo por la proliferación de tipos sin bien jurídico.

Para PÉREZ CEPEDA, al contrario de lo manifestado en la Exposición de Motivos, un análisis detenido de los cambios introducidos por dicha ley revela que las verdaderas claves de la reforma pueden ser sintetizadas en las siguientes razones: en primer lugar, el populismo punitivo – que se caracteriza por un inmediato y permanente uso del Derecho penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas por repercusión mediática, motivando la adopción de medidas que no persiguen ningún objetivo propiamente jurídico-penal, sino exclusivamente obtener rentabilidad política -; en segundo lugar, la vis expansiva del punitivismo - el número de tipos penales de la Parte Especial retocados con finalidades expansivas es muy numeroso -; en tercer lugar, la criminalización del ejercicio de los Derechos fundamentales; en cuarto lugar, por

²⁸⁰ No obstante, el Proyecto de Ley mantuvo intacto los apartados a) y b). En el caso de las conductas de letra a), merecerán castigo en pena superior en grado, según el nuevo 189.3, si son cometidas empleando violencia o intimidación.

el Derecho penal de la seguridad (el verdadero Derecho Penal de la peligrosidad - se llevan a cabo avances por el camino del Derecho penal de la peligrosidad, dando un nuevo paso en la restricción de la libertad personal, que afecta de forma muy específica a sectores sociales marginales)²⁸¹.

A continuación examinaremos los principales cambios y novedades relacionados con el artículo 189 del Código Penal, contemplados en la LO 1/2015, que adoptará la siguiente redacción:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

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

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

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

²⁸¹ PÉREZ CEPEDA, (prólogo) 2014, pp. 14-20.

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.”

5.1 Elevación de la edad de consentimiento sexual

Como primera gran novedad en relación a los delitos sexuales en general – y que tendrá consecuencia en los delitos de pornografía infantil en particular –, cabe referirse a la elevación de la edad de consentimiento sexual²⁸² de los actuales trece a los dieciséis años²⁸³, como dispone el art. 183 CP en su nueva redacción. Con esta modificación, se cumple el deber de armonización de la legislación española con respecto a la europea, donde mayoritariamente, se sitúa la edad de consentimiento sexual entre los quince y dieciséis años²⁸⁴. En idéntico sentido, esta modificación se ajusta a diversas recomendaciones internacionales, como la del Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, que aconsejó a nuestro Estado una reforma para elevar la edad de consentimiento sexual.

No obstante, con el objetivo de evitar el castigo de relaciones sexuales consentidas entre personas con reducida diferencia de edad – cuándo una de ellas sea menor de dieciséis años – o similar grado de desarrollo o madurez, el nuevo

²⁸² “El punto de partida del tratamiento diferenciado que reciben los menores de edad en este caso radica en que el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que se entiende que ciertas conductas de carácter sexual o relacionadas con el sexo pueden afectar a la evolución y desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en la vida o el equilibrio psíquico del menor en el futuro. O dicho de otra forma, lo que se pretende proteger en este ámbito es, más que nada, la libertad futura del menor, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto pueda decidir en libertad su comportamiento sexual, por lo que no sólo van a ser constitutivos de delito los actos de contenido sexual realizados con violencia o intimidación (...), sino que hasta cierta edad, los trece años en nuestra regulación vigente, no se le va a otorgar relevancia al consentimiento que pueda prestar un menor entendiéndose, por lo tanto, que la relación sexual con él mantenida no es consentida o no lo fue válidamente.” GARCÍA ÁLVAREZ, 2013, *op. cit.*, pp. 53-54.

²⁸³ Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, “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”.

²⁸⁴ El Código Penal vigente presume “*iuris et de iure*” la existencia de abuso siempre que se realiza un acto de contenido sexual con persona menor de trece años.

artículo 184 CP pasa a prever una excepción²⁸⁵. De esta forma, cuando los sujetos implicados en un contexto sexual se ajusten a los parámetros descritos en dicha previsión, la responsabilidad del autor será excluida, aunque dicha previsión no tenga validez en los casos de captación o grabación de imágenes de este acto sexual, lo que puede ser bastante criticable.

En efecto, la reforma opta por no corregir la disparidad entre el consentimiento para la práctica de actos sexuales y aquel relacionado con la producción de material pornográfico, de forma que la excepción relativa al consentimiento sexual puede generar dudas en relación con eventual excepción en el caso de que la producción de material pornográfico ocurra en un supuesto similar. Conforme con ello, la nueva redacción deja la duda de lo pasaría en los casos en los que los menores se graban, de mutuo acuerdo, mientras mantienen relaciones sexuales para después visionarlo²⁸⁶.

Consciente de esta problemática, la Fiscalía General del Estado, al emitir Informe sobre los cambios en estudio, defiende que quizás debiera ampliarse el radio de la excusa absolutoria a otros supuestos que se dan en la realidad y cuya punición a través del tipo de pornografía infantil genera perplejidad. Como ejemplo, el organismo cita justamente los casos de quien en el curso de una relación sexual completamente libre y consentida con persona que ha superado la mayoría de edad sexual graba, con consentimiento de ésta, el acto sexual para su uso estrictamente privado, en condiciones que excluyen cualquier propósito de difusión²⁸⁷.

Para GARCÍA ÁLVAREZ el contenido del nuevo artículo facilitaría la fundamentación de la atipicidad de los actos sexuales entre los menores de edad, ya que la presunción sobre la falta de validez de consentimiento de los menores de

²⁸⁵ “Artículo 184. 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 a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”

²⁸⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, 2013, *op. cit.*

²⁸⁷ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid 8 de enero de 2013.

dieciséis años pasaría a tener carácter *iuris tantum* y no más *iuris et de iure*²⁸⁸. En este sentido, la nueva redacción resulta criticable, por las razones que resumidamente pasamos a exponer.

Inicialmente, argumenta ser excesivo aceptar la relevancia del consentimiento sexual en los casos del nuevo artículo 184 CP, de forma que el legislador debería haber “blindado” a los menores de determinadas edades, cuyo consentimiento no debería ser considerado en cualquier hipótesis. Asimismo, el empleo del término “madurez”, de contornos imprecisos, va a generar innumerables problemas de interpretación, al implicar una valoración de las cualidades del sujeto, conllevando un elevado margen de incertidumbre²⁸⁹. Por tales razones, en su opinión, hubiere sido deseable mantener los trece años como edad en la que la falta de validez del consentimiento prestado carecería de relevancia con carácter *iuris et iure*, y a partir de esta edad, “admitido la atipicidad de las relaciones sexuales consentidas libremente que puedan mantener con otros menores o con adultos, siempre y cuando no sea mediando violencia, intimidación, o con un consentimiento viciado por engaño u obtenido por prevalimiento”²⁹⁰.

En esta misma línea, otros autores han criticado la nueva redacción relativa al consentimiento con el argumento de que “mientras se niega a la persona menor de edad la capacidad de decidir libremente sobre el ejercicio activo de su sexualidad para con otro sujeto con carácter general —y de ahí, la protección de su indemnidad sexual—, por considerarlo inmaduro e inadecuada una relación sexual con un tercero, y, por ello, digno de protección, se admita casi a reglón

²⁸⁸ En el mismo sentido: GÓMEZ RIVERO, Carmen; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Isabel, “Crónica de Derecho Penal. Año 2014”, *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho*, n° 12, 2014, p. 245

²⁸⁹ Para ejemplificar su objeción la autora presenta las siguientes hipótesis: “qué pasaría si en el caso concreto, tratándose de dos menores con quince años cumplidos, quedara acreditado que el autor (¿varón?) es más maduro que el sujeto pasivo (¿mujer?), ¿entonces ya no sería válido el consentimiento que ella hubiera prestado? Y, por el contrario, podría la madurez equivalente de los implicados hacer que una diferencia de edad entre ellos más relevante, careciera de importancia. Es decir, ¿sería admisible la validez del consentimiento de una menor de quince años cumplidos si el “autor” es un adulto, de veinte años, muy inmaduro para su edad?” GARCÍA ÁLVAREZ, 2013, *op. cit.*.

²⁹⁰ *Ibidem.*

seguido su capacidad decisoria, siempre y cuando se trate de personas próximas en edad”. Esto se justifica en el hecho de que si el “fundamento de la protección de la indemnidad sexual es la carencia de capacidad decisoria y la ausencia de una formación suficiente de la esfera sexual del sujeto, resulta incomprensible que tal capacidad sí se reconozca cuando se realicen acciones sexuales con un sujeto en *par conditio*, como si de dos comprensiones inmaduras de la realidad pudiere arrojar, en su conjunción, un verdadero consentimiento libre y jurídicamente relevante”²⁹¹.

5.2 La introducción de un concepto legal de pornografía infantil

Una de las demandas más reiteradas tanto por doctrina como por la jurisprudencia penales venía referida a la carencia de una definición de “pornografía infantil” en la ley penal, reivindicación asumida y resuelta por la nueva regulación, si bien no va a estar exenta de críticas.

La noción de “pornografía infantil” adoptada por el legislador en la LO 1/2015 tuvo su origen en la Directiva 2011/92/UE²⁹² y comprende no sólo los materiales que representan a un menor o persona con discapacidad participando en

²⁹¹ BOLAÑOS VÁSQUEZ; BOLDOVA PASAMAR; FUERTES IGLESIAS, 2014, *op. cit.*, p. 89.

²⁹² Sobre la valoración del nuevo concepto, “si el propósito era el de seguir las indicaciones de la Directiva de 2011, realmente la vía que se ha elegido no es la más adecuada, ya que el tratamiento conferido a los casos de pseudopornografía (imágenes de adultos que simulan ser menores) o los de pornografía virtual (imágenes realistas de menores inexistentes) se aparta claramente de lo señalado en la mencionada Directiva. ROPERO CARRASCO, Julia, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, p. 287.

una conducta sexual, sino también abarca las imágenes realistas de los mismos participando en conductas sexualmente explícitas, aunque éstas no reflejen la realidad sucedida²⁹³. Es decir, el legislador pasa a considerar, por regla general, como pornográfico infantil el material que contenga no sólo a menores reales, sino también cuando participen personas mayores de edad que aparenten no serlo.

No obstante, en virtud del principio de intervención penal mínima, el proyecto prevé dos excepciones relacionadas al castigo del material pornográfico. En primer lugar, no será considerado como material pornográfico los materiales en los que la persona que parezca menor resulte, en realidad, tener una edad superior a los dieciocho años o más en el momento de producir el material (excepción contenida en la letra c), presunción *iuris tantum*).

En segundo lugar, el apartado 6 del artículo 189 del proyecto contiene una excusa absolutoria que considera atípica la producción y la posesión de pornografía infantil. En este sentido, cuando se trate exclusivamente de la hipótesis relacionada con el apartado c) – esto es, la representación de persona u órganos sexuales de personas que parezcan menores – la posesión y producción de material pornográfico no serán punibles cuando éstos estén en posesión de su productor con fines de utilización privada.

Es importante subrayar que la referida excusa absolutoria no incluye las nuevas conductas tipificadas por el proyecto y que se relacionan con la

²⁹³ Sobre esta cuestión, sostiene la Fiscalía General del Estado que “el mantenimiento de la atipicidad de las conductas relativas a pornografía técnica tras la reforma 5/2010 suponía objetivamente un incumplimiento de la Decisión Marco 2004/68 que ya imponía su tipificación. Con la nueva definición del concepto de pornografía infantil se da cumplimiento a este mandato.” Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid 8 de enero de 2013.

adquisición y el mero acceso al material pornográfico²⁹⁴, lo que va a suscitar críticas al no quedar justificado esa diferencia de trato entre ambos supuestos²⁹⁵.

La amplitud y, en algunos casos, indeterminación del concepto de “pornografía infantil”²⁹⁶, posibilitando el castigo en la elaboración del material pornográfico donde no participen ni menores, ni incapaces merece objeciones críticas, al no proteger ningún bien jurídico.

Es más, aplicar idéntica sanción a supuestos diferentes, como sucede con respecto a la producción de un material elaborado con personas cuya edad cronológica no ha quedado acreditada y aquellos supuestos donde, por el contrario, la minoridad sí resulta comprobada, supone una vulneración del principio de culpabilidad y del principio “in dubio pro reo”. Conforme con ello, se desvirtúa la carga de la prueba, correspondiendo al reo – y no a la Fiscalía – la carga de la prueba, y demostrar que los protagonistas del material pornográfico son adultos, lo que va a suscitar innumerables problemas en la práctica²⁹⁷.

²⁹⁴ La Directiva 2011/92/UE, en su artículo 5.7 deja a discreción de los Estados decidir si las conductas de posesión, producción y adquisición, cuando se trate de la excepción de la nueva hipótesis del apartado c) del artículo 189, deben ser objeto de sanción. El proyecto se ha decidido por el no castigo de la posesión y producción, pero no ha explicado la razón por la cual decidió no incluir el supuesto de adquisición.

²⁹⁵ En sentido crítico, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto en estudio también apunta a una contradicción: “De manera que, con la nueva regulación del anteproyecto, la producción de pornografía infantil para uso privado cuando se trate de “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” (189.1 c) es atípica, mientras que el engaño para que un menor le facilite el material pornográfico para su producción de esa naturaleza resulta castigado. Esta contradicción debe ser corregida.” Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁹⁶ Para el Consejo General del Poder Judicial, estaríamos “ante una redacción difícil, poco técnica y cuidada, que sin duda dará lugar a problemas interpretativos”. Como ejemplo, cita la dificultad en diferenciar la “representación de órganos sexuales con fines sexuales (b)” y “imágenes realistas de órganos sexuales (c)”. *Ibidem*.

²⁹⁷ Esa es justamente una de las razones argüidas por la Fiscalía General del Estado para la adopción del texto. Para el órgano, “muy pronto – ya es difícil – será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador. Las derivaciones del *onus probandi* han sido fundamentales en algunos países a efectos de optar por criminalizar estas conductas. La consecuencia más importante de la existencia de tipos que castigan la pornografía infantil aunque sea virtual es la mayor facilidad para sostener la acusación, al no ser imprescindible para la relevancia penal de la conducta acreditar que el menor es real”. Informe del Consejo Fiscal al

Finalmente, la *pseudopornografía*²⁹⁸, sin estar tipificada en un apartado específico como en la actualidad (art. 189.7 CP), parece haber sido incluida en el concepto de “material pornográfico” introducido por la LO 1/2015. En efecto, el apartado d) incluye como material pornográfico las “imágenes realistas” de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o las imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales, sin la necesidad de que haya sido utilizado un menor real en la producción de la misma. De esta forma, podemos llegar incluso a concluir que la ley, lejos de incorporar las innumerables críticas esgrimidas sobre esta tipología delictiva (art. 189 CP), ha ampliado su ámbito de aplicación, sin exigir la participación de un menor real, bastando que la imagen sea realista. Esta reforma corrobora lo expuesto anteriormente en relación a los delitos sexuales que afectan a menores, pues si para producir “imágenes realistas” no es exigible utilizar a ninguna víctima real, en definitiva la “ratio legis” sólo se justificaría por razones morales, sin otra justificación legítima.

En esta línea expansionista de la punibilidad de las conductas relativas a la pornografía, la adopción de un concepto legal de “pornografía infantil”, como el adoptado por el Proyecto de 2013, influirá en la redacción del vigente artículo 189.1.b) CP, relativo al tráfico y distribución del material pornográfico. En efecto, si la actual redacción condiciona la tipicidad de la conducta a la exigencia de utilización directa de menores reales en la elaboración de los materiales pornográficos, tal requisito será soslayado por la nueva redacción, y la mención genérica al concepto de pornografía infantil.

Una última observación que cabe realizar en torno al concepto legal de pornográfico reside en su carácter restrictivo, conforme al cual el mismo se relaciona estrictamente tanto con la representación visual de un comportamiento

Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid 8 de enero de 2013.

²⁹⁸ La criminalización de la pseudopornografía que, según la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo es de adopción facultativa por cada Estado, fue acogida en España por el Anteproyecto de Ley Orgánica para reforma del Código Penal, demostrando la tendencia restrictiva en nuestro país.

sexual de un menor, como a sus órganos sexuales, lo que excluye, en teoría, los materiales de audio²⁹⁹ y los escritos.

5.3 El nuevo concepto de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”

Otras de las novedades introducidas por la LO 1/2015 en el ámbito de los delitos sexuales junto a la definición de “pornografía infantil” ya aludida, se refiere a la nueva interpretación del concepto “incapaz” (art. 25 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, pueden limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones

²⁹⁹ Sobre este tema específico, la Fiscalía General del Estado argumenta que las “grabaciones de audio con conversaciones sexualmente explícitas utilizando a menores podían considerarse también material pornográfico, pues el tipo vigente de pseudo pornografía infantil (art. 189.7 CP) expresamente incluye el material pornográfico en el que hubiera utilizado la voz (audio) o la imagen del menor, por lo que parece que el legislador trata de abarcar estas dos modalidades pornográficas. Refuerza tal interpretación el inciso del n° 1 del art. 189 cuando se refiere a elaboración de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte. Con la nueva definición, en tanto se refiere a representación visual parece pues que habría de excluirse el material exclusivamente de audio”. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid 8 de enero de 2013.

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 intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

En coherencia con lo expuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), se suprime el concepto de “incapaz” por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, además de soslayar cualquier reminiscencia peyorativa relacionada con el término “minusvalía”. Pese a lo cual, la nueva terminología adoptada carece de trascendencia y relevancia por lo que a la tipicidad de los delitos de pornografía sexual respecta.

5.4 El nuevo tipo de “asistencia a espectáculos pornográficos o exhibicionistas”

Al margen de las novedades anteriormente referidas, la LO 1/2015 introduce nuevas hipótesis delictivas, aspecto que va a merecer una mayor atención por nuestra parte.

Una primera tipología delictiva tipifica la conducta de “asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos”, completando así una laguna de punibilidad denunciada reiteradamente por la doctrina.

Con independencia de este motivo, la tipicidad de esta conducta se justifica en dos razones fundamentales, como son: por un lado, la necesidad de castigar el consumo de esta clase de espectáculos (incluso, en muchos casos, el patrocinio indirecto de quienes fomentan el aumento de la oferta), y por el otro, la necesidad de contrarrestar y armonizarla con la punición de conductas similares, teniendo en cuenta que en la vigente regulación, mientras la posesión de material pornográfico para uso privado es típica (art. 189.2 CP), la mera asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográfico no lo es. Conclusión que nos parece a la vez que llamativa, criticable, si admitimos que esta última conducta resulta bastante más lesiva a las víctimas que aquélla.

En síntesis, la nueva tipología delictiva extenderá la tipicidad a cualquiera de los actos relacionados con los espectáculos pornográficos relativos a menores, abarcando, incluso, no sólo al que produce y financia tales espectáculos (art. 189.1 CP), sino también al consumidor de aquéllos.

5.5 El nuevo tipo de “acceso a sabiendas y adquisición de pornografía infantil”

La LO 1/2015, además de introducir una nueva tipología relativa a la “asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos” (art. 189.1 CP),

redacta otra novedosa figura delictiva, que consiste en “acceder o adquirir el material pornográfico infantil” (art. 189.5 CP), precepto que, a nuestro juicio, adolece de legitimidad, al no suponer lesión alguna para las víctimas.

La “ratio legis” del nuevo precepto “adquirir material pornográfico para uso propio”, si se interpreta la “adquisición” como un paso previo a la “posesión”, a título oneroso, y su posterior castigo sólo se fundamentaría en la evitación de la formación de un mercado entorno a la pornografía, prohibiendo convenientemente su almacenamiento. A mayor abundamiento, la prohibición del consumo y la propia demanda del material pornográfico afectarían, consecuentemente, la producción con fines comerciales de los mencionados materiales.

Con independencia de la referida previsión legal, hemos de tener presente que en la actualidad, el consumo de pornografía infantil se produce principalmente por los intercambios y trueques gratuitos entre los usuarios de grupos o chats por Internet, así como mediante el acceso directo a dicho material, sin la necesaria descarga del mismo, lo que ha ocasionado que el legislador decidiera castigar asimismo la conducta del mero “acceso” – visualización – a sabiendas de un contenido pornográfico, por medio de la tecnología de la información y la comunicación.

Con esta previsión legal, el legislador cubre y complementa una laguna de punibilidad denunciada reiteradamente por amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia, en aquellos casos en los que los autores tenían contacto con el material pornográfico (por ejemplo, accedían puntualmente al mismo), sin llegar a efectuar su descarga, lo que impedía su subsunción en el correspondiente tipo de posesión de material pornográfico para uso privado.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado ya se ha manifestado a favor del referido cambio, argumentando que sería incongruente, si se consolida la tendencia a consumir mediante el visualizado online, castigar la posesión mediante descarga y no castigar esta conducta de visionado. Además, aunque es evidente “que existirán dificultades para su aplicación práctica, que en todo caso

habrá de ser respetuosa con un Derecho Penal basado en el principio de culpabilidad, los efectos beneficiosos de prevención general que la tipificación expresa del acceso pueden generar, son fundamento suficiente para su incorporación al CP”³⁰⁰.

No obstante las ventajas que la aludida previsión legal suscita, la misma va a generar innumerables dificultades probatorias, tanto por lo que respecta a la demostración del efectivo acceso al material pornográfico infantil, como en la intención del autor del delito, siendo frecuente el acceso fortuito al material pornográfico a través de la Red, siendo escasos los casos de descarga accidental.

Asimismo, de manera similar a lo expuesto con relación a los delitos de posesión de material pornográfico para uso propio, la determinación del bien jurídico protegido en esta tipología delictiva no es tarea fácil, resultando difícil fundamentar su legitimidad. Esta valoración negativa se apoya en los siguientes argumentos que pasamos a exponer resumidamente.

En primer lugar, teniendo en cuenta que la conducta de acceso consiste frecuentemente en un acto gratuito, sin suponer estímulo económico alguno a la cadena de la producción de la pornografía infantil, carece de fundamento su relación con aquélla. En segundo lugar, el consumidor del material pornográfico infantil no tiene contacto directo con la víctima, sin que la conducta suponga lesión alguna a la indemnidad y libertad sexuales de aquélla. En tercer lugar, tampoco es factible sostener que la citada figura delictiva protege el derecho a la intimidad y a la propia imagen, dado que el autor no dispone de poder de disposición alguno sobre dicho material, sin que la conducta implique lesividad alguna respecto al bien jurídico.

Finalmente, otra de las críticas que se ha esgrimido contra esta modalidad típica reside en el *efecto criminógeno* que la equiparación de las conductas de posesión, adquisición y mero acceso al material pornográfico provoca. En este

³⁰⁰ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid 8 de enero de 2013.

sentido, si la sanción por acceder es la misma que por poseer o adquirir pornografía infantil, se optará por las últimas conductas, más lesivas que el mero acceso³⁰¹.

5.6 Las nuevas medidas para la retirada de páginas Web con contenido pornográfico infantil

Finalmente, el apartado 9 del artículo 189 CP otorga a los jueces la potestad para retirar o bloquear páginas web de contenido pornográfico, donde se impliquen a menores o discapacitados, dentro del territorio español. Dicha previsión tiene un claro objetivo de evitar la propagación de este tipo de material en el tiempo, atacando la distribución por Internet. Cabe interpretar que la presente disposición legal pretende evitar la propagación de esta clase de material en el tiempo, luchando contra la distribución por Internet y mereciendo tal previsión una valoración positiva.

Abundando sobre el análisis de la nueva previsión, la Fiscalía General del Estado argumenta que el nuevo apartado 9 del art. 189 CP se refiere conjuntamente a dos tipos de medidas diferentes: “la retirada de las páginas, que no planteará excesivos problemas cuando el servidor radique en España y el bloqueo de páginas, que puede ser una medida útil cuando, radicando el servidor

³⁰¹ BOLAÑOS VÁSQUEZ; BOLDOVA PASAMAR; FUERTES IGLESIAS, 2014, *op. cit.* pp. 92-93.

en el extranjero, el país donde se ubica no atiende el requerimiento cursado por los mecanismos de cooperación judicial internacional”³⁰².

5.7 La reformulación de los tipos cualificados

Como última novedad introducida por la LO 1/2015, por lo que a los delitos relativos a la pornografía infantil se refiere, se constata la introducción de tres nuevas modalidades agravadas que ahora pasan a ser previstas en el apartado 2 del nuevo artículo 189 CP, como veremos a continuación³⁰³. Es importante destacar que dicha agravación es junto a la modificación de otros supuestos ya existentes aplicable a cualquiera de los supuestos contenidos en el apartado 1 del art. 189 CP³⁰⁴.

³⁰² Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid 8 de enero de 2013.

³⁰³ La agravante b) del artículo 189.3 relativa al carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos, así como las letras d) y e), reubicadas respectivamente en las nuevas letras c) y f), no se modifican y serán abordadas con mayor detalle en la tercera parte de este trabajo. Los agravantes pasan a ser previstos en el apartado 2 del artículo 189.

³⁰⁴ Sin embargo, esta posición no es unánime. En este sentido, “parece claro que los subtipos deben aplicarse a las conductas que implican directa utilización de menores (art. 189.1 a) y que no deben aplicarse a las conductas de mera posesión de material pornográfico (art. 189.2). La duda surge en relación con las conductas de simple difusión de material sin utilización directa de menores (art. 189.1 b). Un sector doctrinal excluye la aplicación de algunos subtipos agravados a las conductas de difusión del art. 189.1 b) (...). Entendemos, por tanto, que la reforma no puede obviar la necesidad de clarificar a qué conductas son aplicables cada uno de los subtipos. Piénsese además, que con la incorporación al concepto de material pornográfico infantil de la pornografía virtual que se realiza en el Anteproyecto la cuestión puede adquirir niveles de confusión aún más intensos que los que ya en la actualidad se han generado”. Informe del Consejo Fiscal al

*a) Cuando se utilicen a menores de dieciséis años de edad
(art. 189.2.a))*

Esta primera cualificación se fundamenta en la edad de la víctima, exigiendo que en la elaboración del material pornográfico “se utilicen a menores de dieciséis años”. En coherencia con la elevación de la edad de consentimiento sexual, el legislador de 2013 modifica la cualidad de la víctima antes menores de trece años y en la actualidad menor de dieciséis años.

En nuestra opinión, la nueva redacción resulta criticable, si tenemos en cuenta que los menores de dieciséis años de edad pueden gozar de capacidad de autodeterminación sexual, por lo que la agravación carecería de fundamento. Por el contrario, la redacción vigente con alusión a los menores de trece años resulta totalmente justificada, en atención a la mayor vulnerabilidad de la víctima³⁰⁵.

La doctrina jurisprudencial ha interpretado este precepto en el sentido de considerar que cuando el legislador se refiere a “utilizar”, está aplicando esta expresión en el sentido de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores (actualmente menores de trece años y en la LO 1/2015 menores de dieciséis años), y estas acciones tienen un encaje en las conductas previstas en la letra a) del apartado 1 (utilizar a menores de edad para elaborar material pornográfico) y en algunas de la letra b) (producir material pornográfico), pero no resultan aplicables a la difusión de los soportes ya elaborados³⁰⁶.

Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid 8 de enero de 2013.

³⁰⁵ Véase Capítulo Quinto de este trabajo.

³⁰⁶ STS nº 340/2010, de 16 de abril, ponente Luciano Varela Castro. (VLEX-21514707); STS nº 674/2010, de 5 de julio, ponente Manuel Marchena Gómez (VLEX-218421363); STS nº 1299/2011, 17 de noviembre, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. (VLEX342728206).

En la circunstancia citada, la jurisprudencia ha interpretado que la expresión verba empleada “utilizar”, que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de los menores, no permite la aplicación de la agravación de mera difusión o utilización de imágenes producidas por otros, pues la posesión o incluso la divulgación no suponen utilizar o usar directamente a los menores para confeccionar las imágenes pornográficas, sino a aprovechar o difundir soportes ya elaborados, por lo que la citada agravación sólo es aplicable a quien elabore o produzca el material pornográfico. Y si bien esta doctrina restrictiva se fundamenta en la especialidad o circunstancia personal del sujeto pasivo utilizado en la grabación, no está justificada en otros supuestos agravatorios del art. 189.3 CP.

b) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima (art. 189.2.d))

El fundamento de esta cualificación reside en el peligro que el autor del delito ha creado sobre la vida o la salud de la víctima, ya sea de forma dolosa o por imprudencia grave.

La justificación de esta agravación se relaciona con el deber de armonización de la normativa española con la europea, adoptando lo dispuesto en la Directiva 2011/92/UE, artículo 9, apartados f) y g).

c) Cuando el material fuera de notoria importancia (art. 189.2.e))

A diferencia del tipo anteriormente estudiado de novedosa redacción en nuestro Código Penal, la presente cualificación ya existía en nuestro Ordenamiento penal, adoptando una nueva redacción, donde la aplicación de una pena más severa se justifica por ser más grave, atendiendo al valor económico del material pornográfico.

No obstante, y pese a la nueva redacción, el tipo objeto de estudio ha sido prácticamente inaplicado, si tenemos en cuenta que en los escasos supuestos en que se haya incautado el material pornográfico no se realizó estimación alguna sobre el valor del mismo, impidiendo a los tribunales realizar una valoración, y en caso de haberla, ante la ausencia de parámetros legales, la determinación de la gravedad de la conducta (notoria importancia) devenía imposible.

Sin embargo, y pese a desvincular la gravedad de la conducta de una valoración económica, la modificación prevista en la LO 1/2015 no ha resultado afortunada, ante la ausencia de un parámetro objetivo, adecuado para determinar cuándo el material pornográfico fuere de notoria importancia, provocando inseguridad jurídica.

En opinión de la Fiscalía, el subtipo de notoria importancia debería introducir, además, una 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 *collecting behaviour*, acumulando gran cantidad de material”³⁰⁷.

d) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, maestro o miembro de la familia (art. 189.2.g))

Esta previsión legal continúa la línea del tipo vigente previsto en el apartado f), del artículo 189.3 CP, extendiendo expresamente el supuesto a los miembros de la familia que viva con la víctima o a otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de autoridad o confianza. Amplía, de esta forma, la protección de los menores e incapaces frente a los que cometen el delito abusando de su relación de confianza o superioridad.

El fundamento de esta agravante reside tanto en la disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, como en el prevalimiento de la superioridad o el parentesco por parte del autor, además del mayor daño psíquico que conlleva generalmente para la víctima una agresión sexual protagonizada por un miembro del entorno familiar o asimilados³⁰⁸.

³⁰⁷ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid 8 de enero de 2013.

³⁰⁸ MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 201.

e) Cuando concurra la agravante de reincidencia (art. 189.2.h))

Finalmente, la LO 1/2015 introduce un nuevo tipo cualificado, donde se incluyen a los casos en los que se verifique la reincidencia del autor en estos delitos³⁰⁹. Dicha previsión también es fruto de la transposición de la Directiva 2011/92/UE, que trae el mismo contenido en su artículo 9, letra e)³¹⁰.

Una vez analizados los principales cambios previstos por la LO 1/2015 en materia de pornografía infantil, cabe concluir que la misma se inserta en la línea punitivista mencionada al principio de esta investigación, mostrándose como paradigma de una política criminal de *tolerancia cero* en relación con el tema que aquí nos ocupa.

La novedosa introducción del concepto de “pornografía infantil” *amplía desmesuradamente* el ámbito de los delitos de pornografía infantil, castigando no sólo la denominada pornografía real, sino incluso, la simulada, suscitando innumerables dificultades probatorias. Además, de un análisis de los nuevos tipos introducidos y las modificaciones apuradas sobre la vigente regulación de los delitos de pornografía infantil se colige que el legislador retoma el concepto de

³⁰⁹ La reincidencia es definida como circunstancia agravante por el art. 22 CP, que establece que “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que deberían serlo”.

³¹⁰ Plasmando un argumento crítico en torno a esta agravación, *Puente Rodríguez* argumenta que “cualquier justificación que pretenda darse a la circunstancia agravante de reincidencia deberá respetar, como garantía del Estado de Derecho, “el Derecho penal del acto” y “el principio de culpabilidad”. En otras palabras, no será lícito castigar a una persona por encima de lo que sus actos (y no su personalidad) merecen. De manera que no podremos instrumentalizar al reincidente para satisfacer un sentimiento de justicia o remediar un sentimiento de inseguridad ciudadana. La dignidad de la persona, aun la del reincidente (aunque a algunos les cueste compartirlo), debe estar por encima de ello”. PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo, “Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 26, 2012, p. 191.

moral sexual como bien jurídico protegido, al resultar difícil delimitar otros bienes jurídicos.

Finalmente, el aumento de la edad de consentimiento sexual desde los trece años a los dieciséis años de edad es asimismo síntoma de una arbitrariedad basada en supuestos *valores morales colectivos*, incompatible con las sociedades contemporáneas, donde los menores viven su sexualidad de manera cada vez más precoz.

Por todo ello, la reforma que se efectuará en el próximo mes de julio refleja una tendencia expansionista, con la creación de nuevos tipos de dudosa legitimidad, cuyas conductas no suponen ninguna lesión constatable sobre bienes jurídicos concretos y, por ende, dignos de tutela penal. De esta forma, y desatendiendo las críticas esgrimidas por la doctrina, el legislador penal avanza hacia un Derecho criminal de *prima ratio*, donde se criminalizan ciertas conductas en virtud de los parámetros morales y sociales mayoritarios y característicos de un discutible “Derecho penal de autor”.

En el siguiente capítulo, realizaremos un análisis específico en torno a los bienes jurídicamente tutelados por los delitos de pornografía infantil.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL BIEN

JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE

PORNOGRAFÍA INFANTIL

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO
PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL

La teoría del bien jurídico ocupa un papel central en la teoría penal. En este sentido, toda la norma penal debe proteger a un interés jurídico concreto, lo que legitima la intervención penal del Estado - *Ius puniendi* -, dotando de significado y autonomía a cada tipo delictivo³¹¹. En este sentido, es opinión mayoritaria de la dogmática penal contemporánea que el Derecho penal, partiendo de la teoría contractualista³¹², cumple una función de tutela o protección de los

³¹¹ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 74.

³¹² STRATENWERTH, Günter, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 366.

bienes y valores fundamentales, imprescindibles para el pacífico desarrollo de la vida en sociedad, frente a las graves formas de agresión³¹³.

Sobre el tema, subraya MIR PUIG que el hecho de “que el Derecho penal sólo debe proteger ‘bienes jurídicos’ no significa que todo ‘bien jurídico’ haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de ‘bien jurídico’ es, pues, más amplio que el de ‘bien jurídico-penal’”³¹⁴.

Sin embargo, aunque haya sido desarrollado por distintos autores a lo largo de las últimas décadas, el concepto de bien jurídico todavía no es consensual.

A nivel histórico, el significado de bien jurídico fue interpretado de distintas formas. FRANZ VON LISZT, con su visión positivo-naturalista y fundador de la moderna teoría del delito³¹⁵, defendía que los bienes jurídicos siempre contenían valores sociales, siendo constituido de intereses vitales del individuo o de la comunidad, preexistiendo a la valoración del legislador³¹⁶. A su vez, HANS WELZEL entendía el bien jurídico como el objeto del desvalor del resultado y un estado social deseable que el derecho busca resguarda de cualquier lesión. Según este autor, “el Derecho penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc.”, que son justamente los bienes jurídicos³¹⁷.

³¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, México, Editorial Porrúa, 2001, p. 188.

³¹⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal: parte general*, 9 ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, p. 120.

³¹⁵ MIR PUIG, Santiago, “Límites del normativismo en Derecho penal”, en Santiago Mir Puig (director), *Derecho penal del siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 45.

³¹⁶ NIÑO, 2008, *op. cit.*, p. 11.

³¹⁷ WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 12.

Con el objetivo de delimitar el concepto de bien jurídico, HASSEMER, exponente del sector liberal-crítico, en el intento de encontrar el baremo de un concepto aceptable de bien jurídico, propone tres criterios que, a su juicio, servirían para satisfacer en la actualidad dicho concepto. Inicialmente, la idea de bien jurídico debería ser adecuada a la realidad, o sea, expresar la relación correcta entre Derecho y vida y formar un puente firme hacia los verdaderos bienes de las personas hoy en día. En segundo lugar, este concepto debería ser selectivo y nítido, definiendo los límites de la intervención en la libertad humana. Por fin, el bien jurídico debería ser generalmente comprensible, de forma a facilitar el control democrático del legislador y prohibir generalizaciones nebulosas, que impiden a todos hacerse una idea³¹⁸. Como bien esclarece HASSEMER, “una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin lleva a cabo. Dicho fin es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico. La intervención en la libertad de conducta no tendría algo que la legitimara, algo de lo que pudiera extraerse su sentido”³¹⁹.

El autor, además, defiende una teoría personal de bien jurídico. Esta vertiente postula la derivación a partir del individuo de todo juicio de merecimiento de pena y con ello la limitación del Derecho penal a su ámbito nuclear básico, de forma que el bien jurídico siempre debe tener una relación directa con los intereses particulares³²⁰.

³¹⁸HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 104.

³¹⁹HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1984, p. 103.

³²⁰ En este sentido, el bien jurídico puede ser definido “como un interés humano necesitado de protección penal, considerando por tales intereses aquellos bienes vitales imprescindibles para la vida en común de los individuos tales como la vida, la salud, la libertad o la propiedad”. SEHER, Gerhard, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 73-74.

ROXIN, partiendo del supuesto de que la intervención penal debe tener por finalidad la búsqueda de una existencia pacífica, libre y socialmente segura a todos los ciudadanos, argumenta que los bienes jurídicos son los objetos legítimamente protegidos por las normas bajo las referidas condiciones³²¹, siendo definidos como “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin. La distinción entre realidades y fines apunta a que los bienes jurídicos no necesariamente le vienen dados al legislador, como ocurre por ejemplo con la vida humana, sino que también puede ocurrir que sean creados por él, como sucede por ejemplo con el caso de los impuestos”³²². De este modo, para este autor nunca podrá haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal, ya que este es el “fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a la intervención y su cálculo”³²³.

Sin embargo, es importante esclarecer que el contenido del bien jurídico siempre será dependiente en gran parte del contexto histórico y social de la realidad que se habla y, consecuentemente, cambiante con la evolución de la misma. Es decir, los criterios que hacen que un bien sea o no relevante penalmente no son fijos y universales, pudiendo cambiar en virtud de la realidad analizada. Esto es así, porque considerando que el bien jurídico traduce y protege un valor social, este no puede ser entendido separadamente del contexto del que se habla, de forma que su comprensión deberá ser de cierto modo relativizada³²⁴.

En todo caso, el bien jurídico debe tener por base criterios de valoración objetivos, de forma que el Derecho penal jamás podrá servir a la protección de cuestiones subjetivas de cada individuo, ni tampoco las contravenciones a las convicciones valorativas dominantes - como el caso de la moral sexual

³²¹ ROXIN, 2007, *op. cit.*, p. 447.

³²² *Ibidem*, p. 448.

³²³ *Ibidem*, p. 104.

³²⁴ MIR PUIG, 2011, *op cit.*, p. 161.

mayoritaria -, una vez que en esos casos no hay bien jurídico a ser protegido³²⁵. Eso es así, porque los valores morales carecen de la objetividad necesaria para el establecimiento de los bienes jurídico-penales y sería imposible que las normas penales pudiesen abarcar las necesidades de cada ciudadano³²⁶. De esta forma, debe excluirse del ámbito de protección penal las meras discrepancias ideológicas, políticas o religiosas y las meras inmoralidades sin transcendencia en los derechos de terceros, teniendo en cuenta que la misión del Estado es la garantía del orden externo y no la tutela moral de los ciudadanos³²⁷.

Conforme con ello, el Derecho penal tampoco puede actuar a impulso de las reacciones sociales irracionadas, o al menos, alentadas al calor de algunos de los más sonados casos de la realidad social, so consecuencia de ser el resultado insatisfactorio, insuficiente o contraproducente – además de comprometer el principio de intervención mínima³²⁸. Expuesto de otra forma, no toda lesión de un interés humano exige una reacción mediante el Derecho penal, sino tan sólo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente dañosa, es decir, que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre³²⁹. De esta forma también se limitaría el poder punitivo del Estado, siendo un baremo de una buena política-criminal³³⁰.

En este epígrafe, trataremos de determinar los intereses tutelados en los

³²⁵ MONGE FERNÁNDEZ, 1998, *op cit.*, p. 64.

³²⁶ En efecto, "la doctrina contemporánea rechaza de modo categórico la idea de que las normas penales deban proteger sentimientos". HÖRNLE, Tatjana, "La protección de sentimientos en el STGB", en HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 383. En este sentido, "un Derecho penal que desde su inicio no se propusiera finalmente en esencia garantizar la protección de los valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad, mediante el ejercicio de las sanciones penales en los límites social y jurídicamente tolerables, sería un Derecho penal carente de base substancial y no inspirado en los principios de Justicia sobre los que debe asentarse todo Ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, inservible para regular la vida humana en sociedad". POLAINO NAVARRETE, 2001, *op. cit.*, p. 189.

³²⁷ MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010, *op. cit.*, pp. 80-81.

³²⁸ POLAINO NAVARRETE, 2001, *op. cit.*, p. 80.

³²⁹ HASSEMER, 1984, *op. cit.*, p. 38.

³³⁰ BÖSE, Martin, "Derechos fundamentales y derecho penal como "derecho coactivo"", en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 137.

delitos de pornografía infantil, tipificados en el artículo 189 CP³³¹, punto central de esta investigación. En virtud de las controversias que siempre han suscitado la delimitación del concreto bien jurídico protegido en los delitos sexuales³³², es necesario realizar un estudio previo sobre los bienes jurídicos tradicionalmente tutelados en las referidas figuras delictivas, reguladas en el Título VIII CP.

Con ello, buscaremos verificar no sólo la *ratio legis* de los tipos de pornografía infantil y su pertinencia en la ley penal - principalmente aquellos relacionados con la posesión para uso propio y los casos de pseudopornografía, por ser los que más polémica suscitan -, sino también comprobar nuestra hipótesis de que actualmente los mencionados tipos están más destinados a proteger una moral colectiva dominante, que efectivamente un interés individual concreto.

³³¹ Sin embargo, hay que considerar que "la determinación del bien jurídico afectado ya no resulta tan sencilla, si analizamos las conductas de aquellos que, sin haber participado en la elaboración de dichos materiales, los distribuyen, los poseen para su distribución y aún mucho menos cuando se trata de los que simplemente los poseen para autoconsumo. También surgen dudas en este sentido, cuando el objeto sobre el que recae la conducta típica es material pornográfico en el que no han sido utilizados directamente menores o incapaces (se emplea su voz o imagen alterada o modificada). En tales actuaciones, el objeto de la acción son los citados materiales y no los menores, por lo que no resulta sencillo determinar dónde se encuentra el daño y cuál es el concreto bien afectado. (...) en ningún caso se sancionaría penalmente la lesión causada a la indemnidad sexual de los menores que aparecen en el material pornográfico que se difunde, y que han sido previamente utilizados para su elaboración, pues el pleno desvalor de esas conductas ya se contiene en el supuesto recogido en el apartado a) del art. 189.1" FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 63.

³³² "La cuestión del bien jurídico en los delitos sexuales fue siempre controvertida, y en la actualidad no ha dejado de serlo. Pese a las modificaciones introducidas en la rúbrica bajo la que se agrupan los delitos que nos ocupan, la cuestión de cuál sea efectivamente el bien jurídico protegido por las distintas figuras delictivas no es pacífica (honestidad, moral sexual, libertad sexual, indemnidad sexual), pues una solución de semejante cuestión requiere hacer frente al problema de lo que pueda entenderse como protegido en el caso de la realización de actos de naturaleza sexual con menores e incapaces." MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 47.

1. Los bienes jurídicos tradicionalmente tutelados

Como se ha advertido con anterioridad, en este primer apartado abordaremos brevemente los distintos bienes jurídicos protegidos tradicionalmente en los delitos sexuales, buscando identificar el contenido de cada uno de ellos³³³.

1.1 Honestidad

Desde un punto de vista histórico, la honestidad fue el bien jurídico protegido tradicionalmente en los delitos sexuales por el legislador penal hasta la reforma de 1989, momento en que fue objeto de críticas por parte de la doctrina mayoritaria, tornándose insostenible³³⁴. Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, al asumir un modelo de “delitos contra la honestidad”, el Código Penal anterior – especialmente en sus primeras versiones - partía claramente de la defensa de una

³³³ Como recuerda *Aguado López*, desde “la Constitución del 78 se han practicado diversos cambios en la regulación de los delitos sexuales dentro del CP para sustituir la protección de la moral sexual por la tutela de la libertad sexual, adaptando así el CP al nuevo orden de valores que proclama la Constitución”. AGUADO LÓPEZ, Sara, *El delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p.115.

³³⁴ MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 47.

determinada moral sexual (conservadora y católica), defendida por el nacional-catolicismo imperante en el régimen franquista³³⁵.

En este sentido, es conveniente destacar que la protección de la honestidad está íntimamente relacionada con la moral sexual³³⁶ - que será abordada a continuación - una vez que su comprensión está ligada a la idea de moralidad dominante en una determinada sociedad³³⁷. Conforme con ello, GIMBERNAT ORDEIG subraya que “los tradicionales ‘delitos contra la honestidad’ protegían el sentimiento moral dominante que, de acuerdo con las pautas cristianas, y, sobre todo, católicas, reaccionaba con escándalo, sincera o hipócritamente (cuando ese escándalo enmascaraba una doble moral) ante cualquier comportamiento sexual ‘desviado’, distinto de la relación genital-genital practicada dentro del matrimonio heterosexual”³³⁸.

En esta misma línea, una de las voces más autorizadas en esta materia, representada de modo destacado por Díez Ripollés sostiene que “merecerá el calificativo de honesta toda conducta sexual acorde con los valores culturales propios de la sociedad en que se vive, o se catalogará como honestidad al conjunto de abstenciones y restricciones referidas al orden sexual que, a través de sanciones morales o penales, pretenden salvaguardar las relaciones sociales, disimulando el fondo animal de los instintos y dignificando los caracteres de la especie humana en su evolución ascendente de naturaleza y costumbres”³³⁹.

³³⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2006, *op. cit.*, p. 182.

³³⁶ En este sentido, “el concepto honestidad estaba imbuido de tintes moralizantes, y se mostraba excesivamente restrictivo, dejando en la atipicidad los atentados sexuales que tuviesen lugar sobre “personas reputadas socialmente de deshonestas”, o sobre menores, cuyo calificativo resultaría impropio”. MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 49.

³³⁷ En otras palabras, “intentando proteger la honestidad se procuraba proteger a aquellas personas que cumplieran con los cánones que les marcaba la sociedad, o más específicamente un grupo determinado de ella.” CARUSO FONTÁN, María Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 89.

³³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (presentación), en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 14.

³³⁹ Díez Ripollés, José Luis, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. La frontera del Derecho Penal sexual*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 17.

De esta forma, la protección de la honestidad buscaba tutelar la “buena reputación” de los individuos en una sociedad en la cual los valores morales religiosos eran dominantes y de los cuales dependía un individuo para ser bien visto en ella.

El Tribunal Supremo, en sentido similar, sostenía que los tipos protectores de la honestidad también buscaban tutelar sentimientos de pudor, decencia, y recato de la persona ofendida, además de los de moralidad pública e individual, circunscritas al ámbito sexual³⁴⁰.

Con relación a la pornografía, en esta etapa era tipificada como delito de escándalo público, que buscaba proteger, entre otros, el bien jurídico de la honestidad. Siguiendo esta línea, el citado Tribunal entendía que la publicación de una revista pornográfica, por ejemplo, constituía “un descarado ataque al más elemental sentido de honestidad y decencia existente en la mayoría de los ciudadanos de cualquier sociedad humana civilizada, promoviendo ante las personas mayores un sentimiento de desagrado y escándalo al ver conculcadas públicamente las normas consuetudinarias que rigen el pudor individual y la moral familiar y social sobre las que existe un consenso general del que participan y creen el más adecuado”. Conforme con ello, el órgano jurisdiccional concluye que la pornografía ofrece “un peligro de corrupción espiritual a los menores, al hacerles creer que tales actividades anómalas y desviadas, son corrientes y mayoritarias en la sociedad adulta en la que conviven e inspirándoles una malsana curiosidad que puede llevarles a la práctica de tales actividades perversas u homosexuales en la peligrosa edad que su determinación y fijación sexual, por lo que al faltarles en dicha publicación aquel mínimo de conveniencia y decoro que debe presidir las manifestaciones de la vida sexual”³⁴¹.

³⁴⁰ Vid STS nº 92/1979, de 29 de Enero, ponente Bernardo Francisco Castro Pérez (VLEX-76688211); STS nº 1853/1985, de 16 de Diciembre, ponente Benjamin Gil Sáez (VLEX-77571049).

³⁴¹ STS nº 343/1982, de 15 de Marzo, ponente Bernardo Francisco Castro Pérez (VLEX-

En definitiva, los argumentos expuestos ponen de manifiesto el carácter subjetivo y abstracto del fundamento de la honestidad como bien jurídico protegido y los demás elementos que la integran, los cuales, aunque vigentes y aceptados durante muchos años, en la actualidad no pueden ser considerados como bienes jurídicos penales, lo que no es óbice para otorgarles protección en la esfera civil. En este sentido, según la doctrina mayoritaria, el concepto de honestidad “adolece de cierta imprecisión y ambigüedad, en parte por el amplio margen que su contenido abarca, y en parte por la propia mutabilidad inherente a la dinámica del mismo”³⁴², por lo que la honestidad como bien jurídico tutelado en los delitos sexuales no es sostenible en un Estado Social y Democrático de Derecho, establecidos por la Constitución de 1978.

1.2 Moral sexual

Para soslayar las críticas esgrimidas sobre la “honestidad” como bien jurídico protegido en los delitos sexuales, la doctrina penal mayoritaria sostuvo que la protección de la “moral sexual” ha sido uno de los primeros fundamentos que justificarán la intervención penal en los delitos sexuales³⁴³. Esto es así, porque

76761061). En el mismo sentido, vid. STS nº 515/1979, de 27 de Abril, ponente Mariano Gómez de Liaño Cobaleda (VLEX-76688089); STS nº 151/1979, de 9 de Febrero, ponente Bernardo Francisco Castro Pérez (VLEX-76688038); STS nº 1005/1979, de 2 de Octubre, ponente Fernando Díaz Palos (VLEX-76686013).

³⁴²POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, p. 17.

³⁴³ Como hemos tenido la oportunidad de mencionar anteriormente, la jurisprudencia en muchas de las veces utilizaba conjuntamente la honestidad y la moral sexual, con el objetivo de justificar tipos sexuales, imprimiendo contenido similar a ambos. *Vid* STS nº 1470/1980, de 23 de

esta especie de delitos se relaciona de forma estrecha con los sentimientos dominantes sociales más íntimos y, en consecuencia, con el sentimiento moral de la mayoría³⁴⁴.

Con respecto a esta cuestión, explica DÍEZ RIPOLLÉS que “la noción de ‘moral’ está ligada a planteamientos éticos y así, se dirá que viene a expresar en este ámbito lo que la sociedad aprueba o desaprueba por ser éticosocialmente positivo o negativo, o bien que el sentimiento moral es el que exige los hechos y acciones humanas no se alejen, en sus manifestaciones públicas, del respeto de aquellas normas y costumbres a las que la colectividad humana reconoce un significado y valor éticos, o simplemente se trata del sentimiento ético de la comunidad en relación con los fenómenos sexuales”. Así, con la protección de la moral sexual, el legislador trata de vedar determinadas formas de exteriorización del instinto sexual opuestas a la convivencia que el derecho pretende asegurar; de ahí que se aluda repetidas veces a que el concepto de ‘moral’ se utiliza como instrumento para asegurar el respeto de los principios de conservación, solidaridad y convivencia sociales”³⁴⁵.

En opinión de CARUSO FONTÁN, “el objetivo de proteger la moral sexual a través del Derecho ha marcado tradicionalmente la regulación de los delitos relativos al orden sexual sobreviviendo a sus sucesivas reformas. Si bien en general los autores no han sostenido abiertamente este concepto como bien jurídico protegido, sí lo hacían de forma indirecta, ya que conceptos como la honestidad, el pudor o la decencia pública no responden a otro criterio”³⁴⁶.

Sin embargo, aunque haya sido fundamento durante muchos años para legitimar los tipos relacionados con los delitos sexuales, el concepto de moral sexual también carece de la objetividad necesaria para justificar la intervención de

Diciembre, ponente José Hijas Palacios (VLEX-76730549); STS nº 1147/1979, de 3 de Noviembre, ponente Fernando Díaz Palos (VLEX-76686005).

³⁴⁴ MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 50.

³⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, 1982, *op. cit.*, pp. 10-11.

³⁴⁶ CARUSO FONTÁN, 2006, *op. cit.*, p. 89.

una rama del Derecho tan agresiva desde el punto de vista punitivo³⁴⁷. O por decirlo con otras palabras, “legislar conforme a la moral implica imponer a toda la sociedad las creencias y valoraciones de un grupo determinado” y esto sería frontalmente contrario a una sociedad pluralista. Es decir, la moral “se preocupa por el interior del individuo, por su conciencia, teniendo en cuenta la conducta como mero síntoma de la actitud interna; mientras que al derecho no le preocupa la subjetividad de la conducta, sino sólo los daños que pueda causar a terceros”³⁴⁸.

Conforme con ello, el Estado democrático no puede sancionar bajo pena meros criterios morales, o la disidencia política, o la diferente forma de entender el mundo, o la diversidad cultural, o el concreto modo de ser del individuo. Pues si la pena es el instrumento represivo del Estado que más intensamente ataca a los derechos y bienes del individuo, el recurso a la sanción debe estar legitimado. Por eso el delito debe suponer siempre una agresión a las condiciones básicas de la coexistencia humana³⁴⁹.

De esta forma, teniendo en cuenta los fundamentos de la teoría del bien jurídico en el contexto de un Estado democrático, no habría forma de sostener la idea de la *moral* como un legítimo interés a proteger³⁵⁰. Esto sólo sería posible considerando una teoría espiritualista, “en la medida en que ésta atiende a una

³⁴⁷ En este sentido, “partiendo de que hay que llegar a una clara separación entre Moral y Derecho, hasta el extremo de que se llega a afirmar que la convergencia o divergencia entre Derecho Penal y Moral es irrelevante, se considera que no compete al Derecho penal sexual la protección de lo meramente inmoral en sí y por sí considerado; carece de significado, por consiguiente, el preguntarse en la decisión sobre la punición o no de una conducta por el Derecho penal sexual, sobre su reprochabilidad moral”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 20. La delimitación entre al Derecho y la Moral siempre se ha constituido en un importante problema dentro de la teoría jurídica. Vid ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del estado constitucional)”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, nº 15, abril de 2006, pp. 149-150.

³⁴⁸ CARUSO FONTÁN, 2006, *op cit.*, pp. 90-91.

³⁴⁹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 63.

³⁵⁰ En el sentido es la lección de *Polaino Navarrete*, que sostiene que “un Derecho penal que desde su inicio no se propusiera finalmente en esencia garantizar la protección de los valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad, mediante el ejercicio de las sanciones penales en los límites social y jurídicamente tolerables, sería un Derecho penal carente de base substancial y no inspirado en los principios de Justicia sobre los que debe asentarse todo Ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, inservible para regular la vida humana en sociedad”. POLAINO NAVARRETE, 2001, *op. cit.*, p. 189.

concepción ético-individual del bien jurídico y que asocia el delito al mundo de lo valorativo, en vez de localizarlo en el mundo de lo social. El punto central, según esta teoría, no serán los efectos sociales del delito, sino la relación desvalorativa que éste supone en el entorno sociocultural³⁵¹. Además, hay que reconocer que existen distintos modos de entender la moral en una sociedad pluralista, de forma que la imposición por el Derecho Penal de determinadas representaciones morales impide una organización pluralista de la sociedad, llevando a la intolerancia, a la opresión de minorías y a la tutela de la moral de los ciudadanos³⁵².

Por consiguiente, cualquier intento de convertir la moral sexual en un bien jurídico autónomo y general, sin identificar los concretos bienes jurídicos que pueden ser específicamente cuestionados en los respectivos tipos delictivos³⁵³, “conlleva el peligro de convertir al Derecho penal en un instrumento ideológico más propio de la Inquisición que de un moderno Estado pluralista y democrático”³⁵⁴.

En virtud de lo expuesto con anterioridad, cabe colegir que en la actualidad no se puede justificar la tipificación de ningún delito fundamentado en la moral sexual, aunque la conducta delictiva estuviese en contra de los valores de la población mayoritaria.

³⁵¹ CARUSO FONTÁN, 2006, *op cit.*, p. 91.

³⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, 1982, *op cit.*, p. 21.

³⁵³ En palabras de Hörnle, “la doctrina contemporánea rechaza de modo categórico la idea de que las normas penales deban proteger sentimientos”. HÖRNLE, 2007, *op. cit.*, p. 383.

³⁵⁴ MUÑOZ CONDE, 2010, *op cit.*, p. 196.

1.3 Libertad sexual

En aras de soslayar las innumerables críticas esgrimidas contra la “honestidad” y la “moral sexual”, como bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales, la LO 3/1989 introdujo el concepto de “libertad sexual”, sustituyendo a los anteriores³⁵⁵, erigiéndose como bien jurídico protegido hasta la actualidad, en el ámbito de los delitos sexuales³⁵⁶.

El significado de este bien jurídico se relaciona con el derecho que las personas tienen de ejercer su actividad sexual con completa libertad y sin interferencia de nadie³⁵⁷, permitiendo el “ejercicio no condicionado de la sexualidad personal”³⁵⁸ y tutelando el derecho “a no verse involucrado en un contexto sexual no querido”³⁵⁹. Es decir, “se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en

³⁵⁵ “Al inicio de los años ochenta existía un consenso doctrinal (...) en torno a la necesidad de que el Código Penal abandonara la tutela de la honestidad, como bien jurídico, en la esfera sexual. Las demandas doctrinales se orientaban a la postulación ‘de lege referenda’ de la reforma del derecho penal sexual en aras a la tutela de la libertad sexual como bien jurídico individual de la persona.” MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 948.

³⁵⁶ En efecto, “originariamente, el texto de 1995 hablaba tan sólo de Delitos contra la libertad sexual. La inclusión, en la rúbrica legal, de la indemnidad sexual, vino de la mano de la reforma por LO 11/1999”. BLANCO LOZANO, 2005, *op. cit.*, p. 233.

³⁵⁷ En este sentido, “los atentados a la libertad sexual poseen para el individuo un claro matiz diferenciador frente a otros atentados a la libertad en esferas vitales no tan vinculadas a la autorrealización personal: el forzar a una determinada relación sexual, o prohibir su ejercicio, merece un peculiar enfoque valorativo, derivado del hecho de que supone privar a la víctima de la libre disposición de una de las dimensiones de su personalidad y de su existencia dotada de una mayor aportación personal en cuanto a su sentido y consiguiente ejercicio.” DIEZ RIPOLLÉS, 1985, *op. cit.*, p. 24.

³⁵⁸ BLANCO LOZANO, 2005, *op. cit.*, p. 234.

³⁵⁹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 1999, *op. cit.*, p. 30.

libertad”³⁶⁰.

Su adopción como bien jurídicamente tutelado en los delitos sexuales tuvo como objetivo principal abandonar la tutela de la *honestidad* y, así, “vaciar de contenido moral el derecho penal sexual”, lo que implicaba también “abandonar la tutela de sentimientos colectivos, de prejuicios estándares imperantes y, en definitiva de proceder a la laicización del instrumento punitivo en esta materia”. De esta forma, se trataba de “tutelar la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores que alumbró la Constitución de 1978, todo ello en detrimento del concepto de moral sexual dominante, y de los intereses indirectos o reflejos presentes secularmente en los tipos del Código Penal, que en buen número de casos implicaban la tutela mediata de intereses familiares, matrimoniales *stricto sensu* o de expectativas matrimoniales”³⁶¹.

En suma, se ha pretendido adecuar el Derecho penal sexual a los principios que inspiran una sociedad pluralista, eludiendo cualquier intento de moralización de los ciudadanos, limitando el castigo a aquellas conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad a tenor de la concepción global que de ella cada individuo sustente³⁶².

Un sector autorizado de la doctrina penal, representado de modo destacado por ORTS BERENGUER recuerda que de la idea de libertad sexual derivan dos aspectos importantes: uno *dinámico-positivo*, que comprende la facultad de disponer de su propio cuerpo, y uno *estático-pasivo*, que se relaciona con las posibilidades de repeler los ataques de índole sexual que se puedan producir³⁶³. Lo que significa que el contenido de la libertad sexual alberga a los individuos no sólo “el derecho a escoger y practicar, en cada momento, la opción sexual que

³⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, *Estudios de derecho judicial*, n° 21, 1999, p. 217-218.

³⁶¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 875-876.

³⁶² DIEZ RIPOLLÉS, 1985, *op. cit.*, p. 20-21.

³⁶³ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 24.

más le plazca”, utilizando y sirviéndose del propio cuerpo en la esfera sexual – con la única limitación que las derivadas del obligado respecto a la libertad ajena-, sino también el derecho a elegir la persona con quien practicará estos actos y el de rechazar las proposiciones no deseadas³⁶⁴.

En otras palabras, la libertad sexual es la facultad de toda persona a determinarse de forma autónoma en el ámbito de la sexualidad, a decantarse por una u otra opción sexual y a utilizar su cuerpo conforme a sus deseos en este orden de cosas. También, permite aceptar o rechazar proposiciones, incluso de modo violento cuando se le pretende imponer un comportamiento no querido³⁶⁵.

De este modo, puede considerarse la libertad sexual como una manifestación de la libertad de la persona³⁶⁶, que singulariza la facultad de autodeterminación en la esfera sexual, pudiendo ser considerada la autodeterminación personal en el marco de las relaciones sexuales, como una faceta más de la capacidad de obrar³⁶⁷.

MORALES PRATS Y GARCÍA ALBERO subrayan que la libertad sexual es “un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de libertad personal, cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual, actual o *in fieri* (por ejemplo, en relación a menores), como valor en suma de una sociedad pluralista y tolerante. En este sentido, la apuesta político-criminal se centra en evitar la imposición, a través del Derecho penal, de concepciones o valoraciones globales corporativas de la sociedad”. 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 personalidad³⁶⁸ en

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 25.

³⁶⁵ ORTS BERENGUER; GONZÁLEZ CUSSAC, 2004, *op. cit.*, p. 457.

³⁶⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2005, *op. cit.*, p. 152.

³⁶⁷ MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, pp. 51-53.

³⁶⁸ En este sentido, hay autores que defienden la necesidad de incorporar en calidad de bien jurídicamente protegido el libre desarrollo de la personalidad, con el fundamento en la dignidad

la esfera sexual, preservándolos de lastres y traumas impuestos por terceros. En este último ámbito, el bien jurídico protegido es la libertad sexual potencial³⁶⁹.

No obstante, y a pesar de soslayar las críticas esgrimidas sobre los conceptos de honestidad y de moral sexual, la tesis de la libertad sexual encontró su principal escollo a la hora de armonizar la libertad sexual y su posible ejercicio en el caso de conductas sexuales que afectaren a menores³⁷⁰. Esta dificultad deriva de la concepción de la libertad sexual, pues si la misma supone una condición efectiva de ejercerla, por definición los menores carecen de tal facultad y por ende, no podrían ser titulares de una libertad en su ámbito sexual. Es decir, “si hemos definido la libertad sexual como la capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual, y los menores e incapaces carecen (...) de esta facultad, no será la libertad sexual el bien jurídico protegido por estos tipos, pues difícilmente se puede proteger aquello de lo que se carece”³⁷¹.

De esta forma, en virtud de su condición jurídica, el menor carece de la capacidad de decisión sobre su propia libertad en el ámbito sexual, de forma que no puede ser éste el bien jurídico tutelado en estos delitos³⁷². Con relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado afirmando que los menores

humana. De esta forma, se estaría protegiendo a los grupos especialmente vulnerables ante los delitos vinculados a la explotación humana. Véase ONTIVEROS ALONSO, 2006, *op. cit.*.

³⁶⁹ MORALES PRATS, Fermín; GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director), MORALES PRATS, Fermín (Coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 876.

³⁷⁰ En efecto, “la tesis de la libertad sexual tropieza con el escollo fundamental a responder a lo que deba entenderse protegido en el caso de delitos que afecten a menores e incapaces”. MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 56.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 58. En este sentido, “Cuando nos referimos a los menores de edad, no es que no se encuentren físicamente preparados para soportar una relación sexual, sino psíquicamente, pues, en realidad, lo que ocurre es que no existe consentimiento apto, suficiente o adecuado por parte del menor en estos casos. Así, la presencia del dato de la edad configura un tipo específico – más bien un subtipo – de delito con un tratamiento específico en nuestro Derecho penal.” FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, “La tutela del menor frente a las nuevas tecnologías de la información tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal”, en Eva Jordá Capitán y Verónica de Priego Fernández (Dir.), *Los derechos de la personalidad de los menores y las Nuevas Tecnologías*, Madrid, El Derecho Editores, 2012, p. 164.

³⁷² Para Carmona Salgado, la intangibilidad sexual constituye justamente una consecuencia de la ausencia de libertad sexual, una cualidad que se predica de aquellos sujetos que no pueden ejercer dicha facultad por estar incapacitados para ello. Vid CARMONA SALGADO, Concepción. *Los delitos de abusos deshonestos en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 1981.

de 13 años no son capaces para consentir en el ámbito sexual, “por faltarles los resortes adecuados de su personalidad, en razón de su temprana edad, para comprender el significado sexual de su comportamiento”³⁷³.

No obstante, recuerda DIEZ RIPOLLÉS que la ley penal reconoce parcialmente el ejercicio de la libertad sexual a los mayores de trece años cuando se atribuye especial relevancia punitiva al vencimiento de su voluntad contraria a mantener determinadas relaciones sexuales o al otorgamiento de un consentimiento viciado para realizarlas, lo que resulta incongruente si se rechaza la libertad como referencia del comportamiento de estos sujetos en este ámbito³⁷⁴.

En sentido similar, CARUSO FONTÁN defiende que partiendo de la premisa de que la libertad es una facultad del individuo, inherente a su condición de persona, “no resulta coherente que algunos autores quieran negársela a ciertos individuos por la particular situación en que se encuentran. Se trata de un atributo natural, no de un bien creado y atribuido normativamente a la persona, sino de una cualidad consustancial a ésta que la acompaña durante toda su vida”. Por ello, según la referida autora, no resultaría válido el argumento conforme el cual, el no reconocimiento por parte del derecho, de la facultad para consentir por parte de los menores, no implica necesariamente que éstos carezcan de libertad. En este sentido, la referida autora propone plantear una distinción entre la titularidad de la libertad – de la cual gozan todas las personas – y el ejercicio de la misma³⁷⁵.

Desde otro punto de vista, SUBIJANA ZUNZUNEGUI sostiene que en el caso de las víctimas menores de edad, la libertad no debe ser interpretada como una libertad de decisión – entendida como respeto por el asentimiento voluntario o

³⁷³ STS 1455/2001, de 20 de Julio, ponente Julián Sánchez Melgar (VLEX-15212907). Como veremos en el próximo capítulo, esta lógica no se aplica a los casos de pornografía infantil. Es decir, al sujeto que ha alcanzado los 13 años de edad y aún no ha cumplido los 18, se le reconoce capacidad de autodeterminación en materia sexual y consiguientemente capacidad para mantener cualquier tipo de relación sexual con adultos, mientras que se le niega esa misma autonomía para autorizar su participación en actos pornográficos, en la elaboración de material de ese tipo y en su ulterior distribución. FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 66. En el mismo sentido *vid.* SAP Madrid nº 737/2008, de 14 de noviembre, ponente Miguel Hidalgo Abia (VLEX-53885773); STS nº 961/2011, de 20 de septiembre, ponente Alberto Jorge Barreiro (VLEX-326852727).

³⁷⁴ DIEZ RIPOLLÉS, 1999, *op. cit.*, p. 236.

³⁷⁵ CARUSO FONTÁN, 2006, *op. cit.*, p. 164.

moral al acto sexual -, sino que ampara el ejercicio de la sexualidad en condiciones de libertad³⁷⁶.

Al margen de la controversia suscitada en torno al concepto de libertad sexual como bien jurídico protegido, por lo que respecta a sujetos menores, es necesario concluir que la libertad sexual es aceptada mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia penales como un interés legítimo de protección a través de los delitos sexuales, siendo reconocida expresamente en la rúbrica del Título VIII del CP vigente, junto con la indemnidad sexual, que estudiaremos a continuación.

1.4 Indemnidad sexual

La controversia generada en torno a la libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales que afectan a menores, suscitó un enconado debate tanto a nivel doctrinal, como jurisprudencial, proponiendo un nuevo bien jurídico tutelado en los delitos sexuales³⁷⁷, como fue la indemnidad sexual³⁷⁸.

³⁷⁶ “Por ello, es necesario precisar los presupuestos que permiten afirmar que la sexualidad del menor se ejerce en condiciones de libertad. La línea matriz es proscribir toda instrumentalización del menor al servicio de las necesidades sexuales del adulto. Ello es fácilmente atisbable cuando la implicación del menor en un contexto sexual se realiza acudiendo a la violencia, intimidación, engaño o precio, pero presenta contornos espinosos en los supuestos específicos de abuso de superioridad.” SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 1999, *op. cit.*, p. 30.

³⁷⁷ En efecto, la introducción de la expresión “indemnidad sexual” ha buscado justificar la creación o ampliación de ciertos tipos que no se ajustaban al concepto de libertad sexual. MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 58.

³⁷⁸ No obstante, algunos autores apuntan que no es correcto vincular la idea de indemnidad solamente a los menores, una vez que la prohibición de interferencia en la sexualidad ajena afecta

Dicho concepto fue introducido por la LO 11/1999 y, a pesar de que muchos autores lo han acuñado, todavía no se ha alcanzado un consenso definitivo en torno a su contenido y significado, ni tampoco sobre su conveniencia en la ley penal³⁷⁹.

Dicha reforma tuvo como objetivo principal reforzar la insuficiente protección que recibían los menores e incapaces en el Código Penal de 1995 frente a conductas de contenido sexual – y sobre todo en los abusos sexuales –, reservando un severo castigo a los supuestos de pornografía infantil³⁸⁰.

Para MUÑOZ CONDE, con la introducción del concepto de *indemnidad* el legislador de 1999 quiso no sólo poner de relieve que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en todos los delitos regulados en este Título, sino también justificar la ampliación o creación de algunos tipos delictivos que no se

a todos los individuos, independientemente de la edad. En este sentido, *Caruso Fontán* señala que “otorgar a la indemnidad la cualidad de valor predicable únicamente respecto a menores e incapaces no es correcto, ya 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 sus características personales. La protección del normal desenvolvimiento de la sexualidad de 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”. CARUSO FONTÁN, 2006, *op. cit.*, p. 175.

³⁷⁹ En este sentido, *Díez Ripollés* sostiene que “no está justificada, sin embargo, la necesidad del concepto de indemnidad sexual y sus equivalentes para identificar el objeto de tutela en determinados delitos sexuales que pretendidamente no serían reconducibles al bien jurídico de la libertad sexual: Ante todo, porque el concepto de libertad sexual del que se parte, estrictamente limitado a los casos en que la víctima está en condiciones fácticas y jurídicas de ejercer efectivamente tal libertad, ni resulta conceptualmente obligado, ni parece el más adecuado para expresar la auténtica dimensión axiológica que es propia del ejercicio libre de la sexualidad en nuestra sociedad. Por el contrario, una formulación como la que he propuesto aún al debido respecto por esa dimensión su capacidad para explicar de un modo conceptual y sistemáticamente coherente la práctica totalidad de las conductas incriminadas. En segundo lugar, porque en la regulación vigente se aprecia con claridad un amplio reconocimiento del ejercicio de la libertad sexual por parte de menores e incapaces”. DÍEZ RIPOLLÉS, 1999, *op. cit.*, pp. 234-235. También, “se objetó que el vocablo ‘indemnidad sexual’ estaba revestido de tintes moralizantes, que de un modo subrepticio reintroducía en el Código penal el obsoleto concepto de la ‘moral sexual’, tutelándose una concreta moral sexual, protegiendo el Derecho penal una determinada concepción global de lo correcto en detrimento de otras”. MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 63.

³⁸⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2006, *op. cit.*, p. 184. Para perfilar el sentido de este concepto “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 adultos.” FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 256.

ajustaban a ninguno de los bienes antes existentes con anterioridad³⁸¹. Es decir, con el criterio de la *libertad sexual* lo máximo que se podría prohibir es el ejercicio de conductas violentas o intimidatorias con los menores de edad con el fin de realizar actos sexuales, de forma que “si se quiere prohibir algo más o incluso la sexualidad como tal con dichas personas, aun sin ser contraria a la voluntad del afectado, entonces hay que utilizar otros criterios que están más allá de lo que se entiende por libertad sexual”³⁸².

En líneas generales, el concepto de indemnidad sexual busca “reflejar el interés de que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad”. Referido distanciamiento de la sexualidad busca evitar posibles perjuicios a los menores, como “alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento”³⁸³.

Por decirlo con otras palabras, el contenido de la *indemnidad sexual* tiende a tutelar el proceso de formación del niño, para evitarle que sea sometido a prácticas que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten su capacidad de decidir libremente sobre sus preferencias en cuestiones relativas al sexo, al alcanzar la edad de trece años, cuando tenga o no que prestar su consentimiento en las relaciones sexuales que, eventualmente, pudiera tener³⁸⁴. En este sentido ya se ha manifestado la jurisprudencia argumentando que la indemnidad sexual busca proteger justamente la formación de la personalidad y

³⁸¹ MUÑOZ CONDE, 2013, *op. cit.*, p. 191.

³⁸² *Ibidem*, p. 193.

³⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, 1999, *op. cit.*, pp. 232-233.

³⁸⁴ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Los delitos de pederastia”, en *Diario La Ley*, n° 7534, Editorial La Ley, 23 de diciembre de 2010.

normal desarrollo sexual de los menores³⁸⁵. Es decir, busca proteger un conjunto de intereses y valores, a saber, que “los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y su bienestar psíquico, esto es, el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad”³⁸⁶.

En este contexto, recuerda DÍEZ RIPOLLÉS que la adopción y la evolución del concepto de indemnidad sexual también tiene como objetivo desvincularlo de interpretaciones apegadas a concepciones éticas sobre lo sexualmente correcto³⁸⁷.

Es importante mencionar que el referido concepto tiende “a intercambiarse con otros términos que se pretenden, al menos en principio, semánticamente distintos”. Ejemplo de esto es la utilización del término “intangibilidad sexual” - influencia de la doctrina italiana acogida en nuestro Derecho penal en la década de los 70 - y que expresaría “una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencia sexuales”³⁸⁸.

Según estas consideraciones, existe un consenso en nuestro ámbito cultural conforme al cual los menores de edad (de 13 años e, incluso, entre 13 y 18) y los incapaces deben mantenerse libres de todo contacto sexual, en aras de preservar su desarrollo sexual. Así, la tutela a la indemnidad sexual busca establecer una protección general de los menores en relación al ejercicio de su sexualidad, con

³⁸⁵ SAP Valencia nº 705/2003, 31 de diciembre, ponente José Andrés Escribano Parreño (VLEX – 54623590).

³⁸⁶ SAP Cáceres nº 229/2013, 13 de mayo, ponente: María Félix Tena Aragón (VLEX – 442331158).

³⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, 1999, *op. cit.*, p. 234.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 233. Vid GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos de política criminal*, nº 59, 1996, pp. 321-371.

vistas a garantizar el libre desarrollo de la misma, sin cualquier tipo de influencia por parte de terceros³⁸⁹.

El fundamento de la prohibición del contacto sexual con niños reside en la opinión existente en nuestro ámbito cultural, conforme a la cual “existe un consenso no escrito sobre la intangibilidad o indemnidad que debe otorgarse a menores e incapaces frente a la sexualidad de terceros, para evitar efectos dañosos en su vida”, principalmente considerándose la invalidez del consentimiento de este³⁹⁰. En otras palabras, “la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que incidan de modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual”³⁹¹.

La sustitución del concepto de libertad sexual por el de indemnidad sexual, sin embargo, no estaría exenta de críticas, como han manifestado algunos autores. Valga de cita DIEZ RIPOLLÉS, para quien esta nueva idea presenta insuficiencias conceptuales y jurídico-positivas difícilmente superables. Según él, “la conveniencia de que menores e incapaces se mantengan alejados total o parcialmente del contacto con la sexualidad la fundamenta el concepto de intangibilidad en la existencia de un consenso social en esa línea, mientras que el concepto de indemnidad la estima una consecuencia de la necesidad de preservar a tales sujetos de ciertos perjuicios. Pero ni uno ni otro de esos conceptos expresa

³⁸⁹ O sea, “la indemnidad se conectaría directamente con el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad, elemento auténticamente relevante, que no la libertad, de determinadas infracciones”. QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS, 2011, *op. cit.*, pp. 877-878.

³⁹⁰ MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 62.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 63. Sobre esta cuestión, Muñoz Conde recuerda que “en esta materia existen muchos tabúes y no siempre son fáciles de explicar las razones de esta intangibilidad o indemnidad. 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; pero si se quiere prohibir algo más o incluso la sexualidad como tal con dichas personas, aun sin ser contraria a la voluntad del afectado, entonces hay que utilizar otros criterios que están más allá de lo que se entiende por libertad sexual. Esto es, en definitiva, lo que ha venido a reconocer la rúbrica del Título VIII, al incluir la referencia a la indemnidad sexual en pie de igualdad con la libertad sexual”. MUÑOZ CONDE, 2013, *op. cit.*, p. 210.

la razón última de ese consenso o del carácter dañoso de los efectos producidos por el contacto sexual³⁹².

Es más, para otros autores, el concepto de indemnidad sería demasiado vago y genérico. En efecto, con este, 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 moralista³⁹³. En consecuencia, y por las razones anteriormente aludidas, se debería concretar aun más el bien jurídico de la indemnidad sexual³⁹⁴. De este modo, según un sector de la doctrina, la justificación de determinados tipos penales como protectores de la indemnidad sexual de los menores podría resultar insuficiente.

En aras de soslayar tales inconvenientes se ha tratado de fundamentar que los conceptos de libertad e indemnidad sexual son complementarios. En este contexto, para GARCÍA ALBERO, el sentido de una tutela adicional de la indemnidad del menor en la esfera sexual “sólo podría fundamentarse adecuadamente desde un entendimiento complementario de la libertad sexual, en el entendido de que no es la precocidad, ni la clase de conducta sexual realizada la que puede provocar efectos traumáticos, sino la abusiva interferencia del adulto en el desarrollo sexual del menor. Una tutela de la indemnidad, entendida como preservación de daños o perjuicios en la evolución o desarrollo de la personalidad del menor en la esfera sexual, desvinculada de la idea de libertad, corre el riesgo de erigirse en un concepto indomeñable, susceptible de ser recreado con las

³⁹² DÍEZ RIPOLLÉS, 1999, *op. cit.*, p. 238.

³⁹³ BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*. Además, completa el autor que “la ausencia de daños sexuales no implica que tales sujetos hayan de quedar siempre al margen del ejercicio de la sexualidad con terceros, pues, por un lado, no cabe ignorar su realidad sexual y la capacidad fáctica de disposición de su propio cuerpo que, al igual que en los adultos, conforma un aspecto esencial de su personalidad, y, por otro lado, hay que recordar que 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 personalidad. De ahí que el sentido de la protección en este caso sea únicamente que los menores e incapaces queden al margen del ejercicio de una sexualidad que, por la intromisión corruptora de terceras personas, les perjudique en ese aspecto trascendental de la personalidad de todo ser humano”. *Ibidem*, pp. 526-527.

³⁹⁴ DOLZ LAGO, 2010, *op. cit.*

particulares concepciones morales del juzgador, cuando no de ser asimilado, simple y llanamente a la idea de intangibilidad. Quien niega dicha vinculación, desconoce que la libertad sexual tutelada en este ámbito no es la existente capacidad subjetiva de la persona para vivir su sexualidad en libertad, sino el derecho a vivir dicha sexualidad en libertad”³⁹⁵.

CARUSO FONTÁN sostiene que lo que se busca tutelar en el Título VIII “es el derecho a que nadie sea dañado en su integridad sexual; derecho del que gozan todos los individuos, tengan capacidad para consentir la realización de un acto de naturaleza sexual o no. La única diferencia que podrá presentarse según los casos, es que sea necesario adelantar la barrera de protección. Cuando el moderno Derecho penal reconoce cada vez más la capacidad de discernimiento y voluntad de los menores, negarles directamente la posibilidad de ser titulares de libertad sexual resulta anacrónico. Pero más allá de ello, todas las personas son titulares de un derecho a la libertad, que no pierden aunque no pueden ejercerlo en su plenitud”. En síntesis, “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”³⁹⁶.

Una vez expuestos de forma general los bienes clásicamente tutelados en los delitos sexuales, trataremos de delimitar los concretos bienes jurídicos protegidos específicamente en las modalidades típicas del artículo 189.1, 2 y 7 del Código penal.

³⁹⁵ GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel, “El nuevo delito de corrupción de menores (artículo 189.3)”, *Estudios de derecho judicial*, nº 21, 1999, p. 202.

³⁹⁶ CARUSO FONTÁN, 2006, *op. cit.*, p. 178. En la doctrina alemana, no está claro el bien jurídico que se protege. Vid FISCHER, 2013, *op. cit.*, p. 1262; HEINRICH, 2011, *op.cit.*, p. 135.

2. Los bienes jurídicos tutelados en los delitos de pornografía infantil

Como se ha referido con anterioridad, la determinación de los bienes jurídicos protegidos en los delitos sexuales ha sido siempre controvertida, como demuestran las sucesivas reformas acometidas por el legislador en esta materia. La principal dificultad para delimitar el contenido del bien jurídico protegido en los delitos sexuales reside en la fuerte influencia de la moral y costumbre sociales, dependientes de cada momento histórico, lo que implica una constante evolución en virtud de los sentimientos generales³⁹⁷. Es decir, en la medida en que evolucione el tratamiento y percepción de la sexualidad, asimismo la protección de los bienes jurídicos será diferente, adaptándose a nuevos valores dignos de protección³⁹⁸.

Si bien es cierto que la rúbrica del Título VIII CP alude expresamente a “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, no es menos cierto que la misma tiene carácter meramente indicativo, “pero no tienen por qué ajustarse exactamente al concreto objeto protegido por los respectivos tipos penales. Como se proclama en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, el Código toma el bien jurídico como pauta clasificadora. Los delitos en particular se sistematizan en atención a la jerarquía y complejidad del bien que lesionan”³⁹⁹.

³⁹⁷ “Se presenta, pues, el Derecho penal sexual como una parcela del Ordenamiento jurídico-penal especialmente controvertida, por una multiplicidad de valoraciones, intereses y aspectos de diversa índole, en la misma implicados.” BLANCO LOZANO, 2005, *op. cit.*, p. 229.

³⁹⁸ En efecto, “los delitos contra la libertad sexual ha sido uno de los grupos de delitos que más reformas ha sufrido desde finales de los años 70 y, desde luego, desde la propia aprobación del Código Penal (CP) de 1995, lo que puede ser interpretado de diferentes maneras, aunque quizá denote la dificultad del legislador en definir una política criminal respecto de estos delitos”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2006, *op. cit.*, p. 181.

³⁹⁹ MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, pp. 46-47.

De igual modo, la Exposición de Motivos de la Ley 1999 dejaba claro que el Título VIII no tutela simplemente la libertad sexual individual como bien jurídico, “ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta 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 e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”.

En líneas generales, sobre los bienes jurídicos tutelados por los delitos de pornografía infantil, la jurisprudencia hace hincapié en el sentido de que estos tipos buscan principalmente velar por el *sano desarrollo sexual de los menores*, sin la intromisión de adultos o de cualquier experiencia con contenido sexual que les pudiera resultar traumática. De esta forma, el bien jurídico protegido por los delitos del artículo 189 del Código Penal no tiene naturaleza individual, una vez que busca preservar un bien jurídico plurisubjetivo como es la *seguridad de la infancia en abstracto* y su *dignidad*. De esta forma, la norma adelanta las barreras de protección y ataca el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos, tratándose por esto de un bien jurídico de carácter abstracto⁴⁰⁰.

Bajo este epígrafe, buscaremos definir los bienes jurídicos específicamente tutelados por el artículo 189.1, 2 y 7 del Código Penal – a partir de las definiciones teóricas planteadas previamente –, en aras a identificar los intereses

⁴⁰⁰ STS nº 767/2007, de 03 de octubre, ponente José Ramón Soriano Soriano (VLEX-31969904).

jurídicos tutelados por cada uno de ellos⁴⁰¹ y justificar su previsión en el Código Penal⁴⁰².

2.1 El bien jurídico tutelado en el art. 189.1.a) CP

Como preámbulo a la determinación del bien jurídico, el tenor literal del artículo 189.1 a) CP dispone:

“Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: a) El que captare o 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 o se lucrare con ellas.”

⁴⁰¹ Aunque los distintos supuestos del artículo 189 del Código Penal sean bastante diferentes entre sí, hay autores que identifican uno sólo bien a ser protegido en todos los casos, descartando la especificidad de cada uno. Así, en los delitos de pornografía infantil, “dado el sujeto pasivo de la misma, menores o incapaces, es la indemnidad sexual de los mismos el bien jurídico que la norma penal pretende proteger, (...) 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.” GARCÍA VALDÉS, 2004, *op. cit.*, p. 414.

⁴⁰² Como enseña *Orts Berenguer*, el bien jurídico protegido en cada caso, “ha de ser determinado individualmente a partir del examen de cada delito, una vez que es a partir del estudio de los respectivos hechos punibles cuando se está en condiciones de precisar qué es lo que se lesiona cuando se incurre en uno de ellos”. ORTS BERENGUER, 2004, *op. cit.*, p. 23.

El interés jurídico tutelado por la letra a) del artículo 189.1 CP no suscita grandes controversias teóricas, pues dicho supuesto castiga la utilización de menores de edad o incapaces en la producción de pornografía y su utilización en espectáculos en directo, impidiendo que a partir de ello se cometan eventuales abusos sexuales. De esta forma, al castigarse conductas claramente lesivas de la integridad sexual de las víctimas, no caben dudas de que lo que se busca proteger con el tipo es la libertad y la indemnidad sexual de aquéllas.

Un sector autorizado de la doctrina, representado de modo destacado por BOLDOVA PASAMAR subraya que el tipo analizado tiene por objetivo la protección de la *libertad sexual* de las víctimas, “aun cuando concurra un consentimiento no viciado o no condicionado, al ser éste absolutamente irrelevante para tomar parte en acciones o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos”. Esa opinión se justifica en el hecho de que el sujeto 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 pornografía”. Además, en el mismo sentido de lo expuesto anteriormente, el autor sostiene que en los casos en que la utilización sexual supone la captación de la víctima en algún soporte técnico o mecánico, el atentado a la libertad sexual viene acompañado de “un menoscabo del derecho a la propia imagen”⁴⁰³.

En este mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO argumenta que el art. 189.1.a) CP no sólo tutela la indemnidad sexual del menor o incapaz, sino también su derecho a la intimidad y a la propia imagen, “como faceta del derecho a la intimidad frente al control visual no consentido”⁴⁰⁴.

La Fiscalía General del Estado avala la posición doctrinal, argumentando que involucrar a menores “en determinadas actividades sexuales con fines o intereses pornográficos puede afectar muy negativamente al desarrollo de la

⁴⁰³BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, pp. 534-535. En el mismo sentido, BOLAÑOS VÁSQUEZ; BOLDOVA PASAMAR; FUERTES IGLESIAS, 2014, *op. cit.*

⁴⁰⁴ GÓMEZ TOMILLO, 2005, *op. cit.*, pp. 30-31.

personalidad y su adecuado proceso de formación, así como eventualmente a su integridad física, psíquica y espiritual”. Además, el referido organismo reconoce que el citado tipo asimismo protege de forma secundaria a bienes como la “dignidad de la infancia”, la intimidad y la propia imagen del menor⁴⁰⁵.

La jurisprudencia mayoritaria también se manifiesta en el mismo sentido, argumentando que la letra a) del art. 189.1 CP busca tutelar la *indemnidad sexual* e incluso la *dignidad de los menores*, entendidos como “su bienestar psíquico en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual que, en estas personas es prevalente sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de una vida, por lo cual es indiferente a efectos jurídicos penales que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas”⁴⁰⁶. Para el Tribunal Supremo, en la misma línea que la Fiscalía, este supuesto también protege, aunque en segundo plano, la “dignidad de la infancia”, la intimidad y la propia imagen del menor⁴⁰⁷.

La doctrina jurisprudencial ha determinado un ulterior bien jurídico junto a los tradicionalmente protegidos, y en concreto, la AP Valencia, además de admitir una lesión de la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad, identifica en el tipo una finalidad, como es “mostrar la repulsión del grupo social a las prácticas”, tutelando también una especie de moral social⁴⁰⁸.

De esta forma, con independencia de reconocer bienes jurídicos secundarios, como la protección de la imagen, intimidad o dignidad de las víctimas, la opinión mayoritaria con relación a la determinación del bien jurídico

⁴⁰⁵ Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

⁴⁰⁶ STS nº 264/2012, sala 2ª de lo Penal, 03 de abril de 2012. Ponente: Juan Ramón Berdugo de la Torre (VLEX-367851630).

⁴⁰⁷ SAP Madrid nº 99/2008, de 09 de julio, ponente María Riera Ocáriz (VLEX-42933704).

⁴⁰⁸ SAP Valencia nº 705/2003, de 31 de diciembre, ponente José Andrés Escribano Parreño (VLEX-54623590).

tutelado en el art. 189.1.a) CP concluye que *la libertad e indemnidad sexuales* de los menores representa el bien jurídico protegido por el legislador penal, justificando plenamente su vigencia.

2.2 El bien jurídico tutelado en el art. 189.1.b) CP

El artículo 189.1 b) CP establece que:

“Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere 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.”

En sentido similar al tipo abordado anteriormente, la tipicidad del art. 189.1 b) CP es una cuestión pacífica que no suscita grandes controversias en el ámbito dogmático, aunque se constata opiniones divergentes en torno al bien por él tutelado, principalmente al tratarse de conductas perpetradas con *posterioridad* a la efectiva consumación del ataque a la libertad e indemnidad sexual de la víctima.

Para la Fiscalía General del Estado, el castigo de la distribución o disposición de material pornográfico, además de atacar la *dignidad* de los niños grabados previamente, también fomenta la demanda por dichos materiales que sólo podrá ser satisfecha con nuevos abusos a niños reales. Es decir, “el crecimiento exponencial de la circulación de los materiales pornográficos infantiles en Internet supone la *estimulación de la demanda*, con el consiguiente riesgo de aumento de la oferta”. Y, considerando que para satisfacer la oferta es necesaria la utilización directa de menores reales, “puede contemplarse con nitidez la justificación de la intervención penal en esta esfera, como mecanismo para tratar de evitar en última instancia la utilización de los menores”. De esta forma, la conducta de tráfico sin la previa utilización de menores afectaría a la “*indemnidad de los menores en general*, como tipo de *peligro*” y su punición estaría basada justamente en la peligrosidad que estas conductas ofrecen a futuras agresiones o abusos de menores, a través del fomento de la pedofilia. En suma, el art. 189.1 b), a diferencia del tipo del art. 189.1 a) CP, no protege a ningún bien personalísimo, sino a un *bien difuso*, relacionado con la “*seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad*, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos”⁴⁰⁹.

A partir de este argumento, la Fiscalía descarta la tutela de otros bienes a partir de este tipo, como la imagen – cuya protección sería indirecta y refleja, pero jamás su fundamento principal – o la intimidad de las víctimas. Esta última no puede ser el bien tutelado, teniendo en cuenta que el tipo sanciona las conductas aunque el material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido. De esta forma, puede suceder que el material sea extranjero “y en el país de procedencia la edad para prestar el consentimiento a actos intromisivos en la intimidad y la edad para consentir participar válidamente en actos pornográficos ser inferior a los 18 años”. Así, ante la imposibilidad de identificar el menor protagonista del material

⁴⁰⁹ Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

pornográfico, no se puede descartar dicha hipótesis de que un menor extranjero haya consentido válidamente. Finalmente, subraya que el tipo en estudio tampoco trata “de criminalizar el hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, pues la moral sexual no puede erigirse en el bien jurídico protegido”⁴¹⁰.

Adoptando una lógica similar, FERNÁNDEZ TERUELO justifica la vigencia del tipo, en primer lugar, también en un “*peligro abstracto para el conjunto de los menores* o cuando menos para aquellos que, por encontrarse en determinadas situaciones sociales, económicas o geográficas, sean víctimas potenciales de este tipo de prácticas”⁴¹¹, en la medida en que “el abastecimiento del mercado con estos materiales genera nuevas necesidades”. Sin embargo, al contrario de la Fiscalía, sostiene que lo que se busca con el tipo es *prevenir futuros abusos* - en virtud de la demanda del mercado - y no proteger la indemnidad sexual de los menores, ya tutelada por la letra a) del mismo artículo⁴¹². Además, también en sentido contrario a lo expuesto por la Fiscalía, el citado autor expone un segundo argumento para justificar el tipo aquí estudiado, relacionado con la *lesión de la intimidad personal de los menores*, una vez que “se ponen a disposición de múltiples personas aspectos relativos a la imagen o intimidad sexual protegidos constitucionalmente”⁴¹³. A partir de ambos los argumentos, también descarta que el objetivo del mismo sea castigar el hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, lo que estaría dentro de la moral sexual de cada uno⁴¹⁴.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ En este mismo sentido, otros autores defienden que la lesión a la libertad o indemnidad sexual ocasionada por la propagación del material pornográfico ya no es tan directa como la que ocurre en el art. 189.1.a), lo que no ocurre “respecto de bienes jurídicos como la protección general de la infancia o la propia imagen de los menores de edad implicados”. BOLAÑOS VÁSQUEZ; BOLDOVA PASAMAR; FUERTES IGLESIAS, 2014, *op. cit.*, p. 72.

⁴¹² “A mi juicio, en ningún caso se sancionaría la lesión causada a la indemnidad sexual de los menores que aparecen en el material pornográfico que se difunde, y que han sido previamente utilizados para su elaboración, pues el pleno desvalor de esas conductas ya se contiene en el supuesto recogido en el apartado a) del art. 189.1.” FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 260.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 260.

⁴¹⁴ *Ibidem*, pp. 253-254.

Como punto común de las opiniones retratadas hasta el momento, se defiende la tutela de un *bien jurídico colectivo*⁴¹⁵, relacionado con la protección de la infancia y de los menores entendidos en su conjunto. Los intereses colectivos se diferencian del bien clásico – cuya titularidad pertenece a individuos particulares – una vez que vienen a añadir una nueva especie, constituida por objetos de una naturaleza propiamente difusa⁴¹⁶, capaces de afectar al tejido social en su conjunto⁴¹⁷. De este modo, dichos bienes se caracterizan por su signo suprapersonal – excediendo a intereses puramente particulares –, cuya titularidad es compartida entre los miembros de la sociedad, ya que por su propia naturaleza no pueden ser atribuidos en exclusiva a un titular singular⁴¹⁸.

⁴¹⁵Rivera Morales presenta el siguiente esquema de clasificación para los bienes jurídicos-penales colectivos: 1) bienes jurídico-penales de funcionalidad social (bienes que posibilitan la existencia y funcionamiento de la comunidad – ej. delitos contra la administración de justicia, contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, etc.); 2) bienes jurídico-penales de referente individual (afectan a una pluralidad de personas en virtud de su pertenencia social o la vida en común, además de los bienes jurídicos calificados como humanitarios bajo la competencia de la Corte Penal Internacional – ej. delitos contra los trabajadores, contra los consumidores, genocidio, etc.); 3) bienes jurídico-penales individuales colectivizados por el ataque masivo (que se configura como un bien individual, pero por la modalidad masiva del ataque es pluriofensivo – ej. homicidio en masa, envenenamiento de agua, etc.). RIVERA MORALES, Rodrigo Antonio, *Protección constitucional y procesal de víctimas de delitos colectivos*, Saarbrücken, Editorial Académica Española, 2011, pp. 222-224.

⁴¹⁶*Ibidem*, p. 84. Además de los bienes colectivos, algunos autores también hacen referencia a la modalidad de bienes jurídicos conocidos como intermedios, que mezclan la protección de bienes individuales y bienes colectivos. *Vid* MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Editorial Comares, Granada, 1997.

⁴¹⁷ La principal crítica que se esgrime sobre esta nueva categoría reside en el hecho de que en algunas ocasiones dichos intereses son formulados vagamente y con el objetivo principal de solapar la intervención injustificadamente anticipada respecto del bien jurídico individual que les sirve como punto de referencia, teniendo así una función predominantemente simbólica. Eso es así, porque el carácter difuso e impreciso de estos bienes y la consecuente dificultad de comprobar su lesión o puesta en peligro contribuye a la implantación de figuras de peligro abstracto, causando la discusión en torno a la legitimidad o no de esta especie de bienes, ya que es una técnica típica del moderno Derecho penal para la anticipación de la tutela penal. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coordinadores), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 688-694. Sobre el tema, es necesario subrayar que los defensores de la teoría del bien jurídico, aunque reconozcan la pertinencia de los bienes colectivos, continúan sosteniendo que estos deben siempre tener alguna relación con los intereses individuales. En este sentido, véase HASSEMER, 2007, *op. cit.*, p. 96 y STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 112.

⁴¹⁸MATA Y MARTÍN, 1997, *op. cit.*, pp. 23-24.

Sobre el tema, defiende MUÑOZ CONDE que “la tendencia a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales parece inevitable y, dada la dificultad de precisar con nitidez sus perfiles y contornos, parece inevitable también el recurso a los delitos de peligro abstracto, anticipando la intervención del Derecho penal a momentos anteriores a la afectación del bien jurídico. Pero en ningún caso, ello debe significar la pérdida de identidad del Derecho penal y su conversión en una ‘soft law’, haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho civil o administrativo. También una prudente política despenalizadora en estos sectores característicos del moderno Derecho penal, por más que sea a corto plazo, menos llamativa o rentable de cara a la opinión pública, puede ser igualmente eficaz y menos gravosa que la intervención penal a toda costa”⁴¹⁹.

SANTANA VEGA argumenta que la elección y configuración de los bienes jurídico-penales colectivos dignos de tutela requieren siempre considerar la función instrumental que debe cumplir el Derecho penal – o sea, la protección de bienes jurídico-penales⁴²⁰. Eso es así, continúa la autora, porque sólo la referida función instrumental permite una adecuada conciliación con los principios que fundamentan esta rama del Derecho, conduciendo “las funciones simbólica, promocional y ético-social a una conculcación de los mismos”⁴²¹. Es decir, al ignorar la función básica de protección de los bienes jurídicos, los bienes colectivos estarían sirviendo a otros propósitos, como la función simbólica, la

⁴¹⁹ MUÑOZ CONDE, 2001, *op. cit.*, pp. 569-571.

⁴²⁰ Para la autora, esta función es la que resulta de forma equilibrada más acorde con la declaración del artículo 1.1 de la Constitución Española que constituye a España como un Estado social y democrático de Derecho. “Esto es así porque cuando se afirma que el Derecho penal ha de tutelar bienes jurídico-penales se está protegiendo al individuo de una represión ilimitada del Estado, pero también a la sociedad y a sus miembros de los abusos intolerables del individuo o grupos que delinquen. Así pues, cuando se protege la libertad del individuo frente a esa intervención ilimitada del Derecho penal se está conectando el Derecho penal con las exigencias del Estado democrático de Derecho, pero cuando se sacrifica aquélla en beneficio de la protección de los intereses colectivos se está dando entrada en el Derecho penal a los pedimentos del Estado social. En esta función el Derecho penal ha de proceder siempre con el menor sacrificio de la libertad del ciudadano por ser el valor supremo del mismo.” SANTANA VEGA, 2001, *op. cit.*.

⁴²¹ *Ibidem*.

función promocional⁴²², o una función ético-social⁴²³, que no deben ser aceptadas por ir en contra de la intervención mínima.

En definitiva, concluye la autora que, si se afirma que “el Derecho penal tiene que ser subsidiario de la política social, económica y cultural de un Estado, si se considera que el Derecho penal tiene que intervenir cuando resulten ineficaces las sanciones no penales con las que cuenta un Estado social y democrático de Derecho, si se afirma del mismo como característica su fragmentariedad, no se puede después a renglón seguido, sin resultar incoherente, atribuir al Derecho una función promocional o ético-social so pena, en ambos casos, de otorgar un papel protagonista al Derecho penal”⁴²⁴. Por todo ello, la determinación de los bienes colectivos dignos de tutela deben tener siempre por base las características relacionadas con la teoría general del bien jurídico, analizadas con anterioridad.

ORTS BERENGUER y ALONSO RIMO, a su vez, proponen un bien jurídico diferente, argumentando que lo que busca tutelar el artículo en estudio es simplemente la *intimidación* de las víctimas. En este sentido, considerar el art. 189.1.b) CP como un tipo de peligro abstracto y en alguna medida nocivo para la libertad sexual o los procesos de formación o socialización de las mismas sería aceptar un adelantamiento intolerable de las barreras del Derecho penal⁴²⁵.

A nivel jurisprudencial han existido dos posicionamientos diferentes que pasamos a comentar brevemente. En un extremo, la Audiencia Provincial de

⁴²²En este sentido, “el Derecho penal no se presta para ser empleado como instrumento de transformación social o como instrumento destinado a la adquisición de bienes futuros el papel del Derecho penal en la transformación social o como instrumento para la adquisición de bienes futuros, sino que por su naturaleza tiene a garantizar o reforzar la tutela de bienes ya existentes que la conciencia social concibe como particularmente dignos de protección”. *Ibidem*.

⁴²³La función ético-social, como vimos al principio de este capítulo, tiene origen en la construcción de Welzel en torno a los valores éticos-sociales de la acción. “Se trata de conseguir mediante la prevención general integradora la reafirmación en el individuo de la conciencia jurídica en los valores del sistema, lo cual es simbólico porque es algo que no se puede verificar en la realidad”. *Ibidem*.

⁴²⁴*Ibidem*.

⁴²⁵ ORTS BERENGUER, Enrique; ALONSO RIMO, Alberto, “La reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en Laura Zúniga Rodríguez y otros (coordinadores), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, Colex, 2001, p. 51.

Madrid ya se manifestó en el sentido de que, aunque discutible, “todo denota que el bien jurídico que tutela el art. 189.1 b) del C. Penal es la *indemnidad sexual de la personalidad de los menores o su personalidad sexual*, personalidad que queda menoscabada o alterada por la conducta ya previamente realizada consistente en utilizar al menor para confeccionar y filmar las escenas de pornografía infantil”. En este sentido, rechaza “que se esté penando por medio de un delito de peligro abstracto la dignidad de la infancia”, teniendo en cuenta que “el peligro ya se ha concretado o materializado en un menoscabo de la personalidad de los menores que han intervenido en las escenas de pornografía infantil grabadas previamente”. El Tribunal completa su argumento, subrayando que lo que realmente sucede “es que se expande la punición de las conductas hasta los menores distribuidores del material pornográfico con el fin de disuadir mediante una mayor persecución delictiva a las personas que realizan las grabaciones con el fin de obtener un lucro con su distribución. Si la distribución también se penaliza, entiende el legislador, se disuade con mayor rigor y eficacia a los que elaboran el material al tener menos posibilidades de distribuirlo”⁴²⁶.

En otro extremo, el Tribunal Supremo parece afirmar que en este delito se protege un bien jurídico de carácter *supraindividual*, aunque no analiza específicamente la cuestión del bien jurídico⁴²⁷, apuntando únicamente la “protección genérica de la infancia”, también apuntada como bien protegido en otros fallos⁴²⁸. En este sentido, el Tribunal Supremo reconoce que “la introducción de esta modalidad delictiva, por decisión de los órganos legislativos en el conjunto de una campaña mundial contra esta clase de conductas, no deja de suscitar algunas singularidades criminológicas”. Conforme con ello, estaríamos ante lo que se podría denominar *delito solitario*, con incidencia sobre el bien jurídico cuando este ya haya sido lesionado, por aquellos que corrompen a los

⁴²⁶ SAP Madrid nº 298/2007, de 10 de julio, ponente Alberto Jorge Barreiro (VLEX-31969097).

⁴²⁷ STS nº 913/2006, de 20 de septiembre, ponente José Antonio Martín Pallín (VLEX-24316066).

⁴²⁸ STS nº 767/2007, de 3 de octubre, ponente José Ramón Soriano Soriano (VLEX-31969904). En el mismo sentido, SAP Madrid nº 247/2013, de 3 de junio, ponente María del Carmen Compaired Plo. (VLEX-447724954).

menores en el proceso de elaboración del material. Es decir, la acción solitaria, inducida las más de las veces por impulsos sexuales incontrolados, no se dirige contra terceros concretos individualizados e identificados. Así, si el reproche consiste en contribuir de 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 los mismos, sea o no con fines lucrativos.

En suma, si bien es cierto que ni la doctrina, ni la jurisprudencia han encontrado una justificación común para legitimar la validez del art. 189.1.b) CP, no es menos cierto que ambos sostienen la necesidad de su tipificación, en aras de lograr la protección del interés de los menores víctimas de atentados sexuales.

2.3 El bien jurídico tutelado en el art. 189.2 CP

El artículo 189.2 CP dispone que:

“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.”

A diferencia de los tipos contenidos en el apartado 1 del artículo 189 CP, la determinación del concreto bien jurídico protegido en el apartado 2 del mencionado precepto ha suscitado un enconado debate doctrinal y jurisprudencial sobre todo por lo que respecta a su tipificación y consecuente legitimación.

En un principio, inicialmente, ha existido un amplio consenso doctrinal sobre la determinación del bien jurídico protegido en esta tipología delictiva – art. 189.2 CP -, rechazando que sea la libertad e indemnidad sexual de los menores el interés jurídico tutelado, como se ha afirmado con relación a otra modalidad típica (art. 189.1 CP). Esta afirmación se justifica, porque la acción de poseer un material pornográfico sin cualquier intención de traficar con el mismo no conlleva al abuso sexual de ningún menor, una vez que ello sólo puede ocurrir en el momento de la producción del mismo, fase en la cual el consumidor no participa. De esta forma, el consumo, al contrario de los otros dos supuestos vistos con anterioridad, se refiere a una conducta que permanece en el ámbito privado del sujeto, no resultando de ella cualquier exteriorización.

En este sentido, resultaría desconcertante afirmar que “quien contempla de modo privado las fotografías del menor, tratándose de un acto definitivamente alejado en el tiempo, en el espacio y en la línea de acción de aquel episodio de abuso sexual que haya dado origen al material pornográfico, pueda estar todavía vulnerando la indemnidad sexual de tal menor. Por el contrario, la evidencia de que el hecho del abuso ha llegado a su consumación total, y aquella lesión de la intangibilidad sexual se halla plenamente agotada en sus efectos, la tendencia ofensiva aludida, invita a considerar que han de ser otros los bienes jurídicos del menor o, incluso, de posibles distintos titulares, los que quedarán en peligro, o gravemente menoscabados, con ocasión de dicha conducta de posesión”⁴²⁹.

En este sentido, la mera acción de poseer y contemplar fotografías, imágenes animadas, etc., aunque ética y culturalmente abominable, “carece por sí misma de *lesividad* alguna en relación con el bien jurídico de la indemnidad

⁴²⁹ ESQUINAS VALVERDE, *op. cit.*, pp. 175-176.

sexual de los menores, tanto de los que en su día fueron forzados a intervenir en la elaboración de dicho material como de aquellos que, en el futuro, pudieran ser objeto del mismo maltrato”⁴³⁰.

La ausencia de lesividad suficiente para sostener al tipo penal, conlleva a la quiebra de otros principios fundamentales del Derecho penal, específicamente los de *intervención mínima* y *ultima ratio*⁴³¹, que recomiendan la utilización de esa rama jurídica sólo en los casos en los que el Ordenamiento no disponga de otros medios para solucionar los conflictos sociales.

Para MUÑOZ CONDE, con el art. 189.2 CP el legislador “invade la privacidad hasta unos niveles difícilmente compatibles con el derecho constitucional a la intimidad” y criminaliza una conducta que, por inmoral que parezca, no afecta directamente al bien protegido en este precepto, a saber la indemnidad o intangibilidad sexual del menor o incapaz⁴³².

Considerando la imposibilidad de encajar la conducta de mera posesión de material pornográfico en la hipótesis de la indemnidad sexual, MORILLAS FERNÁNDEZ argumenta que la *moral sexual colectiva* sería el único bien factible o capaz de protección por el supuesto. Con ello, “lo que se intenta imponer es una forma sexual concreta castigando una conducta – la posesión – no vulneradora del bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil – ni otros afines o indirectos – (...), respondiendo esta actitud sancionadora más a un intento de delimitar qué actitudes sexuales son correctas según la moral sexual tradicional y

⁴³⁰ *Ibidem*, pp. 181-182.

⁴³¹ Sobre el tema, señala *Mendoza Buergo* que la “necesidad de intervenir penalmente para prevenir ciertos comportamientos indeseables es incuestionable, pero también debe serlo la convicción de que ello sólo puede hacerse de manera compatible con los principios que hoy entendemos que pertenecen a un sistema legítimo de intervención penal, como son las garantías de legalidad, certeza, seguridad, intervención mínima y *ultima ratio*, lesividad para bienes concretos, culpabilidad y proporcionalidad. No se trata de la “vuelta” a un modelo previo mejor, sino de tender a perfeccionar un ideal garantista nunca totalmente consolidado y de no dejar que una posible crisis de efectividad y legitimidad afecte de manera irreversible a la orientación en la que parece más adecuado perseverar.” MENDOZA BUERGO, Blanda, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 07.

⁴³² MUÑOZ CONDE, 2013, *op. cit.*, pp. 230-231.

aislar aquellas contrarias a la misma⁴³³. En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO sostiene que se trata de un tipo injustificado desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico “libertad sexual”, porque se trata de castigar “personalidades desviadas”, con contenido moralizante⁴³⁴.

Abundando en el tema, MAYER LUX defiende que el delito de posesión es una conducta lejana a la afectación de bienes jurídicos individuales, careciendo de ofensividad penal. Conforme con ello, desde el punto de vista de la integridad sexual, la conducta de *almacenamiento* puede como mucho ser considerada una *inclinación inmoral*, pero nunca un comportamiento delictivo contrario a la indemnidad sexual, razón por la cual dicha conducta debe ser castigada con sanciones de otra naturaleza, fundamentalmente administrativas⁴³⁵, distintas de las penales.

En virtud de estos argumentos basados en la carencia de un bien jurídico que lo fundamente, algunos autores defienden la intranscendencia penal de la conducta de posesión de material pornográfico infantil. Dicho posicionamiento favorecería la protección de otros intereses constitucionales – como la libertad de expresión y personalidad del consumidor –, y los principios penales clásicos – como los de subsidiariedad y *ultima ratio*.

Por otra parte, una segunda corriente interpretativa, en la misma línea de lo sostenido en el estudio del art. 189.1.b) CP, entiende que el poseedor de material pornográfico infantil sí menoscaba la *libertad e indemnidad sexual del menor*, una vez que si no fuera por su demanda, estos materiales no serían producidos. Es decir, el poseedor particular que tiene esta especie de materiales, aunque sea para su propio uso, es el principal responsable por su demanda y producción, que puede ocasionar graves violaciones reflejas en los derechos de los menores víctimas de futuros abusos.

⁴³³ MORILLAS FERNÁNDEZ, 2010, *op.cit.*.

⁴³⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directora), *Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial*, 2º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 342.

⁴³⁵ MAYER LUX, 2014, *op. cit.*.

Adoptando dicha posición, la Fiscalía General del Estado⁴³⁶ sostiene que el tipo de simple posesión de material pornográfico infantil busca proteger justamente la *indemnidad sexual* de los menores en general, como *tipo de peligro*. Subraya, además, que la protección de la imagen o la intimidad del menor – bienes jurídicos apuntados por algunos autores como los tutelados, como veremos a continuación – sería indirecta y refleja, no debiendo ser entendido como la “ratio legis” del tipo penal. En suma, al igual que en el art. 189.1 b), el tipo del art. 189.2 CP no protege un bien personalísimo, sino más bien la *seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad*⁴³⁷, con el adelanto de las barreras de protección, razón por la cual no requieren lesión directa alguna⁴³⁸.

ORTS BERENGUER, en este mismo sentido, también defiende que la posesión de pornografía infantil sólo puede ser catalogada entre los delitos de *peligro abstracto remoto*, que se justifica en el intento de atacar la oferta y los productores, a través de la disminución la demanda⁴³⁹.

No obstante, referida posición es controvertida, teniendo en cuenta que es muy difícil demostrar que dicha relación sea siempre cierta y directa⁴⁴⁰, no pudiéndose castigar al sujeto por una conducta que ha sido realizada

⁴³⁶ Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

⁴³⁷ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1999 ya señalaba la dignidad como bien jurídico protegido en estos nuevos tipos penales. En sentido similar se ha pronunciado la doctrina alemana, *vid* FISCHER, 2013, *op. cit.*, p. 1262 (“Jugendschutz”, protección legal para niños y adolescentes).

⁴³⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, 2010, *op. cit.*.

⁴³⁹ ORTS BERENGUER, Enrique, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 294.

⁴⁴⁰ “Sólo remota y genéricamente se podría llegar a ver afectada la libertad o indemnidad sexual de los menores en general por el hecho de que las conductas tipificadas, respecto de esta clase de pornografía, podrían favorecer el gusto por la pornografía infantil y fomentar de algún modo la ulterior utilización de menores en la pornografía (se podría hablar de un delito de peligro abstracto). Pero el peligro es tan remoto que no justifica, por sí solo, la intervención penal como atentado a la libertad o indemnidad sexuales. La sombra del Derecho Penal simbólico o del contenido de la moral sexual quizá más generalizada se cierne también sobre este concepto, aunque reconozco lo dudoso y delicado de la cuestión.” DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *op. cit.*, pp. 205-206.

anteriormente por un tercero⁴⁴¹. En otras palabras, el poseedor no puede responder penalmente por la lesión de un bien que, en realidad, no produce directamente. Tampoco sería razonable condenarle de forma preventiva, con el objetivo de evitar la eventual comisión de un futuro delito. Es más, la creación de un tipo de peligro basado en presunciones “supera la barrera de lo inadmisibles en Derecho Penal”, en tanto que criminaliza una conducta carente de lesividad, siendo más que dudosa su eficacia práctica, incluso la pretendida función disuasoria de la norma, de dudosa legitimidad⁴⁴².

En virtud del debate y de las críticas anteriormente expuestas, como alternativa a la justificación del art. 189.2 CP, cuyos bienes jurídicos estarían representados por la indemnidad o libertad sexuales, una parte de la doctrina y la jurisprudencia apunta que el bien jurídico que se protege es la tutela de la *imagen* de la víctima - un derecho fundamental y reconocido constitucionalmente⁴⁴³ -, lo que conllevaría también de forma indirecta la protección de la *intimidad* y *dignidad* de la misma⁴⁴⁴.

De este modo, prohibir la posesión de pornografía infantil sería indispensable, pues, como sostiene GIMBERNAT ORDEIG, no debe ser aceptado que, después de sufrir todos los traumas que la producción del material pornográfico puede conllevar, los menores tengan que soportar, además, que un pedófilo pudiese contemplar siempre que quisiera sus imágenes, sin cualquier consecuencia penal. En este sentido, para el citado autor, el art. 189.2 CP estaría

⁴⁴¹ En este sentido defiende *Fernández Teruelo* que "el mecanismo descrito dista mucho de haber sido demostrado; existe incluso quien sostiene que la prohibición de poseer estos materiales elimina una vía de escape para este tipo de deseos de carácter sexual, cuya ausencia puede incrementar el peligro de que el mismo se satisfaga no con imágenes o videos, sino recurriendo a menores reales. Además, la prohibición de posesión podría fomentar otro tipo de conductas (atípicas) como la mera visualización (sin descarga), la cual – por su carácter dinámico – requiere mayores cantidades de material para satisfacer la demanda." FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁴⁴² MORILLAS FERNÁNDEZ, 2010, *op. cit.*.

⁴⁴³ En este sentido, el artículo 18.1 de la Constitución española garantiza el derecho a la propia imagen. A partir de ello, la protección de ese derecho pasa a ser objeto de la correspondiente atención legislativa.

⁴⁴⁴ Subraya *Pérez Royo* que “el derecho a la propia imagen es un derecho complementario del derecho al honor y, especialmente, del derecho a la intimidad”. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, 12. ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 308.

protegiendo además la *intimidad* y *dignidad* del menor víctima de violación de su sexualidad⁴⁴⁵.

Como se ha mencionado anteriormente, la protección del derecho a la propia imagen encuentra apoyo y respaldo constitucional, al tratarse de un derecho de la personalidad, que se deriva de la dignidad humana y busca proteger la dimensión moral de las personas⁴⁴⁶. Así, el derecho a la propia imagen tiene dos contenidos: uno “positivo, que supone para su titular disponer de la captación, reproducción o publicación de su figura, y un contenido negativo, que comporta la facultad de impedir que dichas conductas sean realizadas por terceros, sea cual sea la finalidad”⁴⁴⁷. De esta forma, busca garantizar el ámbito de libertad de una persona respecto de los atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz, el nombre, que son cualidades definitorias del propio ser y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona⁴⁴⁸.

En palabras del propio Tribunal Constitucional, este derecho “pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según

⁴⁴⁵ Esto es así, porque, como afirma *Jareño Leal*, “un sector de la doctrina constitucional considera que el derecho a la propia imagen es una manifestación más del derecho a la intimidad, y afirma que resulta redundante recoger expresamente el derecho a la primera junto al derecho a la segunda en el artículo 18 de la Constitución”. JAREÑO LEAL, Ángeles, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid, Iustel, 2008, p. 93. Sobre el tema aclara *Pérez Royo* que “en un primer momento, el Tribunal Constitucional entendió casi siempre el derecho a la propia imagen como un instrumento para la protección de derecho a la intimidad. (...) Posteriormente, el Tribunal Constitucional, sin dejar de reconocer el vínculo entre derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen, se ha esforzado por reconocer un contenido autónomo a este último”. PÉREZ ROYO, *op. cit.*, p. 308.

⁴⁴⁶ Es necesario indicar que “el derecho a la propia imagen se refiere a las imágenes de manera neutral, en el sentido de que no le afecta el contenido en sí de éstas, sino el formato. Si la imagen difundida resultara denigrante, o invasora de la privacidad, el enjuiciamiento debe realizarse desde el punto de vista del derecho al honor o del derecho a la intimidad”. JAREÑO LEAL, 2008, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁴⁸ STC nº 117/1994, de 25 de abril, ponente José Gabaldón López. (VLEX-15355827)

las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana”⁴⁴⁹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Y continúa reafirmando que este derecho busca impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad – informativa, comercial, científica, cultural, etc. - perseguida por quien la capta o difunde⁴⁵⁰.

Por consiguiente, bajo este punto de vista, al prohibirse la posesión de pornografía cuyo protagonista sea una víctima menor o incapaz, el ordenamiento penal busca evitar que terceros utilicen el material producido a partir de violaciones de derechos de las víctimas, además de impedir que el mismo transite libre e impunemente por la red. Así, el objetivo principal del tipo sería el de proteger de forma autónoma la imagen del menor producida en un contexto íntimo de su vida - y muchas veces acompañada de otras violaciones o abusos sexuales -, no importando el papel desempeñado por el consumidor en la demanda de la producción y tráfico de los mismos, como sugieren algunas de las interpretaciones anteriormente referidas.

En suma, para los defensores de esta posición, el citado entendimiento estaría más acorde con la descripción del tipo del art. 189.2 CP, una vez que el poseedor, cada vez que hace uso del material pornográfico infantil para satisfacer sus necesidades sexuales estaría atacando el derecho de la imagen del menor y, consecuentemente, su intimidad y dignidad.

No obstante, es necesario indicar que, para un sector de la doctrina, sólo en los casos de difusión del material pornográfico es posible hablar de un derecho

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

⁴⁵⁰ STC nº 81/2001 de 26 de marzo, ponente Carles Viver Pi-Sunyer. (VLEX-132055).

fundamental a la dignidad, intimidad e imagen de las víctimas⁴⁵¹. En este sentido, la simple posesión de material pornográfico infantil para uso privado no protege ningún bien jurídico digno o susceptible de lesión. En este último caso, a juicio de un sector de la doctrina, resulta indiscutible afirmar la existencia de un conflicto de intereses entre la supremacía de los *derechos personales del consumidor* (libertad de conciencia) y la *moral social colectiva* (que reprocha la posesión de dicho material), en el cual el primero debe prevalecer en relación al segundo, en observancia a los valores penales y constitucionales⁴⁵².

Con independencia de esta discusión, si se acepta que el bien jurídico tutelado en el artículo 189.2 CP es efectivamente la *protección de la imagen* de la víctima menor, resulta imprescindible abordar una última cuestión suscitada por la doctrina y que se refiere a la adecuación de la punibilidad del poseedor por vía penal o si esta puede ser realizada por vía civil, como forma menos lesiva al delincuente. Esta cuestión se justifica por el hecho antes mencionado de que considerando que el mero poseedor no tiene ningún contacto con el menor, siendo su única conducta reprochable la apreciación del material pornográfico, sería excesivo sancionarle con una pena.

Sobre esta cuestión, JAREÑO LEAL opina que el ataque a la imagen merece una protección penal cuando esté acompañada de una lesión a la intimidad, y una protección meramente civil, según el artículo 7.5 de la Ley 1/1982⁴⁵³, cuando la misma no sufre un daño. Es decir, la simple conducta relacionada con la disponibilidad de una imagen sin implicaciones sobre la intimidad u honor no

⁴⁵¹ En este sentido, defender “que el objeto tutelado es la indemnidad sexual, la intimidad, la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad carece de trascendencia en tanto semejantes vulneraciones ya se produjeron en la hipotética cadena de tráfico, no pudiendo volver a apreciarse por el mero hecho de poseerla”. MORILLAS FERNÁNDEZ, 2010, *op. cit.*.

⁴⁵² ESQUINAS VALVERDE, 2006, *op. cit.*, p. 183.

⁴⁵³ Es el contenido del artículo: “Art. 7. Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos”.

exigirá protección penal, que sólo debe darse cuando dicha captación y/o reproducción haya sido resultante de un claro contexto de intimidad⁴⁵⁴.

Dicho razonamiento es acorde con lo ya manifestado por el Tribunal Constitucional español, que ha reconocido que “el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo lesionan el derecho a la imagen que si, además, se lesiona también el derecho al honor o la intimidad”⁴⁵⁵. Bajo este punto de vista, sería forzoso reconocer la adecuación de la punición por vía penal de los delitos de posesión de pornografía infantil, una vez que la violación al derecho de imagen de la víctima menor, en estos supuestos específicos, conllevan una clara violación del honor e intimidad de la víctima.

DÍEZ RIPOLLÉS, sin embargo, argumenta que estos bienes relacionados con la protección de la imagen e intimidad del menor ya son tutelados por el artículo 197.3, incluso por sus figuras agravadas – como veremos en el capítulo noveno⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ JAREÑO LEAL, 2008, *op cit.*, p. 93. Así, para este autor, “puede sostenerse a partir de aquí que la lesión a la disponibilidad de la propia imagen sin más, es decir, la captación o la reproducción neutral de ésta (la reproducción de la propia figura que permite la identificación del sujeto), sin implicaciones sobre la intimidad o el honor, no exigirá protección penal, pues es suficiente con la protección civil que otorga la Ley 1/1982. La protección penal del artículo 197 debe darse cuando dicha captación y/o reproducción haya tenido lugar en un contexto claro de intimidad (y en el caso de que aparezca lesión del honor, entre estos delitos)”. *Ibidem*, p. 96.

⁴⁵⁵ STC nº 14/2003 de 28 de enero, ponente Vicente Conde Martín de Hijas. (VLEX-177726).

⁴⁵⁶ “Artículo 197.1. 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 cualesquiera otros 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. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. 3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. 4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos

Lo mismo se podría decir de la dignidad dado que, como expresa manifestación de la integridad moral, aparece protegida a través del tipo contenido en el artículo 173.1 del Código penal⁴⁵⁷.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, son escasas las sentencias que se han pronunciado con relación a la determinación del bien jurídico protegido por el tipo de posesión de material pornográfico, aún más considerando que el tipo de posesión, en la mayoría de los casos, es absorbido por el delito del art. 189.1.b), referente a la posesión de pornografía para fines de tráfico y difusión. Conforme con ello, la obtención de material pornográfico infantil en la gran mayoría de las veces es facilitada por programas con sistemas conocidos como “peer-to-peer” – que permite el intercambio directo de los mismos entre usuarios -, en los cuales hace con que los archivos descargados sean automáticamente puestos a disposición y compartidos con otros usuarios (caso del art. 189.1.b) CP), de forma que son muy pocos los casos en los cuales verificase la ocurrencia de la posesión de material pornográfico infantil para el consumo propio⁴⁵⁸.

Sin embargo, en líneas generales, es posible destacar dos tesis que vienen siendo adoptadas por los tribunales sobre la materia, y que son coincidentes con el debate doctrinal referido anteriormente.

descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas 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 descrita en el párrafo anterior. 5. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.6. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.”

⁴⁵⁷ Artículo 173. 1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

⁴⁵⁸ Sobre este tema véase STS nº 1297/2009 de 18 de diciembre, ponente José Manuel Maza Martín (VLEX-211684543) y STS nº 696/2008 de 29 de octubre, ponente Joaquín Giménez García (VLEX-50694045).

En la primera de ellas, algunos fallos jurisprudenciales ya han sostenido que el bien jurídico tutelado en la posesión de pornografía infantil para uso propio coincide con aquellos bienes jurídicos indicados en la propia ley penal. Es decir, las decisiones hacen remisión a los bienes descritos en la rúbrica del Título VIII, específicamente la *indemnidad sexual* del menor. En este sentido, ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁴⁵⁹ que “el bien jurídico que visa proteger el artículo 189.2 CP es la indemnidad sexual del menor y su consecuente bienestar psíquico en cuanto condición necesaria para su adecuado normal proceso de formación sexual”, reforzando que estos fines deben prevalecer sobre cualquier otro bien, incluso la libertad sexual del menor. Este argumento se sostiene en la premisa de que, en virtud de su escasa edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de madurez indispensable para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos, que puedan llegar a condicionar gravemente el resto de una vida, por lo cual es también indiferente a efectos jurídicos penales que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas. Dicho consentimiento, sin embargo, sería válido solamente para la práctica de relaciones sexuales cuando no mediasen referidas circunstancias. En suma, al castigarse la posesión de material pornográfico - aunque producidos con el consentimiento del menor -, el Ordenamiento estaría protegiendo la indemnidad sexual del mismo.

Similar argumentación puede encontrarse en otras decisiones, que también defienden que el artículo 189.2 CP “protege la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores”⁴⁶⁰.

Sin embargo, y frente a la tesis anterior, para una segunda corriente jurisprudencial, el tipo penal del artículo 189.2 CP busca proteger no tanto la

⁴⁵⁹ STS nº 796/2007 de 1 de octubre, ponente Luis Román Puerta Luis. (VLEX-34439047).

⁴⁶⁰ SAP Albacete nº 90/2011 de 14 de marzo, ponente Juan Manuel Sánchez Purificación (VLEX-285746827).

indemnidad sexual de la personalidad del menor, sino más bien su *dignidad* y su *derecho a la propia imagen*. En efecto, los jueces partidarios de esta posición también mencionan que, además de ésta, el artículo busca proteger la *seguridad del menor*, aunque sin aclarar el contenido exacto de esta expresión. En palabras del Tribunal, el artículo 189.2 CP protege “la seguridad 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 pensada, en la que el sujeto organiza de modo originario su libre desarrollo de la personalidad)”⁴⁶¹. De esta forma, al prohibirse la posesión de material pornográfico infantil, el Derecho penal estaría tutelando otros bienes no mencionados directamente por la ley penal y que se relacionan más con la privacidad y al derecho a la propia imagen, que propiamente impedir cualquier tipo de contacto sexual del menor con un adulto. En este sentido, se reconocería que la posesión para propia utilización no interfiere de modo directo en la esfera sexual del menor – que sólo puede ser violada en el momento de la producción o difusión de dicho material -, y que lo único que se puede proteger a través de la norma son derechos personales de las víctimas, como su imagen y su dignidad, que pertenecen a la esfera de intimidad del sujeto.

La intimidad, en las palabras del Tribunal Supremo, significa “el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos”, vedando que terceros decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido de este espacio. Conforme con ello, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido⁴⁶².

De esta forma, a partir de todo lo expuesto, puede concluirse que, al igual que en el ámbito doctrinal, en el ámbito judicial tampoco hay consenso respecto al

⁴⁶¹ STS nº 588/2010 de 22 de junio, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-215159859). También en este sentido, STS nº 264/2012 de 3 de abril, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-367851630).

⁴⁶² STS nº 493/2014 de 6 de octubre, ponente José Ramón Ferrandiz Gabriel (VLEX-542198730).

bien jurídico tutelado por el controvertido tipo que criminaliza la posesión de pornografía infantil para fines personales, que oscila entre la defensa de la indemnidad sexual – como un bien jurídico abstracto - y el derecho a la imagen e intimidad del menor víctima, existiendo, además, una tercera posición, representada por quienes abogan por su destipificación.

2.4 El bien jurídico tutelado en el art. 189.7 CP

El artículo 189.7 CP dispone:

“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.”

De la misma forma que en el tipo de posesión para uso propio, la determinación de los intereses protegidos por el tipo de *pseudopornografía* también se muestra controvertida⁴⁶³. Esto se debe al hecho de que en este supuesto

⁴⁶³ En este sentido, la Fiscalía General del Estado reconoce que “el bien jurídico protegido en los tipos contenidos en el artículo 189 no coincide siempre con la libertad o la indemnidad en la esfera sexual, queda aún más claro tras la nueva tipificación del denominado delito de pseudopornografía

no se verifica ningún ataque al menor o incapaz, sea directa o indirectamente, llegando algunos autores a defender incluso que en este caso nos encontraríamos ante un tipo de *Derecho penal de autor*, que penaliza la tendencia pederasta como tal⁴⁶⁴. Esto sería así porque en la *pseudopornografía* no hay ninguna víctima real, una vez que el material resulta de un montaje y/o es generado en su totalidad a través de recursos tecnológicos.

GARCÍA VALDÉS defiende que en la *pseudopornografía* “ninguna incidencia en el bien indemnidad sexual del menor o discapacitado se produce. Todo lo más, en los supuestos de, por ejemplo, fotografías reales transformadas en material pornográfico, estaríamos en presencia de un atentado a la *intimidad*, a la *propia imagen* y al *honor*. En aquellos casos en los que el material pornográfico es sólo una recreación virtual, una creación *ex novo*, ningún bien jurídico penalmente protegido queda afectado, por lo que la irrelevancia penal queda fuera de toda duda”⁴⁶⁵.

En el mismo sentido, SUÁREZ-MIRA puntualiza que “este precepto puede tener una cierta razón de ser si lo que trata es de impedir que la imagen o la voz reales del afectado sean empleados torticeramente con una finalidad muy distinta de la esperada, especialmente si permiten el reconocimiento del mismo (p. ej. “cortar” la cabeza de la imagen del menor o incapaz y “pegarla” sobre la imagen de otro cuerpo), pero si la alteración o modificación de la voz o de la imagen son de tal magnitud que no permiten su reconocimiento, no parece necesaria la conminación con pena de tales conductas, pues resulta dudoso qué bien jurídico

infantil penado en el artículo 189.7 CP, en el que no hay menores afectados directa o indirectamente en su esfera sexual. La rúbrica del título VIII del Código Penal, no abarca, pues, de forma omnicompreensiva todos los bienes jurídicos tutelados en los artículos comprendidos en el mismo”. Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

⁴⁶⁴ “En este caso ni siquiera es afectada la indemnidad sexual de un menor o incapaz, castigándose directamente la pura alteración gráfica o auditiva, lo que literalmente interpretado puede llevar a la punición de la utilización de imágenes virtuales sin ninguna base real.” MUÑOZ CONDE, 2010, *op. cit.*, p. 259.

⁴⁶⁵ GARCÍA VALDÉS, 2004, *op. cit.*, p. 415.

podría resultar entonces comprometido en el entorno de valores en el que nos estamos moviendo”⁴⁶⁶.

Asimismo, FERNÁNDEZ TERUELO⁴⁶⁷ expone que en el caso de la pornografía virtual en que se hayan empleado voz o imagen alterada o modificada de menores o incapaces, o sea, sin su utilización directa, el *peligro para un bien jurídico se hace difuso*, teniendo en cuenta que no se han utilizado efectivamente menores en comportamiento sexual alguno para elaborar los mismos. Para el autor, “salvando las distancias, sería como castigar el consumo o tráfico de sustancias lícitas e inocuas para la salud por el hecho de que las mismas puedan parecer o simular droga”. De esta forma, aboga que en el caso de los menores, habría como mucho una lesión o bien a su intimidad personal, “en la medida en que se ponen a disposición de múltiples personas aspectos relativos a la imagen o intimidad sexual protegidos constitucionalmente”, o bien a la dignidad de los menores o incapaces, una vez que “el poseedor, al no tener ninguna injerencia directa con la víctima, no puede violar la libertad sexual de la misma”⁴⁶⁸.

BOLDOVA PASAMAR argumenta que en estos casos no se produce la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico de contenido sexual, cabiendo reconocer como mucho un *peligro abstracto*, aunque de no muy clara fundamentación. Así, se buscaría prevenir, por una parte, posibles abusos sexuales contra menores por el estímulo que puede provocar el consumo de esta especie de pornografía y, de por otra, evitar que surjan nuevas formas de pornografía que traten de eludir la ley penal, aunque provoquen el mismo efecto en sus consumidores. En los casos de pornografía infantil virtual – en la que se insertan a un menor real o incapaz mediante un montaje –, se podría estar atentando contra su derecho al honor, a la

⁴⁶⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión”, en Patricia Faraldo Cabana (Dir.), *Política Criminal y Reformas Penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 280.

⁴⁶⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁶⁸ En el mismo sentido, sostiene Corcoy Bidasolo que la tenencia de material pornográfico referido a menores o incapaces para el propio uso es “injustificado desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico ‘libertad sexual’ porque se trata de castigar ‘personalidades desviadas’ con contenido moralizante”. CORCOY BIDASOLO, 2004, *op. cit.*, p. 342.

intimidad y a la propia imagen. No obstante, continúa el autor, la inclusión de la pseudopornografía infantil en el concepto de pornografía infantil implicaría “más bien – además de una analogía in *malam partem* – el retorno de la protección de la *moral sexual colectiva*”⁴⁶⁹.

A partir de todo lo expuesto, se pueden identificar dos corrientes en torno a la determinación de los bienes jurídicos relacionados con la pseudopornografía.

De un lado, cuando la producción del material se debe en su totalidad a la utilización de programas informáticos sin la participación de ningún elemento del menor real, o incluso a partir de elementos de un adulto que aparente menoridad, estaríamos ante una conducta sin bien jurídico tutelado, lo que conllevaría a su falta de legitimidad penal. Esta puntualización es importante, una vez que la LO 1/2015 incluye, como hemos visto en el primer capítulo, en el concepto de pornografía los materiales producidos de esta manera.

Por otra parte, cuando se utiliza algún elemento de un menor real – imagen o voz -, aunque modificados, se podría sostener a lo más la tutela de su *imagen, intimidad y privacidad* - en la misma línea de lo expuesto para los casos de posesión de pornografía infantil -, una vez que, al no existir contacto entre autor y víctima, no se puede hablar de la tutela de la indemnidad o de la libertad sexual en este caso. De esta forma, aún en este supuesto, habría que reconocerse el fuerte elemento moralizante presente en el tipo.

Una vez expuestas todas las cuestiones suscitadas en la determinación del bien jurídico en los tipos de pornografía infantil del art. 189 CP, se constata que, al menos en relación a los delitos de posesión de material pornográfico infantil y pseudopornografía, el fundamento no es suficientemente claro, dejando margen incluso a que algunos autores denuncien su *contenido moralizante*, mermando la legitimidad de los mismos. Las controversias en torno a los delitos de pornografía infantil, sin embargo, no se limitan a la determinación de los bienes jurídicos

⁴⁶⁹ BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, pp. 527-532.

protegidos, sino que suscitan además distintas cuestiones probatorias relacionadas con el tipo, como veremos en los capítulos posteriores.

Los bienes jurídicos tutelados en los delitos de pornografía infantil - ¿Una vuelta a la *moral sexual*?

En el segundo capítulo de esta investigación, se ha realizado un recorrido histórico por los distintos bienes jurídicos protegidos en los delitos sexuales a lo largo de los últimos años, en aras de evidenciar los intereses tutelados por los tipos de pornografía infantil actualmente vigentes en la ley penal española.

En este sentido, a lo largo de las últimas décadas, se ha observado que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales ha experimentado una objetivización, evolucionado desde parámetros subjetivos como la honestidad y la moral sexual – rechazados por su incompatibilidad con los principios democráticos y pluralistas del Estado de Derecho -, hasta otros con más objetividad, como es el caso de la protección de la indemnidad y libertad sexuales, lo que es muestra del carácter controvertido y polémico de esta materia.

Por lo que respecta al art. 189.1.a) CP, cabe afirmar su conveniencia y legitimidad, dado que protege la indemnidad sexual de los menores, al tratarse de conductas que suponen un abuso sexual directo a las víctimas

Esta argumentación no es óbice para admitir que además de protegerse la indemnidad sexual, el tipo del art. 189.1.a) CP tutela indirectamente otros bienes jurídicos, tales como la intimidad, la imagen o la dignidad de los menores. En

definitiva, se trata de evitar un daño en la esfera sexual de los menores, que incidiría negativamente en el desarrollo de su personalidad.

De la misma forma, el tipo del art. 189.1.b) CP queda igualmente justificado, tutelando *un bien jurídico supraindividual*, de carácter difuso, que pretende impedir la formación de una red de tráfico, que supondría un peligro directo a menores en situación de vulnerabilidad.

Conforme con ello, en nuestra opinión, no habría ningún impedimento para la tipificación de los *delitos de peligro* y de *titularidad difusa*, siempre y cuando dicha previsión sea acorde con los postulados de la teoría del bien jurídico, y puedan identificarse claramente tanto el desvalor de acción, como el de resultado.

Conforme con ello, en la justificación del art. 189.1.b) CP, el primer requisito está plenamente justificado, teniendo en cuenta que la impunidad de las conductas relacionadas con la distribución resultaría en la creación de amplias redes comerciales de tráfico de este tipo de material, que exigiría el aumento de la oferta y el consecuente abuso directo de nuevas víctimas. Es decir, las conductas de tráfico y distribución están en estrecha conexión con las conductas de producción, de forma que prohibiéndose la primera se estaría protegiendo a los intereses individuales de eventuales víctimas de la segunda. En este sentido, defender las citadas conductas como un tipo de peligro no puede ser considerado un adelanto indebido de las barreras de punición como sugieren algunos autores, teniendo en cuenta que las mismas amenazan claramente a bienes de intereses individuales, debiendo ser tutelado por el Derecho penal. Caso contrario, los materiales circularían libre e impunemente por la Red, dejando vulnerables a futuras víctimas.

Conforme con ello, en las conductas relacionadas al tráfico también se pueden identificar tanto el necesario desvalor de acción (difundir el material cuyos protagonistas hayan sido víctimas de abusos sexuales aun que sin ánimo de lucro),

como el desvalor de resultado (posible creación de redes comerciales y de tráfico cuyo objeto principal sean dichos materiales resultantes de un delito). Por todo ello, la hipótesis de la letra b) no tendría impedimentos en ser justificada como un *tipo de peligro abstracto de interés difuso*, una vez que protege a la colectividad de los menores e incapaces y su indemnidad sexual de eventuales futuros abusos, en virtud de la estrecha y directa vinculación existente entre la producción y el tráfico de dichos materiales.

El fundamento basado en la *peligrosidad*, sin embargo, no tiene cabida en el supuesto del art. 189.2 CP. Eso es así porque de la conducta de mera posesión para uso propio no se deriva ninguna relación directa de peligro de daño a futuros menores víctimas – que sí es clara en las hipótesis de tráfico –, razón por la cual no se logra encontrar ningún interés individual digno de tutela penal que fundamente el elemento peligrosidad. Es decir, resulta indiscutible afirmar que la posesión de material pornográfico infantil para uso propio genere una amenaza tangible al ámbito sexual de menores o incapaces, no existiendo ninguna relación con la conducta de producción o utilización de los mismos, razón por la cual tampoco es posible hablar de la protección de un bien difuso y, en definitiva, faltaría la lesividad al bien jurídico.

Asimismo, tampoco se identifica un desvalor de resultado, pues no se deriva de la mera posesión de material pornográfico relación alguna con un aumento de la oferta. Conforme con ello, la ley penal no puede justificar el tipo en la existencia de un peligro o en un interés difuso de las víctimas, ni puede afirmarse que la posesión privada ocasione daño potencial alguno a futuras víctimas de pornografía.

Finalmente, tampoco se verifica claramente un desvalor de acción, teniendo en cuenta que en este caso no cumple al Derecho penal castigar a ningún individuo por sus preferencias. De esta forma, cualquier valoración en torno a la acción de consumidor estaría comprendida en el ámbito de la moral sexual que no

debe ser relevante en la órbita penal a efectos de justificar la tipificación de una conducta.

Por todo ello, ausentes el elemento de peligrosidad de la conducta - que justifique tutelar a un interés difuso -, así como no siendo demostrable cualquier desvalor de acción o resultado, la conducta de mera posesión para uso privado no presenta cualquier bien jurídico digno de tutela, razón por la cual debe ser destipificada.

Igual conclusión, aunque derivadas de premisas algo diferentes, debe ser aplicada al tipo de *pseudopornografía* del art. 189.7 CP.

En primer lugar, teniendo en cuenta que la *pseudopornografía* no exige el contacto directo con ninguna víctima - una vez que el carácter pornográfico del material, como hemos visto en un momento oportuno, es resultante de una manipulación creada artificialmente -, la misma no ofrece peligro de daño a la integridad sexual de ningún menor o incapaz, faltándole el elemento de lesividad. Es decir, no sería razonable justificar en un interés difuso la criminalización de materiales que ni al menos reflejan una realidad o que se utilicen de víctimas reales, teniendo en cuenta que dichas conductas no ofrecen riesgo a nadie.

En este mismo sentido, no se puede identificar el peligro en el hecho de que estos materiales puedan eventualmente ser utilizados en el proceso de seducción de un futuro menor, una vez que ello sería un adelanto indebido de las barreras de punición del Estado. Conforme con todo ello, sumado a la imposibilidad de identificar a un bien jurídico digno de tutela, en la hipótesis de pseudopornografía tampoco se lograría identificar un desvalor de resultado o un desvalor de acción, una vez que los mismos, al igual que en el supuesto anterior, están adscritos al ámbito *moral sexual*, que no debe ser tutelado por el Derecho penal. De esta forma, ausentes cualquier elemento que logre justificar la pertinencia penal del tipo, este debe ser destipificado.

Finalmente, eventual daño causado a la imagen y a la intimidad de las víctimas tanto en el caso de la posesión como en el caso de la pseudopornografía

infantil ya están suficientemente tuteladas por la ley civil – LO 1/1996, sobre protección jurídica del menor, y LO 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor, intimidad e imagen - e incluso por los arts. 173 y 197 CP, no existiendo razones que recomienden el mantenimiento de una tutela especial por el art. 189 CP.

A partir de todo lo expuesto, debe concluirse que la tipificación de los tipos del apartado 2 y 7 del art. 189 CP sólo puede ser explicada bajo un fundamento subjetivo que busca tutelar la *moral sexual colectiva*. Esto es así porque referidos tipos plasman simplemente la opinión mayoritaria en la sociedad, que rechaza cualquier conducta relacionada con la pornografía infantil, independientemente de los daños efectivamente causado a los menores e incapaces resultantes de las mismas.

Además es necesario reconocer que los mismos presentan fuertes rasgos del *Derecho penal del enemigo*, una vez que crean una nueva categoría de *individuos peligrosos* – los pedófilos -, que deben ser combatidos, independientemente de la peligrosidad efectiva de sus conductas, incluso con el adelanto indebido de las barreras penales y asumiendo rasgos predominantemente simbólicos. Por ello, referidos tipos también deben ser reconocidos como típicos representantes del *Derecho penal de autor*, hace mucho rechazado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, por estar en desacuerdo con los principios democráticos básicos del Estado. Los mismos serían también resultado de la inflación legislativa, característica del ya apuntado contexto del moderno Derecho penal.

Todo ello, junto con la ausencia de un bien jurídico tutelable y por no ofrecer ninguna peligrosidad a menores e incapaces, también recomienda la futura derogación de los tipos presentes en el art. 189.2 y 7 CP, por estar en contra de los fundamentos de la teoría del bien jurídico y de los principios penales clásicos, inspirados en la mínima intervención y *ultima ratio*.

CAPÍTULO TERCERO
ANÁLISIS DEL TIPO DEL ART. 189 CP

I. ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO

1. Captación o utilización de menores o incapaces para fines de espectáculos o en la elaboración de material pornográfico y la financiación de dichas actividades (art. 189.1.a) CP)

El artículo 189.1.a) del Código Penal castiga con pena de uno a cinco años de prisión a quien “captare o 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 o se lucrare con ellas”⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ “El objeto del delito ha de ser material pornográfico, entendiendo por tal toda representación por cualquier medio de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales; de acuerdo con el apartado c) del art. 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España según

De una lectura del precepto transcrito, puede colegirse que dicho artículo incluye tres conductas principales⁴⁷¹. La primera relacionada con la captación o utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (para su visualización en directo), sean públicos o privados; la segunda, con la utilización de los mismos para producir (crear) material pornográfico y, la tercera, con la financiación de cualquier de estas actividades⁴⁷². A continuación, analizaremos detalladamente cada uno de los tres supuestos indicados.

texto del BOE de 31 de enero de 2002.” STS nº 1055/2009, de 3 de noviembre, ponente Joaquín Delgado García. (VLEX-229118694). También, sobre este tipo, hay que “recordar que el delito de corrupción de menores por elaboración de material pornográfico utilizando a menores o incapaces descrito en el art. 189.1a) del Cpenal tiene los siguientes caracteres: a) Es un delito de acción. b) El sujeto activo puede ser cualquiera, y el sujeto pasivo ha de ser menor o incapacitado. c) La acción típica se integra por dos elementos: la elaboración de material pornográfico mediante la realización de imágenes y escenas de esa naturaleza, y que se emplean en la realización de los mismos de un menor. d) La reproducción puede hacerse en cualquier material apto para soportar y conservar la grabación. e) Es un delito esencialmente doloso, incluido el supuesto del dolo eventual en cuanto a la edad del menor empleado. f) Caben las formas imperfectas de ejecución y de participación. g) La realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito. h) No forman parte del tipo, ni por tanto quedan absorbidos en él los actos sexuales efectuados y grabados, los que seguirán siendo actos de agresión sexual o abuso sexual. i) Es independiente el consentimiento del menor o incapaz dada la imposibilidad de consentir.” STS nº 947/2009, de 2 de Octubre, ponente Joaquín Giménez García. (VLEX-71476250).

⁴⁷¹ Según el Tribunal Supremo, “el artículo 189 del Código Penal describe un tipo básico con dos modalidades en el apartado 1º, un tipo privilegiado en el apartado 2º, y un subtipo agravado en el apartado 3º. La letra a) del apartado 1º contempla tres modalidades típicas consistentes en la utilización de menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, su utilización para elaborar cualquier clase de material pornográfico, donde se incluyen los reportajes fotográficos y vídeos, o bien la financiación de cualquiera de estas actividades”. STS nº 680/2010, de 14 de julio, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo. (VLEX-218421211).

⁴⁷² Para *Orts Berenguer*, sería suficiente la sólo mención a la primera conducta “puesto que utilizar menores o incapaces para producir material pornográfico no es algo distinto de utilizar a dichos sujetos con fines pornográficos; y financiar estas actividades siempre podría integrarse en la cooperación necesaria para cometer el referido delito”. ORTS BERENGUER, Enrique; VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 292.

1.1 La utilización y captación de menores o incapaces para fines de espectáculos

La prohibición de captar o utilizar a menores e incapaces para fines de espectáculos pornográficos o exhibicionistas tiene la clara pretensión de evitar que los mismos sufran directamente cualquier injerencia por parte de terceros en el ámbito de su esfera sexual. En este sentido, la redacción legal no plantea problemas de interpretación, concluyendo que en ambos supuestos – utilizar y captar a los menores o incapaces para fines de espectáculos pornográficos o exhibicionistas - el sujeto activo busca servirse de la víctima como un instrumento o herramienta.

El significado del concepto de pornografía infantil ya ha sido analizado en el primer capítulo de esta investigación, por lo que ahora toca esclarecer el contenido del concepto exhibicionista. En líneas generales, este concepto reclama la verificación de actos obscenos, que incorporen conductas de contenido lúbrico, como por ejemplo, la exhibición de las genitales o bien de prácticas masturbatorias⁴⁷³. De esta forma, el concepto engloba material con contenido sexual, aunque no sea formalmente pornográfico.

En relación a los verbos típicos, a través de la *utilización* del “menor” o “incapaz” el autor busca aprovecharse de la víctima directamente para la ejecución de los espectáculos pornográficos o exhibicionistas, al paso que la *captación* “consiste en el contacto persuasivo del sujeto activo del delito para con

⁴⁷³ MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1003.

la víctima, determinando su voluntad hacia la consecución de las acciones finalistas previstas en la dicción del tipo”⁴⁷⁴.

Es decir, con la captación se adelanta la realización del tipo a una fase anterior a la utilización, ampliando la tipicidad y abarcando *actos meramente preparatorios*⁴⁷⁵. Éstos incluso podrían resultar ambiguos y no claramente reveladores de la finalidad ulterior de usar al menor e un espectáculo exhibicionista o en la elaboración de material pornográfico. Como ejemplo, MUÑOZ CONDE expone la posibilidad de que un sujeto ofrezca a un menor intervenir en una película, en la que no quede claro que se vayan a rodar escenas de contenido sexual; o que si ésta sea la finalidad, la captación se produzca unos meses antes de que el menor cumpla la mayoría de edad, pero el material pornográfico se elabora cuando ya sea mayor de edad. Asimismo, sobre la conducta consistente en capturar, alguna doctrina entiende que la misma ya estaba cubierta por el artículo 177 bis que recoge la trata de personas para su explotación sexual⁴⁷⁶.

Sobre los límites de la utilización, teniendo en cuenta que el tipo no determina el grado de implicación que debe tener el menor en el espectáculo exhibicionista o pornográfico para el que es utilizado, algunos autores entienden que la *ratio* del precepto no debe limitar el ámbito de incriminación a los supuestos en el que el menor es parte activa de conductas o escenas de tipo obsceno. Es decir, el precepto debe abarcar también las conductas en las que el menor se limita a presenciar la conducta obscena protagonizada por mayores de edad, por cuanto, en tales casos, el menor queda involucrado en un contexto atentatorio a su indemnidad sexual⁴⁷⁷. Sin embargo, otros autores sostienen la necesidad de que la conducta del menor, para ser típica, sea de protagonismo o, al

⁴⁷⁴ BOLAÑOS VÁSQUEZ; BOLDOVA PASAMAR; FUERTES IGLESIAS, 2014, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁷⁵ MUÑOZ CONDE, 2013, *op. cit.*, pp. 242-256.

⁴⁷⁶ Vid CUGAT MAURI, Miriam, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Francisco Javier Álvarez García, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010.

⁴⁷⁷ MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1004.

menos, que el mismo desarrolle un papel de corte netamente sexual, de forma que ningún otro acto periférico sería punible por este tipo⁴⁷⁸.

Por decirlo con otras palabras, la comprensión en torno a la utilización debe estar circunscrita al ámbito exhibicionista o pornográfico, y no a la totalidad del fin o espectáculo (como, por ejemplo, trabajar como portero, acomodador, camarero o ayudante de producción). Así, en principio, la referida integración a la conducta pornográfica o exhibicionista podrá ser tanto activa como pasiva (apareciendo como mero espectador aunque estando presente en la escena)⁴⁷⁹.

En aras de completar la exégesis del tipo, el art. 189.1.a) CP “in fine” (“con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos tanto públicos como privados”) incluye los actos en los cuales el autor obliga a su víctima a realizar alguna actitud pornográfica, sin la necesidad de que haya una pluralidad de

⁴⁷⁸BOLAÑOS VÁSQUEZ; BOLDOVA PASAMAR; FUERTES IGLESIAS, 2014, *op. cit.*, p. 68. *Orts Berenguer* sostiene que las intervenciones del sujeto pasivo pueden ocurrir de distintas formas y que por lo general está relacionada con “su aparición total o parcialmente desnudos en actitudes lascivas o efectuando actos salaces en solitario o con otras personas (u otro tipo de prácticas), aunque caben otras variantes, como la participación del menor en conversaciones telefónicas, etc. En todo caso, deberá tratarse de una intervención significativa en escenas inequívocamente exhibicionistas o pornográficas”. ORTS BERENGUER; VIVES ANTÓN, 2004, *op. cit.*, p. 292. En este mismo sentido, aclara *Carmona Salgado* que “la utilización de menores o incapaces para fines o en espectáculos exhibicionistas suele concretarse en hechos tales como mostrar sus respectivos cuerpos, total o parcialmente desnudos, conducta que puede acompañarse de la ejecución coetánea de prácticas sexuales de cualquier índole y entidad ante el propio agente o ante terceros, de forma íntima o en espectáculos o locales públicos o privados.” CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Manuel Cobo del Rosal (coordinador), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 316-317.

⁴⁷⁹BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, p. 529. El autor esclarece que en relación al significado de acto exhibicionista o pornográfico normalmente se tratará de una acción sexual provocadora. “No es preciso, sin embargo, que el menor o incapaz, que es utilizado con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, actúe animado por la tendencia a involucrar a otro en un contexto sexual, pues basta con que actúe de esa forma el autor del delito. Es decir, quien ha de actuar con fines exhibicionistas o pornográficos es ante todo el sujeto activo, y no necesariamente también el sujeto pasivo, el cual puede aparecer como mero «objeto sexual provocador», sin llevar a cabo una acción sexual. Así, por ejemplo, aunque el cuerpo desnudo por sí solo no constituye un acto exhibicionista o pornográfico, la fotografía o filmación del desnudo de un menor puede ser tomada con finalidad exhibicionista (por ejemplo, para una ulterior contemplación lasciva) o pornográfica (por ejemplo, para una ulterior composición del material) (...). Por otro lado, el tipo no exige colaboración entre el autor y la víctima (sea forzada o acordada), sino tan sólo la instrumentalización sexual de éste por parte del primero, lo que comprende la captación furtiva de imágenes o escenas de carácter sexual del menor o incapaz, porque también con ello se produce la involucración de éste en un contexto sexual aun cuando sea como sujeto pasivo o, incluso, como mero objeto sexual provocador”. *Ibidem*, pp. 529-530.

personas o la existencia de lucro⁴⁸⁰, siendo igualmente innecesaria cualquier publicidad o finalidad divulgativa.

En este sentido, para el Tribunal Supremo, la *utilización* es “compatible con el desarrollo de los hechos en el ámbito privado, comprendiéndose bien la exhibición sólo para el propio sujeto activo del delito, en cuyo caso la consumación es simultánea, o bien la realización de reportajes fotográficos o vídeos cuyo destino ulterior sea la cesión, transmisión o difusión, retribuida o gratuita, a terceros, es decir, ello necesariamente implica la existencia del ánimo tendencial del agente autor del reportaje para su posterior exhibición a otras personas, siendo indiferente que se produzca en un ámbito público o privado y también del número de personas destinatarias de aquélla”⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Sin embargo, la comprensión en torno a las conductas que se encajarían perfectamente en el concepto de espectáculo no es consensual. Para *Rodríguez Padrón*, “podría entenderse que la conducta que involucrase o hiciese participar a menores en actuaciones pornográficas con publicidad tendría perfecta cabida dentro del concepto de espectáculo; por el contrario, la actuación privada, reservada o destinada a una sola persona, no vemos obstáculo alguno para que pudiese encajar dentro de la conducta con fines exhibicionistas o pornográficos”. 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, *Delitos contra la libertad sexual*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 29. En el mismo sentido es la opinión de *Morales Prats*, para quien “la utilización de menores o incapaces en espectáculos implica que la conducta se efectúe en un marco de cierta publicidad”. MORALES PRATS, Fermín, “Comentarios al art. 189 del CP”, en Gonzalo Quintero Olivares (organizador), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996. También, otros autores defienden que el concepto espectáculo presupone la obtención de algún tipo de lucro. Así, la conducta tendría por objetivo “utilizar a dichos sujetos con fines, en principio, lucrativos, dado que el tipo habla de espectáculos, tengan lugar éstos en locales legales o ilegales, públicos o privados – fiestas particulares, rodaje de películas, p. ej. -. Los espectáculos son de naturaleza exhibicionista – un sólo sujeto se muestra sexualmente ante el público – o pornográfico – sexo, real o fingido, en grupo -; la primera variante tiene menos sentido dada la minoría de edad o incapacidad.” QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, Atelier, 2010, p. 253.

⁴⁸¹ STS nº 1632/2000, de 24 de octubre, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-17726057). Así, “para la consumación del delito, puede ser suficiente la utilización del menor con esa finalidad exhibicionista o pornográfica, con independencia de la reproducción gráfica que pueda obtenerse de los hechos en los que el menor ha sido utilizado.” STS nº 1143/2011, de 28 de octubre, ponente Manuel Marchena Gómez. (VLEX-335655414).

1.2 La utilización y captación de menores para producir pornografía

La segunda conducta típica descrita en el artículo 189.1.a) CP tiene por objeto impedir que se utilicen a menores o incapaces como protagonistas de materiales pornográficos, no sólo para evitar abusos, sino también su posterior distribución de los mismos a consumidores de todas las partes del mundo, fomentando su tráfico ilícito⁴⁸².

De esta forma, cabe reiterar las consideraciones realizadas anteriormente con respecto a la primera modalidad típica. Simplemente es necesario recordar que la *utilización*, en este caso, conlleva emplear menores o incapaces como protagonistas del producto realizado “con una participación relevante en el mismo, no reducida a simples apariciones fugaces o esporádicas, sin exhibirse o involucrarse en la acción lúbrica”⁴⁸³. Aquí, “pueden quedar subsumidas conductas tales como la utilización de menores o incapaces para la realización de reportajes fotográficos, filmaciones de vídeos u otros tipos de cintas pornográficas y cualquier otro tipo de material tanto en soporte magnético, digital o de papel”⁴⁸⁴.

En este mismo sentido es el entendimiento del Tribunal Supremo, que entiende por “elaboración de cualquier clase de material pornográfico” 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

⁴⁸² Para *Boldova Pasamar*, esta previsión es superflua, teniendo en cuenta que quedaría abarcado por la expresión “utilización con fines pornográficos” del apartado anterior. Además, incluso “el hecho de que el material pornográfico pueda ser de cualquier clase no amplía la gama de pornografía que queda comprendida con la primera expresión típica, sino que únicamente pone de manifiesto la voluntad del legislador de no dejar ningún resquicio de impunidad en esta clase de atentados contra la libertad sexual de menores e incapaces”. BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, pp. 530-531.

⁴⁸³ ORTS BERENGUER; VIVES ANTÓN, 2004, *op. cit.*, p. 293.

⁴⁸⁴ MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 342.

todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos⁴⁸⁵.

Con respecto a la exigencia o no de un contacto corporal directo entre autor y víctima como presupuesto del delito, no es un elemento del tipo, ni tendrá lugar frecuentemente en la producción del material pornográfico.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha aplicado el art. 189.1.a) CP, castigando a un sujeto que convenció a una menor para que se desnudara y se masturbara frente a la webcam que aquella tenía instalada en su ordenador. Según el citado Tribunal, convencer a una joven de corta edad para que se exhiba delante de la webcam de su ordenador, mostrando sus pechos y pubis, ya de por sí constituye una conducta *exhibicionista*. Además, conseguir también que la misma joven se masturbe ante dicha cámara, logrando así grabar tales imágenes constituye asimismo una conducta de elaboración de material pornográfico, por cuanto masturbarse una persona en la forma indicada no puede ser calificado de conducta meramente erótica o exhibicionista, pues de adentra claramente en lo pornográfico, sin que la realidad social permita rebajar dicha clasificación⁴⁸⁶.

Por consiguiente, y con respecto a la exigencia de contacto corporal, a nuestro juicio el tipo exige el llamado *contacto sexual restringido*⁴⁸⁷, según el cual, el atentado contra la libertad e indemnidad sexuales puede ocurrir mismo cuando no medie entre autor y víctima un contacto corporal directo, siendo esencial, sin embargo, que sí medie algún tipo de contacto corporal en o sobre el cuerpo de la víctima.

⁴⁸⁵ STS nº 264/2012, 03 de abril, ponente Juan Ramon Berdugo de la Torre. (VLEX-367851630).

⁴⁸⁶ Vid STS nº 796/2007, de 1 de octubre, ponente Luis-Román Puerta Luis. (VLEX-34439047).

⁴⁸⁷ MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 94.

1.3 La financiación de dichas actividades

Finalmente, la última conducta prevista en el art. 189.1.a) CP tiene por objeto tipificar la *financiación* de cualquiera de las actividades anteriormente referidas⁴⁸⁸. Con ello, el ordenamiento criminal trata de castigar asimismo a los sujetos que con sus acciones, aun sin intervenir directamente, promueven económicamente la captación o utilización de menores para fines de espectáculos pornográficos o exhibicionistas o para la producción de materiales con dicho contenido - lo que, de cierta forma, está en la base de la problemática del fenómeno de la pornografía infantil -, buscando impedir que esta actividad también se torne en negocio económico y lucrativo. De esta forma, lo que en su momento fue tipificado como una forma de participación, a partir de la reforma introducida por la LO 11/1999, pasa a ser castigado como una auténtica forma de autoría⁴⁸⁹.

Para que se pueda contemplar la tipicidad de la conducta basta con que el sujeto contribuya económicamente a la ejecución del espectáculo o producción del material pornográfico, no siendo necesario que tenga ningún contacto con la víctima, ni tampoco con sus agresores directos. De este modo, la *financiación* tendrá por objetivo, o bien comprar la voluntad de los propios menores o de las personas de quienes éstos dependen, o bien sufragar los gastos que origine la organización, montaje y desarrollo de los espectáculos⁴⁹⁰. Por esta razón, hay autores que incluyen en el concepto de financiación a los clientes que, con su

⁴⁸⁸ El concepto de financiar incluye “el hecho de facilitar el dinero o los medios económicos para que otros elaboren el material pornográfico u organicen y lleven a cabo los espectáculos exhibicionistas y, en términos algo más estrictos, quizá quepa incluir en esta fórmula de futuro a los espectadores o clientes que pagan por asistir a espectáculos de dicha índole en los que están menores involucrados.” CARMONA SALGADO, 2005, *op. cit.*, p. 317.

⁴⁸⁹ GARCÍA VALDÉS, 2004, *op. cit.*, p. 417.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 417.

acción, también financiarían, de alguna forma, a los actos exhibicionistas o la sesión pornográfica, al pagar por los mismos⁴⁹¹, siendo impune, sin embargo, los la conducta de asistir gratuitamente⁴⁹².

En síntesis, con el castigo de las tres conductas referidas anteriormente, el ordenamiento penal busca inhibir las prácticas más primarias relacionadas con la cadena de la pornografía infantil, como son la captación y utilización de menores e incapaces para espectáculos o producción de material pornográfico, así como la financiación de los mismos⁴⁹³.

⁴⁹¹ Vid MUÑOZ CONDE, 2013, op. cit., p. 243.

⁴⁹² En desacuerdo con ese entendimiento, *Boldova Pasamar* argumenta que de esta forma “estaríamos situando a un mismo nivel de injusto y de reproche al explotador y al espectador, cuando sin duda el primero realiza un hecho mucho más grave que el segundo y por ello más reprochable: se sirve del sujeto pasivo tanto sexual como económicamente. Pero lo más importante es que tiene el dominio del hecho, algo que no puede predicarse del asistente o espectador. (...) Por otra parte, no se puede asumir como criterio general de carácter penal el principio económico de no hay oferta si no hay demanda. Lo contrario además conduciría a una inflación del Derecho Penal y a no ser congruentes con el principio de intervención mínima. Por lo tanto, hay que concluir que no se puede considerar autor de la financiación de la pornografía o del espectáculo infantil al mero consumidor (espectador o adquirente de estos productos)”. BOLDOVA PASAMAR, 2004, op. cit., p. 534.

⁴⁹³ En este sentido, para la Fiscalía General del Estado, dentro del art. 189.1.a) “han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando, etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.)”. Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

2. Producción para la venta, distribución, exhibición, ofrecimiento de material pornográfico o la posesión para estos fines (art. 189.1.b) CP)

El tenor literal del art. 189.1.b) CP castiga al que “produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere 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”⁴⁹⁴.

El Tribunal Supremo explica que la estructura de este tipo tiene dos apartados. Uno, “relativo a actos directos de creación o propia exhibición”, y otro, relacionado con la “puesta en circulación del material de pornografía infantil”. Conforme con ello, por el primero se incrimina la producción, venta, distribución o exhibición, al paso que por el segundo, los verbos que utiliza el legislador son los mismos, pero bajo una actividad de facilitación, de modo que se incrimina a quien “facilita la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio”. De ello se colige, que para el legislador es lo mismo distribuir que difundir, ambos conceptos son sinónimos de divulgar, pues en el primer apartado utiliza la locución distribución y en el segundo, el sustantivo difusión⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Para la Fiscalía General del Estado, la peculiaridad del tipo contenido en el artículo 189.1.b) reside en el hecho de que, así como en el supuesto del artículo 189.2 del Código Penal, el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado y en cuyo proceso de confección no ha participado, de forma que su acción no incide en la conducta sexual del menor, como si ocurre en el apartado a) del mismo artículo. *Ibidem*.

⁴⁹⁵ STS nº 1377/2011, de 19 de diciembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-349466606). En este sentido, “el alcance preciso de dichas conductas típicas, interpretando las mismas desde una óptica teleológica, en orden a la protección del bien jurídico, se concretan en el sentido de favorecer el acceso a algo, hacer llegar a otro una cosa, o proporcionársela o entregársela. Por ello el comportamiento delictivo objeto del proceso lo constituyen actos de distribución y favorecimiento a la difusión.” SAP Madrid nº 247/2013, de 3 de junio, ponente María del Carmen Compañero Plo. (VLEX-447724954).

Además de ello, el tipo en estudio también criminaliza la conducta de quien posee dicho material para realizar alguna de las referidas conductas – que antes podía ser considerado un acto preparatorio impune y ahora una modalidad de comisión anticipada, adelantando las barreras de punición. Es interesante destacar también, que la ley no establece ninguna distinción relacionada con el origen de dicho material, que puede ser tanto desconocido, como venir desde el extranjero⁴⁹⁶. De esta forma, completando la letra a) del artículo 189.1 CP, la letra b) extiende la persecución a los demás individuos que participan de intermediarios y distribuidores en la cadena de pornografía infantil⁴⁹⁷.

Antes de abordar el análisis de las conductas típicas, es necesario subrayar que, al exigir que el material deba reflejar la utilización de menores o incapaces, el legislador español ha seguido un criterio restrictivo si la comparamos con otros ordenamientos y tratados internacionales, que penalizan la simple representación de los mismos⁴⁹⁸. Por ello, sólo será típica la distribución de materiales que reflejen a menores reales⁴⁹⁹, no siendo este supuesto aplicable al tráfico de la *pseudopornografía*.

⁴⁹⁶ “Precisamente para hacer frente a los supuestos en que la distribución se realiza a través de Internet se ha incluido en el precepto la doble referencia: “*por cualquier medio*” y “*aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuese de procedencia desconocida*”, debido a la frecuencia con que este tipo de distribución se realiza utilizando material que ha sido copiado en la propia Red, siendo desconocido su origen.” FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 257.

⁴⁹⁷ La figura del distribuidor y del consumidor muchas veces se confunde. “Las comunidades de intercambio son sitios en los que el administrador suele restringir la entrada a determinados usuarios, lo que también limita las posibilidades. En concreto, para poder formar parte de estas zonas normalmente se exige tomar parte activa, compartiendo pornografía infantil con otros miembros, lo que permite renovar los archivos comunes. Los usuarios que no compartan material en el tiempo que establezca el administrador serán normalmente expulsados. Esta situación provoca que el consumidor de pornografía infantil se convierta, al mismo tiempo, en distribuidor de este tipo de material.” FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁹⁸ En este sentido, “la exigencia de que hayan sido utilizados menores o incapaces impide la inclusión, dentro del ámbito de referencia de la acción típica, de los dibujos o diseños realizados de forma manual o con medios informáticos que representen a menores en actitudes pornográficas, excepto cuando el dibujo o diseño consista en la alteración gráfica de una imagen auténtica de un menor. Tampoco serán típicos los textos en que se incluyan narraciones de carácter pornográfico atinentes a menores.” FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁹⁹ “Aunque la Decisión Marco amplía esta definición a los casos en que aparece reflejada una “persona real” que parece ser un niño o las “imágenes realistas de un niño inexistente”, el legislador español ha preferido no incorporar tales supuestos al nuevo texto legal que parece seguir partiendo de la base de que en el material pornográfico deben haber sido empleados menores

Dicho esto, el tipo básico de “distribución” abarca distintas acciones, incluyendo, además de los supuestos en los que el autor suministra o comparte físicamente el material pornográfico con otros sujetos, aquellos en los que el mismo pone a disposición sus archivos en programas específicos o en páginas Web⁵⁰⁰, compartiéndolos con los demás usuarios, sin ninguna necesidad de entablar contacto directo, realizar adquisiciones individualizadas o mantener conversación alguna⁵⁰¹. En este último caso, aunque el sujeto no envía directamente el material pornográfico a ningún destinatario, está permitiendo que se acceda al mismo, poniéndolos a disposición de terceros⁵⁰².

reales. En el caso del uso de personas reales con aspecto aniñado, la exclusión de su punibilidad es una opción político-criminal aceptada por la propia Decisión Marco en su art. 3.2.a. Más allá de que la opción del legislador español sea respetuosa con el texto de la Decisión Marco, en términos político-criminales debe considerarse acertada, por cuanto en los casos de uso de material en cuya elaboración no han sido utilizadas personas reales (cómic, dibujos) falta aquella lesividad real susceptible de legitimar la intervención penal.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, en Jesús-María Silva Sánchez (Director), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, La ley, 2012, p. 297.

⁵⁰⁰ SAP Sevilla nº 57/2003, de 28 de enero, ponente Enrique García López Corchado. (VLEX-51989286). En este caso, el autor fue condenado por publicar en su página web imágenes de niños y niñas de corta edad con ropa de calle, traje de baño y ropa interior, además de establecer enlaces a varias webs de pornografía, algunas con carácter pedófilo. En este caso, el autor fue considerado culpable aunque dichas imágenes no se encontraban en su ordenador ni en su servidor. En el mismo sentido SAP Sevilla nº 604/2005, de 30 de noviembre, ponente Francisco Jesús Sánchez Parra. (VLEX-20330370); STS nº 292/2008, de 28 de mayo, ponente Diego Ramos Gancedo. (VLEX-42922794).

⁵⁰¹ Se trata de la llamada “distribución pasiva”, modalidad que todavía suscita algunas cuestiones en la práctica, teniendo en cuenta que en muchos de los casos su verificación dependerá de un elemento probatorio subjetivo. En líneas generales ésta ocurre cuando, de alguna forma, un determinado sujeto deja los materiales ilícitos a disposición de otras personas, de forma que terceros los pueden obtener aunque no haya entrega directa de los mismos a ningún sujeto determinado. Dentro de esta problemática se insiere la discusión en torno a si los programas que comparten archivos en tiempo real con otros usuarios también integran el concepto de distribución. Para la doctrina mayoritaria, teniendo en cuenta que el sujeto elige los archivos que desea poner a disposición en el mundo virtual, no habría razón para excluir dicha conducta de la incidencia del tipo de distribución. Además, aunque no se encajara en esta modalidad específica, la distribución pasiva podría ser interpretada dentro de la modalidad “facilitare”, presente en el mismo artículo. Para *Fernández Teruelo*, “el que lo descarga y ejecuta en su PC establece qué archivos propios quiere compartir con el resto de los usuarios del programa, los cuales inmediatamente pasaran a formar parte de una base de datos global, accesible a todos los que en ese momento estén conectados. A mi juicio, en estos supuestos nos encontramos una especie de distribución que, aunque pasiva, es formalmente típica, ya que, si bien el sujeto no envía el material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo”. FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 264.

⁵⁰² Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

El tipo de distribución – así como los demás previstos en el apartado en análisis - tampoco establece la necesidad de un mínimo de personas involucradas, siendo suficiente para su verificación la mera transferencia de materiales entre dos sujetos particulares. En este sentido, el Tribunal Supremo argumenta que en “ninguna de las acepciones de los verbos nucleares se excluye la difusión a dos personas”, de forma que “interpretando las conductas típicas desde una óptica teleológica, en orden a la protección del bien jurídico, el alcance preciso de los comportamientos típicos debe concretarse en el sentido de ‘favorecer el acceso a algo, hacer llegar a otro una cosa, o proporcionársela o entregársela’”⁵⁰³.

A su vez, el concepto “exhibir” será útil en los casos en que se permite la visualización del material, sin que tenga lugar el envío del mismo⁵⁰⁴, pudiendo ser compartida con una pluralidad de personas⁵⁰⁵.

La conducta de “ofrecimiento” abarca las acciones por las cuales un sujeto ofrece el material con contenido pornográfico infantil a otra persona, a título gratuito u oneroso. Abundando en la interpretación, MUÑOZ CONDE sostiene que el ofrecimiento podrá ser atípico en los casos en los que el mismo “sea de un material que aún no se ha elaborado o que todavía ni siquiera ha llegado al poder del que hace ese ofrecimiento”⁵⁰⁶.

La punición de la conducta de “facilitación” es bastante amplia, lo que la convierte en “una cláusula de recogida que permite sancionar la práctica totalidad de las conductas posibles de favorecimiento de la difusión”⁵⁰⁷, incluyendo las conductas de “almacenamiento, transporte o intermediación”⁵⁰⁸. En palabras del

⁵⁰³ STS nº 767/2007, 3 de octubre, ponente José Ramón Soriano Soriano. (VLEX-31969904).

⁵⁰⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁰⁵ RODRÍGUEZ PADRÓN, 1995, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁵⁰⁶ MUÑOZ CONDE, 2013, *op. cit.*, p. 256.

⁵⁰⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁵⁰⁸ En este sentido, facilitar las actividades por cualquier medio “es una actividad de colaboración con enunciado absolutamente difuso. Una vez más nos encontramos con la obsesiva amplitud que ha querido otorgarse a los tipos de esta reforma, puesto que en este artículo se incluye una modalidad de autoría basada en la cooperación, en la colaboración ‘por cualquier medio’, necesitada en primero lugar de una determinación casuística que tan sólo podrá ir realizando paulatinamente la jurisprudencia (...) la inclusión del matiz ‘por cualquier medio’, para referirse a

Tribunal Supremo, facilitar “es hacer posible una cosa, en derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad automatizada sin control del autor, sino posibilitando la misma con intención de distribución o difusión”⁵⁰⁹.

Finalmente, el tipo asimismo castiga al sujeto que posee el material pornográfico para la realización posterior de alguna de las conductas ya referidas⁵¹⁰, siendo una modalidad de comisión anticipada⁵¹¹, al igual que la posesión de drogas para el tráfico⁵¹². Es decir, el legislador eleva a delito conductas que normalmente serían sólo meros actos preparatorios. En este caso, la dificultad residirá en la prueba del elemento subjetivo del ánimo de vender, distribuir y exhibir el material, aun más teniéndose en cuenta que los meros consumidores suelen acumular grandes cantidades de este tipo de material⁵¹³. No siendo posible dicha demostración, habría que acomodar la conducta en el apartado 2, del artículo 189⁵¹⁴.

Conforme con ello, a través de la letra b), del artículo 189.1, prácticamente cualquier conducta que favorezca al tráfico de pornografía infantil queda abarcada por la ley penal, siendo irrelevante, al igual que en el apartado anterior, el

la actividad consistente en facilitar cualquiera de las conductas anteriores, está convirtiendo lo que sin problema alguno pudiera ser una complicidad, en verdadera autoría, y naturalmente, sus repercusiones punitivas son muy importantes, a la vista de la distinción que se contempla en el art. 63, que establece para los cómplices la pena inferior en grado a la establecida para los autores de delito consumado o en tentativa”. RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso, 1995, *op. cit.*, pp. 36-37.

⁵⁰⁹ STS nº 964/2010, de 17 de febrero, ponente Andrés Martínez Arrieta (VLEX- 215192587).

⁵¹⁰ Para *Morales Prats*, “la incriminación de la posesión para el tráfico suscita inseguridad jurídica, a la vista de las posibilidades de acceso a esta información que ofrece la red y a la vista de las posibilidades ilimitadas de reproducción o difusión que se puedan alcanzar con una sola copia del material.” MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1012.

⁵¹¹ Para *Carmona Salgado* la posesión para el tráfico sigue “tratándose de de un simple acto preparatorio elevado a la categoría de delito por decisión del legislador, ya que, en otro caso, tendría que quedar impune.” CARMONA SALGADO, 2005, *op. cit.*, p. 318.

⁵¹² DIEZ RIPOLLÉS, 1999, *op. cit.*, p. 37.

⁵¹³ GARCÍA VALDÉS, 2004, *op. cit.*, p. 418.

⁵¹⁴ *Fernández Teruelo*, además, opina que “debería haberse previsto una modalidad atenuada para aquellos supuestos – reales en la práctica – en que este tipo de actividades difusoras son llevadas a cabo sin ningún ánimo (lúbrico o de lucro) que las mediatice. Evidentemente no es igual de reprochable la conducta del pederasta que satisface sus instintos en la Red, o la de aquel que se lucra mediante la venta de estos materiales, que la de aquellos (en la práctica frecuentemente jóvenes universitarios) que por diversión, y sin conciencia real de las posibilidades lesivas de su conducta, ponen en la Red este tipo de materiales, sin que persigan satisfacer desordenados instintos y tampoco obtener un lucro personal.” FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 275.

consentimiento del menor para determinar la tipicidad de la distribución del material.

Entre las críticas esgrimidas al art. 189.1 CP, la más reiterada denuncia la desproporcionalidad entre las penas de los apartados a) y b). Conforme con ello, “no parece lógico - ni proporcional – que se utilice idéntica respuesta penal frente al que utiliza directamente a los menores para elaborar material pornográfico que frente al que, sin haber tenido nada que ver en la elaboración de dicho material, lo venda, distribuya o exhiba. En este segundo supuesto (*mutatis mutandis*) podría establecerse un paralelismo con el delito de receptación, ya que se trata de una situación en la que determinado sujeto se aprovecha de los efectos de un delito cometido por otro. La conducta de este último ostenta una evidente mayor intensidad lesiva, en la medida que supone la utilización en actividades de carácter pornográfico de los menores y no simplemente de su imagen”⁵¹⁵.

En cualquiera de los casos anteriormente expuestos, el tipo penal “no queda recortado por la exigencia de ánimo de lucro en la conducta del autor, pues este elemento subjetivo del injusto es ajeno al tipo, lo que parece un acierto desde el punto de vista político-criminal, dado que múltiples conductas de introducción de material pornográfico en Internet (sobre todo organizadas por pedófilos) no vienen informadas por un ánimo o intencionalidad de tales características”⁵¹⁶.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 258.

⁵¹⁶ MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1011.

3. La posesión de material pornográfico para uso propio (art. 189.2 CP)

El art. 189.2 CP dispone que “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”.

De esta forma, además de castigar a los sujetos que participan directamente en la producción o difusión de pornografía infantil⁵¹⁷, el Código Penal castiga también con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años a aquellos que simplemente poseen dicho material para uso personal y privado⁵¹⁸, sin ningún ánimo de difundirlo⁵¹⁹. En opinión de un prestigioso sector de la doctrina, representado por CARMONA SALGADO, estaríamos ante un *tipo privilegiado*⁵²⁰, de *simple actividad*⁵²¹, que merecería menor reproche penal, ya que, como se ha visto anteriormente, no protege a

⁵¹⁷ Para *Morales Prats*, “se ha optado así por la opción más ‘inquisitiva’, reclamada por algunos sectores, cifrada en la represión genérica de la mera posesión, según el modelo que ofrece algunos modelos de la Unión Europea”. *Ibidem*, p. 1012.

⁵¹⁸ “Conviene recordar que tanto “consumo” como “consumidor” son términos que el Derecho tomó prestados de las Ciencias económicas, para las cuales el consumo constituye el último eslabón del proceso económico, aquél en que los bienes se utilizan para satisfacer necesidades. Pero además el consumo se distingue de otros términos o fenómenos: se distingue de “producción”, en la medida en que esta última se sitúa en un momento o etapa anterior al consumo, y de “distribución” en cuanto ésta es una actividad intermediaria entre la producción y el consumo.” La conducta del consumidor “consiste básicamente en buscar, localizar y adquirir contenidos pornográficos infantiles a través de webs y chats para satisfacer sus propias necesidades”. GUIADO MORENO, 2007, *op. cit.*, pp. 9-11.

⁵¹⁹ Se trata de un delito solitario “que incide sobre el bien jurídico protegido cuando éste ya ha sido lesionado por aquellos que corrompen a los menores en el proceso de elaboración del material. En este caso se entiende cometido el delito aunque sea sólo para la propia visualización e incluso que la proporción numérica de archivos de contenido pedófilo en relación al número de archivos de carácter pornográfico no pedófilo pueda parecer escasa”. FLORES RODRÍGUEZ, 2012, *op. cit.*, p. 173.

⁵²⁰ CARMONA SALGADO, 2005, *op. cit.*.

⁵²¹ FLORES RODRÍGUEZ, 2012, *op. cit.*, p. 173.

ningún bien jurídico digno de tutela penal. Además, como punto problemático, el tipo también genera problemas probatorios⁵²², como veremos a continuación⁵²³.

En principio, para comprender adecuadamente el contenido de este tipo penal es necesario analizar el significado del verbo *poseer*⁵²⁴. Este exige que el sujeto tenga el material almacenado o bien de manera física en fotos o videos, o bien en soportes de ordenador o virtualmente. De esta forma, la posesión en sí puede materializarse en cualquier clase de soporte que el estado de la tecnología permita y se diferencia con la posesión recogida en el apartado 1.b) en el elemento subjetivo, la finalidad para uso personal frente a la finalidad de tráfico o difusión⁵²⁵.

De esta forma, la mera visualización de pornografía infantil no debe ser considerada típica – por lo menos hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015 -, por lo que este precepto, en realidad, no sanciona penalmente el consumo, “sino la acumulación de estos materiales”. Es decir, para que la conducta sea típica es

⁵²² “Las dificultades que supone la incriminación de esta clase de posesión para el propio uso frente a la que conlleva fines divulgativos específicos radican fundamentalmente en los problemas que en la práctica acarrea la prueba de dicho elemento subjetivo, siendo, pues, indiferente el aspecto objetivo de la conducta.” CARMONA SALGADO, 2005, *op. cit.*, p. 318.

⁵²³ Muñoz Conde aboga por la no criminalización de esta conducta. Sostiene el autor que ciertamente “de un modo indirecto el consumidor del material pornográfico en el que se haya utilizado a menores o incapaces favorece las conductas descritas en el epígrafe b) del apartado 1, igual que el consumidor de drogas ilegales favorece el tráfico de las mismas, pero igual que en este caso las conductas de mero consumo no deben ser castigadas”. Además, la decisión legislativa de castigar la posesión “infringe el principio de intervención mínima, y la prueba procesal de su supuesto de hecho puede incurrir fácilmente en una lesión del derecho fundamental a la intimidad domiciliaria (¿basta la sospecha de que alguien tiene este tipo de material en su casa para uso privado para justificar una orden de allanamiento y registro? ¿qué cantidad se considerará que excede del simple uso y constituye ya posesión para el tráfico?)”. MUÑOZ CONDE, 2013, *op. cit.*, p. 258.

⁵²⁴ La doctrina estadounidense establece que para que exista la posesión, el acusado debe haber cumplido cuatro requisitos: 1. la posesión física del material, 2. el conocimiento de dicha posesión física, 3. haber buscado la posesión física del material y 4. saber la naturaleza del material poseído. CLOUGH, Jonathan. “Now you see it, now you don't: digital images and the meaning of “possession””, *Criminal Law Forum*, 2008, p. 211.

⁵²⁵ STS nº 1377/2011, de 19 de diciembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-349466606).

necesario que el individuo pueda visualizar estos materiales cuando lo desee, sin que para esto tenga que volver a conectarse a la Red⁵²⁶.

Conforme con ello, la tipicidad de este delito exige la concurrencia de dos elementos⁵²⁷. En primer lugar, es necesario que se verifique efectivamente la *tenencia* de un material considerado *pornográfico*, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces. Es decir, deben participar menores o incapaces dentro de un escenario sexual, en consonancia con las normativas y convenciones internacionales sobre la materia. En segundo lugar, es indispensable que este material se tenga para el *uso personal* de quien lo almacene, lo que excluye cualquier actividad que suponga producción o difusión, previstas en el art. 189.1.b)⁵²⁸. De este modo, este tipo pretende perseguir la acumulación y visionado de lo que ya está difundido en la Red – y sin la intervención del acusado en su proceso de producción o cadena de distribución -, lo que obligará a los tribunales a valorar el contexto en el cual el material ilícito haya sido encontrado, para que se puedan diferenciar el tipo básico con respecto al tipo privilegiado.

En virtud de ello, del concepto de *posesión* deben excluirse, en principio, los casos en los que el material pornográfico se haya obtenido de forma gratuita navegando por Internet, o por simple descarga de la imagen para visualizarla,

⁵²⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 78.

⁵²⁷ STS nº 105/2009, 30 de enero, ponente Julián Sánchez Melgar. (VLEX-53887377), SAP Madrid nº 123/2014, de 20 de febrero, ponente Maria del Pilar de Prada Bengoa. (VLEX-500139714). Para los elementos que requiere el precepto, *vid* SAP Madrid nº 1051/2013, de 2 de diciembre, ponente Maria Teresa García Quesada. (VLEX-495953994).

⁵²⁸ Deberán también ser encajadas como posesión aquellas conductas en las que el material se encuentre almacenado en carpetas de programas de distribución de material, cuando la intención del acusado de traficar con los mismos no sea evidente. Eso es así porque no se puede sancionar “penalmente con penas de prisión que arrancan en cuatro años y se prolongan hasta los ocho años, conductas de internautas que lo único que hacen es navegar por 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 registrado para uso personal, lo que entrará de lleno en este tipo penal que se aloja en el art. 189.2 del Código penal, 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. Pues, con independencia de las críticas doctrinales a su inclusión, lo cierto es que forma parte del derecho positivo, e incluso proporciona una mejor herramienta al intérprete que la consideración en todo caso de tal distribución o difusión, por mor del diseño de una serie de programas informáticos en la red”. FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 78.

borrándola después⁵²⁹. En estos supuestos estarían incluidos los casos de almacenamiento de material en las conocidas como memoria *cache*, que se constituyen en mecanismos de almacenamientos diseñados para acelerar la carga de las páginas web de Internet. Conforme con ello, cuando el usuario de un ordenador accesa a una página, el navegador guarda de forma automática una copia de la misma en una carpeta del disco duro (carpeta de archivos temporales), para que cuando vuelva a acceder a la misma, el navegador muestre la página más rápidamente⁵³⁰. En estos casos, aunque formalmente haya material pornográfico guardado, hay que considerar que el mismo fue almacenado de forma automática e independiente de la voluntad del usuario.

En palabras del Tribunal Supremo, la *posesión* que se recoge en este precepto “puede materializarse en cualquier clase de soporte que el estado de la tecnología permita y se diferencia de la posesión recogida en los otros apartados del art. 189 en el elemento subjetivo, la finalidad para el uso personal del sujeto activo que no se ha tenido participación alguna en la filiación o elaboración, frente a la finalidad de tráfico de difusión”. Además, “independientemente, de los problemas de prueba que presenta y de las críticas doctrinales a este apartado por entender que es contraria a los principios de mínima intervención y seguridad del Derecho Penal, resulta evidente que guarda una relación de subsidiariedad con las conductas descritas en el resto de apartados, tanto la elaboración como la distribución, de modo que si la conducta queda subsumida en estos apartados, se

⁵²⁹ MUÑOZ CONDE, 2013, *op. cit.*, p. 259. En este sentido, STS 373/2011, de 13 de mayo, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar (VLEX-280758963). Sin embargo, el mismo tribunal ya ha condenado a un sujeto por posesión, aunque él mismo haya procedido al borrado de las imágenes con anterioridad a la práctica de entrada y registro de su domicilio. Argumenta el Tribunal que, no “hay razones para entender que el delito se refiere sólo a la posesión actual, y no a la anterior, si bien ésta última de mayor dificultad probatoria, pero que en este caso ha sido declarada probada contundentemente. Y si se excluyera una posesión que no tenía vocación de permanencia durante largo tiempo, el delito quedaría vacío de contenido”. *Vid* STS nº 239/2013, de 17 de mayo, ponente María José García-Galán San Miguel (VLEX-447743370).

⁵³⁰ HOWARD, Ty E., “Don’t Cache Out Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files”, *Berkeley Technology Law Journal*, Volume 19, Issue 4, Fall, 2004, pp. 1229-1230.

descarta la aplicación del apartado 2 que queda absorbida por el desvalor de la acción del anterior”⁵³¹.

De entre las cuestiones dogmáticas más controvertidas que este tipo penal suscita, es obligado hacer referencia al consentimiento de los menores. En principio, al igual que en los demás casos, el consentimiento del menor o incapaz es irrelevante⁵³², de forma que la posesión de materiales pornográficos que contengan menores o incapaces será siempre típica⁵³³. De esta forma se prohíbe, por ejemplo, que un adulto almacene eventual material pornográfico enviado por un menor con el cual aquel mantenga relaciones sexuales lícitas⁵³⁴.

MUÑOZ CONDE, criticando este razonamiento, argumenta que no debe incluirse en este delito la posesión, por ejemplo, “de un vídeo de unas relaciones sexuales con un menor de edad, cuando las relaciones en sí mismas no son constitutivas de delito y la grabación ha sido realizada por el mismo sujeto que ha intervenido en la misma y después la guarda como recuerdo”⁵³⁵.

⁵³¹ STS nº 264/2012, de 3 de abril, ponente Juan Ramón Berdugo de la Torre. (VLEX-367851630).

⁵³² “El hecho de que concurra o no consentimiento del sujeto pasivo es indiferente, pues se parte de que los menores de 18 años carecen de capacidad para consentir un acto de esta naturaleza. Si se actúa contra la voluntad del menor, con violencia o intimidación podrá aplicarse además, el correspondiente tipo en régimen de concurso y, en su caso, el subtipo agravado.” DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 168.

⁵³³ En este sentido, “el legislador español ha decidido no acoger otra posible excepción reconocida en la Decisión Marco (art. 3.2.b), como es la aplicable en aquellos casos en los que el menor aparece en el material pornográfico ha alcanzado la edad de consentimiento sexual – los trece años –, ha prestado su consentimiento libre y válidamente para la elaboración del material y el poseedor lo tiene exclusivamente para su uso privado. En consecuencia, siguen siendo punibles sin excepción todas las conductas relacionadas con este material cuando se vean afectados menores de dieciocho años”. RAGUÉS I VALLÈS, 2012, *op. cit.*, p. 297.

⁵³⁴ En este sentido, *Roxin* critica el artículo 184 StGB en la ley penal alemana, que prohíbe la posesión de escritos o imágenes que contengan pornografía juvenil. Como ejemplo, sostiene el autor que “será punible un joven de 18 años si porta con consentimiento de su novia, de 17 años de edad, una foto de ella con connotación sexual. Puesto que las relaciones sexuales entre ambos son permitidas por el Derecho, no se comprende por qué no va a poder la joven permitirle a su novio realizar tal retrato íntimo, o incluso regalárselo”. ROXIN, 2003, *op. cit.*, p. 10. *Vid* HILGENDORF en Satzger/Schluckebier/Windmaier, *StGB-Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014, pp. 120-155.

⁵³⁵ MUÑOZ CONDE, 2013, *op. cit.*, p. 259. En el mismo sentido BOLAÑOS VÁSQUEZ; BOLDOVA PASAMAR; FUERTES IGLESIAS, 2014, *op. cit.*, pp. 121-122.

Finalmente, no existiendo previsión legal específica, la *posesión* de la pseudopornografía debe ser considerada atípica.

4. Producción, venta, distribución, exhibición o facilitación de pseudopornografía (art. 189.7 CP)

El artículo 189.7 CP, en consonancia con las disposiciones internacionales sobre esta materia, castiga con 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”. En otras palabras, castiga la *pseudopornografía*.

En este sentido, para constatar la tipicidad de esta conducta es indispensable que en el material incautado se haya empleado la imagen o la voz de un menor real, aunque éste no haya sido utilizado de forma directa en la producción de los mismos⁵³⁶. Eso excluye de la tipicidad todos los materiales que

⁵³⁶ “El tipo aquí requiere que el material pornográfico refleje la utilización de los sujetos pasivos, sin que puedan ser identificados por su aspecto físico, pues lo que se somete a pena como objeto el material pornográfico es aquél en el que consta sus voces o sus imágenes alteradas o modificadas. Ello quiere decir que el sujeto pasivo ha de existir y no ser la representación objeto del delito una creación del sujeto activo. (...) De esta suerte, la ideación de imágenes o sonidos que no responda a la realidad de uno de los posibles sujetos pasivos será impune.” QUERALT JIMÉNEZ, 2010, *op. cit.*, p. 255. “(...) parece que el nuevo precepto introducido en la reforma de 2003 permite incriminar supuestos en los que aparecen mayores de edad (como personas directamente utilizadas en actos sexuales explícitos), con la inserción de voces de menores de edad, suscitándose entonces la incriminación de conductas que se sitúan en el ámbito de la pornografía infantil simulada. Se trata de supuestos en los que los menores no intervienen realmente en la conducta sexual, pero se

son producidos en su totalidad por medios de ordenadores – la llamada pornografía técnica⁵³⁷. Conforme con ello, para afirmar la tipicidad del presente supuesto, es necesario que se demuestre la utilización de al menos una parte del cuerpo o voz de un menor real, siendo atípica la conducta en otro caso. En este sentido, “cualquier alteración del material real que busque aumentar el contenido o intensidad lúbrica (ejemplo, mediante el aumento/disminución/sustitución de dimensiones, efectos sonoros, etc.) dará lugar a la punición por este delito”⁵³⁸.

Como se ha indicado con respecto a otras modalidades típicas, en este supuesto se van a plantear innumerables problemas de prueba, en tanto que el perfeccionamiento y avance digital muchas veces dificultan la correcta determinación del origen de material, siendo una difícil tarea la de establecer si el material pornográfico incorpora una utilización real o virtual del menor.

En relación a las conductas típicas – producción, venta, distribución, exhibición o facilitación -, cabe reproducir las mismas consideraciones efectuadas en la pornografía real (art. 189.1 CP), cuyo contenido ya ha sido abordado en las páginas anteriores.

suscita una inserción de su voz real en fotogramas o imágenes. Gran parte de la doctrina reconduce estos supuestos a la categoría de pseudo pornografía o pornografía simulada. En la misma dirección incriminatoria se sitúan los supuestos de inserción de imágenes de menores de carácter real en escenas o conductas pornográficas (animadas o no) protagonizadas realmente por adultos.” MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1013.

⁵³⁷ En este sentido, “debe resaltarse que en la cláusula analizada no se incrimina ‘tout court’ todo tipo de pornografía técnica o de pornografía simulada (‘pseudopornografía’). En efecto, la pornografía técnica que “alude a la aparición de personas mayores de edad, aparentando ser un menor en un comportamiento sexualmente explícito, deberá concluirse que tales conductas no han quedado incriminadas en la Reforma de 2003, por cuanto el tipo exige, cuanto menos, que se emplee la voz o imagen alterada o modificada del menor, que en todo caso no ha sido utilizado directamente en la confección del material pornográfico filmado de modo directo. (...) Afortunadamente, la Reforma 2003 destierra de la órbita del tipo los supuestos de pornografía técnica en los que aparecen personas mayores de edad en comportamientos sexuales explícitos aparentando ser menores. Postula la incriminación de tales supuestos del Convenio de Budapest, pero no tienen cabida en el CP español dado el tenor del art. 189.7, lo que parece plausible pues se trata de supuestos de ausencia de ofensividad o lesividad por el bien jurídico protegido”. *Ibíd.*, pp. 1013-1014.

⁵³⁸ BOLAÑOS VÁSQUEZ; BOLDOVA PASAMAR; FUERTES IGLESIAS, 2014, *op. cit.*, p. 81.

II. LOS SUJETOS DEL DELITO

1. El sujeto activo

Las acciones definidas como delitos se refieren a conductas humanas, de modo que las normas penales, al describir las conductas típicas para el Derecho penal, lo hacen refiriéndose al sujeto activo de las mismas, teniendo en cuenta que no puede hablarse de conducta humana sin un sujeto que la realice. En este sentido, el concepto de sujeto activo viene predeterminado por la *capacidad de acción*, una vez que la descripción en la norma del sujeto activo, delimita el ámbito de personas que pueden realizar la conducta, delimitando quienes pueden ser los autores materiales⁵³⁹.

La citada vinculación entre la descripción de la norma y el sujeto activo condiciona la clasificación de los tipos penales, de forma que unas conductas podrán ser realizadas por cualquier persona, mientras que otras conductas sólo podrán ser realizadas por aquéllas que reúnan las características exigidas al describir la conducta o al describir el sujeto activo. En este último caso, el círculo de posibles autores materiales se circunscribe a las personas que posean las características requeridas en la norma. Es decir, la norma penal será la responsable

⁵³⁹ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho penal: parte general*, 4.ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 279.

por la definir la conducta del modo que estime oportuno, condicionando el sujeto activo de la misma⁵⁴⁰.

Si reparamos en el tenor literal del art. 189 CP, los tipos de pornografía infantil⁵⁴¹ pueden ser realizados por cualquier sujeto– incluidos otros menores o incapaces con independencia de cuál sea su responsabilidad criminal por este precepto⁵⁴². De esta forma, al no exigirse ninguna cualidad específica en el sujeto que comete la conducta, los delitos de pornografía infantil se califican como *delitos comunes*⁵⁴³.

En este sentido, en relación con el injusto típico del art. 189.1.a) CP, el sujeto activo será todo aquel que realice directamente el verbo *captar* o *utilizar* a un menor o incapaz, sea para la utilización en espectáculos pornográficos o exhibicionistas, sea para elaborar material pornográfico. Asimismo, dentro del concepto de sujeto activo, en este supuesto, también debe incluirse todos los individuos responsables por decidir la intervención de un menor o un incapaz en el espectáculo o en la elaboración del material pornográfico, así como el que dirige la función.

En lo que se relaciona con las conductas de *financiar* espectáculos pornográficos y *elaborar* material pornográfico, alguna doctrina señala que también suponen una implicación significativa en dichas actividades, suponiendo un lucro o enriquecimiento para el sujeto activo⁵⁴⁴.

De esta forma, no se consideran sujetos activos a quienes se limitan a adquirir el material o abonar la entrada del espectáculo, así como los que trabajan ejerciendo otros roles, que en nada tienen que ver con la pornografía, como por ejemplo, electricistas o acomodadores, que reciben un modesto salario por sus

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 279.

⁵⁴¹ STS nº 264/2012, de 03 de abril, ponente Juan Ramón Berdugo de la Torre. (VLEX-367851630). En el mismo sentido es la STS nº 796/2007, de 1 de octubre, ponente Luis-Román Puerta Luis (VLEX-34439047).

⁵⁴² BOLDOVA PASAMAR, 2004, op. cit. p. 528.

⁵⁴³ STS nº 1055/2009, de 3 de noviembre, ponente Joaquín Delgado García. (VLEX-229118694).

⁵⁴⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. y otros, *Derecho penal: parte especial*, 3.ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 299.

actividades (lo cual no es óbice para que pueden responder penalmente a título de partícipes, como cómplices, en su caso). De todas las formas, es necesaria una lectura restrictiva para evitar confrontaciones con el principio de prohibición de exceso⁵⁴⁵.

En este mismo sentido, abundando en el tema, MUÑOZ CONDE señala que, en lo que se relaciona con el art. 189.1.a) CP, el círculo de posibles autores viene limitado a los que “captaren o utilizen” al menor de edad o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o “financieren” esta actividad o se lucraren con ella, por lo que “quedan fuera del tipo los que asisten gratuitamente (sin pagar) a tales espectáculos”. Para el mencionado autor, dentro del concepto de pornografía, también debe estar incluida la utilización de menores o incapaces en actos de provocación sexual⁵⁴⁶.

En este sentido, destaca el autor citado que la expresión “captare” amplía enormemente el círculo de posibles autores, considerando que el tipo abarca actos meramente preparatorios, “que incluso pueden ser ambiguos y no claramente reveladores de la finalidad ulterior de usar al menor en un espectáculo exhibicionista o en la elaboración de material pornográfico”, de forma que debe tenerse en cuenta el hecho de que la captación del menor puede producirse meses antes de que éste cumpla la mayoría de edad, pero que el material se elabore cuando ya haya completado los 18 años⁵⁴⁷.

A su vez, las hipótesis del art. 189.1.b) CP – que incluye todas las conductas relacionadas con la producción y difusión del material pornográfico – también deben ser interpretadas de forma restrictiva, para no conferir al tipo una excesiva amplitud. En este sentido, serán sujetos activos en estos delitos sólo aquellos que realicen conductas relevantes directamente dirigidas a la producción,

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 299. El principio de prohibición de exceso está incluido en el principio de proporcionalidad, y establece que la pena aplicada a un determinado caso ha de ser adecuada para su finalidad de tutela. *Vid* STC nº 126/2011, de 18 de julio de 2011, ponente Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (VLEX-316635386); SAP Ciudad Real nº 95/2012, de 12 de julio, ponente Fulgencio Velázquez de Castro Puerta (VLEX-400005186).

⁵⁴⁶ MUÑOZ CONDE, 2010, *op. cit.*, p. 243.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 242.

distribución, venta, ofrecimiento o exhibición de esa clase de material, siempre para favorecer su difusión - “en tanto que beneficiarias o impulsoras de las mismas”⁵⁴⁸ -, generalmente con algún interés económico e independientemente de eventual relación directa con la víctima⁵⁴⁹. También será sujeto activo de este tipo quien posea material pornográfico para la realización de alguna de las conductas descritas anteriormente, siempre que dicha intención quede demostrada.

En lo que se relaciona con el art.189.2 CP, para calificar como autor al sujeto que lleva a cabo alguna de las acciones descritas en el tipo, es necesario que aquél posea efectivamente, para uso propio, material con carácter pornográfico elaborado con menores o incapaces reales. De esta forma, no se incluirían en la autoría aquellos sujetos que simplemente contemplan los materiales, sin descargarlos (mera visualización)⁵⁵⁰ - conducta que, sin embargo, pasa a integrar el tipo a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015.

Finalmente, para que un individuo sea considerado sujeto activo del art. 189.7 CP, es necesario que realice algunas de las conductas relacionadas con la producción, venta, distribución, exhibición o facilitación, por cualquier medio, de material pornográfico elaborado sin la utilización directa de menores o incapaces, pero empleando su voz o imagen modificadas. A *contrario sensu*, no será considerado autor aquél que simplemente almacene esta especie de material.

Es necesario subrayar que, teniendo en cuenta que en la gran mayoría de los casos las conductas se realizarán utilizando herramientas como Internet, podrá haber alguna dificultad técnica en identificar el auténtico sujeto activo de la conducta realizada⁵⁵¹. Eso es así, porque aunque se pueda detectar el ordenador desde el que haya sido ejecutada la acción delictiva, “las dificultades para identificar al autor pueden subsistir, cuando dicho ordenador está ubicado en

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 299.

⁵⁴⁹ CUGAT MAURI, 2009, *op. cit.*, p. 692.

⁵⁵⁰ En este sentido, el sujeto activo en los delitos de posesión son los que guardan en discos de su ordenador, en Cds o DVDs al material pornográfico infantil. *Vid* SAP Madrid nº 462/2008, de 26 de septiembre, ponente José Manuel Clemente Fernández-Prieto González. (VLEX-52045960).

⁵⁵¹ STS nº 739/2008, de 12 de noviembre, ponente Julián Sánchez Melgar. (VLEX-51240018).

lugares de acceso público (Cibercafés, Universidades y otros centros de titularidad pública o privada que permiten el acceso sin control del usuario)”. También existirá este problema cuando se utilicen conexiones abiertas de Internet o se acceda de forma irregular las redes inalámbricas de terceros, utilizándolas como puntos de ejecución delictiva⁵⁵². En esta hipótesis, los elementos del caso determinarían la autoría⁵⁵³.

Por otra parte, cuando se verifique la distribución de tareas para la comisión del delito, el sujeto activo “podrá ser únicamente quien esté en condiciones de decidir la intervención del menor o del incapaz”⁵⁵⁴.

Finalmente, es necesario subrayar que los sujetos activos en cualquier de las modalidades de pornografía infantil anteriormente mencionadas son compuestos de individuos que padecen de trastornos pedófilos, cuestión que merece un comentario obligado, sobre todo por las consecuencias que se producen en el ámbito de la culpabilidad y por ser un diferencial en relación con otras modalidades delictivas.

Según el DSM-IV⁵⁵⁵, la *pedofilia* es una especie de *parafilia*, siendo caracterizada como fantasías sexuales recurrentes y altamente excitantes, impulsos sexuales o comportamientos que implican actividad sexual con niños pre-púberes o niños algo mayores. Referidos comportamientos pueden provocar malestar clínicamente significativo, además de un deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo. Dicha condición siempre debe ser considerada al abordar los sujetos activos de los delitos de pornografía infantil, ya que esta puede ser una patología común a todos ellos, siendo en la mayoría de los casos el elemento determinante en la comisión de los citados delitos.

⁵⁵² FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, op cit, p. 19.

⁵⁵³ Vid SAP Burgos nº 217/2014, de 16 de mayo, ponente Luis Antonio Carballera Simón (VLEX-517381698); STS nº 105/2009, 30 de enero, ponente Julián Sánchez Melgar. (VLEX-53887377).

⁵⁵⁴ ORTS BERENGUER, Enrique; ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

⁵⁵⁵ El DSM-IV designa el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Psiquiátrica Americana, que contiene las descripciones, síntomas y otros criterios para diagnosticar trastornos mentales.

Volveremos a abordar este tema en el capítulo cuatro, dedicado a la culpabilidad.

2. El sujeto pasivo

En relación con los sujetos activos de un delito – destinatarios del mandato contenido en determinado tipo penal -, los sujetos pasivos son los titulares del bien jurídico protegido por dicha norma. Es decir, los que detienen la titularidad del bien lesionado o puesto en peligro a través de la conducta prohibida⁵⁵⁶.

Conforme con ello, los sujetos pasivos en los delitos de pornografía infantil están integrados por cualquier menor de edad o persona incapaz. En este sentido, como hemos visto en el capítulo segundo, el objetivo general del tipo del art. 189 CP es la protección sea de la libertad, sea de la indemnidad sexual de los citados sujetos, objetivando que los mismos experimenten un desarrollo sexual sano y sin la interferencia de ningún tercero. En este sentido ya ha manifestado la jurisprudencia, señalando que los tipos de pornografía infantil tienen por objetivo mantener inmunes a los menores de contactos de naturaleza sexual. En palabras de la AP de Barcelona, “tratándose de víctimas menores de edad, el bien jurídico protegido no es tanto su libertad sexual como su derecho a un normal y libre desarrollo de la personalidad, bien constitucionalmente tutelado y, en particular, en su vertiente psíquica que comprende el *descubrimiento espontáneo de la sexualidad*, sin intromisiones de adultos, ni experiencias traumáticas que han de

⁵⁵⁶ ORTS BERENGUER; GONZÁLEZ CUSSAC, 2014, *op. cit.*, p. 28.

incidir negativamente en su bienestar psíquico y que pueden condicionar negativamente su vida futura”⁵⁵⁷.

La preocupación por la tutela de dichos sujetos pasivos es una constante en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos occidentales, teniendo en cuenta que se considera que dichos sujetos no tienen condiciones de decidir de forma responsable en determinados ámbitos de sus vidas – principalmente la esfera sexual –, de forma que el Estado debe ofrecer mecanismos de tutela y protección de los mismos. La necesidad de tutela específica es renovada constantemente, en virtud de la alarma y conmoción sociales que despiertan casos relacionados con los abusos de menores y su utilización para fines exhibicionistas y pornográficos.

Abundando en el tema, GARCÍA ÁLVAREZ explica que el menor, hasta determinadas edades, es objeto de una protección específica por parte del Derecho penal cuando es el sujeto pasivo del delito, y lo es de una forma doble. Por un lado, “en algunos delitos, el hecho de ser el sujeto pasivo del mismo un menor de edad y no un adulto constituirá un factor de agravación de la pena prevista”. Y por otro, los menores de edad son, a veces, objeto de una protección específica a través de determinados delitos creados al efecto, es decir, “en ocasiones el legislador incrimina ciertas conductas únicamente si el sujeto pasivo es un menor de edad e, incluso, de determinada edad”⁵⁵⁸. En esta segunda hipótesis se ubican los tipos de pornografía infantil.

Sin embargo, la excesiva protección de los menores de edad a través de los tipos de pornografía infantil, como hemos visto en los capítulos anteriores, es objeto de innumerables críticas, principalmente por no corresponder con la edad de consentimiento sexual de los mismos. Es decir, la eventual anuencia de la víctima en participar de algunas de estas acciones previstas en por el tipo del art.

⁵⁵⁷ SAP Barcelona nº 381/2009, de 14 de abril, ponente José María Pijuán Canadell (VLEX-208128435).

⁵⁵⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, 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 de 20 de septiembre de 2013”, *RGDP*, nº 20, 2013, p. 02.

189 CP es irrelevante, ya que el parámetro de edad utilizado en estos casos no coincide con los supuestos de consentimiento sexual⁵⁵⁹. Es más, el hecho de que se verifique una oposición del sujeto pasivo o su voluntad ausente o viciada a tomar parte en la acción puede derivar en un concurso de delitos con las agresiones, abusos sexuales y otros que se puedan relacionar la obtención de dicha participación del menor o incapaz⁵⁶⁰, lo que veremos más adelante en un apartado específico.

La irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo para fines de pornografía infantil ya ha sido confirmada reiteradamente por el Tribunal Supremo, inclusive en supuestos en los que la producción del material pornográfico era realizada por un adulto, con el cual aquél mantenía relaciones sexuales consentidas.

En estos casos el tribunal argumenta que en las hipótesis del art. 189 CP el consentimiento del sujeto pasivo no es “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”. En otras palabras, “esta figura delictiva trata de preservar y proteger a los menores que al

⁵⁵⁹ No están "claras las razones por las que para el legislador español, el proceso de formación sexual (indemnidad sexual) soportaría el mantenimiento de relaciones de carácter sexual, pero no la participación en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, ni en la elaboración de material de carácter pornográfico." FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 67. Sin embargo, el autor mantiene que esta contradicción es aparente. A “mi juicio este distinto tratamiento sólo se explicaría si excluimos el automatismo en la aplicación del precepto ahora analizado, cuando el menor que participa en los actos de naturaleza pornográfica tenga menos de 18 años. Dicha posibilidad podría deducirse de la expresión verbal descriptora de la acción típica (utilizaren). Así, sólo sería “utilizado” el menor cuando pudiera probarse que el mismo no está capacitado para consentir libremente. De no ser admitida esta interpretación, habría que concluir que, para el legislador español, el proceso de formación sexual (indemnidad sexual) soportaría el mantenimiento de relaciones de carácter sexual, pero no la participación en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, ni la participación en la elaboración de material de carácter pornográfico.” FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p 259. El Proyecto de septiembre de 2013 de modificación del Código Penal, prevé un aumento en la edad de consentimiento sexual para los 16 años, a partir de un cambio en el actual art. 183, que pasaría a la siguiente redacción: “1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años”.

⁵⁶⁰ BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, p. 535.

encontrarse en un período transcendental en su personalidad puede verse ésta afectada por actuaciones que puedan condicionar de un modo negativo la vida de futuro de aquéllos y de alguna manera, limitada su propia dignidad, por lo que es irrelevante el consentimiento de la menor en este tipo de grabaciones”⁵⁶¹.

La irrelevancia del consentimiento en los casos de pornografía infantil contradice otros supuestos legales en los cuales el consentimiento del menor si es relevante, como en el caso del consentimiento para las prácticas sexuales (art. 183 CP) o en el caso de la interrupción del embarazo de los menores entre 16 y 18 años, sin el consentimiento/autorización de los responsables legales, previstos en el art. 13 de la LO 2/2010, de 3 de marzo.

Es conveniente subrayar que el tratamiento del sujeto pasivo en los delitos de pornografía infantil va a suscitar asimismo numerosos problemas probatorios. Eso es así, porque es posible que los sujetos sean “adultos convenientemente maquillados para darles la apariencia de menores de edad o que se inserten filmaciones de un menor o la imagen de su rostro en una cinta pornográfica, en cuya realización no han participado, en cuyo caso no podría hablarse en rigor de material típico conforme el artículo 189”. En este mismo sentido, tampoco serán consideradas *víctimas* las personas que, según legislación de su país de origen, hayan alcanzado la mayoría de edad, aunque ésta no coincida con la legislación

⁵⁶¹ STS nº 264/2012, de 3 de abril, ponente Juan Ramón Berdugo de la Torre. (VLEX-367851630). Continúa el Tribunal argumentando que el artículo 181-2 del Código Penal “establece una presunción ‘iuris et de iure’ sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles, y lo que implica que dicho menor es incapaz para auto determinarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido”. Así, termina desestimando el argumento del autor que esgrimía que “la grabación de los vídeos no ha afectado negativamente el desarrollo de la personalidad y de formación de la menor, el acusado no ha “utilizado” a la misma, pues no se ha aprovechado de la menor que sabía y era consciente de que estaba siendo grabada, y la conducta del acusado no puede reputarse dolosa al no ser consciente de que la grabación de los videos fuera ilícita. Siendo así no concurren los elementos exigidos en el tipo previsto en el art. 189.1 a), y todo lo más los hechos constituirían el delito del art. 189.2 CP, por la mera posesión de material pornográfico”.

española⁵⁶². La prueba de la minoridad e incapacidad de la víctima serán abordadas en mayor profundidad en el apartado dedicado al dolo del autor.

Como hemos dicho al principio, el sujeto pasivo de cualquiera de las conductas del artículo 189 siempre será un menor de edad o un incapaz⁵⁶³, abarcando el concepto de “menores” a aquellos sujetos que aún no han cumplido los 18 años de edad, y el de “incapaz”⁵⁶⁴ “a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma” (art. 25 CP)⁵⁶⁵. Además, se exige que los mismos aparezcan en el material pornográfico adoptando “actitudes o realizando acciones lascivas, despojados de sus ropas o no”, de forma que “el intercalado de imágenes de menores entre otras explícitamente eróticas no convierte sin más en pornografía infantil el producto así pergeñado”⁵⁶⁶.

Finalmente, el los tipos que protegen a un bien jurídico colectivo – como el que prohíbe la difusión y tráfico de pornografía tipificado en el art. 189.1.b) CP -, los sujetos pasivos serán el conjunto de menores o incapaces, no habiendo necesidad de que se identifique de forma individual a cada uno de las víctimas involucradas. En palabras del Tribunal Supremo, en estos casos el bien jurídico no tiene naturaleza individual, una vez que busca preservar un bien jurídico plurisubjetivo como la *seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad*. De

⁵⁶² ORTS BERENGUER; ROIG TORRES, 2001, *op. cit.*.

⁵⁶³ En este sentido: “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”. STS nº 803/2010, de 30 de septiembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-225701666).

⁵⁶⁴ La mención a incapaces tiene poca relevancia práctica, una vez que no existe verdaderamente un mercado de pornografía en torno a los mismos.

⁵⁶⁵ En este sentido, el “proceso de verificación de tal estado pasará inevitablemente por la determinación pericial, sin que resulte posible, a riesgo de imprecisiones, fijar un concepto general, inclinándonos, por la transcendencia del concepto, por la determinación casuística.” 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, *Delitos contra la libertad sexual*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 28. El Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013 modifica el concepto de incapaz. *Vid infra*, p....

⁵⁶⁶ ORTS BERENGUER; ROIG TORRES, 2001, *op. cit.*, p. 265.

estas formas, la norma adelanta las barreras de protección y ataca el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos, tratándose por esto de un bien jurídico de carácter abstracto⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ STS nº 767/2007, de 03 de octubre, ponente José Ramón Soriano Soriano (VLEX-31969904).

III. ANÁLISIS DEL TIPO SUBJETIVO

Tradicionalmente el análisis del tipo subjetivo en los delitos sexuales plantea una exacerbada polémica doctrinal y jurisprudencial, girando la discusión en torno a la concurrencia o no, además del dolo, de un elemento subjetivo de lo injusto, adicional o trascendente a él⁵⁶⁸.

Bajo este epígrafe se analiza el dolo que concurre en el art. 189 CP, examinando sus elementos típicos. Asimismo, a continuación, será preciso abordar el tratamiento que recibirán los casos de error, singularmente sobre la edad de la víctima.

1. El dolo en el art. 189 CP

El tipo de injusto, además de integrado por los elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa, también está compuesto por un elemento subjetivo, relacionado con la voluntad del agente y plasmada en el elemento del dolo. Sobre el tema, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN observan que éste está compuesto por dos elementos principales: uno intelectual/cognitivo y otro volitivo. El primero se refiere a los “elementos que caracterizan objetivamente la

⁵⁶⁸ MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 125.

conducta como típica”, o sea, sujeto, conducta, resultado, relación causal o imputación objetiva, etc., debiendo ser un conocimiento actual y no potencial. Por otra parte, el elemento volitivo está relacionado con la intención de cometer el acto típico. Es decir, “supone la voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar”⁵⁶⁹.

Sobre el tema, explica el Tribunal Supremo que el dolo, dada su naturaleza interna, sólo puede ser aprehendido por una constelación de indicios que enlazados entre sí equivalen a su existencia, de forma que esa constelación de indicios viene a ser el verdadero objeto de la determinación probatoria⁵⁷⁰.

En este sentido, en relación con el art. 189 CP, cabe identificar el elemento intelectual en el conocimiento por parte del sujeto activo de que las imágenes pertenecen a un menor de edad o incapaz y el elemento volitivo se corresponde con la voluntad de este sujeto de querer llevar a cabo el comportamiento descrito en cualquier de las modalidades integrantes del tipo de pornografía. Además del dolo, en numerosos casos, la jurisprudencia ha exigido un especial elemento subjetivo del injusto, identificado con el *ánimo lascivo y libidinoso* de la conducta – es decir, la finalidad de satisfacción sexual, aunque el mismo ni siempre será necesario para la realización del tipo⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010, *op. cit.*, pp. 265-269.

⁵⁷⁰ STS nº 533/2009, de 20 de mayo, ponente Andrés Martínez Arrieta. (VLEX-60295259).

⁵⁷¹ Sobre esta cuestión, *Monge Fernández* explica que en virtud de la configuración de los delitos sexuales, un sector de la doctrina penal sostuvo que aquellos exigían la presencia de un especial elemento subjetivo del injusto, identificado como ánimo lúbrico o lascivo. Sin embargo, la autora opina, acorde con la doctrina más reciente que los tipos sexuales en general “no exigen la concurrencia de ese elemento subjetivo de lo injusto, ni de ningún otro, siendo suficiente para su realización el dolo”. MONGE FERNÁNDEZ, 2011, *op. cit.*, p. 142. En el mismo sentido es el magisterio de *Orts Berenguer y Roig Torres*, para quienes el dolo basta para la configuración del tipo, siendo indiferente la concurrencia del ánimo lúbrico o de lucro. *Vid* ORTS BERENGUER; ROIG TORRES, 2001, *op. cit.*. Otros autores, sin embargo, refuerzan la necesidad de que el sujeto activo actúe con un “elemento subjetivo de lo injusto adicional, esto es, con la tendencia a involucrar al menor o incapaz en un contexto sexual de manera que se animen o satisfagan los apetitos sexuales propios o de un tercero”. BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, p. 543. En este sentido, la discusión estará más relacionada con el carácter pornográfico del material, que simplemente el ánimo lascivo del sujeto activo. *Vid* STS nº 1632/2000, de 24 de octubre, ponente Juan Saavedra Ruiz (VLEX-17726057). El ánimo de lucro tampoco es indispensable para la configuración del tipo. *Vid* STS 588/2010, 22 de junio, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-215159859).

Conforme con ello, para que los autores de alguna de las conductas tipificadas en el art. 189 CP sean considerados culpables, es necesario que se verifique simplemente la existencia de dolo, siquiera de modo eventual⁵⁷². O dicho con otras palabras, el autor debe tener conciencia de que los protagonistas del material pornográfico sean personas incapaces o menores de edad, siendo suficiente que el mismo simplemente acepte dicha posibilidad⁵⁷³.

En este sentido, el Tribunal Supremo ya ha decidido acerca de un supuesto en el que se acusaba una madre de haber sacado cinco fotos de su hija menor de edad en bragas, argumentando que dicho material no se considera pornográfico, teniendo en cuenta que el mismo tendría por finalidad principal la de integrar un mero recuerdo de la menor. Para justificar su conclusión, el Tribunal consideró que el material en cuestión formaba parte de un reportaje fotográfico más amplio, con otras imágenes de la menor acompañada de sus compañeras de clase, de forma que la valoración moral aplicada al contenido del reportaje no puede prejuzgar cualquier ánimo tendencial de la acusada a utilizarlo con cualquier finalidad pornográfica. Finaliza el argumento, afirmando que sea cual sea el significado erótico o sexual de las fotografías analizadas, su obtención es penalmente irrelevante si no se dirige a satisfacer los deseos libidinosos del autor de las mismas o está preordenada a la exhibición a otros con aquel carácter⁵⁷⁴.

A partir de todo lo expuesto, ausentes el dolo directo o eventual, el hecho será atípico, dado que la imprudencia respecto a estos hechos no constituye delito, al no estar prevista como tal en el Código Penal⁵⁷⁵.

Sin embargo, es necesario hacer referencia que en algunos de los supuestos recogidos por el art. 189 CP, la prueba del elemento subjetivo se constituirá en

⁵⁷² El dolo eventual queda claro principalmente en supuestos en que la víctima tiene poca edad, ya que en estos casos la inferencia en torno a la condición de ser menor es racional y lógica. STS nº 796/2007, de 1 de octubre, ponente Luis Román Puerta Luis. (VLEX-34439047). También, al utilizar los menores en cualquier de los supuestos, el sujeto debe tener como objetivo la “la satisfacción del morbo sexual de las personas que contemplan”. DIEZ RIPOLLÉS, 1999, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁷³ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁷⁴ STS nº 1632/2000, de 24 de octubre, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-17726057).

⁵⁷⁵ STS nº 1055/2009, de 3 de noviembre, ponente Joaquín Delgado García. (VLEX-229118694).

una traba para la punición de determinadas conductas, principalmente en lo que se relaciona a la prueba de la minoría de edad o incapacidad de la víctima, lo que se convierte en una *probatio diabólica*.

En efecto, la demostración de que el dolo del autor abarca efectivamente la minoría de edad de la víctima no será siempre fácil, teniendo en cuenta que, salvo en los casos de imágenes que reflejen menores con edades bastante inferiores a los 18 años, es difícil encontrar parámetros de desarrollo físico que permitan determinar este elemento con toda la seguridad por la simple contemplación de las fotos o vídeos.

Dicha tarea probatoria es todavía más laboriosa en aquellas hipótesis en las que el autor ni siquiera tiene contacto con el menor real – como en muchos de los casos de distribución y posesión -, de forma que eventuales criterios utilizados en otros tipos para demostrar el conocimiento de la edad de la víctima no pueden ser parámetros aquí aplicados⁵⁷⁶; es decir, en estos casos no puede recurrirse a la percepción física, al no existir contacto visual con el sujeto pasivo⁵⁷⁷. En este contexto, el desconocimiento del autor sobre la edad de la víctima puede ser tratado como *error de tipo*, como veremos a continuación.

Cabe subrayar que si la demostración del conocimiento de la edad de la víctima es una tarea compleja en el caso de los menores de edad, en el caso de los incapaces, esta cuestión se torna aun más controvertida, derivando en casi lo imposible. En efecto, dicha verificación dependería de un análisis pericial, lo que sería muy difícil teniendo en cuenta que muchas veces el material tiene origen desconocido, además, “cuando excepcionalmente pueda probarse dicha incapacidad, el sujeto podrá alegar un error de tipo generalmente invencible”⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Nos referimos a los elementos como la previa relación de las víctimas con el autor, así como el lugar en los que se desarrollan los hechos.

⁵⁷⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 261.

⁵⁷⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 261. Sostiene el autor que “si difícil resulta probar el conocimiento de la minoría de edad, la cuestión resulta poco menos que quimérica en el caso de los incapaces. Sería necesaria una verificación pericial – que normalmente no es viable – para constatar la incapacidad, ya que, como sabemos y el propio precepto así lo prevé, con frecuencia el

Por ello, algunos autores sostienen que la previsión que realiza el legislador penal en el tipo de pornografía del art. 189 relativa a los incapaces carece de sentido, teniendo en cuenta que en la práctica aquélla resulta inoperante, ya que en la actualidad no existe un mercado de producción, distribución y consumo de pornografía de adultos incapaces. En virtud de tales razones, otros Ordenamientos penales de nuestro ámbito cultural – como el francés o italiano⁵⁷⁹ –, han renunciado a mencionar en los delitos de pornografía infantil a la víctima incapaz.

Con independencia de las dificultades derivadas de la comprobación de la edad – en el caso de los menores – y la condición de incapaces – en el caso de víctimas discapacitadas –, la determinación del *dolo* será indispensable, en aras de *delimitar los tipos de posesión de material pornográfico*, y distinguir los diversos supuestos castigados en el art. 189 CP.

No obstante, en este caso no será fácil demostrar la intención del sujeto activo que dispone de material pornográfico infantil, y distinguir si se trata de *posesión para uso privado*, o *posesión para una posterior distribución*, siendo necesaria la prueba de una evidente intención del sujeto en distribuir el material que posee⁵⁸⁰. La citada dificultad deriva del hecho de que una de las principales características del consumidor de pornografía infantil es su necesidad creciente por acumular y coleccionar material, lo que le obliga a buscar y pertenecer a grupos pedófilos que le suministren el material de forma constante⁵⁸¹.

En este sentido, el Tribunal Supremo ya ha manifestado su rechazo en admitir un contenido probatorio determinante o concluyente al mero indicio del

material tiene su origen en el extranjero o es de procedencia desconocida. Cuando excepcionalmente pueda probarse dicha incapacidad, el sujeto podrá alegar un error de tipo generalmente invencible con las consecuencias antes descritas”. FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, pp. 67-68.

⁵⁸⁰ DIEZ RIPOLLÉS, 1999, *op. cit.*, p. 37. El dolo de compartir archivos se puede inducir de una serie de elementos, en los que se tendrá en cuenta la estructura hallada en el terminal, la recepción por otro usuario de los materiales y otras circunstancias externas. *Vid* ATS nº 1697/2013, de 26 de septiembre, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-469054102).

⁵⁸¹ JIMÉNEZ SERRANO, 2012, pp. 36-37.

número de materiales, una vez que el almacenamiento de archivos digitales pornográficos no es equiparable como indicio cuantitativo probatorio a lo que sucede en el ámbito del tráfico de drogas. En éste caso, a partir de una cantidad relevante de almacenamiento de sustancia estupefaciente, se considera razonable inferir que no se halla destinada al propio consumo, inferencia que no cabe extrapolar sin notables matizaciones y reservas al mundo de la pornografía infantil. El Tribunal justifica su afirmación reconociendo que es hasta cierto punto habitual que el consumidor de esa clase de imágenes pornográficas sea un asiduo coleccionista de archivos de esa naturaleza, sin que el importante número de material acopiado signifique necesariamente de por sí que dedique una parte a la distribución a terceros⁵⁸².

De esta forma, ante la imposibilidad de establecer criterios objetivos - no sólo en relación con la cantidad, sino también la forma de envasado y la presentación del producto que sí sirven de indicio para determinar los casos de posesión para uso propio o para difusión en el caso de las drogas -, es indispensable hacer uso de otros parámetros para determinar la real intención del autor, debiendo la jurisprudencia analizar cada caso en concreto.

Como ejemplo de indicios ya utilizados por los tribunales para diferenciar la posesión para autoconsumo y la posesión para posterior difusión está el hecho de que parte del mismo esté grabado en el disco duro del ordenador o en un CD u otros dispositivos de almacenamientos fuera del ordenador; la clasificación del material en carpetas y archivos por temas, edades, etc. (lo que no sería meramente “posesorio”, sino que implica una voluntad de que sea conocido también por otras personas), la utilización por parte del acusado de distintos “alias” (con los que se relaciona con otras personas, demostrando la intención de difundir archivos), el gran número y el contenido de las imágenes guardadas (demostrando que el acusado se relaciona de forma habitual con otros pedófilos), y la evidencia de

⁵⁸² STS nº 873/2009, de 23 de julio, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. (VLEX-66899026).

conversaciones entre el acusado y terceros⁵⁸³. Asimismo, es necesario determinar los conocimientos por parte del autor de los hechos de los medios informáticos o el dato de que el material ya se encuentre “difundido” en Internet⁵⁸⁴.

Un problema similar genera la conocida como *distribución pasiva*, conducta en la que el dolo definirá su encaje en la hipótesis de posesión o de distribución. La distribución pasiva deriva de los conocidos como programas para compartir archivos por Internet, en los cuales, a la vez que el usuario realiza una descarga, facilita el archivo de forma automática a otros usuarios para su descarga, de forma que la determinación del dolo dependerá de distintos factores, entre los que cabe mencionar el nivel de conocimiento en informática. En estos casos, la jurisprudencia se ha inclinado asimismo por el análisis de los casos en concreto, de forma que deben llevarse en consideración factores como la cantidad de documento encontrado, conocimientos informáticos y el traslado de los materiales descargados a otras unidades de almacenamiento⁵⁸⁵. En palabras del Tribunal Supremo, el dolo eventual es suficiente para configurar la conducta en el tipo de distribución (art.189.1.b) CP)⁵⁸⁶. De esta forma, basta que “el agente actúe con conocimiento de la previsibilidad de que la utilización del programa permite el acceso a terceras personas del material”, aunque “no es correcto deducir tal conocimiento del mero uso del programa”⁵⁸⁷.

Una vez descartado el ánimo difusor del sujeto, el dolo de la posesión para uso propio también debe ser demostrado⁵⁸⁸. Conforme con ello, el poseedor debe

⁵⁸³ SAP Madrid nº 99/2008, de 09 de julio, ponente María Riera Ocáriz. (VLEX-42933704).

⁵⁸⁴ STS nº 105/2009, de 30 de enero de 2009, ponente Julián Sánchez Melgar. (VLEX-53887377).

⁵⁸⁵ Vid ATS nº 2493/2013, de 19 de diciembre, ponente Francisco Monterde Ferrer. (VLEX-494111878).

⁵⁸⁶ STS nº 842/2010, de 7 de octubre, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Lurca (VLEX-228674238).

⁵⁸⁷ Así, la comprobada ausencia de conocimiento en torno a esta característica de los programas para compartir archivos exime al responsable del delito de distribución. Vid SAP Girona nº 422/2009, de 10 de junio, ponente Fátima Ramírez Souto (VLEX-76705417).

⁵⁸⁸ En este sentido, “en la acción de posesión para el autoconsumo, se incluyen los supuestos en los que dicho consumo se realiza a través del acceso doloso a una página web que ofrece este tipo de material pornográfico.” GARCÍA VALDÉS, 2004, *op. cit.*, p. 421. Para Flores Rodríguez, “será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee un sistema o terminal, tales archivos que constituyen

tener conciencia de que posee los archivos en su terminal y de que estos reflejan a menores o incapaces⁵⁸⁹. La prueba del dolo, además, tendrá papel indispensable para solucionar los problemas que se generan cuando los archivos pornográficos infantiles se almacenan sin el conocimiento del individuo. Lo ocurre, por ejemplo, con los “temporary internet files” o “memoria cache”, que posibilitan un acceso rápido a la información antes visualizada en Internet, sin que el sujeto haya efectuado ningún tipo de descarga. En este caso, si el individuo tenía conocimiento de este hecho y hace uso del contenido de esta carpeta, responderá por posesión. Caso contrario, ausente el conocimiento y el dolo, la conducta será atípica⁵⁹⁰. FERNÁNDEZ TERUELO, en virtud de la dificultad de prueba en estos casos, apunta otros indicios, como el hecho de que “el sujeto haya reclamado en la Red y por escrito ese tipo de materiales o que existan alusiones a la condición de menor en el texto que acompaña a muchos de los envíos (especialmente en los canales IRC)”⁵⁹¹.

En palabras del Tribunal Supremo, “la acreditación del dolo en la conducta del acusado, de la tenencia para uso propio de material pornográfico infantil, resulta de la propia cantidad de material pornográfico infantil intervenido, en una cantidad muy importante, que se guardaba en el ordenador y en discos de almacenamiento extraíble, como los Cds, y DVDs, y este material se encontraba ordenado en carpetas y subcarpetas, lo que implica un acto volitivo de ordenación de un material poseído, indicativo del dolo en la realización de la acción que, se reitera, consiste en la tenencia para uso propio de material pornográfico con menores como sujetos de la acción”⁵⁹².

pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso)”. FLORES RODRÍGUEZ, 2012, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁸⁹ Según el Tribunal Supremo, para que se configure el dolo del agente, bastará “con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso)”. STS nº 105/2009 de 30 de enero, ponente Julián Sánchez Melgar. (VLEX-53887377).

⁵⁹⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 78.

⁵⁹¹ FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 261.

⁵⁹² STS nº 533/2009, de 20 de mayo, ponente Andrés Martínez Arrieta. (VLEX-60295259).

Finalmente, y en relación con la posesión, este tipo penal ha suscitado críticas de un sector de la doctrina, al no preverse o contemplarse a ninguna hipótesis, que justifique la tenencia por razones científicas o de otra índole. En sentido crítico, LEMINEUR RETANA argumenta que “introducir la expresión *quien tenga ilegítimamente*, tal como se usa en el artículo 9 del Convenio sobre Ciberdelincuencia, en el párrafo del Código Penal en el que se tipificaría la tenencia privada de pornografía infantil permitiría establecer una garantía para evitar que se establezca algún grado de responsabilidad penal en situaciones específicas en las que se consideraría legítimo tener pornografía infantil. Este tipo de situaciones generalmente abarcan escenarios donde ciertas fotos podrían estar en manos por ejemplo de académicos o del personal de una organización no gubernamental por ser el objeto de estudio de un trabajo de investigación o bien en las manos de policías, dentro del marco de una pesquisa, como material incautado”⁵⁹³.

Sin embargo, otro sector doctrinal ya ha sostenido lo superfluo de incluir el elemento de intencionalidad, teniendo en cuenta que “el verbo ‘poseer’ implica una actitud subjetiva por parte del autor”, de forma que “no se puede poseer algo que no se quiere ni se conoce, por ello, resulta innecesario agregarle la palabra ‘intencionalmente’”. De este modo, si una persona es acusada de poseer pornografía infantil, pero no sabía ni conocía de la existencia de ese material, la misma no debe ser considerada poseedora⁵⁹⁴, y por tanto debería ser atípica.

⁵⁹³ LEMINEUR RETANA, 2006, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, 2002, *op. cit.*, p. 311.

2. El desconocimiento del sujeto en relación a la edad de la víctima:
¿error de tipo o error de prohibición?

Como hemos mencionado con anterioridad, la necesidad de la prueba del dolo fomenta que el acusado alegue en muchas ocasiones haber actuado bajo un error de tipo, bien por haber ignorado la edad real o la condición de incapaz de la víctima, bien en base a que la descarga o difusión fue accidental. En todo caso, la relevancia de dichas alegaciones ha de ser analizadas a cada caso, considerando el conjunto de circunstancias concurrentes, como veremos a continuación⁵⁹⁵.

Con carácter previo consideramos necesario realizar algunas precisiones conceptuales para distinguir el error de tipo y el error de prohibición.

El *error de tipo* está previsto por el art. 14.1 CP⁵⁹⁶ y se refiere al error que afecta a los elementos esenciales que expresan la tipicidad penal de un hecho, lo que puede excluir la responsabilidad penal caso de ser invencible, o ser castigado como imprudencia, en el caso de ser vencible⁵⁹⁷.

En este sentido, conforme a lo expuesto anteriormente, el error en torno a la minoría de edad o la incapacidad de la víctima podrá constituir un error de esta especie, principalmente teniendo en cuenta la dificultad en determinar dichas características en algunos casos. Conforme con ello, FERNÁNDEZ TERUELO afirma que en este caso sólo sería posible evidenciar un *error de tipo invencible*⁵⁹⁸,

⁵⁹⁵ DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁹⁶ “Artículo 14.1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.”

⁵⁹⁷ “La valoración de la vencibilidad o invencibilidad del error deberá ajustarse a criterios atentos a las circunstancias concretas en las que se verificó la actuación del sujeto.” QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, p. 437.

⁵⁹⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, *op. cit.*, p. 79.

teniendo en cuenta que, por tratarse de un delito doloso, no sería posible imaginar la concurrencia de un error vencible, “pues no resulta admisible plantear en estos casos una conducta imprudente”⁵⁹⁹.

De esta forma, la efectiva comprobación del error dependerá de los elementos probatorios de cada caso. Así, los supuestos en los que la minoridad es patente no suscitarán ninguna duda⁶⁰⁰, teniendo en cuenta que con el simple visionado los jueces ya podrán decidir en torno a dicha condición⁶⁰¹. En este sentido ya ha decidido la jurisprudencia, que sostiene que cualquier persona conoce por el desarrollo sexual de una persona si ésta es o no menor⁶⁰².

Sin embargo, en aquellos casos en los que los sujetos están en una franja de edad entre los 16 a los 18, cuyo simple visionado no es suficiente para bien determinar la edad exacta, suscitará innumerables problemas probatorios que en muchos casos son de difícil solución.

Aun más complejidad van a generar los casos en los que el material pornográfico se refiera a “incapaces”, teniendo en cuenta que difícilmente se podrá determinar dicha condición, dando margen para que se alegue la ocurrencia de error.

Finalmente, también podrán asimilarse a la figura del error de tipo los casos de distribución pasiva, comprobado el desconocimiento del individuo de

⁵⁹⁹ FLORES RODRÍGUEZ, 2012, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁰⁰ Según la jurisprudencia, “con respecto al error relativo a la edad de los menores, tan solo y exclusivamente se ha de responder, que para cualquier persona, el conocimiento de ese dato resulta obvio con la simple visión de las fotos y resto de material pornográfico, que figuran unidas a la causa”. SAP Ciudad Real nº 10/2010, de 25 de marzo, ponente Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo. (VLEX-218446783).

⁶⁰¹ “Es cierto que puede existir una frontera difícilmente deslindable cuando se trata de edades muy próximas, pero cuando la diferencia es notable la regla de experiencia es un argumento válido que puede emplear el Tribunal para motivar su conclusión.” STS nº 674/2009, de 20 de mayo, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-76464441).

⁶⁰² En este caso se discutía específicamente la determinación de edad de una persona del sexo femenino. Según el Tribunal, “cualquier persona conoce por el desarrollo sexual de una mujer si ésta es o no menor. Si el cuerpo de la mujer aparece sin senos o con un determinado tipo de senos o sin vello púbico, es fácil inferir para cualquier persona que se trata de una niña.” SAP Álava nº 376/2008, de 2 de diciembre, ponente José Jaime Tapia Parreño. (VLEX-52348556).

que los programas para compartir archivos facilitan automáticamente los mismos para descarga de otros usuarios.

Este supuesto ya fue analizado por el Tribunal Supremo que, valorando las particularidades del caso concreto, ha decidido por desclasificar la conducta del autor del art. 189.1.), en favor de la simple posesión del art. 189.2 del CP. En palabras del propio Tribunal, “de la fundamentación jurídica se desprende que las imágenes se mantuvieron en el denominado archivo "Incoming", que es un registro creado automáticamente por el programa Emule, sin ser incorporadas al disco duro del ordenador del acusado, permaneciendo allí cerca de dos meses”. Además, cuando éste se percató que tales ficheros se encontraban allí, los borró de forma inmediata, de manera que no fueron ya encontrados cuando se produjo la intervención judicial”, de forma que sería razonable acoger la alegación del acusado de que los materiales podrían haber aparecido imprevistamente cuando realizaba una búsqueda de pornografía de adultos. En este sentido, estaríamos un claro *error de tipo*, pues el acusado en modo alguno puede suponer que está difundiendo ese material a terceros, aun más considerando la escasa entidad de los archivos poseídos por el él⁶⁰³.

Conforme con ello, “la jurisprudencia ha evolucionado desde entender que el mero uso de un programa de esa clase supone, a nivel de usuario, el conocimiento de que se facilita la difusión a terceros de todo aquel material descargado que se almacene en las referidas carpetas, a establecer que tal elemento subjetivo no puede presumirse sobre la base de ese único dato, de forma que será preciso, en cada caso, valorar expresamente las pruebas que acrediten tal conocimiento”⁶⁰⁴. De cualquier forma, los tribunales siguen un parámetro bastante restrictivo, de forma que el error en estos casos es reconocido de forma bastante excepcional⁶⁰⁵.

⁶⁰³ STS nº 105/2009, de 30 de enero, ponente Julián Sánchez Melgar. (VLEX-53887377).

⁶⁰⁴ STS nº 842/2010, de 07 de Octubre de 2010, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarda (VLEX-228674238). En el mismo sentido, el la SAP Pontevedra nº 38/2009, de 18 de junio, ponente José Ferrer González (VLEX-76718461).

⁶⁰⁵ Vid STS nº 696/2008, de 29 de octubre, ponente Joaquín Giménez García (VLEX-50694045).

En cualquier de los casos, ante la imposibilidad de determinar correctamente el dolo del autor, debe ser aplicado el principio *in dubio pro reo*, considerando el supuesto atípico

Frente al error de tipo, el *error de prohibición* supone el desconocimiento de la ilicitud del hecho antijurídico, es decir, de que viola una norma del ordenamiento jurídico, que lo prohíbe⁶⁰⁶. Dicho error podrá ser vencible o invencible.

Conforme con ello, será *vencible* el error cuando el sujeto tenía la posibilidad de superarlo, esto es, podía haber conocido la antijuridicidad de su conducta. Es decir, se requiere que el sujeto, al menos, dudara sobre la ilicitud de su conducta, así como la posibilidad de informarse de una manera adecuada sobre aquella⁶⁰⁷. A su vez, según ROXIN, será *invencible* el error en aquellos supuestos en que el ciudadano desconoce la norma, a pesar de haber cumplido las expectativas derivadas de un grado normal de fidelidad al Derecho⁶⁰⁸.

Según la jurisprudencia, la teoría del error de prohibición se asienta sobre la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad necesario para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. De esta forma, si falta la conciencia de antijuridicidad, bien directa o bien indirectamente, la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible. Conforme con ello, la apreciación

⁶⁰⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2.ed, Madrid, Tecnos, 2014, p. 124. El error de prohibición está previsto en el art. 14 CP, que establece: “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

⁶⁰⁷ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal: el error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 82.

⁶⁰⁸ ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, p. 203.

del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento⁶⁰⁹.

En este sentido, el error de prohibición muy difícilmente tendrá cabida en los delitos de pornografía infantil, salvo en los casos en el que, por ejemplo, el autor sea extranjero y en su país de origen la minoridad tenga un tratamiento distinto del previsto en España⁶¹⁰.

En efecto, la baja probabilidad de éxito de alegar esta clase de error, reside en el argumento de que esos delitos “pertenecen al género de delitos cuya antijuridicidad es de por sí evidente, sin necesidad de más conocimientos que los que proporciona la propia naturaleza humana”⁶¹¹. Como expresamente han manifestado diversos fallos jurisprudenciales, “al tratarse de conductas que reprochan la práctica totalidad de las culturas, así como la difusión que hacen los medios de comunicación de este tipo de delitos” hace imposible alegar su desconocimiento⁶¹².

Valga de cita un fallo condenatorio de un caso de distribución de pornografía infantil, donde el autor alegó actuar bajo un error de prohibición, “precisamente inducido a ello por la accesibilidad que ofrecía la propia red al

⁶⁰⁹ SAP Valencia nº 302/2009, de 20 de mayo, ponente Maria Regina Marrades Gómez. (VLEX-66990617).

⁶¹⁰ Este tema es tratado de forma más exhaustiva en el próximo capítulo dedicado al estudio de la culpabilidad.

⁶¹¹ FLORES RODRÍGUEZ, 2012, *op. cit.*, p. 199.

⁶¹² SAP Valencia nº 1627/2009, de 20 de Mayo, ponente Maria Regina Marrades Gómez. (VLEX-66990617). En el mismo sentido SAP Cuenca nº 26/2009, de 26 de junio, ponente Ernesto Casado Delgado. (VLEX-76768558)

material que él manejaba”. El Tribunal Supremo ha rechazado dicho argumento, sosteniendo que no resulta de recibo pensar que una persona con la formación intelectual del recurrente pueda ignorar el carácter prohibido y punible de semejante actividad, relacionada con menores, en algunos de los casos, incluso de muy corta edad⁶¹³. En otro caso, también se ha negado la existencia del error de prohibición en un supuesto en el que el acusado alegaba una absoluta creencia de que la posesión de pornografía infantil estaba permitida legalmente en el país⁶¹⁴.

Sin embargo, algunos casos no tan evidentes de pornografía infantil podrían integrar el error de prohibición, una vez que el propio concepto de “pornográfico” puede sufrir variaciones en virtud del contexto cultural - llevando el autor a un error en su valoración -, tema que abordaremos en el siguiente capítulo.

⁶¹³ STS nº 1444/2004, de 10 de diciembre, ponente José Manuel Maza Martín. (VLEX-17480431).

⁶¹⁴ SAP Cuenca nº 26/2009, de 26 de junio, ponente Ernesto Casado Delgado. (VLEX-76768558).

CAPÍTULO CUARTO

CULPABILIDAD Y PORNOGRAFÍA INFANTIL

La culpabilidad es un concepto fundamental en Derecho penal y puede tener una importante relevancia en los delitos de pornografía infantil⁶¹⁵. En líneas generales, el citado elemento está relacionado con la *reprochabilidad personal* de la acción típica y antijurídica que se formula frente al autor de un hecho delictivo por haber actuado en contra de las normas jurídicas cuando podía y debía haberlo hecho conforme a Derecho. Dicho elemento no afecta a la definición ni a la valoración del hecho injusto, sino a la capacidad del autor mismo para comprender el sentido de la prohibición penal y para actuar de acuerdo con dicha comprensión⁶¹⁶.

Conforme con ello, la culpabilidad está integrada por tres elementos: la imputabilidad (es decir, la capacidad de culpabilidad), el conocimiento de la antijuridicidad (sin el cual estaríamos ante un error de prohibición) y la exigibilidad (relacionada con las causas de inculpabilidad)⁶¹⁷. En este sentido, de faltar de manera absoluta en la situación concreta cualquier de los elementos, la conducta – activa u omisiva - no podría estimarse culpable y, en consecuencia, a

⁶¹⁵ Sobre la culpabilidad, véase ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “La culpabilidad”, en José Miguel Zugaldía Espinar (Dir.), *Fundamentos de Derecho Penal*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

⁶¹⁶ AL-FAWAL PORTAL, Miryam, *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*, Barcelona, Bosch, 2013, p. 28.

⁶¹⁷ URRUELA MORA, Asier, “La culpabilidad”, en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013, p. 244.

pesar de su carácter típico y antijurídico, no le podría ser reprochada personalmente al sujeto⁶¹⁸.

La imputabilidad tiene relación no sólo con la capacidad de entender y valorar la naturaleza e ilicitud del hecho realizado, sino también con la capacidad de poder actuar según esa apreciación, valoración o comprensión. De esta forma, el elemento imputabilidad hace referencia a las capacidades físicas, biológicas, psíquicas y psicosociales de una persona en el momento de cometer el hecho⁶¹⁹.

El Código Penal enumera en su art. 20 CP las posibles causas de inimputabilidad del sujeto adulto, que deben ser determinadas en el momento en que se exterioriza la voluntad 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.

⁶¹⁸ RUEDA MARTÍN, María Ángeles; URRUELA MORA, Asier, “Las causas de irreprochabilidad”, en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013, p. 275.

⁶¹⁹ ORTS BERENGUER, Enrique, *Compendio de Derecho penal: parte general*, 4.ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 323.

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.*

(...)

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.”

El primer apartado del citado artículo hace referencia a las hipótesis de *anomalías o alteraciones psíquicas*, siendo aplicable a los casos de existencia de una causa patológica del psiquismo que resulte en la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho o de obrar conforme a esa comprensión. De esta forma abarca a la persona con problemas en los más diversos aspectos de la vida psíquica - inteligencia, memoria, conciencia, estado de ánimo, voluntad, percepción, control de los impulsos, etc., de muy diversa graduación, de forma permanente o pasajera⁶²⁰. Esta condición será determinada en el caso concreto, a partir de la apreciación, por el juez de informes médicos y técnicos⁶²¹.

El art. 20.2 CP, a su vez, hace referencia a los casos en los que el autor obra bajo *efectos de intoxicación de bebidas alcohólicas, drogas u otras sustancias estupefacientes*. En este sentido, se aplicará la eximente completa a los casos de intoxicación plena o de actuación en virtud de un síndrome de abstinencia que den lugar a la incapacidad del sujeto de comprender la ilicitud de la conducta o de obrar conforma a dicha comprensión. Sin embargo, en los casos de intoxicación que no llegue a anular pero sí a afectar de manera muy relevante la capacidad de comprender, se aplicará la eximente incompleta del art. 21.1 CP, en relación con el art. 20.2 CP⁶²².

⁶²⁰ CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, 2014, *op. cit.*, p. 114. Vid SAP Sevilla nº 225/2009, de 21 de abril, ponente José Manuel Holgado Merino. (VLEX-208131643).

⁶²¹ ORTS BERENGUER, 2014, *op. cit.*, p. 390.

⁶²² URRUELA MORA, 2013, *op. cit.*, p. 272.

Finalmente, el art. 20.3 CP prevé la hipótesis de *alteración de la percepción*, que altere gravemente la consciencia de la realidad. En estos supuestos se incluirán los supuestos de sordomudez desde el nacimiento o desde la infancia en los que el sujeto carezca de instrucción, así como de ceguera bajo las circunstancias referidas. Es necesario, además, que dicho requisito biológico haya alterado gravemente la conciencia de la realidad – es decir, que haya resultado en la incapacidad del sujeto de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión⁶²³.

Conforme con ello, verificada alguna de las tres hipótesis legales de inimputabilidad, el autor no podrá ser considerado culpable.

Es importante referir, como recuerda ORTS BERENGUER, que entre la imputabilidad y la inimputabilidad absolutas hay tramos intermedios, razón por la cual el legislador, desde siempre “haya escalonado la exigencia de responsabilidad criminal, desde la exención plena, proclamada en el art. 20, hasta la responsabilidad también plena, pasando por la exención incompleta (del art. 21.1, con los efectos prevenidos en el art. 68 CP) y la atenuación por analogía del art. 21.7, con los efectos de las reglas 1ª y 2ª del art. 66 CP”⁶²⁴.

El conocimiento de la antijuridicidad, por otra parte, exige el conocimiento por parte del individuo de que la conducta está prohibida. En este sentido, debe ser verificado un *elemento intelectual*, que implica que el sujeto debe saber o poder saber que su conducta se encuentra prohibida por la ley. Es decir, “si una persona no sabía ni podía saber que su conducta es antijurídica no actúa culpablemente, de modo que el sujeto sólo actúa culpablemente cuando conoce o puede conocer la ilicitud de su comportamiento”⁶²⁵. En estos casos, ausente el conocimiento en torno a la ilicitud de la conducta, estaríamos ante un *error de prohibición* que, aunque no excluye el dolo, afecta a la culpabilidad, excluyéndola

⁶²³ *Idídem*, p. 273.

⁶²⁴ ORTS BERENGUER, 2014, *op. cit.*, p. 389.

⁶²⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal: el error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona, Bosch, 2008.

cuando el error es invencible y atenuándola cuando el error de prohibición es vencible para el sujeto⁶²⁶.

En este sentido, el error de prohibición puede ser clasificado como *error de prohibición directo* – que recae sobre la norma misma, es decir, sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva – o como *error de prohibición indirecto* – que se configura como la falsa creencia acerca de la operatividad de un precepto permisivo en el caso concreto, esto es, el que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación.

Asimismo, dentro del error directo de prohibición deben ser incluidas las hipótesis en que aun existiendo el conocimiento de lo injusto, el error del sujeto incide sobre la comprensión del mismo. Son los denominados casos de *error de comprensión*, donde el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no se le puede exigir la comprensión de la misma, esto es, su proyección o interiorización como parte de su catálogo de valores. En estos supuestos se incluyen, por ejemplo, los casos de *socialización exótica*, cuando el sujeto pertenece a una cultura o subcultura diferentes, y en su virtud ha recibido una educación distinta, incluyendo en su escala axiológica valores diversos e incompatibles con los del Ordenamiento jurídico⁶²⁷. En estos casos existe el conocimiento de lo injusto, pero no la comprensión del mismo por parte del autor, de ahí que el error de prohibición directo no se reduce sólo a los casos en que el autor desconoce la existencia de la prohibición o el alcance de la misma. Esta modalidad concurre cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente, de forma que el sujeto tiene conocimiento de la norma prohibitiva, aunque no interioriza el mandato de ésta por razones culturales⁶²⁸.

⁶²⁶ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho penal: parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 275.

⁶²⁷ Vid ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal: parte general*, 2.ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 736-737.

⁶²⁸ MONGE FERNÁNDEZ, 2008, *op. cit.*, p. 111.

Finalmente, la exigibilidad debe ser entendida como la “exigibilidad de obediencia al Derecho”. Conforme con ello, caso el autor actúe bajo una presión que hace que le sea inexigible que obre de otro modo⁶²⁹, tampoco podrá ser considerado culpable. En este sentido, el Código Penal prevé expresamente tres hipótesis de inculpabilidad: estado de necesidad, miedo insuperable o encubrimiento entre parientes.

La ausencia de culpabilidad en torno a los delitos de pornografía infantil puede ser abordada tanto bajo el análisis de la ausencia de imputabilidad, como del conocimiento de la antijuridicidad, como abordaremos a continuación.

I. LA PEDOFILIA COMO POSIBLE CAUSA DE INIMPUTABILIDAD

Por lo que interesa a este trabajo, en este apartado analizaremos si la pedofilia - enfermedad catalogada por el DSM-IV como enfermedad, consistente en una especie de parafilia -, puede ser considerada una causa de inimputabilidad apreciable bajo el paraguas del art. 20.1 CP, que contemplamos, como acabamos de mencionar, justamente las hipótesis de eximente de responsabilidad relacionadas con las anomalías o alteraciones psíquicas.

Sobre la apreciación de la eximente prevista en el art. 20.1 CP, la jurisprudencia es unánime en el sentido de exigir la concurrencia de dos requisitos

⁶²⁹ URRUELA MORA, 2013, *op cit.*, p. 255.

en el caso concreto: uno *biopatológico* – relacionado con la verificación de la enfermedad o anomalía en sí –; y uno *psicológico* – relacionado con la correspondiente afectación de las facultades mentales del sujeto en virtud de la enfermedad o anomalía en el momento de la comisión del acto delictivo⁶³⁰.

Por decir en otras palabras, para que se aprecie la circunstancia eximente no bastaría la sola clasificación clínica del estado mental del acusado, sino siempre debe ponerse en relación la alteración mental con el acto delictivo de que se trata, ya que *la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente* para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo.

De esta forma, la aplicación de la eximente – completa o incompleta - siempre dependerá de prueba específica de que dicha condición ha afectado de alguna manera la capacidad del acusado en el momento de la comisión del delito, evitando automatismos en la valoración⁶³¹. Por decir en otras palabras, “el artículo 20.1, y en relación con el 21.1 y el 21.6, exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme esa comprensión”⁶³².

Conforme con ello, como sostienen CUELLO CONTRERAS Y MAPELLI, una vez comprobado el aspecto biológico de la inimputabilidad, debe comprobarse el aspecto normativo, es decir, si quien padece la anomalía tuvo capacidad de comprender el significado de sus actos y si pudo actuar en consecuencia con esa comprensión⁶³³.

⁶³⁰ STS nº 1612/2000, de 20 de octubre, ponente Julián Sánchez Melgar (VLEX-15200115).

⁶³¹ STS nº 1424/2005, de 5 de diciembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-20066977). En el mismo sentido, SAP Segovia nº 2/2003, de 10 de febrero, ponente Luis Brualla Santos-Funcia (VLEX-55365108) y STS nº 184/2012, de 9 de marzo, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-364508002).

⁶³² STS nº 842/2010, de 07 de Octubre de 2010, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarda (VLEX-228674238).

⁶³³ CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, 2014, *op. cit.*, p. 119.

En virtud de este doble requisito, en lo que concierne a la pedofilia como exigente de responsabilidad penal en los delitos de pornografía infantil, la jurisprudencia viene adoptando criterios bastante estrictos, teniendo en cuenta que la simple condición de pedófilo del sujeto no debe implicar automáticamente que el mismo tiene su capacidad mermada en el momento de cometer el acto delictuoso, lo que recomienda analizarse cada caso en concreto. Es decir, la mera existencia de una perversión sexual, aunque la misma obligue a considerar personalidad psicopática a quien la presenta, no debe llevar, sin más, a la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal⁶³⁴.

De esta forma, debe entenderse que los sujetos afligidos por este trastorno sexual “son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y obrar plenas”, de forma que únicamente “en los supuestos de que el trastorno de la sexualidad sea sintomático de una psicosis o en las situaciones de pasión desbordada, podría hablarse de una imputabilidad disminuida o, incluso, anulada”, debiendo estas situaciones haberse acreditado de forma efectiva⁶³⁵.

Abundando sobre el tema, el Tribunal Supremo reconoce que la pedofilia es considerada por la psiquiatría como un trastorno o perversión sexual - como pueden serlo el exhibicionismo, el fetichismo, el sadismo y otros -, pero estima que, en líneas generales, los sujetos afectados por estos trastornos tienen capacidad de querer, de entender y obrar plenas. De esta forma, aunque estimando que la pedofilia afecta a la dirección sexual per se, ello no supone la ausencia de los mecanismos de dirección de la conducta ni de los correspondientes frenos inhibitorios. Por lo tanto, por si sola, tal inclinación no determina ni exención ni atenuación alguna; para ello debe ir acreditadamente acompañada de trastornos

⁶³⁴ SAP Madrid nº 99/2008, de 9 de julio, ponente María Riera Ocariz. (VLEX-42933704).

⁶³⁵ STS nº 768/2004, de 18 de junio, ponente Joaquín Delgado García. (VLEX-17210591). La psicopatía que acompaña la pedofilia también debe ser grave para que se pueda apreciar la exigente del art. 20.1 CP. En este sentido, la AP de Madrid ya ha negado la aplicación del citado artículo a un sujeto pedófilo con retraso mental leve, argumentando que tal padecimiento solo le ocasionaba una leve disminución de sus facultades volitiva e intelectivas. *Vid* SAP Madrid nº 288/2012, de 8 de junio, ponente Rosa María Quintana San Martín (VLEX-391664418).

psíquicos relevantes, como el alcoholismo, la toxicomanía o una neurosis depresiva, entre otros⁶³⁶.

Conforme con todo lo expuesto, para que sea una eximente de responsabilidad, la pedofilia debe venir unida con otros elementos que disminuyan o anulen la voluntad del autor, debiendo haber prueba de que las mismas hayan alterado de forma sustancial su capacidad volitiva.

En este sentido, la jurisprudencia ya ha decidido que no será suficiente para apreciar la inimputabilidad la mera constatación de una “inmadurez personal” del autor, de meras tendencias sexuales aberrantes o de estar afectado por una neurosis, teniendo en cuenta que dichos elementos no limitan la comprensión del autor⁶³⁷.

Cabe concluir, por lo tanto, que la pedofilia podrá ser considerada una hipótesis eximente del art. 20.1 CP solamente en casos excepcionales, desde que se pruebe que, en el momento de la comisión del delito, el sujeto tenía mermada su capacidad volitiva e intelectual por dicha condición, no siendo la condición de pedófilo, por sí sola, suficiente para tanto.

⁶³⁶ STS nº 873/2009, de 23 de julio, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. (VLEX-66899026); STS nº 285/2003, de 28 de febrero, ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón (VLEX-15526203).

⁶³⁷ STS de 24 de octubre de 1994, ponente Gregorio García Ancos (VLEX-202702151). En este caso se argumentaba que la inmadurez del autor le llevaba a realizar conductas más típicas de niños y adolescente que de adulto, lo que limitaría sus facultades de autocontrol en el aspecto sexual. También la SAP Sevilla nº 225/2009, de 21 de abril, ponente José Manuel Holgado Merino. (VLEX-208131643), en la que la mera constatación de que el autor pedófilo sufría de trastorno sicótico y posteriormente de una psicosis maniaco depresiva con rasgos paranoides de personalidad y finalmente una esquizofrenia paranoide no han sido suficientes para afastar la presunción de que aquél “quería lo que hacía e hizo lo que quiso”.

II. LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EL *ERROR CULTURALMENTE* *CONDICIONADO*

En el apartado anterior, hemos analizado la posibilidad de elidir la culpabilidad en los delitos de pornografía infantil, en virtud de la condición de pedófilo del autor, por la causa de inimputabilidad prevista en el art. 20.1 CP. En este segundo apartado analizaremos también la posibilidad de eliminar la culpabilidad, pero ahora teniendo en cuenta eventual falta de conocimiento de la antijuridicidad, condicionado por el *error cultural*, especialmente en lo que se relaciona con la interpretación del concepto de “pornografía”.

Como hemos visto en el primer capítulo de esta investigación, no hay parámetros objetivos universalmente aceptados para determinar el concepto de pornografía infantil, que puede ser interpretado de distintas formas y sufre variaciones según los diferentes contextos socioculturales, tornando su valoración compleja. Conforme con ello, debe considerarse que en determinadas sociedades – incluso en entornos culturales bastante similares - , la desnudez de menores, así como el erotismo infantil son interpretados y comprendidos de manera muy distinta⁶³⁸, problemática que también ha sido plasmada a lo largo de esta investigación, en la que se ha visto como una misma exposición artística de desnudos de menores es permitida en un determinado país y no en otro⁶³⁹.

⁶³⁸ Como ejemplo, se puede citar la cultura del FKK (Freikörperkultur) en Alemania, en la que en distintas ciudades no es raro encontrar personas desnudas en parques, incluidos los niños, así como incluso publicaciones de adolescentes que todavía no han completado la mayoría de edad.

⁶³⁹ “La importancia de la cultura, entendida como modo de vivir y de pensar que conforma el acervo de valoraciones sobre el que se edifica la identidad personal, reside en su potencial como criterio de orientación de la actuación del individuo, y en lo que interesa al Derecho penal, su posible incidencia en las motivaciones para cometer un delito.” TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 17, 2013, p. 413.

Es más, incluso en el seno de distintas familias de una misma sociedad dichos elementos pueden ser interpretados de formas distintas, teniendo en cuenta que un sujeto que nace y se desarrolla en el seno de una familia nudista o con valores más liberales en relación con sus hijos seguramente tendrá comprensiones distintas en torno a lo erótico y a lo pornográfico, si comparados con aquellos sujetos que son educados en un ámbito familiar con valores más tradicionales y conservadores.

Esta cuestión gana aun más relevancia en nuestra sociedad contemporánea, en la que el fenómeno de la globalización fomenta la movilidad de personas - de diferentes entornos y concepciones socioculturales - por distintos territorios, pudiendo generar algunas situaciones jurídicas relevantes para el Derecho Penal.

En este sentido, en los últimos años no son inhabituales las noticias de extranjeros acusados por delitos de pornografía infantil, por el simple hecho de haber fotografiado o grabado a menores desnudos en playas nudistas españolas, aunque la misma conducta si realizada por los padres de los mismos, no es considerada delictuosa⁶⁴⁰. En estos casos, lo único que podría diferenciar las conductas de la primera y segunda hipótesis sería la valoración subjetiva del material por cada uno de los sujetos activos de las conductas, lo que genera fuerte inseguridad jurídica, subjetivando elementos del tipo penal.

Conforme con ello, debe considerarse que la comprensión en torno a lo erótico y a lo pornográfico son en gran parte fruto del factor cultural de un determinado contexto, lo que debe ser considerado para determinar la culpabilidad del sujeto. Es decir, dichos conceptos “no son sino etiquetas ocasionales, cómodas, que la moral pública propone y acepta para defenderse cuando se siente

⁶⁴⁰ Valga de ejemplo los siguientes casos: “Piden seis años de cárcel para el hombre que filmó a niños desnudos en una playa de Barcelona” (*vid* <http://www.20minutos.es/noticia/209063/0/pederastia/desnudos/playa/>); “Detenido un alemán por grabar a una menor desnuda en la playa” (*vid* <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/08/24/baleares/1251138663.html>) y “Dos detenidos en Tarragona tras fotografías a niños en una playa nudista” (*vid* <http://www.rtve.es/noticias/20100831/dos-detenidos-tarragona-presunto-delito-pornografia-infantil-tras-fotografiar-ninos-playa-nudista/350652.shtml>).

atacada”. De esta forma, la sociedad declara defender la moral (los ciudadanos, especialmente los niños, que parecen encarnarla mejor que nadie), pero la moral es decidida, promulgada, fijada por la misma sociedad. En este sentido, no es absurdo pensar que representaciones consideradas hoy pornográficas y objeto de repetidos choques entre los defensores de diferentes morales públicas, sean aceptadas mañana por la mayoría, es decir, entren en el equilibrio de valores que rige la relación entre el hombre y la sociedad⁶⁴¹.

Esta discusión es todavía más pertinente considerando que el Código Penal vigente no establece ningún concepto de pornografía y, aunque dicho elemento será introducido por la LO 1/2015 a partir del próximo mes de julio, aun continua habiendo un gran margen para distintas interpretaciones sobre el contenido lascivo de un determinado material.

Según ZAFFARONI, el *error cultural* está relacionado no con el conocimiento de una norma, sino que con un déficit de comprensión de la misma, determinando un *error de comprensión* como un subtipo dentro del error de prohibición⁶⁴². Es decir, en estos casos, el autor tiene conocimiento de que existe una norma determinada, pero el contenido de la misma se ve determinado por su valoración particular.

Conforme con ello, en los delitos de la pornografía infantil, creemos posible, en algunos casos, subsumir la conducta del extranjero como un error de prohibición, condicionada por un error de comprensión, en tanto que aunque conozca la ilicitud de los delitos de pornografía infantil, podría estar bajo un error en torno al propio contenido de lo pornográfico, condicionado culturalmente. Es decir, en estos casos, podría existir o bien un déficit de conocimiento de la valoración negativa o de la desaprobación de la conducta, o bien un conocimiento

⁶⁴¹ GIACHETTI, Romano, *Porno-power (pornografía y sociedad capitalista)*, Barcelona, Editorial Fontanella, 1976, pp. 12-22.

⁶⁴² ALEGIA, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 736.

distorsionado, basado en un punto de partida equivocado sobre los presupuestos por los que se valora negativamente esa conducta⁶⁴³.

Nuestra opinión descansa en dos argumentos principales. En primer lugar, porque no cabe duda de que el concepto de pornografía es inexistente en sí mismo y depende en gran medida de la interpretación personal de cada individuo. De esta forma, en la valoración de la conducta, los elementos del caso concreto deben siempre ser considerados, no habiendo razones para rechazar que puedan existir divergencias en torno al contenido pornográfico de un determinado material, principalmente en los casos en los que el material no refleje un abuso sexual. En estos casos, no es irrazonable pensar en la posibilidad de que un turista extranjero o una persona adepta a las prácticas naturistas, al sacar una foto de un menor en una playa, tenga otros intereses no necesariamente relacionados con la satisfacción sexual.

En segundo lugar, porque no admitir dichos errores y posibles variables interpretaciones del concepto de pornográfico, sería reconocer siempre la interpretación de pornografía aceptada por una mayoría social, de forma que aquí también estaríamos considerando elementos de la moral sexual mayoritaria en la interpretación y aplicación de los tipos penales. De esta forma, el Derecho estaría castigando no un hecho objetivo – sacar foto de un menor desnudo en la playa -, sino la representación que el sujeto activo hará de dichas fotos que, en sí mismo no tienen contenido pornográfico. Una vez más, aquí, el Derecho se aproximaría al Derecho penal de autor, puniendo al sujeto por lo que es y no por lo que hace.

A partir de todo ello, en los casos en que el contenido pornográfico no sea explícito y genere un margen de interpretación, habría que reconocer que los factores socioculturales pueden influenciar en la culpabilidad del sujeto, en la forma del error de comprensión, condicionado por un factor cultural.

Clasificar el error cultural como un error de prohibición es la forma más adecuada, teniendo en cuenta que el mismo no puede ser tratado como una

⁶⁴³ TORRES FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2013, p. 431.

hipótesis de inimputabilidad previstas en el art. 20.1 o 3 CP, considerando que no concurren los presupuestos exigidos por aquéllas y expuestas brevemente en la introducción de este capítulo.

De esta forma, el error culturalmente condicionado no puede ser tratado como una anomalía mental o psíquica, teniendo en cuenta que en nuestro caso el autor actúa con conciencia y capacidad plena para comprender sus actos, aunque desconozca la antijuridicidad de su conducta. De la misma forma, los factores socioculturales tampoco pueden ser tratados como una eximente del art. 20.3 CP, en virtud de la posición mayoritaria que interpreta la alteración en la percepción sólo en relación con la percepción sensorial – es decir, en el ámbito físico -, de forma que la inclusión en la citada eximente de supuestos culturales constituiría, según CEREZO MIR, una analogía *in malam partem*⁶⁴⁴.

⁶⁴⁴ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2001, p.84.

CAPÍTULO QUINTO
LOS TIPOS CUALIFICADOS DE LOS DELITOS DE
PORNOGRAFÍA INFANTIL
(ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 189.3 CP)

El apartado 3 del artículo 189 del Código Penal tipifica unos supuestos agravados aplicados a las conductas anteriormente analizadas, como veremos a continuación⁶⁴⁵.

El artículo 189.3 CP dispone que:

“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 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.*

⁶⁴⁵ Asimismo, dependiendo del supuesto, será posible la aplicación del artículo 57 CP.

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.”

De una lectura del precepto transcrito cabe colegir que el apartado 3 del artículo 189 recoge seis supuestos de agravación, que atienden a circunstancias de diversa naturaleza; unas referidas a las características del material pornográfico; otras a la cualidad del sujeto activo; finalmente, las otras dos 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. Cuando el legislador penal 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 pornográfico⁶⁴⁶.

Tradicionalmente, la jurisprudencia mayoritaria entendía que una parte significativa de las cualificaciones sólo podrían ser aplicados a los casos de *utilización directa del menor* – es decir, exclusivamente en las hipótesis del art.

⁶⁴⁶ Vid Sobre este cuestión la STS nº 340/2010, de 16 de abril, ponente Luciano Varela Castro. (VLEX-21514707).

189.1.a) CP -, excluyéndose de la agravación las conductas relacionadas con la *posesión* y la *distribución/tráfico*⁶⁴⁷. Este inicial criterio ha sido modificado por el Tribunal Supremo, en un fallo reciente, donde ha admitido la posibilidad de aplicar las circunstancias de las letras b) y d) asimismo a las conductas de posesión y distribución/tráfico, ampliando de este modo el ámbito típico⁶⁴⁸.

En este supuesto reciente, el acusado distribuía el contenido pornográfico infantil a través de su correo electrónico, consistente en imágenes que reflejaban imágenes de bestialismo - que, según el Tribunal, rebajan al menor a la categoría de animal, lo que constituye una humillación manifiesta - y por prácticas aberrantes con menores, como la utolagnia, undinismo o “lluvia dorada”, que también deben ser consideradas dentro de la categoría “particularmente degradantes”, a los efectos del art. 189.3.b) CP. Conforme con ello, el Tribunal Supremo reconoció que si bien la conducta *utilizar* integra la hipótesis prevista por la letra a), del art. 189.3 CP, dicho requisito no resulta aplicable a las hipótesis previstas en las letras b) y d) del mismo artículo.

Bajo este epígrafe vamos a estudiar las circunstancias cualificadoras de los delitos de pornografía infantil, tratando de buscar el fundamento que justifica la agravación de las penas, con respecto a la penalidad prevista para los tipos básicos.

⁶⁴⁷ Vid STS 873/2009, de 23 de julio, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. (VLEX-66899026); STS 588/2010, de 22 de junio, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-215159859); SAP Madrid nº 439/2014, de 9 de junio, ponente Miguel Hidalgo Abia. (VLEX-537690406); STS nº 340/2010, de 16 de abril, ponente Luciano Varela Castro. (VLEX-215147407).

⁶⁴⁸ Vid STS nº 12/2015, de 20 de enero, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron. (VLEX-554515218).

I. UTILIZACIÓN DE NIÑOS MENORES DE 13 AÑOS (ART. 189.3.a) CP)

La circunstancia primera del artículo 189.3 CP castiga con pena *de prisión de cinco a nueve años* la utilización de niños menores de 13 años y tiene por objetivo otorgar una mayor protección a aquellos sujetos que se consideran más indefensos frente a ataques con contenido sexual, por lo que éstos se consideran más graves y más lesivos al menor, una vez que perjudican su normal evolución sexual y su personalidad. Es decir, se trata de un supuesto en el que las víctimas no poseen condiciones suficientes para ofrecer oposición a las conductas del sujeto activo, de forma que son más vulnerables desde el punto de vista físico y psicológico frente a aquellas víctimas con más edad. Para la aplicación de este supuesto es suficiente que concurra dolo aunque sea eventual⁶⁴⁹.

A este respecto, la doctrina jurisprudencial ha entendido que “aun siendo verdad que no se ha practicado pericia alguna para determinar la edad de las personas que aparecen en las imágenes unidas a las actuaciones, no es menos cierto que la misma hubiera resultado a todas luces superflua, pues no es preciso probar hechos notorios. Basta examinar los citados folios, sin ser necesariamente un observador experto, para alcanzar la plena convicción de que buen número de esas personas, por su incipiente o nulo incluso desarrollo de los denominados caracteres secundarios (pechos o vello pubiano), son inequívocamente menores de edad que, lejos de contribuir a la confección de fotografías artísticas” - como arguye el recurrente -, contienen una explícita carga sexual al mostrar poses y actitudes palmariamente impúdicas”. También, “En los casos de pornografía infantil no se suele disponer de la filiación de los menores explotados por lo que

⁶⁴⁹ BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*. Vid STS nº 342/2013, de 17 de abril, ponente Manuel Marchena Gómez. (VLEX-438315958).

la calificación deberá basarse en su aspecto externo en la medida en que permita concluir que se trata de menores de trece. Es suficiente con la experiencia y con la percepción, pero en todo caso es al tribunal juzgador a quien corresponde la valoración de la prueba”.

La cuestión más polémica que suscita la aplicación de esta cualificación reside en la determinación de la edad de la víctima, si se tiene en cuenta – como se ha denunciado con anterioridad – que en la mayoría de los casos no existe un contacto directo entre autor y víctima. En este sentido, los Tribunales han argumentado frecuentemente que la minoridad en estos casos es normalmente notoria y patente, bastando para su determinación el análisis de los jueces y siendo la pericia innecesaria⁶⁵⁰.

Además, teniendo en cuenta que el tipo agravado prevé una aplicación concreta para los casos de *utilización directa del menor*⁶⁵¹, no será posible extender esta agravación a los tipos de los artículos 189.1.b)⁶⁵² y 189.2, dado que el verbo *utilizar* debe ser interpretado como sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de las víctimas, lo que no ocurre en las hipótesis de posesión o difusión

En este sentido, según ha interpretado la jurisprudencia debe aplicarse este subtipo agravado al caso en que el acusado no ha hecho más que difundir soportes en cuya elaboración o producción no consta haya participado. Esta circunstancia agravatoria se refiere a cuando se utilicen menores de 13 años, es decir, no emplea expresiones como "tratarse de menores de 13 años" o "representar a dichos menores", sino que la acción se refiere a utilizar, lo que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones pueden

⁶⁵⁰ En este sentido, STS nº 1107/2009, de 12 de noviembre, ponente José Antonio Martín Pallín (VLEX-229127494). Asimismo, vid SAP Sevilla nº 57/2003, de 28 de enero, ponente Enrique García López Corchado. (VLEX-51989286).

⁶⁵¹ Vid SAP Barcelona nº 733/2013, de 31 de julio, ponente Sergi Cardenal Monraveta. (VLEX-480200886).

⁶⁵² “Pero en el caso del artículo 189.1 b) solamente ocurrirá si el que realiza las actividades posteriores a la producción del material, es también el autor de la elaboración de dicho material.” STS nº 340/2010, de 16 de abril, ponente Luciano Varela Castro. (VLEX-21514707).

integrar directamente las conductas previstas en el art. 189.1.a), pero no necesariamente todas las descritas en la letra b), pues la difusión o posterior utilización de imágenes producidas por otro no significa usar o utilizar a los menores, sino difundir los soportes ya elaborados en los que sí se han utilizado menores de 13 años en persona, de forma que sería necesario establecer en cada caso, en relación con la letra b) del apartado 1º, si ha concurrido o no esta utilización (...) Si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de diez meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, 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”⁶⁵³.

Cabe concluir que el art. 189.1.b) CP castiga conductas relacionadas con la difusión de imágenes pornográficas "en cuya elaboración" se haya utilizado a menores. Lo que sitúa el uso de los menores en un momento anterior y externo a las propias conductas incriminadas. En cambio, el art. 189.3.a) prevé la utilización de "niños menores de trece años", esto es, contempla las acciones que consisten en servirse directamente de personas comprendidas en esa franja de edad. Y, siendo así, es obvio que tal circunstancia de agravación de los comportamientos primeramente descritos sólo podrá estar referida a los que de ellos sean semántica y conceptualmente compatibles con ese modo de operar sobre personas (de carne y hueso), en las que se den los rasgos descritos. Porque si es claro que la producción de imágenes de menores exigirá normalmente su utilización, lo es también que esto, en cambio, no se dará cuando se trate, por ejemplo, de la distribución de aquéllas, o del acceso a las mismas a través de internet.”⁶⁵⁴.

⁶⁵³ STS nº 795/2009, de 28 de mayo, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-76466625).

⁶⁵⁴ STS nº 795/2009, de 28 de mayo, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-76466625). STS nº 592/2009, de 5 de junio, ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez. (VLEX-60295742). “No es lo mismo utilizar niños que utilizar imágenes de niños, razón por la cual esta singular agravación sólo debe apreciarse cuando haya existido un contacto directo entre el acusado y el menor de esa edad, lo que ordinariamente ocurrirá en las actividades de producción de esa pornografía, sin que pueda ser bastante al respecto la mera distribución o difusión de fotografías o vídeos relativos a menores

II. CUANDO LOS HECHOS REVISTAN DE UN CARÁCTER PARTICULARMENTE DEGRADANTE Y VEJATORIO (ART. 189.3.b) CP)

La segunda circunstancia cualificadora castiga con pena *de prisión de cinco a nueve años* conductas de pornografía infantil, cuando los hechos referidos al material pornográfico infantil revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, distinguiéndolo de otros casos ordinarios. Completando esta agravación, puede afirmarse que “la agravación requiere una especialidad, superadora de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico con menores, que el tribunal debe explicar y sobre el que la Sala no puede sustituir al órgano de enjuiciar sin lesionar la posibilidad de defensa del recurrente quien se vería imposibilitado de discutir la aplicación del derecho ante una instancia superior”⁶⁵⁵.

Esta previsión legal ha sido objeto de severas críticas, si se tiene en cuenta que las conductas que afectan a los menores en el ámbito de los delitos sexuales – agresiones sexuales, abusos sexuales, exhibicionismo y pornografía– siempre revisten características degradantes y vejatorias, cuando la víctima es un menor de edad. Por ello, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, siguiendo esa lógica, al tratar el tema sostienen que “debe ponerse de manifiesto su ausencia de fundamento, por cuanto los componentes del mismo parece ya ser inherentes del tipo básico”⁶⁵⁶.

de trece años.” STS nº 1110/2009, de 16 de noviembre, ponente Joaquín Delgado García. (VLEX-229137922).

⁶⁵⁵ El supuesto de hecho citado coincide con la STS nº 803/2010, de 30 de septiembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-225701666). Asimismo, STS nº 340/2010, de 16 de abril, ponente Luciano Varela Castro. (VLEX-21514707).

⁶⁵⁶ MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1015.

En ese mismo sentido, el Tribunal Supremo argumenta que “en una primera aproximación, todo uso de menores con fines de gratificación sexual puede y debe ser calificado de degradante y vejatorio para ellos”. Por ello, continúa el Tribunal, tanto las partes que pretenden su aplicación, como el tribunal en su sentencia deben determinar las razones por las cuáles las imágenes deben tener acentuada su connotación peyorativa. De esta forma, “en ausencia de una argumentación explícita al respecto por parte de quien mantiene esa calificación de los hechos, hay que decir que no resulta arbitrario subsumir los hechos en el tipo básico”. Como ejemplo de conducta constitutiva de actuación degradante en el ámbito de los delitos de pornografía infantil, resulta significativa la STS, de 5 de junio 2009, donde se afirma que “las relaciones sexuales consistían en felaciones de Isidoro a Aureliano y penetraciones de Aureliano al menor, penetraciones con vibradores y bolas chinas, añadiendo que “... le ataba las manos, le vendaba los ojos, le daba bofetadas, le golpeaba con el cinturón en las nalgas, en ocasiones llegaba a llorar, le mandaba golpearse el pene, ponerse pinzas en los pezones, y se las arrancaba, llegando a pincharle los mismos y a hacerle sangre, o en ocasiones, le hacía mear en un vaso y beberse su propia orina”. Añaden los Jueces de instancia que “en varias ocasiones le sacó fotos y grabó vídeos, con el teléfono móvil y con una cámara, de explícito contenido sexual: fotografiándolo desnudo, posando, enfocando sus genitales, y también con el pene de Aureliano en la boca”⁶⁵⁷.

Y a mayor abundamiento, si todas las conductas relacionadas a la pornografía infantil de menores de trece años contienen un carácter vejatorio, de forma que cuando se aplique el tipo agravado del art. 189.3.a), el presente tipo no será aplicado⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ STS nº 592/2009, de 5 de junio, ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez. (VLEX-60295742), STS nº 107/2010, 16 de febrero, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo. (VLEX-215188867).

⁶⁵⁸ En este caso, el acusado solicitaba la supresión de la agravante c), del art. 189.3. Dándole la razón, el Tribunal se ha manifestado en el sentido de que “los hechos pueden subsumirse en el art. 189.3.a) en relación con el art. 189.3.a), pero no el b), pues como acertadamente dice el recurrente todos los actos de contenido sexual con menores de 13 años resultan especialmente o particularmente vejatorios (...). Consecuentemente, el motivo tiene que ser estimado parcialmente, suprimiendo esta agravación específica (la del número b), por estar inmersa en el tratamiento de

En nuestra opinión, el fundamento de esta agravación no reside sólo en la ejecución de la conducta de pornografía, sino en un “plus” adicional de vejación al que es sometido el menor, suponiendo una humillación gratuita e innecesaria. El Tribunal Supremo mantiene que “la agravación del art. 189.3 b), similar a la contenida en el art. 180.1.1 para las agresiones sexuales, nada tiene que ver con la vejación inherente al acceso carnal, el cual en sí mismo, tratándose de menores, podría considerarse como degradante o vejatorio, sino a la especial naturaleza de los hechos que acentúa esa connotación peyorativa y que han de ser ejecutados con la finalidad de ocasionar una especial sensación de humillación a la víctima. El trato degradante o vejatorio equivale a realizar acciones con el fin de humillar, deshonrar, hacer despreciar o envilecer a alguien afectado a su dignidad humana, siempre y cuando ese especial salvajismo o brutalidad refleje un grado tan llevado a perversión del sujeto que justifique la exasperación de la pena tan notable como la que establece el subtipo agravado del art. 189.3 (4 a 8 años prisión) en relación con el tipo básico, art. 189.1 (1 a 4 años prisión). Siendo así las penetraciones anales y vaginales, felaciones, cunnilingus, relaciones sexuales con varias personas e incluso lésbicas, realizadas por la menor, siendo como eran consentidas por ésta –no olvidemos con una edad muy próxima a la mayoría de edad y alcanzada ésta continuando sus encuentros sexuales con el acusado–, en modo alguno pueden ser consideradas degradantes o vejatorias, sino como una forma de ejercer la propia sexualidad admitida en el actual contexto socio-cultural.”⁶⁵⁹

La agravación requiere una especialidad, que exceda de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico con menores, que el tribunal debe explicar y sobre el que la Sala no puede sustituir al órgano de enjuiciar sin

menores de trece años”. STS nº 739/2008, de 12 de noviembre, ponente Julián Sánchez Melgar. (VLEX-51240018).

⁶⁵⁹ STS nº 803/2010, de 30 de septiembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-225701666).

lesionar las posibilidad de defensa del recurrente quien se vería imposibilitado de discutir la aplicación del derecho ante una instancia superior.”⁶⁶⁰

Finalmente, es preciso subrayar que si bien es cierto que los tribunales aplicaron tradicionalmente esta cualificación sólo a las hipótesis en las que el autor utilizaba directamente a la víctima, no es menos cierto que en la actualidad el Tribunal Supremo ha extendido su aplicación a los supuestos del art. 189.1.b) y 2 CP.

Como ejemplo de circunstancia que admite la aplicación de esta agravante, las imágenes de bestialismo, que rebajan al menor a la categoría de animal, la urolagnia o undinismo. La práctica sexual de niños con animales también es característica de una acción especialmente degradante⁶⁶¹.

Con relación a la utilización directa de la víctima, ha considerado la jurisprudencia que la proyección de las pautas precedentes al caso que ahora se enjuicia determina necesariamente la inaplicación del subtipo agravado de la utilización de menores de 13 años, puesto que el acusado se la limitado a poseer archivos pornográficos de menores de 13 años a sabiendas de que al mismo tiempo los estaba difundiendo a otros internautas. Pero en ningún caso consta prueba acreditativa de que haya utilizado a los menores de edad para elaborar el material ni tampoco consta que haya intervenido en su producción. Es más, ni siquiera se le imputan estas conductas concreta”⁶⁶².

⁶⁶⁰ *Ibidem*, STS nº 340/2010, de 16 de abril, ponente Luciano Varela Castro. (VLEX-21514707).

⁶⁶¹ STS nº 12/2015, de 20 de enero, ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón. (VLEX-554515218). *Vid* STS 1098/2010, de 13 de diciembre, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar. (VLEX-252334358).

⁶⁶² STS nº 340/2010, de 16 de abril, ponente Luciano Varela Castro (VLEX-215147407).

III. CUANDO LOS HECHOS REVISTAN ESPECIAL GRAVEDAD ATENDIENDO AL VALOR ECONÓMICO DEL MATERIAL PORNOGRÁFICO (ART. 189.3.c) CP)

La cualificación tercera del artículo 189.3 tipificada en la letra c) castiga con pena *de prisión de cinco a nueve años* a quienes se sirvan o utilizan los materiales pornográfico para obtener ventaja económica, haciendo de la pornografía infantil un negocio. Sobre ello, “la gravedad viene determinada en esta variante por el valor del material, no por la ganancia obtenida, pues puede haber sido requisado el alijo pornográfico antes de ser en todo o en parte distribuido. No establece el legislador pauta alguna para determinar ni la cuantificación ni el monto a partir del cual sería típica la agravación. Con remisión a la estafa agravada (...) se puede hablar de 50.000 € netos, reales (en caja) o posibles; este cálculo es el que se corresponde con un cálculo mediante empresarial que es el que corresponde a las estructuras ilegales en las que se mueve la este tipo de pornografía. De todos modos, sigue el legislador incumpliendo su obligación de precisar como constitucionalmente es obligado y, además, de todas las agravaciones esta es la más discutible.”⁶⁶³

Para BOLDOVA PASAMAR este supuesto tiene su fundamento en el hecho que “es más grave el desvalor del resultado, pues el valor económico del material pornográfico estará en relación directa con la existencia de cantidades de notoria importancia, lo que implica que en ellos se encuentran perpetrados un número proporcional de atentados contra la libertad o indemnidad sexuales de menores de edad o incapaces”. En este sentido, no existiendo previsión legal específica, los

⁶⁶³ QUERALT JIMÉNEZ, 2010, *op. cit.*, p. 256.

valores económicos del objeto del delito a partir de los cuales deberá apreciarse una especial gravedad deberá ser establecida por la jurisprudencia⁶⁶⁴.

Sin embargo, dicha previsión ha sido objeto de distintas críticas, basadas en el carácter indeterminado de su contenido. Entre ellos, sostiene MORALES PRATS que la misma “merece el rechazo político-criminal, tanto por su indeterminación (alude a hechos que revistan especial gravedad), como por su desconexión con el bien jurídico protegido, por cuanto el parámetro de referencia de la gravedad atiende al valor económico del material pornográfico; si lo que se pretende es agravar la responsabilidad penal por la contumacia de la conducta y el grado de profesionalidad y organización de los responsables, debe tenerse presente que estas componentes de incremento en el desvalor material de conducta, ya están contempladas en el tipo agravado previsto en la letra e) del art. 189.3, razón por la cual el tipo de agravado objeto de análisis atiende a una componente meramente económica desconecta con los intereses desprotegidos en el precepto”⁶⁶⁵.

En el mismo sentido crítico, CUGAT MAURI sostiene que “el mayor valor económico del material no tiene porqué corresponderse con la correlativa mayor gravedad de la conducta”⁶⁶⁶.

El Tribunal Supremo viene rechazando la aplicación de esta previsión en los casos en que no consta la estimación del valor económico de dichos materiales⁶⁶⁷, presentando algunos requisitos indispensables para la aplicación de

⁶⁶⁴ BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*.

⁶⁶⁵ MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1014.

⁶⁶⁶ CUGAT MAURI, 2009, *op. cit.*, p. 704.

⁶⁶⁷ En este sentido, la no aplicación ya ha sido justificada en el hecho de que 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.” STS nº 107/2010, 16 de febrero, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo. (VLEX-215188867). “Finalmente, tampoco es posible aplicar el subtipo agravado previsto en el art. 189.3.c) del Código Penal -cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico--, toda vez que no se ha practicado prueba alguna durante el acto del juicio encaminada a determinar el valor económico del material pornográfico intervenido y, en ausencia de dicha información, difícilmente podemos valorar la gravedad de los hechos (es un subtipo para penar los que se utilizan del material para lucrar a larga

la presente agravante. Inicialmente, es necesaria la determinación pericial del valor económico de los archivos, así como que ese importe tenga una relevancia económica trascendente, sin que la determinación de la cuantía de referencia pueda hacerse mediante la rígida aplicación de las pautas jurisprudenciales fijadas en relación con delitos de naturaleza patrimonial o contra la salud pública. En segundo lugar, debe haber constancia de un propósito lucrativo por parte del imputado, que ha de obtener, o estar en disposición de obtener, un provecho económico derivado de su cesión o intercambio⁶⁶⁸.

IV. CUANDO EL MATERIAL PORNOGRÁFICO REPRESENTA A NIÑOS O INCAPACES QUE SON VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FÍSICA O SEXUAL (ART. 189.3.d) CP)

La previsión contenida en este apartado debe ser interpretada o entendida como una circunstancia de exaltación de la violencia contra menores e incapaces. Por esa misma razón, no es necesario que dicha violencia sea real, bastando su representación, de forma que en los casos de violencia real habrá que apreciar un concurso de delitos – con agresiones sexuales, lesiones u otros⁶⁶⁹.

escala).” SAP Barcelona, nº 26/2010, de 8 de enero, ponente José Grau Gasso. (VLEX-206862031).

⁶⁶⁸ Vid STS nº 674/2010, de 5 de julio, ponente Manuel Marchena Gómez (VLEX-218421363).

⁶⁶⁹ BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, p. 558. Como ejemplo de violencia las violaciones. Vid SAP Valladolid nº 127/2014, de 19 de marzo, ponente Ángel Santiago Martínez García. (VLEX-508050542); ATS nº 398/2014, de 13 de marzo, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar. (VLEX-502209478).

Para MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, dicho precepto “responde a demandas doctrinales tendentes al castigo de conductas no directamente necesarias en la elaboración de pornografía infantil, pero frecuentemente relacionadas con la misma, como son las filmaciones o cintas de la denominada serie ‘*SNAF*’”⁶⁷⁰.

En relación con esta cuestión, abunda CARMONA SALGADO argumentando que dicha agravación se refiere alternativamente a dos clases de violencia diferente: “la primera, equivalente a fuerza material o maltrato de obra, y la segunda, coincidente con la naturaleza misma del acto o actos sexuales practicados, susceptibles de despertar un mayor grado de satisfacción de esta índole (actos sádicos, v. gr.)”⁶⁷¹.

De igual forma que en la circunstancia agravante de la letra b), cuya aplicación hasta poco tiempo era restricta a los casos de utilización directa de los menores, la aplicación de la cualificación en análisis en reciente decisión del Tribunal Supremo ha sido admitida para los casos de posesión y difusión de material pornográfico infantil⁶⁷².

⁶⁷⁰ MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1015.

⁶⁷¹ CARMONA SALGADO, 2005, *op. cit.*, p. 319.

⁶⁷² STS nº 12/2015, de 20 de enero, ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón. (VLEX-554515218). En este sentido, el verbo típico “represente” es compatible con la conducta básica del art. 189.1.b). Como ejemplo de violencia, imágenes o videos donde se observan menores atadas por el cuello y las manos practicando una felación a un adulto y después a un animal, así como prácticas sexuales de extrema violencia y sadomasoquistas.

V. CUANDO EL RESPONSABLE PERTENECIERE A UNA ORGANIZACIÓN O ASOCIACIÓN, INCLUSO DE CARÁCTER TRANSITORIO, QUE SE DEDICARE A LA REALIZACIÓN DE TALES ACTIVIDADES (ART. 189.3.e) CP)

El fundamento de esta agravación reside en el mayor desvalor y peligrosidad que tiene una conducta derivada del amparo de la criminalidad organizada, aunque de carácter transitorio⁶⁷³. Es decir, habría “una evidente mayor capacidad de comisión del delito y simultáneamente en una mayor capacidad de lesión del bien jurídico protegido, añadiendo especiales dificultades en orden tanto a la prevención como a la persecución del ilícito”⁶⁷⁴. Por todo ello, no debe ser confundida con la mera coautoría o coparticipación.

El subtipo agravado de organización será apreciado en los casos en que, para la realización de los delitos, los acusados se hayan aprovechado de redes estructuradas, “más o menos formalmente, en las que estuviesen integrados y en las que debe concurrir de ordinario una determinada jerarquía, un reparto de papeles y cierta vocación de continuidad”, quedando excluidos los supuestos de mera colaboración accidental u ocasional. En opinión del Tribunal Supremo, dicho precepto no debe ser aplicado a los casos del artículo 189.2 CP. Justifica el órgano que “el legislador, con vaguedad e imprecisiones, define la organización como un

⁶⁷³ “La caracterización de la misma, no establecida legalmente, ha sido efectuada por la doctrina y la jurisprudencia en torno a tres requisitos: a) se requiere que estemos ante una pluralidad de personas, requiriéndose como mínimo por lo general en la doctrina tres personas; si bien la jurisprudencia ha admitido incluso sólo dos; b) deben estar interrelacionadas entre sí mediante una cierta estructura organizativa; c) es precisa cierta permanencia, esto es, que el acuerdo que las una sea duradero y no meramente ocasional.” SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 34.

⁶⁷⁴ STS nº 1444/2004, de 10 de diciembre, ponente José Manuel Maza Martín. (VLEX-17480431). Completa el Tribunal argumentando que no es necesario el conocimiento personal y recíproco de todos los miembros del grupo.

conjunto de tres a más malhechores y les exige una mínima estructura y coordinación. Esto supone que el concepto de organización lleva implícito un pacto previo en el que se diseñan los modos o formas de actuación, la estructura jerárquica, el reparto de papeles y la continua o frecuente comunicación entre sus componentes. Atribuir todas estas condiciones a una persona que excitada por sus inclinaciones sexuales, actuado en la intimidad de su domicilio, se incorpora a la red y facilita o participa en lo que, en términos internautas se denomina chat supone una desmesura difícilmente aceptable por el derecho penal”⁶⁷⁵.

Sin embargo, los criterios utilizados en la determinación de este supuesto de agravante en los casos de los delitos cometidos a través de redes informáticas – como es el caso de los de pornografía infantil -, presentan algunas particularidades frente a su aplicación en otros delitos.

En este sentido, argumenta el Tribunal Supremo que “las nuevas hipótesis surgidas con motivo de la utilización de innovadoras tecnologías en la práctica de la fenomenología criminal, vienen a alterar también antiguos contenidos conceptuales que resultan desfasados desde una adecuada interpretación de la finalidad de la norma penal, sin perjuicio del obligado y estricto respeto a las exigencias del principio de legalidad”. Así, “cuando de conductas delictivas cometidas por varios partícipes a través de redes informáticas, como Internet, se trate, 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”.

En otras palabras, lo esencial en los 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

⁶⁷⁵ *Ibidem* STS nº 913/2006, de 20 de septiembre, ponente José Antonio Martín Pallín (VLEX-24316066).

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’⁶⁷⁶.

De esta forma, no se requiere “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”⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ En contra de esta visión: “Cabe admitir que los chats y espacios análogos representan la principal vía de encuentro entre los sujetos que intercambian material pornográfico infantil a través de Internet. No obstante, (...) no parece admisible que las webs y chats sean, más allá de sitios de acceso a determinados contenidos o meros puntos de encuentro en la Red, bandas grupos o redes de delinquentes con una estructura organizada que perfila un plan, diseña sus líneas de actuación e imparte órdenes o instrucciones a sus acólitos a fin de encaminar sus conductas a la consecución de los resultados y objetivos delictivos previamente diseñados por la “organización” (...) Así pues, entendemos que asimilar tales grupos de usuarios al concepto de “organización” constituye todo un despropósito. Naturalmente, ello sin perjuicio de admitir, (...) la existencia de bandas, grupos o redes de delincuencia organizada que operan o trafican en la Red, ya sea en el ámbito de la pornografía infantil o en cualesquiera otros ámbitos ilegales.” GUIADO MORENO, 2007, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁶⁷⁷ STS nº 1444/2004, de 10 de diciembre, ponente José Manuel Maza Martín. (VLEX-17480431). Los “chats” pueden ser un buen ejemplo de organización para fines de la agravante del art. 189.3.e) CP. *Vid* SAP Pontevedra nº 32/2013, de 12 de septiembre, ponente María Cristina Navares Villar. (VLEX-468630554).

VI. CUANDO EL RESPONSABLE SEA ASCENDIENTE, TUTOR, CURADOR, GUARDADOR, MAESTRO O CUALQUIER OTRA PERSONA ENCARGADA, DE HECHO O DE DERECHO, DEL MENOR O INCAPAZ (ART. 189.3.f) CP)

La agravación contenida en la letra f) del artículo 189.3 CP se fundamenta en la quiebra de la función de garante que relaciona al sujeto activo con el menor o incapaz. O por decirlo con otras palabras, este supuesto castiga más severamente a las “personas que tienen a su cargo la custodia del menor o incapaz, lo que conlleva el aumento exponencial de la peligrosidad para la indemnidad de las víctimas”⁶⁷⁸. Conforme con ello, el incumplimiento de sus deberes jurídicos específicos en la protección de los derechos de la víctima hace que el desvalor de la acción sea mayor⁶⁷⁹.

Es importante mencionar, finalmente, que el concepto de “responsable” puede intervenir tanto en concepto de autor, como de partícipe (cómplice), en cuyo caso a este último se le impondrá una pena inferior en grado⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ QUERALT JIMÉNEZ, 2010, *op. cit.*, p. 255. Para el Tribunal Supremo, en estos casos se produce “una situación de superioridad”, circunstancia que facilita la ejecución de actos libidinosos, que a su vez hace más reprochable la conducta. STS nº 84/2008, de 12 de febrero, ponente José Ramón Soriano Soriano. (VLEX-38466270).

⁶⁷⁹ “En este caso, el tipo agravado se sitúa en conexión directa con el bien jurídico protegido, identificándose un incremento de desvalor en la conducta, por tratarse de personas que precisamente deben velar por la preservación de una formación adecuada y del libre desarrollo del menor o incapaz.” MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, p. 1015.

⁶⁸⁰ Así, “no se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del art. 192.1, donde se recoge un aumento de pena para esta clase de sujetos activos de inferior magnitud”. BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, p. 540.

CAPÍTULO QUINTO

ITER CRIMINIS

I. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

La ejecución de un delito recorre un camino más o menos largo, que va desde el momento en que surge la decisión de cometerlo hasta la consecución de las metas pretendidas con su comisión, pasando las etapas de preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico. No obstante, no todas las fases tienen la misma relevancia desde el punto de vista penal⁶⁸¹.

En este sentido todo delito doloso consta de una fase interna y de otra fase externa, siendo que sólo resultará punible la segunda que, a su vez, está integrada por los *actos preparatorios* y los *actos ejecutivos*⁶⁸².

Los *actos preparatorios* están previstos en los arts. 17 y 18 CP:

“Artículo 17. 1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

⁶⁸¹ MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010, *op. cit.*, p. 411.

⁶⁸² ALASTUEY DOBÓN, Carmen, “Los grados de realización del delito”, en en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013, p. 172.

2. *La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.*

3. *La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley.*

Artículo 18.1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. *La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.”*

Conforme con ello, el Código Penal prevé como actos preparatorios punibles la *conspiración*, la *proposición* y la *provocación para delinquir*. La punición de dichas conductas se rige por el *principio de la legalidad*, de forma que las mismas sólo serán castigadas cuando haya previsión expresa en este sentido por parte del tipo penal en cuestión.

Los *actos ejecutivos* están previstos en los arts. 15 y 16 CP:

“Artículo 15. 1. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

2. *Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.*

Artículo 16.1. 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.

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 o falta. 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 o falta”.

Conforme con ello, el Código Penal establece que son punibles el *delito consumado* y la *tentativa de delito*, verificándose ésta última 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 que, sin embargo, no se cumple por causas independientes a la voluntad del autor⁶⁸³.

De esta forma, el derecho penal español sigue el sistema de incriminación general de la tentativa, lo cual supone que ésta es punible en relación con cualquier clase de delito⁶⁸⁴. Para que la tentativa sea contemplada, es necesaria la observancia de tres requisitos: a) el autor ha de haber realizado hechos exteriores que representen el comienzo de ejecución del tipo delictivo directamente, b) los hechos han de ser objetivamente adecuados para la producción del resultado y, c)

⁶⁸³ Así, la consumación consiste “en la realización de todos los elementos comprendidos en la figura del delito, que se plasma en la coincidencia total entre los hechos y el tipo delictivo. En lo material, por lo tanto, supone la efectiva lesión del bien jurídico o su puesta en peligro, según sea la clase de infracción”. QUINTERO OLIVARES, 2007, *op. cit.*, p. 604.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 587.

el nexo causal adecuado iniciado por el autor no ha debido desembocar en el resultado⁶⁸⁵.

El Código Penal, además, prevé una atenuación obligatoria de la penalidad de la tentativa respecto a la penalidad del delito consumado, prevista por el art. 62 CP, que establece que “*a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado*”.

A partir de todo lo expuesto, en lo que se relaciona con los delitos de pornografía infantil, debe concluirse, en primer lugar, que no cabe la sanción de los actos preparatorios, por faltar disposición expresa en este sentido por parte del art. 189 CP.

En segundo lugar, debe concluirse que todos los delitos tipificados en el art. 189 CP son susceptibles de ser cometidos en grado de tentativa⁶⁸⁶. En este sentido, en la mayoría de los casos cabría aceptar como regla general la tentativa inacabada, teniendo en cuenta que la tentativa acabada en gran parte de los supuestos resultaría en la consumación del delito.

Sobre esta cuestión, MORILLAS FERNÁNDEZ defiende asimismo la posibilidad de apreciar la tentativa inidónea, cuando la actuación del autor dirigida

⁶⁸⁵ CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, 2014, *op. cit.*, p. 135.

⁶⁸⁶ En opinión de *Boldova*, la tentativa incluye “los supuestos en los que el autor crea erróneamente que los utilizados son menores de edad o incapaces, porque así los aparentan, cuando en realidad han alcanzado ya la mayoría de edad o no sufren ninguna discapacidad”. BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, p. 535. No obstante, para un sector doctrinal, la tentativa en los casos de posesión para uso propio no debería ser contemplada, en virtud de la ausencia de peligro resultante de esta conducta. DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 163. En efecto, el castigo de la tentativa en los delitos de posesión de pornografía infantil suscitan críticas por buena parte de la doctrina, por ser poco apropiado para la finalidad protectora, “pues, si se trata de un supuesto de error (redireccionamiento involuntario), la punición no procede en ausencia de dolo, y, si verdaderamente se exterioriza una voluntad posesoria consciente, ello tan solo estaría revelando un posible elemento prodrómico de un trastorno sexual (al margen de supuestos de mera curiosidad), para el que la reprensión penal estricta resulta criminológicamente insatisfactoria, pues lo normal será que el sujeto la obtenga efectivamente y, en tal caso, el tipo devenga residual”. BOLAÑOS VÁSQUEZ; BOLDOVA PASAMAR; FUERTES IGLESIAS, 2014, *op. cit.*, pp. 45-46. *Vid* SAP Granada nº 283/2009, de 25 de mayo, ponente Pedro Ramos Almenara (VLEX-76289134).

a la realización de un tipo penal no se pueda alcanzar por razones fácticas o jurídicas⁶⁸⁷.

II. LA CONSUMACIÓN EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

La consumación ocurre cuando el sujeto lleva a cabo todos los actos ejecutivos y se realizan todos los elementos del tipo delictivo descrito en la Parte Especial del Código Penal. De esta forma, el concepto de consumación tiene un *carácter formal*, una vez que no requiere la lesión del bien jurídico protegido. Conforme con ello, existen delitos – como los de peligro - en los que se adelantan las barreras de represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de la lesión de un bien jurídico, de forma que en estos casos la consumación se da cuando se realicen los elementos del tipo⁶⁸⁸.

En los que se relaciona con la pena a los delitos consumados, el art. 61 CP dispone que “Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”.

Por lo que respecta al momento de la consumación de los delitos de pornografía infantil, bastará la verificación de que los actos sobre los menores

⁶⁸⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, 2010, *op. cit.*, pp. 384-385. El autor cita como ejemplo el supuesto de un individuo que realiza fotografías a menores mientras se acarician los genitales y, posteriormente, descubre que la cámara de fotos carece de carrete.

⁶⁸⁸ ALASTUEY DOBÓN, 2013, *op. cit.*, p. 187.

sean idóneos para causar la correspondiente lesión; es decir, “se considera causado el daño al menor simplemente con la realización de la conducta”⁶⁸⁹.

En este sentido, para que se produzca el resultado típico en los supuestos del art. 189.1.a), bastará la efectiva involucración del menor o incapaz en un contexto sexual, no siendo “necesario para la consumación del delito que cuando se utiliza al menor o incapaz con fines pornográficos o para elaborar pornografía se hayan concluido las tareas de elaboración o producción del material, ni tampoco que los menores o incapaces comprendan el significado sexual de la conducta del sujeto activo”⁶⁹⁰.

Es decir, este tipo es caracterizado por la jurisprudencia como una infracción tendencial, que se consuma “desde el inicio de los actos que tienen potencialidad corruptora, sin necesidad de una pluralidad de acciones, de la oposición o consentimiento del menor, o de que se trate de satisfacer los propios deseos lascivos o los de un tercero”⁶⁹¹.

Conforme con ello, la *utilización* se consuma a partir del momento en que la víctima empieza a formar parte del espectáculo o actividad pornográfica/exhibicionista; la producción/elaboración del material se consuma en el momento en que el sujeto activo empieza a desarrollar alguna de estas conductas; y la financiación se consuma a partir del momento en que el sujeto aporta los medios económicos o mismo materiales necesarios para que alguna de las conductas anteriores sean llevadas a cabo.

A su vez, el tipo de *distribución genérica* del art. 189.1.b) CP se consuma cuando la persona pone el material a disposición de terceros, de forma que éste

⁶⁸⁹ GUIASADO MORENO, 2007, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁹⁰ BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, p. 535. En el mismo sentido es la doctrina del Tribunal Supremo, que sostiene que para la consumación del delito puede ser suficiente la utilización del menor con la finalidad exhibicionista o pornográfica, con independencia de la reproducción gráfica que pueda obtenerse de los hechos en los que el menor ha sido utilizado. STS nº 1143/2011, de 28 de octubre, ponente Manuel Marchena Gómez (VLEX-335655414).

⁶⁹¹ FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Ana, “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”, en Luis Rodríguez Ramos (coordinador), *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2007, p. 478.

quede al alcance de cualquier usuario⁶⁹², o se realice cualquiera de los demás verbos típicos del artículo – ya abordados con anterioridad -, incluida la posesión para algunas de estas finalidades. En estos casos, se considera consumado el delito cuando el sujeto facilite el material pornográfico por la Red, aunque terceros no lleguen a tener acceso efectivo a los mismos.

Finalmente, el tipo de *posesión* se consuma con el efectivo almacenamiento del material por parte del sujeto activo, no siendo suficiente la mera visualización del mismo. Los casos de *pseudopornografía*, en cuanto a su consumación, siguen las mismas reglas de la pornografía real.

Otra de las cuestiones, asimismo, controvertidas que el estudio de los delitos de pornografía infantil va a plantear se refiere a los casos en los cuales una misma conducta haga referencia a una pluralidad de menores. Es decir, determinar el número de delitos cometidos cuando se verifique, sea en un espectáculo, sea en los materiales pornográficos producidos o distribuidos, la existencia de una pluralidad – dos o más - de menores víctimas.

En estos casos, la Fiscalía se ha decantado por apreciar “un concurso real de delitos”, teniendo por base dos argumentos fundamentales. En primer lugar, por defender “el carácter personalísimo del bien jurídico protegido en estas conductas, la indemnidad sexual, la libertad sexual, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, la dignidad del menor y, finalmente, el derecho que todo menor (o incapaz) tiene a no sufrir ningún tipo de explotación de carácter sexual”. En segundo lugar, justifica su posición en el hecho de que el “objeto material de este delito es la imagen del menor y no el soporte que la contenga”, de forma que el objeto material aumenta en función del número de menores en las imágenes difundidas. Así, en esta línea, en las conductas previstas en el art. 189.1.a) CP

⁶⁹² Sin embargo si antes de la consumación, “bien porque el sujeto es sorprendido y se le impide culminar su propósito, bien porque una vez lo ha conseguido se logra retirar el material sin que un sólo usuario haya tenido posibilidad de examinarlo, estaremos ante sendas tentativas, inacabada y acabada, respectivamente”. ORTS BERENGUER; ROIG TORRES, 2001, *op. cit.*

“existirán tantos delitos como sujetos pasivos menores o incapaces se hayan empleado”⁶⁹³.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, que sostiene que si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose se bienes jurídicos personalísimos, “existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados”⁶⁹⁴. Conforme con ello, BOLDOVA PASAMAR argumenta que apreciar “un único delito cuando existe una pluralidad de víctimas puede dar la impresión de que no protege personalmente al concreto menor o incapaz, sino sólo colectivamente”, lo que sería coherente únicamente “si afirmáramos que el bien jurídico protegido en este delito es la moral sexual colectiva”⁶⁹⁵.

Por el contrario, en el caso de los delitos tipificados en el artículo 189.1.b) y 189.2 del Código Penal, manifiesta la Fiscalía que los mismos tienen por objeto materiales finalizados y no a menores en concreto. De esta forma, no siendo el bien jurídico personalísimo - como ocurre en el apartado a) -, aunque haya una pluralidad de menores en el material distribuido, será apreciado un sólo delito. Es decir, teniendo en cuenta que los artículos 189.1.b) y 189.2 protegen bienes jurídicos abstractos - atacando el peligro inherente de las conductas que pueden fomentar prácticas pedófilas sobre menores concretos -, el objeto material del delito debe ser considerado un todo, independientemente del número de menores que aparezcan en él. La cuestión de la irrelevancia del origen del material también refuerza la idea de que el material no depende de los sujetos afectados⁶⁹⁶.

⁶⁹³ Fiscalía General del Estado, Consulta 3/2006, de 29 de noviembre de 2006. En el mismo documento, la Fiscalía también deja claro que “si las imágenes de carácter pornográfico fueron tomadas sin conocimiento del menor, la calificación jurídica dependerá, en ciertas hipótesis fácticas, de la resolución del concurso de normas entre el artículo 189.1.b) y el artículo 197 CP. En los supuestos en que se optara por la aplicación de este último tipo no habría duda en afirmar que por mor del bien jurídico protegido existirán tantos delitos del aludido artículo 197 como imágenes de menores, cuya intimidad se ha vulnerado, aparezcan”.

⁶⁹⁴ STS nº 6342/2009, de 2 de octubre, ponente Joaquín Giménez García (VLEX-71476250).

⁶⁹⁵ BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, p. 556.

⁶⁹⁶ El Tribunal Supremo también trata como un único delito la distribución o posesión del material que refleja una pluralidad de víctimas. *Vid* ATS nº 341/2013, de 7 de febrero, ponente Juan

CAPÍTULO SEXTO

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El art. 27 CP establece que “*Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices*”.

El tema relacionado con el estudio de la *autoría* y de la *participación* es indispensable para determinar qué persona o personas han cometido un determinado hecho, y en qué medida ha contribuido cada uno a su realización en la concreta forma en que se ha llevado a cabo. Esta diferenciación se hace indispensable, teniendo en cuenta que no todos los sujetos llevan a cabo necesariamente los mismos actos, por lo que la importancia de su conducta no es la misma. En este sentido, dicho análisis se llevará a cabo siempre a la luz de la efectiva comisión de un hecho delictivo y no de forma abstracta, de forma que la responsabilidad penal de cada individuo debe ser precisada y probada en el caso concreto⁶⁹⁷.

En este contexto, será considerado *autor* sólo la persona que realiza de manera directa la conducta, de forma que el delito aparece como su *propio hecho*. Junto al autor en sentido estricto, puede haber otras personas que colaboran con éste en la comisión delictiva, pero lo hacen de *forma indirecta*, por lo que en este caso el hecho típico aparece como algo *ajeno*. Es decir, en estos casos el sujeto no

Saavedra Ruiz (VLEX-428582066); STS nº 696/2008, de 29 de octubre, ponente Joaquín Giménez García (VLEX-50694045), STS nº 1299/2011, de 17 de noviembre, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro (VLEX- 342728206).

⁶⁹⁷ ORTOS BERENGUER; GONZÁLEZ CUSSAC, 2014, op. cit., pp. 281-282.

domina no controla la acción, contribuyendo de *forma accesorio*. Esta característica es lo que diferencia el *autor* del *partícipe*⁶⁹⁸.

Conforme con ello, la diferencia entre autor y partícipe se centra en criterios materiales, siendo independiente de la clase de responsabilidad criminal que la ley decida atribuirles. En este capítulo, abordaremos la autoría y participación en los delitos de pornografía infantil.

I. AUTORES

Según el art. 28 CP, 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 y b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”.

En este sentido, nuestra ley penal considera autor toda la persona que realiza directamente todo o parte del hecho delictivo, es decir, quien realiza algún acto ejecutivo descrito en la conducta típica respectiva. Conforme con ello, para determinar quién o quiénes son autores de un hecho concreto, debemos relacionar el concepto legal de autor del art. 28 CP con la respectiva conducta típica descrita en el artículo correspondiente⁶⁹⁹. Además, la autoría no está relacionada

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 282.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 285.

exclusivamente con el dolo del sujeto, de forma que serán autores los que actúen de forma dolosa o también de forma imprudente.

Analizando el contenido del citado art. 28 CP, es posible distinguir distintas clases de autoría. En primer lugar, podemos identificar la llamada *autoría única inmediata*, que se refiere a los casos de un único autor que realiza directamente el hecho delictivo. En esta hipótesis se encajan la mayoría de los hechos delictivos, no suscitando mayores dudas.

En segundo lugar, también será posible la hipótesis de *coautoría*, cuando dos o más personas, puestas de acuerdo, realizan de forma colectiva un determinado hecho, de forma que cada una de ellas lo ejecuta de forma parcial – colaborando con alguna aportación objetiva y causal –, aunque actuando en común en aras a la consecución del fin conjunto. En este sentido, no será necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común⁷⁰⁰.

Conforme con ello, la coautoría exige dos requisitos: uno objetivo – relacionado en la ejecución del hecho en conjunto – y uno subjetivo – relacionado con el acuerdo de voluntades entre todos los sujetos⁷⁰¹. Es decir, los coautores se organizan según el principio de la división del trabajo conforme a un plan común y con una interdependencia funcional de los distintos aportes. De esta forma, cada sujeto no es autor de su parte, sino del todo, por la imputación recíproca de los distintos actos funcionales realizados conformes al plan global⁷⁰².

Finalmente, una ulterior clasificación en torno a la autoría está relacionada con la *autoría mediata*. Esta hipótesis se encaja también en la previsión legal del

⁷⁰⁰ STS nº 738/2006, de 3 de julio, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarda (VLEX-24286181).

⁷⁰¹ STS nº 702/2006, de 3 de julio, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-24286883).

⁷⁰² PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “Autoría y Participación”, en José Miguel Zugaldía Espinar (Dir.), *Fundamentos de Derecho Penal*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 402.

art. 28 CP, que establece como autor quien realice el hecho “por medio de otro del que se sirven como instrumento”. En este sentido, el autor mediato será aquél que realiza una conducta utilizando a un tercero para cometer el hecho. Es decir, el tercero sirve de instrumento para la comisión del acto delictivo⁷⁰³.

Según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, lo que diferencia el autor del mero partícipe es el hecho de que el primer tiene el dominio del hecho delictivo⁷⁰⁴. En este sentido, según la *teoría del dominio del hecho*, el autor del delito “es quien domina el hecho, sin cuya presencia el resultado no se habría producido. El autor por tanto domina conscientemente la causalidad típica hasta el resultado”⁷⁰⁵. Por decir en otras palabras, el dominio del hecho es un criterio general de definición, de forma que domina el hecho, por ejemplo, quien tiene las riendas del hecho en la mano, quien es señor del mismo, quien lo lleva adelante con su autoridad, quien puede decidir o no realizarlo. Así, el dominio del hecho consiste en el poder de configurar y determinar el sí y el cómo de la realización del tipo – el hecho está en manos del autor -, mientras que subjetivamente el autor ha de tener conocimiento de las circunstancias objetivas que fundamentan su dominio sobre el hecho⁷⁰⁶.

En palabras del Tribunal Supremo, serán autores los que realicen una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. En este sentido,

⁷⁰³ STS nº 738/2001, de 28 de julio, ponente José Ramón Soriano Soriano (VLEX-15208579).

⁷⁰⁴ Dicha teoría es adoptada expresamente por el Tribunal Supremos para determinar la autoría. Vid STS nº 767/2007, de 3 de octubre, ponente José Ramón Soriano Soriano (VLEX-31969904), STS 913/2006, de 20 de septiembre, ponente José Antonio Martín Pallín (VLEX-24316066).

⁷⁰⁵ CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, 2014, *op. cit.*, p. 143.

⁷⁰⁶ PÉREZ ALONSO, 2010, *op. cit.*, p. 401.

cuando varios sujetos dominan en forma conjunta el hecho, todos ellos deben responder como coautores⁷⁰⁷.

Abundando en el tema, el citado Tribunal señala que el dominio del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho⁷⁰⁸.

Finalmente, en la determinación de la autoría también será indispensable tener en cuenta el tipo delictivo en análisis. De esta forma, cuando la descripción del mismo no establece ninguna característica determinada para ser autor material de la misma estaremos ante *delitos comunes*, que pueden ser realizados por cualquier persona humana. En este grupo se incluye la mayoría de los delitos, que son descritos de forma que cualquiera puede llevar a cabo la conducta típica, siendo el círculo de posibles autores ilimitado. Por el contrario, cuando la norma condiciona las personas que pueden ser autores materiales de la conducta típica – exigiendo determinadas características, sin las cuales el delito no podrá apreciarse –, estaremos ante *delitos especiales*⁷⁰⁹.

Abundando en el tema de los delitos especiales, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC señalan que la no apreciación de estos delitos puede ocurrir en virtud de tres razones principales. En primer lugar, por ser la conducta irrelevante cuando la realiza una persona no comprendida en la fórmula legal, por no poseer las características exigidas. En segundo lugar, porque la conducta tal como está descrita en la ley sólo podrá ser realizada por personas que posean ciertas cualidades o características. O, en tercer lugar, porque si la persona que lo realiza no posee los requisitos requeridos, se aplicará entonces otro delito diferente, con

⁷⁰⁷ STS nº 84/2010, de 18 de febrero, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-215143771).

⁷⁰⁸ STS nº 662/2009, de 5 de junio, ponente Carlos Granados Pérez (VLEX-76463123).

⁷⁰⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Delito de Acción”, en José Miguel Zugaldía Espinar (Dir.), *Fundamentos de Derecho Penal*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 231.

una pena distinta⁷¹⁰. De esta forma, como característica principal de los llamados delitos especiales, está el hecho de que los autores materiales pueden ser exclusivamente quienes reúnan las características o cualidades requeridas en la ley, lo que condiciona y restringe las clases de autoría en todos los tipos, sobretodo en los casos de autoría mediata y coautoría.

A partir de todo ello, en lo que se relaciona con los delitos de pornografía infantil, no caben dudas de que se trata de un *delito común*, en los que se considera *autor inmediato* todo aquél que realice alguna de las conductas típicas del art. 189 CP. En el caso del art. 189.1.a) CP, será todo aquél que *capte o utilice* a un menor tanto en espectáculos con fines pornográficos y exhibicionistas, como para producir material pornográfico. Este artículo, además, ha elevado a autoría el supuesto de financiación, que hasta entonces podría ser considerado un acto meramente preparatorio.

A su vez, en las hipótesis del art. 189.1.b) serán autores todos los que ejecuten alguna de las conductas típicas descritas, incluyendo la posesión para realizar cualquiera de aquéllos, castigando como auténtica forma de autoría, lo que conformaría un mero acto preparatorio, en ausencia de tal previsión legal expresa. Con relación al art. 189.2 y 7 CP, será autor aquel que posea o almacene el material pornográfico infantil para uso propio y elabore o difunda pseudopornografía, respectivamente.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante un delito común, es posible la coautoría en cualquier de los supuestos, desde que todos los sujetos tengan, como hemos visto, el dominio del hecho. En este sentido, la coautoría en los delitos de pornografía infantil será más frecuente en los casos en los que se verifique una asociación criminal para perpetrar los delitos. Es decir, en los casos en los que los sujetos se aprovechan de redes estructuradas en las que estuviesen integrados y en las que debe concurrir de ordinario una determinada jerarquía, un

⁷¹⁰ ORTS BERENGUER; GONZÁLEZ CUSSAC, 2014, *op. cit.*, p. 280.

reparto de papeles y cierta vocación de continuidad⁷¹¹. La autoría mediata también es posible, aunque insólito en la práctica.

Finalmente, en lo que se relaciona con la autoría de los delitos tipificados en el art. 189 CP, es necesario tener en cuenta que el legislador ha previsto una modalidad típica para cada etapa del desarrollo de las actividades exhibicionistas o pornográficas, abarcando desde el momento de la elaboración hasta la posterior venta o consumo del material. Así, siendo autónomas unas conductas respecto de otras, “para su apreciación no se exige la relación y participación entre quienes intervienen en una y otra fase, pues precisamente el delito se ha configurado de modo que ello no sea necesario”⁷¹².

La cooperación necesaria y la inducción, aunque equiparadas a la autoría a efectos penológicos por el art. 28 CP son, formalmente, hipótesis de participación que, juntamente con la complicidad, serán abordadas a continuación.

II. PARTICÍPES

Al contrario de lo que ocurre en los casos de autoría vistos anteriormente, son considerados partícipes aquellos sujetos que, aunque no realizan el hecho de forma directa - es decir, no ejecutan o realizan actos consumativos del mismo -, contribuyen, colaboran o ayudan a que el autor o autores lo realicen. De esta

⁷¹¹ STS nº 1444/2004, de 10 de diciembre, ponente José Manuel Maza Martín. (VLEX-17480431).

⁷¹² CUGAT MAURI, 2009, *op. cit.*, p. 708.

forma, la participación siempre será una conducta *accesoria y dependiente* de la conducta del autor, de forma que el hecho delictivo no aparece como propio sino como algo ajeno al partícipe⁷¹³.

En este sentido, la participación se compone de dos tipos de elementos: un *elemento objetivo* – en tanto que debe tratarse de una contribución efectiva al hecho principal – y de un *elemento subjetivo* – que se concreta, cuando menos, en el conocimiento de que está colaborando en la realización del delito que efectúa el autor⁷¹⁴. El requisito relacionado con el elemento subjetivo de querer ayudar a cometer el delito – es decir, el dolo -, resulta en la imposibilidad de que la participación sea imprudente⁷¹⁵.

La ley penal española admite tres clases de partícipes: cómplices, cooperadores necesarios e inductores. En este sentido, aunque las tres hipótesis sean consideradas formalmente clases de participación, la ley les atribuirá penalidades distintas, en función de la gravedad de la conducta.

En este sentido, como vimos en el apartado anterior, el Código Penal castiga a los inductores y cooperadores necesarios con la misma pena que los autores materiales, según la redacción del art. 28.2: “*serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”. Es decir, ambas las conductas son equiparadas a la autoría a efectos penológicos, aunque sean formalmente partícipes de un hecho ajeno⁷¹⁶.

A su vez, la responsabilidad de los cómplices está definida en el art. 29 CP, como “*los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”. En este sentido, como diferencia principal con la figura del autor estudiado anteriormente, el

⁷¹³ ORTS BERENGUER; GONZÁLEZ CUSSAC, 2014, *op. cit.*, p. 288.

⁷¹⁴ SÁNCHEZ LÁZARO, 2013, *op. cit.*, p. 163.

⁷¹⁵ PÉREZ ALONSO, 2010, *op. cit.*, p. 410.

⁷¹⁶ *Ibidem*, pp. 399-400.

cómplice no puede llegar al punto de incluir el acto ejecutivo típico, pues tal caso constituiría un supuesto de coejecución y la aportación ha de ser de alguna utilidad para el plan del autor⁷¹⁷.

Las dos primeras hipótesis – inducción o cooperación necesaria – merecen mayor castigo que los casos de complicidad, teniendo en cuenta que contribuyen al hecho principal de modo significativo y trascendental, por lo que el legislador ha optado por atribuirles la misma pena que el autor.

A nivel teórico, la *inducción* consiste en determinar, persuadir, influir o mover a otra persona para que realice un hecho criminal, haciendo nacer en otra persona la voluntad criminal que no tenía⁷¹⁸. Es decir, la inducción es una forma de participación en un delito ajeno, que consiste en suscitar en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible⁷¹⁹.

Para que una conducta sea considerada inducción, es necesario que se verifique algunos requisitos. Inicialmente, es indispensable una incitación abierta y directa ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito también determinado. Además, la incitación debe ser eficaz, o sea, suficiente para mover la voluntad de la persona inducida a la realización del hecho en correspondencia con la resolución provocada por el inductor. La incitación, también, debe ser anterior al hecho, debiendo el autor dar comienzo, por lo menos, a su ejecución. Finalmente, es necesario que se verifique el dolo tanto en relación con la inducción, como en relación con el delito a que se induce⁷²⁰.

A su vez, la *cooperación necesaria*, también castigada con la misma pena que la señalada a los autores, está relacionada con la colaboración sin la cual los autores no habrían podido ejecutar el hecho. Es decir, se trata de una aportación indispensable, conforme la dinámica objetiva del hecho siendo indispensable que

⁷¹⁷ QUINTERO OLIVARES, 2007, *op. cit.*, p. 631.

⁷¹⁸ ORTS BERENGUER; GONZÁLEZ CUSSAC, 2014, *op. cit.*, p. 289.

⁷¹⁹ STS nº 278/2014, de 2 de abril, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar (VLEX-511597154).

⁷²⁰ SÁNCHEZ LÁZARO, 2013, *op. cit.*, p. 163-164.

se verifique tanto un acuerdo de voluntades, como una contribución activa u omisiva, pero siempre eficaz y trascendente. Según PÉREZ ALONSO, el cooperador necesario es una figura intermedia entre la coautoría y la complicidad⁷²¹.

Finalmente, se considera *cómplice* el sujeto que presta una ayuda que no es esencial para el sí del hecho, teniendo una función prescindible o de fácil acceso o reemplazo, durante la fase preparatoria o ejecutiva, que facilita, intensifica o asegura la realización del hecho por parte del autor⁷²². Dicha complicidad puede surgir, además, de una omisión, en los casos en los que la pasividad de una persona se traduce en algo equiparable a la propia actividad⁷²³.

Por lo que respecta a las formas de participación en los delitos de pornografía infantil, cabe admitir la cooperación necesaria, en los casos en los que el sujeto actúa contribuyendo de forma indispensable para la consumación del delito. En las hipótesis del art. 189.1.a) CP es posible imaginar dicha figura, cuando el sujeto colabora, por ejemplo, en eventual aspecto técnico indispensable para la producción del material pornográfico, aunque no haya intervenido directamente sobre los menores.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid condenó a un sujeto en concepto de cooperador necesario, al ser responsable de captar a una menor de edad y llevarla a su estudio, en el que se producía material pornográfico⁷²⁴. Aquí también es posible admitir casos de complicidad por omisión, por ejemplo, cuando los menores son utilizados a sabiendas de sus responsables legales, que a su vez no hacen nada para impedir la comisión del delito⁷²⁵.

⁷²¹ PÉREZ ALONSO, 2010, *op. cit.*, p. 413.

⁷²² *Ibidem*, p. 414.

⁷²³ QUINTERO OLIVARES, 2007, *op. cit.*, p. 635.

⁷²⁴ *Vid* SAP Madrid nº 737/2008, de 14 de noviembre de 2008, ponente Miguel Hidalgo Abia (VLEX-53885773).

⁷²⁵ *Vid* STS nº 1538/2000, de 9 de octubre, ponente José Jiménez Villarejo (VLEX-51929770).

Además de la cooperación necesaria, cabe admitir en estos supuestos la complicidad, en los casos en que se auxilie al autor de la conducta principal, en actos que no sean necesarios para la realización de la misma, prestando un auxilio secundario, contribuyendo así a la consumación del tipo. Por ejemplo, se considerará cómplices todos los que elaboren los escenarios o vestuarios de los menores que protagonicen los espectáculos o el material pornográfico, así como la publicidad de los mismos.

Asimismo, es posible admitir la inducción, en los casos en que el sujeto es llevado a realizar alguna de las conductas descritas en el tipo.

Mayor duda genera, sin embargo, la apreciación de alguna modalidad de participación en los delitos del art. 189.1.b). Dicha afirmación se justifica, porque el tipo citado, al castigar la conducta “facilitar”, deja poco margen para apreciar cualquier hipótesis de participación, por englobar prácticamente todas las conductas relacionadas con el tráfico y distribución del material. Es decir, a través de la vía de facilitación “se sanciona como autores lo que para cualquier otro precepto penal tendría su correcta ubicación en la figura del cómplice”⁷²⁶.

La hipótesis de facilitación también excluye eventual aplicabilidad del art. 30 CP⁷²⁷ - que establece la responsabilidad en los delitos de cometidos a través de medios electrónicos -, teniendo en cuenta que el supuesto deja clara la intención

⁷²⁶ RODRÍGUEZ PADRÓN, 1999, *op. cit.*, p. 36. En el mismo sentido *Boldova Pasamar* sostiene con la conducta de facilitar “al tipo se le confiere un carácter totalizador, es decir, cualquier comportamiento relacionado con el favorecimiento del tráfico de pornografía infantil queda comprendido como autoría del delito, sin espacio para la participación.” BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*, p. 537.

⁷²⁷ El artículo 30 CP dispone: “1. En los delitos y faltas 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. 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”.

de castigar a todos los que participan del proceso relacionado con la distribución y el tráfico. Por ello, defiende GÓMEZ TOMILLO que ante la contradicción entre las normas de parte general y especial, “deben primar estas últimas, entre otras cosas, por el carácter excepcional del artículo 30 que requiere de una interpretación restrictiva⁷²⁸”.

Finalmente, como hemos manifestado con anterioridad, la tipificación de la conducta de posesión para el tráfico castiga como una auténtica forma de autoría un mero acto preparatorio, de forma que en estos casos no se aprecia una forma de participación.

⁷²⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de sistemas informáticos: especial referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la distribución de pornografía infantil”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 20, 2006, p. 177.

CAPÍTULO SÉPTIMO
DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE
PORNOGRAFÍA INFANTIL
(ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 192 Y 194 CP)

El Capítulo VI del Título VIII del Código Penal prevé algunas medidas comunes, que pueden ser aplicadas a los delitos de pornografía infantil⁷²⁹, como veremos a continuación.

- I. LA LIBERTAD VIGILADA Y LA INHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD O EJERCICIO DE PROFESIÓN (ART. 192.1 y 3 CP)

El art. 192 1 y 3 CP dispone que:

“1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad

⁷²⁹ De esta forma, las medidas siempre serán accesorias del tipo de pornografía infantil. Vid ATS nº 633/2012, de 8 de marzo, ponente Juan Saavendra Ruiz.

vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

(...)

3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad.”

El art. 192.1 CP prevé la aplicación de la medida de libertad vigilada⁷³⁰, con duración proporcional a la gravedad del delito, a ser ejecutada con posterioridad a la pena privativa de libertad. Se trata, en suma, de una nueva *modalidad post-penitenciaria*, que se adjunta al esquema de cumplimiento de la pena de prisión⁷³¹, aplicable a delincuentes patológicos con pronóstico de reincidencia⁷³².

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, que introduce dicha medida al Código Penal, justifica su adopción principalmente en los supuestos de especial gravedad, en los cuales el efecto rehabilitador de la pena se

⁷³⁰ Para un análisis completo de la medida de libertad vigilada, *vid* SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *La medida de libertad vigilada*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2013; SANZ MORÁN, Ángel José, “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en Francisco MUÑOZ CONDE (dir.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

⁷³¹ CÁMARA ARROYO, Sergio, “La libertad vigilada: de la ley penal del menor al ordenamiento penal de adultos”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2012, p. 83.

⁷³² CUGAT MAURI, 2010, *op. cit.*, p. 44.

ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia.

En este sentido, la opción inocuidadora que se traduciría en la prolongación ilimitada o indiscriminada de la privación de la libertad chocaría con principios elementales del Derecho Penal amparados constitucionalmente, de forma que para estos casos de especial gravedad es necesario la contemplación de otras soluciones que – sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario – permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros 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. Conforme con todo ello, la medida de libertad vigilada tendería no sólo a la *protección a las víctimas*, sino también a *la rehabilitación y la reinserción social del delincuente*.

Finalmente, la Exposición de Motivos señala que la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador sí lo haya previsto de manera expresa⁷³³.

Sobre el tema, BOLDOVA PASAMAR señala que la introducción de la libertad vigilada es coherente con la constante reforma del sistema de penas, y muy especialmente con la crisis permanente que acompaña a la pena de prisión desde su implantación como pena dirigida al tratamiento del penado, y no sólo a su custodia e inocuidación de la sociedad. Conforme con ello, la libertad vigilada se enlaza directamente con la discusión sobre la problemática de las penas

⁷³³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “Consideraciones Político-Criminales sobre la nueva medida de libertad vigilada”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, enero de 2012, pp. 190-191.

privativas de libertad de larga duración y las alternativas que se pueden barajar en torno a ellas, sobre todo cuando se muestran incapaces en numerosas ocasiones de alcanzar resultados satisfactorios derivados del tratamiento dirigido al penado. Como ventaja, la medida de libertad vigilada permitiría, además de facilitar la resocialización, mantener el sujeto considerado peligroso bajo cierto control, de modo a prevenir la reincidencia⁷³⁴.

En sentido un sentido crítico, algunos autores sostienen que la libertad vigilada se inscribe en el contexto del *nuevo Derecho penal*, que ha puesto de relieve la apertura de una brecha en las garantías inherentes al clásico Derecho penal del Estado democrático, bajo la coartada de combatir al enemigo con todas las armas⁷³⁵. En este sentido, la inclusión de la libertad vigilada como medida de seguridad de ejecución posterior al cumplimiento completo de la pena privativa de libertad, además de romper con el sistema de consecuencias jurídicas del delito establecido por el CP de 1995, admite en Derecho penal español un tratamiento diferenciado de respuesta social para delincuentes sexuales, considerándoles *delincuentes de “estado”* a los que se les abre directamente la puerta a los postulados del *derecho penal del enemigo*. Conforme con ello, el punto de partida es una presunción de peligrosidad futura y el fracaso de la función resocializadora y rehabilitadora de la pena y del tratamiento penitenciario, que justifica la imposición de una medida coactiva (revestida como medida de seguridad) tras el cumplimiento total de la pena privativa de libertad proporcional al hecho cometido⁷³⁶.

Dicha previsión para los delitos de pornografía infantil “responde a la convicción de que, con frecuencia, sus autores, sin padecer una patología que

⁷³⁴ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada”, en *Derecho Penal Mínimo*, nº 2, enero de 2010, pp. 84-85.

⁷³⁵ GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Reflexiones sobre el fundamento de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, en Rafael Rebollo Vargas (Coord.), *La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad*, Barcelona, Bosch, 2013, p. 147.

⁷³⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del Derecho Penal del enemigo por la LO 5/2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, mayo de 2011, p. 111.

elimine su imputabilidad, presentan una peligrosidad que no puede ser abordada sólo mediante la pena”⁷³⁷. Además, dicha medida también es justificada para “garantizar la seguridad de la víctima y de conseguir su recuperación tras los hechos de los que ha sido víctima”⁷³⁸. El elemento peligrosidad que conforma el contenido de la libertad vigilada es bastante criticable, una vez que tiene íntima relación con el derecho penal de autor⁷³⁹.

Según el art. 192 CP, la medida tendrá carácter *obligatorio* o *facultativo* en función de la gravedad de los hechos, la posesión de antecedentes y el pronóstico de peligrosidad⁷⁴⁰. Conforme con ello, como regla general, la medida será obligatoria en sentencia en todos los casos de pena de prisión, siendo facultativa a los delincuentes primarios, siempre que el delito sea menos grave, “lo que obligará en caso de su imposición a una motivación reforzada en base a la prognosis que se tenga”⁷⁴¹. Esta distinción se basa probablemente en la consideración de que “los delincuentes sexuales con antecedentes penales y los que cumplen condena por más de un delito sexual” los que tienen más probabilidad de reincidir, la que explica la previsión de dos regímenes distintos⁷⁴².

Concretamente, la medida de libertad vigilada aparece recogida en el art. 96.3 CP, como una *medida de seguridad no privativa de libertad* – en la justicia de menores es considerada como una medida sancionadora-educativa –, comportando el sometimiento del condenado a un control judicial que se

⁷³⁷ CUGAT MAURI, 2010, *op. cit.*, p. 245.

⁷³⁸ Vid SAP Madrid nº 102/2013, de 25 de octubre, ponente Lourdes Casado López. (VLEX-495762818).

⁷³⁹ Vid JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia, “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, *RDPC*, nº 7, enero de 2012.

⁷⁴⁰ CUGAT MAURI, 2009, *op. cit.*, p. 719.

⁷⁴¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1117. Vid SAP Madrid nº 96/2012, de 8 de marzo, ponente María del Pilar Rasillo López.

⁷⁴² NAVARRO FRÍAS, Irene, “Psicopatía y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y la libertad vigilada tras la última reforma del Código penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 105, diciembre de 2011, p. 129.

materializa a través del cumplimiento de determinadas obligaciones previstas en el art. 106 CP⁷⁴³:

“1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

⁷⁴³ TORRES ROSELL, Nuria, “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: contenido e implicaciones político criminales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, p.11.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.”

Conforme el citado artículo, la libertad vigilada comprende una serie de posibles medidas para los condenados, de entre las está la obligación de siempre estar localizable – mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente -, la obligación de presentarse periódicamente en un lugar establecido, la de comunicar un cambio de residencia, la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización, a prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o sus familiares⁷⁴⁴, la prohibición de acudir o residir en determinados lugares o territorios, la prohibición de desempeñar determinadas actividades, la obligación de participar en programas formativos o educativos y la de seguir tratamiento o someterse a control médico externo periódico⁷⁴⁵.

En lo que se refiere a su aplicación, la libertad vigilada debe ser establecida en sentencia junto a la pena privativa de prisión – no siendo, por lo tanto, alternativa a ésta -, de forma que será ejecutada siempre con posterioridad a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función del pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca el momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ Vid SAP Sevilla nº 194/2013, de 22 de abril, ponente Juan Antonio Calle Peña. (VLEX-452647058).

⁷⁴⁵ Vid SAP Baleares nº 8/2012, de 28 de febrero, ponente Rocío Nobelda Martín Hernández (VLEX-363046446).

⁷⁴⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 2012, op. cit., p. 192.

Esta cuestión puede generar algunos interrogantes desde el punto de vista penal, una vez que, en estos casos, el ordenamiento permite sancionar a una persona plenamente responsable que ha extinguido su responsabilidad penal – por el cumplimiento de la pena establecida. En este sentido, VÁZQUEZ GONZÁLEZ se muestra favorable a que un sujeto que ha extinguido su responsabilidad penal por haber cumplido su condena se le pueda imponer una medida de seguridad como la libertad vigilada, cuando no muestre un pronóstico favorable a su reinserción social y continúe presentando una elevada probabilidad de reincidir en su conducta delictiva. Dicho punto de vista descansa en el distinto fundamento de las penas y las medidas de seguridad, que hacen compatibles la imposición conjunta de las mismas, aunque el sistema penal español, tradicionalmente hubiera circunscrito la imposición de penas a los sujetos imputables y la de medidas de seguridad a los inimputables o semiinimputables⁷⁴⁷.

En lo que se relaciona con los delitos de pornografía infantil, es interesante referir que, dentro de la libertad vigilada, algunos Tribunales ya han incluido la posibilidad de prohibirse al autor de contratar servicios con cualquier proveedor de Internet, con el fin de impedir que los mismos vuelvan a delinquir con material pornográfico infantil en la Red⁷⁴⁸.

El artículo 192, además de la libertad vigilada, prevé en su apartado 2, la posibilidad de otras dos medidas: *la prohibición de ejercicio de profesión y la privación de la patria potestad, tutela, curatela o guarda*.

En relación con la primera, la prohibición de ejercicio de profesión está prevista expresamente por el art. 107 CP, que establece que el “*Juez o Tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por*

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 195.

⁷⁴⁸ *Vid* STS nº 138/2009, de 25 de marzo, ponente José Manuel Clemente Fernández-Prieto González. (VLEX 60297356), en la que el Tribunal impone dicha medida en un supuesto de posesión de pornografía para uso propio. En el mismo sentido, SAP Asturias nº 435/2007, de 28 de noviembre, ponente José María Álvarez Seijo (VLEX-36204100).

un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20”.

Dicha medida - expresamente prevista por el art. 5.3 del Convenio de Lanzarote, ratificado por España - tiene un carácter preventivo fundamental, una vez que busca evitar justamente que un condenado por pornografía infantil pueda aprovecharse de su profesión para volver a delinquir en el mismo delito, siempre que se verifique una relación directa de este delito con la profesión del condenado⁷⁴⁹. Por ello, para el Tribunal Supremo es indispensable que dicha relación/influencia entre la profesión/cargo del sujeto con la comisión del delito se quede demostrada en sentencia, so pena de inaplicabilidad de la medida⁷⁵⁰. Esta medida, conforme disposición legal expresa, tendrá duración de seis meses a seis años.

Sobre la necesidad de que se verifique una relación personal entre el autor y la víctima protagonista del material pornográfico, como requisito para la aplicación de la citada inhabilitación, la jurisprudencia no es unánime.

De esta forma, el Tribunal Supremo, en decisión de 2009, exigía para la aplicación de la misma una determinada relación personal con las víctimas, lo que implicaría un mayor desvalor de la conducta criminal⁷⁵¹. Sin embargo, en una decisión del año de 2015, el mismo Tribunal aplicó la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o profesión relacionados con menores de edad a un

⁷⁴⁹ En este sentido, “su imposición está justificada ante delitos que ponen de manifiesto un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.” DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁵⁰ STS nº 982/2007, de 7 de noviembre, ponente José Ramón Soriano Soriano (VLEX-35762418).

⁷⁵¹ En este sentido, véase STS 1075/2009, de 09 de octubre, ponente Carlos Granados Pérez. En este supuesto el Tribunal Supremo se negó a aplicar la inhabilitación para ejercicio de profesión a un profesor condenado por poseer pornografía infantil, una vez que las víctimas no eran menores a su cargo.

individuo que desempeñaba la profesión de profesor de gimnasia. En esta ocasión, se ha justificado la aplicación de la medida en el hecho de que, “dado que el delito se refiere a la posesión de material pornográfico infantil, resulta correcta la pena de inhabilitación impuesta al tratarse de un hecho delictivo vinculado a la infancia y a la actividad profesional que el recurrente realizaba en dicho ámbito”⁷⁵².

La segunda medida prevista por el art. 192 CP - *privación de la patria potestad, tutela, curatela o guarda* – también tiene un carácter preventivo, teniendo en cuenta que su finalidad principal radica en la necesidad de que un menor de edad vea protegido su desarrollo personal ante un deficiente ejercicio de los deberes de educación de quien es responsable del mismo⁷⁵³.

La citada medida viene regulada por el art. 46 CP, que establece que “*La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas*”.

⁷⁵² ATS nº 3/2015, de 15 de enero, ponente Manuel Marchena Gómez.

⁷⁵³ Vid RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga, “Privación de la patria potestad y proceso penal”, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2007. Vid SAP Guipuzcoa nº 1110/2010, de 16 de enero, ponente Izaskun Nazara Lacambra, en la que el Tribunal ha aplicado la privación de la patria potestad, reconociendo que la orientación sexual de un padre estaba afectando de forma significativa al menor; SAP Salamanca nº 2/2014, de 4 de marzo, ponente Juan Jacinto García Pérez. (VLEX-505653162).

Sobre la medida, señala el Tribunal Supremo que “la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no es una consecuencia jurídica automática tras la subsunción de los hechos en el tipo penal de los delitos contra la libertad sexual”, siendo una “facultad sujeta a la razonabilidad de su decisión”, por lo que el artículo exige la motivación de la decisión⁷⁵⁴. Conforme con ello, los efectos de dicha inhabilitación suponen no sólo la extinción de la patria potestad, tutela, curatela, etc., sino además la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante la condena⁷⁵⁵.

Es importante referir que una vez decretada la medida, subsisten los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado⁷⁵⁶. Y es que, en sentido estricto, los deberes de asistencia y alimentación que permanecen inalterados no se vinculan a la patria potestad, sino a la propia filiación. En este sentido, sostiene DOMÍNGUEZ IZQUIERDO que, en rigor, sólo deberían subsistir los derechos de índole patrimonial, esto es, de aportación de lo necesario para su subsistencia y formación integral, teniendo en cuenta que el progenitor que pierde por sentencia condenatoria la patria potestad perderá el derecho de guarda, la facultad de decidir su lugar de residencia y su educación, la de administrar sus bienes y representarlo, y cualquier otro derecho que forme parte de la potestad, dado que no se ha contemplado, a diferencia de la regulación civil, una privación parcial o que solo implique la restricción sobre parte del contenido integrante de la patria potestad⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ Vid STS nº 1767/2000, de 7 de noviembre, ponente Andrés Martínez Arrieta. (VLEX-15200061). Como motivación puede estar la gravedad del delito, así como su repercusión en el ejercicio de la patria potestad y en las necesidades afectivas y educacionales del menor. En el mismo sentido STS nº 4475/2001, de 9 de abril, ponente José Aparicio Calvo Rubio. (VLEX-15208034).

⁷⁵⁵ MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio, *Comentarios al Código Penal: artículos 1 a 137*, Barcelona, Editorial Vlex, 2013, p. 130.

⁷⁵⁶ ORTS BERENGUER; GONZÁLEZ CUSSAC, 2014, *op. cit.*, p. 438.

⁷⁵⁷ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, “Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 112, mayo de 2014, pp. 183-185.

Finalmente, la inhabilitación o privación de la patria potestad, sin embargo, no tiene un carácter definitivo, lo que habría contrariado las posibilidades de recuperación previstas en el art. 170 CC⁷⁵⁸.

II. CLAUSURA DE LOCALES (ART. 194 CP)

El art. 194 CP dispone que *“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”*.

De esta forma, el citado artículo prevé la posibilidad de clausura temporal o definitiva de los locales o establecimientos abiertos o no al público, donde se realicen las conductas previstas en el art. 189.1.a) CP. La citada clausura podrá ser adoptada con carácter cautelar y, cuando temporal, no podrá exceder de cinco años.

El fundamento de dicha medida resulta evidente, una vez que busca evitar futuras acciones delictivas, mediante la clausura del lugar a través del cual desarrolla su actividad. De esta forma, en función de los concretos hechos investigados, la medida puede recaer tanto sobre todos como sobre sólo parte de

⁷⁵⁸ CUGAT MAURI, 2010, *op. cit.*, p. 45.

los locales o establecimientos – cuando el sujeto activo del delito posea más de uno -, en función de la oportunidad y necesidad⁷⁵⁹.

Dicha medida puede ser considerada de carácter “ejemplarizante” que se estima indispensable para asegurar que en el futuro, tanto los acusados como otras personas dedicadas a los negocios relacionados con espectáculos pornográficos infantiles, presten especial cuidado y empeñen todo el celo en evitar la prostitución de personas menores de edad⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ NÚÑEZ VELASCO, Eloy, “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente”, *La ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 125.

⁷⁶⁰ *Vid* STS nº 76/2007, de 30 de enero, ponente Francisco Monterde Ferrer. (VLEX-27819240).

CAPÍTULO OCTAVO

PROBLEMAS CONCURSALES

El estudio del concurso de delitos se ocupa de los casos en los que el comportamiento de un sujeto puede enjuiciarse como la realización de varias infracciones penales. En este sentido, será considerado como *concurso ideal* cuando un solo hecho puede calificarse como distintos delitos – es decir, hay la infracción de diversas normas penales mediante una única acción - y como *concurso real* cuando varios hechos con entidad propia dan lugar a los correspondientes delitos – o sea, hay infracción de distintas normas penales mediante varias acciones.

La distinción entre concurso real o ideal debe ser buscada en el art. 77 CP:

“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”

Conforme el citado artículo, la ley penal prevé una excepción en torno al régimen dispuesto en los artículos precedentes, cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones.

En la interpretación del término “hecho”, pueden ser identificadas dos corrientes en la doctrina. La doctrina mayoritaria lo interpreta como sinónimo de “acción”, rechazando el criterio de la unidad o pluralidad de resultados. Sin embargo, para otro sector, el significado del término “hecho” debe ser interpretado no en un sentido puramente jurídico como “hecho típico”, sino abarcando la totalidad del sustrato de la valoración típica, constituido por la acción más el resultado⁷⁶¹.

Asimismo, dentro del concurso de delitos se analiza el concurso de leyes penales, cuya característica esencial reside en que la conducta de un sujeto realiza los requisitos típicos de varias figuras delictivas, de las que finalmente solo se aplica una, porque ya es suficiente para captar el total contenido de injusto y de culpabilidad⁷⁶².

En palabras del Tribunal Supremo, “la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos”⁷⁶³.

A continuación, abordaremos algunos problemas concursales que pueden suscitar los delitos de pornografía infantil tipificados en el artículo 189 del CP⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ ORTS BERENQUER; GONZÁLEZ CUSSAC, 2014, *op. cit.*, p. 151.

⁷⁶² ESCUCHURI AISA, Estrella, “El concurso de leyes y de delitos”, en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013, pp. 315-316.

⁷⁶³ STS nº 430/2009, de 29 de abril, ponente Francisco Monterde Ferrer (VLEX-60284684).

⁷⁶⁴ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999 ha reconocido 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”.

I. EL CONCURSO ENTRE LOS DELITOS DE PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL

En aquellos supuestos en que además de realizarse la conducta de producción (art. 189.1.a) CP), se distribuya posteriormente el material pornográfico infantil (art. 189.1.b) CP), por el mismo individuo, la jurisprudencia ha adoptado dos soluciones al respecto.

De un lado, una primera posición viene representada por la Audiencia Provincial de Madrid, argumentando que “en los supuestos en los que una misma persona utilice a los menores para elaborar material pornográfico y posteriormente sea el mismo sujeto el que los distribuya entre terceras personas, no existiría ningún obstáculo para castigar ambas infracciones por separado”.

Esta argumentación se justificaría por el hecho de que “la lesión al menor es diferente en uno y otro caso y en consecuencia han de castigarse como un concurso real de delitos, sin que haya de entenderse que la conducta descrita en el apartado b) quede subsumida en el apartado a) del artículo 189 CP, pues en la segunda de las infracciones además de ser distinto el bien jurídico protegido es diferente también el ánimo que guía al sujeto, que no es directamente el satisfacer sus deseos sexuales, sino el obtener un beneficio del tipo que sea con la posterior distribución, difusión o venta, siendo este tipo delictivo un delito de mera actividad a diferencia del descrito en el apartado a) en el que existe una lesión directa al menor utilizado para elaborar el material pornográfico”⁷⁶⁵.

De otro lado, una segunda posición está representada por el Tribunal Supremo en el sentido contrario, argumentando que “el delito de difusión de

⁷⁶⁵ SAP Madrid nº 99/2008, de 09 de julio, ponente María Riera Ocáriz. (VLEX-42933704).

material pornográfico con menores carece de autonomía penal propia cuando quien efectúa aquélla es el mismo que lo elaboró empleando a menores”⁷⁶⁶. Dicho posicionamiento se respalda en el hecho de que con independencia de la doble acción de elaboración y difusión por la misma persona pueda tenerse en cuenta a la hora de individualizar la pena, las mismas no pueden ser castigadas doblemente, “dado que la difusión en este contexto vendría a ser el agotamiento del delito porque se elabora para difundir o – en su caso - para la exclusiva conservación y visionado”⁷⁶⁷. De este modo, la aplicación del párrafo b) sólo tendría autonomía cuando el distribuidor no es el que ha elaborado el material, lo que también ocurre con el delito de mera posesión para uso propio.

II. LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA Y LOS ABUSOS O AGRESIONES SEXUALES

La utilización de menores en espectáculos o para la creación de material pornográfico, tipificadas en del artículo 189.1.a), pueden conllevar – pero no siempre – la comisión de otros delitos, constitutivos de abusos o agresión

⁷⁶⁶ “Cuando en casos como el presente se da la identidad en el sujeto activo, solo cabe la sanción por el párrafo 1º del art. 189-1º, pues en el bien jurídico que protege el tipo ya tiene acogida el párrafo b), y por ello la respuesta penal cubre todo el campo de la antijuridicidad y culpabilidad.” STS nº 6342/2009, de 2 de octubre, ponente Joaquín Giménez García. (VLEX- 71476250).

⁷⁶⁷ En el mismo sentido, “quien ha realizado la pornografía infantil, si luego la distribuye, no es castigado por este delito, dado que la difusión constituye el agotamiento del delito inicial.” QUERALT JIMÉNEZ, 2010, *op. cit.*, p. 254.

sexuales, en cuyo caso, la cuestión deberá resolverse aplicando la solución concursal⁷⁶⁸.

En este sentido, el concurso ideal parece el más adecuado, teniendo en cuenta que en estos casos se cumplen los dos requisitos previstos en el art. 77 CP: la unidad de hecho y la pluralidad de infracciones. Conforme con ello, el concurso será necesario para abarcar de forma exhaustiva el desvalor jurídico-penal del hecho⁷⁶⁹, una vez que en el citado supuesto habrá una pluralidad de infracciones (pornografía y abuso o agresión sexual).

Sobre esta cuestión, la Fiscalía General del Estado⁷⁷⁰ ya se ha pronunciado al afirmar que “la aplicación de las disposiciones del concurso de delitos y no de leyes se justifica por la necesidad de aplicar simultáneamente los dos tipos para abarcar la total antijuridicidad de las acciones cometidas”. De este modo, “cuando la escena filmada o fotografiada consista en relaciones sexuales del menor con terceros, cuando la víctima sea menor de trece años o se haya empleado violencia, intimidación o los medios típicos del abuso, además del tipo del 189.1 a) devendrá aplicable el de agresión o abuso tanto para la persona que protagoniza la escena con el menor como para terceros que intervengan en la elaboración del material y que puedan considerarse inductores, cooperadores necesarios o cómplices”.

Sin embargo, el concurso de delitos no sería aplicado cuando el sujeto pasivo es mayor de trece años y decide libremente mantener relaciones sexuales con el autor adulto.

⁷⁶⁸ En este sentido sostiene *Flores Rodríguez* sostiene que si “además, se realizan actos de contenido sexual, cabrá también plantear un concurso de delitos con el de abuso o agresión sexual. De igual forma, si se utiliza violencia o intimidación se planteará un concurso de delitos con el de agresiones sexuales propiamente dichas”. FLORES RODRÍGUEZ, 2012, *op. cit.*, p. 172.

⁷⁶⁹ ESCUCHURI AISA, 2013, *op. cit.*, p. 325.

⁷⁷⁰ “Por tanto, en la elaboración del material pornográfico, cuando la escena filmada o fotografiada consista en relaciones sexuales del menor con terceros, cuando la víctima sea menor de trece años o se haya empleado violencia, intimidación o los medios típicos del abuso, además del tipo del 189.1 a) devendrá aplicable el de agresión o abuso tanto para la persona que protagoniza la escena con el menor como para terceros que intervengan en la elaboración del material y que puedan considerarse inductores, cooperadores necesarios o cómplices.” Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

III. LOS DELITOS DE POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA Y PSEUDOPORNOGRAFÍA Y LA LESIÓN DE LA IMAGEN Y LA INTIMIDAD DE LA VÍCTIMA (ART. 197 CP)

El artículo 197 CP dispone que:

“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 cualesquiera otros 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.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de

quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas 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 descrita en el párrafo anterior.

5. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

6. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior. 7. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años. 8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”.

Como hemos mencionado con anterioridad, la doctrina crítica sostiene que algunas de las conductas presentes en el artículo 189 CP podrían ser debidamente castigadas a través del artículo 197 del Código Penal. Eso es así, porque dicha previsión legal busca proteger justamente la intimidad e imagen de los individuos, cuando éstas son captadas de manera oculta – o sea, sin que la víctima perciba dicha situación - y, por ello, sería suficiente para tutelar los supuestos de captación hechas de esta forma y también los casos de posesión de material pornográfico. Esta interpretación estaría, además, acorde con la naturaleza del delito recogido en el citado artículo, que busca justamente la protección de la intimidad – derecho relacionado con la dignidad de la persona -, que implica la existencia de un ámbito propio reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana⁷⁷¹.

La aplicación del art. 197 CP se ha planteado especialmente a los supuestos de distribución de pornografía infantil cuando los mismos todavía no habían sido introducidos en la ley penal, estando en el origen de la modificación operada por la reforma del Código Penal de 1999, que introdujo el citado tipo en el Código Penal. Conforme con ello, se defendía que la incriminación de la distribución podía realizarse a través de los tipos protectores de la intimidad, aunque tal alternativa se rechazó al considerarse que la *conditio sine qua non* para aplicarlos era la de que hubiera una previa filmación o captación subrepticia de imágenes pornográficas con menores. Por contra, se entendía que si la captación no era subrepticia, los hechos no podían calificarse conforme al art. 197.1 CP y consiguientemente tampoco podían ser calificados para los distribuidores conforme al 197.3 y 197.5 CP. También se consideraba que los tipos del art. 197

⁷⁷¹ SAP Madrid 282/2010, de 26 de marzo, ponente Ana Rosa Nuñez Galán (VLEX-220202839).

CP exigían un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo, derivado del inciso “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”⁷⁷².

En lo que se relaciona con la aplicabilidad del art. 197 CP en la actualidad, MORALES PRATS explicita los distintos supuestos que pueden ocurrir.

Inicialmente, en el caso de filmación de imágenes o escenas pornográficas, en la que el menor ha advertido que es objeto de grabación, la conducta quedaría incriminada a través del art. 189.1.a) del Código Penal. Es decir, la conducta quedaría subsumida en el supuesto de producción de pornografía infantil, como hemos visto con detalle en apartados anteriores. Sin embargo, en el caso de que las mismas conductas sean llevadas a cabo de manera subrepticia – o sea, clandestina -, por medio de artificios técnicos, de modo que el menor no advierte que es objeto de filmación o grabación, la conducta quedaría incriminada en el art. 197.1 CP, teniendo en cuenta que el bien jurídico afectado en este caso sería su imagen y privacidad⁷⁷³ y no más la indemnidad sexual.

En este mismo sentido es el entendimiento de la Fiscalía General del Estado, que argumenta que en los supuestos en los que la operación de captación de la imagen se hubiera llevado a cabo de manera subrepticia, el bien jurídico lesionado no sería otro que la intimidad y la propia imagen del menor, por lo que la conducta habría de calificarse conforme al art. 197.1 CP. La indemnidad sexual, en este contexto, no quedaría perturbada, una vez que este bien jurídico protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su dimensión de derecho a un adecuado proceso de aprendizaje en libertad del comportamiento sexual, en relación con personas que por razón de edad o de incapacidad no han culminado su proceso de maduración. Conforme con ello, si para captar la imagen se opera

⁷⁷² Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

⁷⁷³ MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, 2004, *op. cit.*, pp. 1010-1011.

subrepticamente, ninguna interferencia en ese proceso de aprendizaje se genera⁷⁷⁴.

Sin embargo, se aplicará la solución concursal de los arts. 189.1.b) y 197.3 CP a los casos de tráfico y difusión de imágenes y videos, cuando el sujeto activo, aunque no hubiese participado en la elaboración de dichos materiales, tuviese “conocimiento de las circunstancias en que fueron llevadas a cabo (carácter subrepticio para el menor de la filmación o grabación)”⁷⁷⁵. En este caso, a la lesión típica de la intimidad y propia imagen se acumularía la puesta en peligro de la indemnidad de los menores en general como bien jurídico protegido por el tipo de distribución de pornografía infantil. El concurso ideal, de esta forma, sería indispensable para abarcar la total antijuridicidad del hecho⁷⁷⁶. Finalmente, según el mismo órgano, habrá de partirse de la concurrencia de tantos delitos del artículo 197.3, párrafo segundo CP cuantos menores resulten afectados.

Finalmente, la jurisprudencia se ha decantado por la posibilidad de un concurso de normas en el art. 197.1 y la posesión de pornografía infantil (art. 189.2 CP), cuando se verifique la concurrencia de ambos supuestos⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

⁷⁷⁵ Aunque en los delitos de pornografía no sea la voluntad del sujeto activo vulnerar la intimidad de las víctimas, no se puede descartar un concurso de delitos con el supuesto del artículo 197.5, en el caso de que el autor revele datos de la intimidad de los menores o incapaces sin su consentimiento, “de forma que, además del ataque a la libertad sexual, se atente contra otros aspectos de la intimidad del concreto menor o incapaz distintos del derecho a la propia imagen”. BOLDOVA PASAMAR, 2004, *op. cit.*.

⁷⁷⁶ Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

⁷⁷⁷ En este sentido ha decidido la jurisprudencia en un caso en el que el autor fotografiaba a menores de edad por debajo de sus faldas en sitios públicos, sin que las mismas percibiesen el suceso, y luego guardaba dichas imágenes para su posterior utilización. SAP Madrid 282/2010, de 26 de marzo, ponente Ana Rosa Nuñez Galán (VLEX-220202839).

IV. EL DELITO CONTINUADO

El artículo 74 CP dispone que:

“1. 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 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”.

Según la jurisprudencia, para que se pueda verificar la continuidad delictiva prevista en el art. 74 CP, es necesario que se verifique la ocurrencia de una serie de requisitos.

En primer lugar, es necesario que se compruebe la pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables, cometidos por un único sujeto activo, a partir de un elemento subjetivo relacionado con la ejecución de un plan preconcebido y con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras. En segundo lugar, es necesaria la homogeneidad en el *modus operandi* - lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito -, bien como un elemento normativo de infracción de la misma y una cierta conexidad temporal. Finalmente, señala el Tribunal que la identidad del sujeto pasivo no es indispensable para la ocurrencia del delito continuado⁷⁷⁸.

Concretamente, la cuestión de la continuidad delictiva en los delitos de pornografía infantil ya ha sido tratado por los Tribunales españoles en distintas ocasiones, siendo admitida principalmente en los supuestos del art. 189.1.a) CP⁷⁷⁹, cuando se verifique en el caso concreto la utilización de los mismos menores en distintos momentos⁷⁸⁰. Es decir, cuando las conductas previstas en el tipo se “repitan en el tiempo con el mismo sujeto pasivo”, serán susceptibles de calificarse y valorarse a través del expediente del delito continuado⁷⁸¹. Sin embargo, también será tratado bajo las reglas de la continuidad delictiva los casos en los que no hay identidad de sujetos pasivos, teniendo en cuenta que dicha exigencia operaría en contra del reo, ya que si se considera que por el hecho de corresponder el material a distintos menores no cabe aplicar el delito continuado,

⁷⁷⁸ SAP Madrid nº 298/2007, de 10 de julio, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. (VLEX-31969097).

⁷⁷⁹ STS nº 264/2012, de 3 de abril, ponente Juan Ramon Berdugo de la Torre. (VLEX-367851630).

⁷⁸⁰ SAP Madrid nº 99/2008, de 09 de Julio, ponente María Riera Ocáriz (VLEX-42933704).

⁷⁸¹ SAP Baleares nº 38/2008, de 11 de febrero, ponente Eduardo Calderón Susín (VLEX-52255694); SAP Madrid nº 99/2008, de 09 de julio, ponente María Riera Ocáriz. (VLEX-42933704).

habría que acudir entonces a la figura del concurso real de delitos, lo que perjudicaría en mucho al acusado al exasperar la pena⁷⁸².

Sin embargo, en lo que se relaciona al tipo de distribución – art. 189.1.b) -, la jurisprudencia mayoritaria descarta su apreciación bajo el esquema del delito continuado. Y es que la naturaleza abstracta o genérica del bien jurídico protegido por el tipo impediría la consideración de la continuidad delictiva. En este caso, debe ser considerado un solo delito⁷⁸³, con independencia de la cantidad de material distribuido⁷⁸⁴ y de los actos ejecutados o menores afectados⁷⁸⁵.

Finalmente, es necesario referir que la nueva redacción dada al art. 74 CP por la LO 1/2015, excluye expresamente del régimen del delito continuado los delitos contra la indemnidad y libertad sexuales. Es este sentido será la nueva redacción del citado artículo:

“1. 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 cercanas temporalmente 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 continuado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio

⁷⁸² SAP Madrid nº 298/2007, de 10 de julio, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. (VLEX-31969097).

⁷⁸³ Vid STS nº 829/2008, de 5 de diciembre, ponente José Antonio Martín Pallín (VLEX-53902845); STS nº 913/2006, de 20 de septiembre, ponente José Antonio Martín Pallín (VLEX-24316066); STS nº 767/2007, de 3 de octubre, ponente José Ramón Soriano Soriano (VLEX-31969904). En este último caso, sin embargo, la Fiscalía defendía la aplicación de dicha regla.

⁷⁸⁴ En contra de esta posición, *Rosa Cortina* defiende que en los casos en que se acredite que los actos de distribución del material han sido plurales, la calificación también debe ser conforme al régimen de continuidad delictiva, aunque los actos de distribución se refieran al mismo material. DE LA ROSA CORTINA, 2011, *op. cit.*, p. 164. También en contra ese posicionamiento, la STS nº 921/2007, de 6 de noviembre, ponente Joaquín Delgado García (VLEX-51918694).

⁷⁸⁵ STS nº 785/2008, de 25 de noviembre, ponente Ramón Soriano Soriano (VLEX- 5204976).

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.

2. Quedan exceptuadas de lo establecido en el apartado anterior las ofensas contra la indemnidad o libertad sexual, o contra cualesquiera otros bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor”.

CONCLUSIONES

- La pornografía infantil, en los últimos años, ha experimentado un incremento sustancial, principalmente en virtud del desarrollo de las nuevas tecnologías como Internet, representando un desafío de política criminal a los Estados. El Estado español, en la línea de otros países de su entorno cultural, ha optado por combatir el citado fenómeno principalmente con la adopción de tipos penales cada vez más amplios que, a día de hoy, castiga no sólo a los productores, sino también a los consumidores privados e, incluso, la pseudopornografía, justificando los mismos en el deber de transposición de la normativa internacional al derecho interno. Esta política criminal de “tolerancia cero” es rechazable, porque no considera las particularidades del autor de estos delitos, cuyos actos resultan, en la mayoría de los casos, de un desvío en su personalidad. De esta forma, la mera aplicación de una pena, carente de otras medidas, son insuficientes para cumplir los objetivos de resocialización del autor de estos delitos. Una política criminal eficaz en torno a la pornografía infantil pasa no sólo por la persecución de las conductas responsables por el origen del material pornográfico infantil – en detrimento de meros consumidores -, sino también por medidas que objetiven la reinserción y tratamiento de los pedófilos, así como por la adopción de medidas preventivas, que reduzcan la vulnerabilidad de menores e incapaces. Por todo ello, es urgente una reformulación en la política criminal relacionada con la pornografía infantil, con una mayor preocupación en la prevención y medidas de resocialización del pedófilo, en detrimento de la expansión de tipos penales a conductas que no resulten en un daño efectivo a ninguna víctima.

- La expansión penal en torno a la pornografía infantil no puede ser justificada únicamente por el mero deber de transposición de la normativa internacional – y especialmente europea -, una vez que si bien es cierto que el citado deber existe, no es menos cierto que los Estados son libres para decidir la mejor manera de adoptar dichas recomendaciones, armonizándolas de la mejor manera posible según su contexto específico. Asimismo, el deber de transposición jamás puede estar en un nivel superior las garantías penales mínimas previstas constitucionalmente. Conforme con ello, el legislador español parece haber adoptado el camino más fácil de cara a la alarma social causada por estos fenómenos, en detrimento de patrocinar políticas más complejas y deseables, centradas tanto en el tratamiento del pedófilo, como en la prevención de los abusos sexuales a menores.

- El concepto de pornografía infantil, en consonancia con el derecho penal mínimo, debe ser interpretado de *forma restringida*. De este modo, citado concepto debe incluir apenas aquellos materiales producidos con *menores reales*, involucrados en un contexto sexual, teniendo en cuenta que el castigo de la pornografía virtual/irreal, al no representar amenaza concreta a ninguna víctima, no tiene justificación, no debiendo incluir el tipo de injusto del artículo 189 CP. En este sentido, los meros desnudos de los menores que no han sufrido cualquier clase de abuso previo tampoco deben ser clasificados como pornográfico, así como toda la literatura y audio que no tengan su origen en dichos abusos, de forma que eventual daño acarreado por la utilización indebida de la imagen o voz de algún menor en estas condiciones, deben ser tuteladas por la legislación protectora de intimidad y también aplicada a los adultos.

- El tipo del artículo 189.1.a) CP está justificado, una vez que se protege la *indemnidad sexual de los menores e incapaces*, al tratarse de conductas que suponen un abuso sexual directo a las víctimas. Además, el tipo tutela

indirectamente otros bienes jurídicos como la intimidad, la imagen y la dignidad de las mismas. En definitiva, se trata de evitar un daño a la esfera sexual de los menores, que incidiría negativamente en el desarrollo de su personalidad.

- El tipo del artículo 189.1.b) CP, queda igualmente justificado, tutelando a un *bien supraindividual de carácter difuso*, que pretende impedir la creación de una red de tráfico y de un mercado para la pornografía infantil, que supondría un peligro directo a menores en situación de vulnerabilidad.

- Las conductas relacionadas con la posesión de pornografía infantil para uso propio y de pseudopornografía (art. 189.2 y 7 CP, respectivamente) *no conllevan ningún daño a la esfera sexual de menores o incapaces*, faltándoles el requisito de *mínima lesividad*. La justificación de los citados tipos basada en una supuesta disminución de la demanda o en eventual utilización para el *grooming* no son aceptables, una vez que dichas conductas son inciertas y remotas, y violan los derechos de intimidad y privacidad de los autores, que les garantiza un espacio íntimo y libre de la intervención del Estado. Ambos tipos forman parte de un *derecho penal de autor*, incompatible con los principios y garantías que informan el Estado de Derecho. El anhelo de perseguir tales conductas, con la pretensión de contentar a la sociedad, respondiendo a las costumbres sociales mayoritarias, evoca la protección de la *moral sexual*, interés en absoluto digno de protección penal. Además, la impunidad de la tenencia para autoconsumo de pornografía infantil y la pseudopornografía infantil tienen un efecto positivo, una vez que sirven como medios de satisfacer los deseos sexuales de los pedófilos, impidiendo que menores reales sean víctimas de abusos sexuales. Por todo ello, las conductas descritas en el apartado 2 y 7 del art. 189 CP no contienen *ningún bien jurídico susceptible de tutela penal*, lo que deslegitima su punición, debiendo ser atípicos.

- La reforma introducida por la LO 1/2015 continúa el tono *moralista* y punitivista de la ley vigente, una vez que además de elevar la edad de consentimiento penal de los actuales 13 a los 16 años de edad - en desacuerdo con la realidad de las sociedades contemporáneas -, también adopta nuevos tipos penales – como el *acceso* o *adquisición* de material pornográfico - que, en la misma línea de los actuales tipos del art. 189.2 y 7 CP se basan en fundamentos de la *moral sexual colectiva* y, además de no proteger a un bien jurídico concreto, viola los derechos de intimidad y privacidad del autor. El tono moralizante del proyecto se completa con la adopción de un concepto legal de pornografía infantil, que incluye no sólo pornografía real, sino también la simulada. De esta forma, una vez más el legislador opta por la vía expansiva, desatendiendo las críticas esgrimidas por la doctrina, avanzando hacia un Derecho criminal de *prima ratio*, donde se castigan ciertas conductas en virtud de parámetros morales y sociales mayoritarios, característicos de un discutible *derecho penal de autor*.
- Cualquier sujeto podrá figurar como autor en los delitos de pornografía infantil. A su vez, el sujeto pasivo siempre será un menor de 18 años de edad o incapaz, definido como tal por el art. 25 CP. En ningún caso el consentimiento de la víctima será relevante, teniendo en cuenta que la edad para fines de pornografía infantil no coincide con la edad de consentimiento sexual.
- La irrelevancia del consentimiento del menor en los casos de pornografía infantil nos parece bastante criticable, por estar en disconformidad con otros supuestos del ordenamiento español – como la edad de consentimiento sexual y para decidir la interrupción del embarazo -, dejando margen a una intervención indebida en la esfera sexual del mismo.

Esta característica es otro síntoma de los rasgos de la *moral sexual* mayoritaria adoptada indebidamente por la ley.

- Los delitos de pornografía infantil son delito dolosos, aunque sea de modo eventual, no siendo castigada la modalidad imprudente. La determinación del dolo será esencial para delimitar correctamente las hipótesis previstas en el art. 189.1.b) y 189.2 CP. El desconocimiento tanto de la edad de la víctima, como de su eventual incapacidad, así como algunos casos de distribución pasiva, podrán ser tratados como casos de *error de tipo* que, de ser invencible, excluirá la responsabilidad penal. Sin embargo, frente al error de tipo, el *error de prohibición* apenas tendrá cabida en la práctica, dada la naturaleza de esta tipología delictiva, cuya ilicitud es evidente.
- La pedofilia, por si sola, no es considerada una *causa de inimputabilidad* para la jurisprudencia, que sostiene que esta condición no afecta la capacidad de querer, de entender y de obrar del autor. Por ello, para que se pueda apreciar la inimputabilidad en los delitos de pornografía infantil es necesario que la pedofilia esté acompañada de otros elementos – como la existencia de algún trastorno psíquico relevante –, que haya afectado sensiblemente la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, al momento de cometer alguna conducta del art. 189 CP. Además, dado que el concepto de pornografía puede sufrir variaciones según distintos contextos socio-culturales, sería razonable aceptar la posibilidad de un *error culturalmente condicionado*, tratado como *error de prohibición*, en aras a elidir la culpabilidad.
- El art. 189.3 CP establece seis hipótesis de *agravación*, cuyo incremento de pena se justifica en razones de diversa naturaleza. El *apartado a)* cualifica la pena cuando la víctima utilizada en las conductas sea un menor de trece años, atendiendo a la mayor indefensión y vulnerabilidad que aquella representa. El *apartado b)* cualifica la penalidad en los casos en que los hechos contenidos en el material pornográfico revistan un carácter

especialmente degradante o vejatorio, fundamentado en el plus de especialidad, superadora de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico con menores. La *letra c)* eleva las penas cuando los hechos revistan de una especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico, castigando más severamente a quien obtiene ventajas económicas, haciendo de la pornografía infantil un negocio. El *apartado d)* castiga con más pena los casos de pornografía infantil en los cuales se utilicen materiales donde se representen a niños o incapaces víctimas de violencia sexual, lo que se justifica en el mayor contenido de injusto que supone el empleo de violencia (aunque no sea real). La *letra e)* tipifica como circunstancia cualificadora el hecho de la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades, justificada en el mayor desvalor y peligrosidad que tiene una conducta derivada del amparo de la criminalidad organizada. Finalmente, la *letra f)* fundamenta la mayor penalidad en la quiebra de los deberes familiares relativos a la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento del menor, que convierte al autor en garante, lo que supone un mayor incremento del injusto.

- La consumación de los delitos de pornografía infantil se verifica a partir de la realización de actos idóneos para ocasionar un daño a los menores/incapaces. En primer lugar, el tipo descrito en el art. 189.1.a) CP se consuma cuando se involucra al menor en un contexto sexual, sin que sea necesario que se hayan concluido las tareas de producción del material pornográfico. En este caso, cuando se verifique una pluralidad de víctimas, habrá tantos delitos cuanto menores o incapaces hayan sido utilizados, teniendo en cuenta el carácter personalísimo del bien jurídico tutelado en este supuesto. En segundo lugar, el delito previsto en el art. 189.1.b) CP se agota bien con la puesta a disposición del material pornográfico a terceros, bien con la constatación de esa finalidad en los casos de posesión. En este caso, será apreciado apenas un delito, independientemente del

número de víctimas presentes en los materiales, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido tiene carácter supraindividual. El delito tipificado en el art. 189.2 CP, se consuma con el efectivo almacenamiento del material pornográfico.

- Los actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación) no son punibles en los delitos de pornografía infantil, a excepción de las conductas de posesión del citado material.
- El art. 189.1 CP admite tanto las formas de *autoría*, como de *participación*. Conforme con ello, el *apartado a)* del citado artículo considera autores a quienes capturen o utilicen a un menor o incapaz para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la producción de material de esta naturaleza, castigándose – incluso – a quien lo financiare, aunque no hubiesen tenido contacto directo con la víctima. En esta modalidad típica es factible tanto la *cooperación necesaria* (por ejemplo, captar a un menor de edad y llevarlo a un estudio de material pornográfico), como la *complicidad* (por ejemplo, quienes montan los escenarios o vestuarios de los espectáculos pornográficos donde actúan los menores) incluso por omisión.
- Sin embargo, no cabe trasladar las anteriores consideraciones sobre cooperación necesaria y complicidad a las conductas descritas en el art. 189.1.b) CP, donde la redacción típica *facilitar* apenas permite admitir formas de participación, castigándose como auténticas formas de autoría la mayoría de las conductas relacionadas con el tráfico, adoptando un concepto extensivo de autor.
- El tipo presente en el art. 189 CP no excluye la apreciación de *concurso* con otros delitos, cuando las conductas de utilización del menor o la

producción de material pornográfico infantil se encajen en otro tipo previsto en la ley, como por ejemplo, el tipo de abuso sexuales.

- A nuestro juicio, resulta criticable el adelantamiento excesivo de las barreras de punición en el caso de las conductas de posesión de material pornográfico para posterior distribución, castigándose como una forma de autoría lo que sería un mero acto preparatorio y generando dificultades probatorias.
- El art. 192 CP prevé la posibilidad de imponer la medida de *libertad vigilada* a los condenados por los delitos de pornografía infantil, además de privar de la *patria potestad* o del *ejercicio de profesión* al autor de la conducta. Dichas medidas tienen un *carácter preventivo*, buscando evitar la reincidencia del acusado. El art. 194 CP, en la misma línea, prevé la posibilidad de *clausurar los locales* en los que se ejecutan alguna de las conductas previstas en el art. 189 CP, de forma temporal o permanente, teniendo igualmente un carácter preventivo.
- En los casos en que se verifique, además de algún tipo presente en el art. 189 CP, otras conductas de abusos o agresiones sexuales, no hay inconveniente de considerar un concurso de delitos, con el objetivo de abarcar la total antijuridicidad de las conductas cometidas.
- Cabe apreciar el *delito continuado* en los casos del art. 189.1.a) CP, cuando el material se realiza en distintos momentos, pero con coincidencia de los sujetos pasivos. En los casos en que se verifique una continuidad en los delitos de distribución (art. 189.1.b) CP), independientemente de otros elementos, será considerado un delito único, dado el bien jurídico de naturaleza abstracta. No obstante, la solución de la continuidad delictiva queda derogada en virtud de lo previsto por la nueva redacción del art. 74, a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015.

- A partir de todo lo expuesto a lo largo del trabajo, cabe concluir que el Derecho penal no es el instrumento adecuado para combatir la pornografía infantil en todas sus formas, teniendo en cuenta la complejidad del problema, que demanda una atención especial y la colaboración de distintos sectores de la sociedad civil. Su enfoque principal debe estar basado en los esfuerzos de disminuir los factores de riesgo y la vulnerabilidad de las víctimas, así como la concienciación de todos los sujetos relacionados con las mismas. Los tipos de pornografía infantil tal y como se establecen en la ley penal deben ser considerados un mero instrumento simbólico, que no cumple con la función del derecho penal en un Estado democrático de Derecho de tutela de bienes jurídicos. Por todo ello, la teoría del bien jurídico, en el contexto del moderno Derecho penal, debe continuar siendo el punto de inflexión de la teoría jurídico-penal, con el objetivo de respetar unas garantías mínimas contra la total arbitrariedad del Estado, siendo todavía más relevante en el contexto de los delitos sexuales, una vez que dicha tipología delictiva se halla imbuida de una fuerte influencia de los valores y de la opinión pública dominante.

BIBLIOGRAFÍA

• DOCTRINA

AGUADO LÓPEZ, Sara:

- *El delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

AGUSTINA, José Ramón:

- “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-11, 2010.

AKDENIZ, Yaman:

- *Internet Child Pornography and the Law. National and international responses*, Hampshire, Ashgate e-Book, 2008.

ALASTUEY DOBÓN, Carmen:

- “Los grados de realización del delito”, en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013.

AL-FAWAL PORTAL, Miryam:

- *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*, Barcelona, Bosch, 2013.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio:

- “El llamado delito de violación en el nuevo Código Penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996 (de la LO 3/1989 de 21 de junio a la LO 10/1995 de 23 de noviembre)”, *Delitos contra la libertad sexual*, Cuadernos de derecho Judicial, 1997.

AMELUNG, Knut:

- “El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico*:

¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007.

BECERRA-GARCÍA, Juan Antonio:

- “¿Existe un perfil característico de psicopatología de la personalidad en pedofilia?”, *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, nº 105, 2013.

BECK, Ulrich:

- *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2006.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco:

- “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del Derecho Penal del enemigo por la LO 5/2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, mayo de 2011.

BENSCHOP, Albert:

- *Child Pornography in Cyberspace – Traces of Crimes. Trad. Connie Menting. Agosto de 2003.*

BERGELT, Kelley:

- “Stimulation by simulation: is there really any difference between actual and virtual child pornography?” *Capital University Law Review*, nº 31-3, June, 2003.

BLANCO LOZANO, Carlos:

- *Tratado de Derecho penal español. Tomo II. El sistema de la parte especial*, Barcelona, Bosch, 2005.

BOLAÑOS VÁZQUEZ, Hezel Jasmin; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; FUERTES IGLESIAS, Carlos:

- *Delitos relacionados con la pornografía de personas menores de 18 años. Especial referencia a las tecnologías de la información y la comunicación como medio comisivo*, San Salvador, Universidad Tecnológica de El Salvador, 2014.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel:

- “Títulos VII-XII y faltas correspondientes”, *Comentarios al código penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- “Pornografía infantil en la red: Fundamentos y límites de la intervención del Derecho Penal”, en Emilio José Armaza Armaza (coordinador), *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, Editorial Comares, 2010.
- “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada”, *Derecho Penal Mínimo*, nº 2, enero de 2010.

BONA I PUIGVERT, Remei:

- “La función rehabilitadora de la pena de privación de libertad: entre el discurso teórico y el fracaso”, *Jueces para la democracia*, nº 20, 1993.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano:

- *Curso de Política Criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

BÖSE, Martin:

- "Derechos fundamentales y derecho penal como "derecho coactivo"", en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

BRONITT, Simon; MCSHERRY, Bernadette:

- *Principles of Criminal law*, 3º edition, Sydney, Thomson Reuters, 2010.

CABRERA MARTÍN, Myriam:

- “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal”, *Jornadas sobre Derecho de los menores. Documentos de trabajo*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2003.

CÁMARA ARROYO, Sergio:

- “La libertad vigilada: de la ley penal del menor al ordenamiento penal de adultos”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2012.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores):

- *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006.

CÁNOVAS, Guillermo:

- *Ladrones de inocencia*, Madrid, Ed. Nuevos Escritores, 2004.

CARMONA SALGADO, Concepción:

- *Los delitos de abusos deshonestos en el Código penal español*, Barcelona, Bosch, 1981.
- “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Manuel Cobo del Rosal (Coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 2005.

CARUSO FONTÁN, María Viviana:

- *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

CASTELLS, Manuel:

- *Globalización, Identidad y Estado en América Latina. Temas de Desarrollo Humano Sustentable*, PNUD, 1999.

CEREZO MIR, José:

- *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2001.

CHICARRO LÁZARO, Alicia:

- “La labor legislativa del Consejo de Europa frente a la utilización de Internet con fines terroristas”, *Revista de Internet, derecho y política*, nº 9, 2009.

CLOUGH, Jonathan:

- “Now you see it, now you don’t: digital images and the meaning of “possession””, *Criminal Law Forum*, 2008.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu:

- *Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial*, 2º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo”, en Santiago MIR PUIG (director), *Derecho penal del siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

CORRECHER MIRA, Jorge:

- “Nuevas perspectivas en la ejecución de la pena privativa de libertad: la privatización de las prisiones”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

CROFTS, Thomas; LEE, Murray:

- “Sexting, Children and Child Pornography”, *Sydney Law Review*, nº 85, 2013.

CRUZ, Fernando; MONGE, Ivannia:

- *Explotación sexual comercial, contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas nacionales. Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana*, Oficina Internacional del Trabajo/IPEC, San José, Costa Rica, 2004.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín; MAPELLI CAFFARENA, Borja:

- *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2.ed, Madrid, Tecnos, 2014.

CUGAT MAURI, Miriam:

- “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”, en Francisco Javier Álvarez García (Director), *Derecho penal español. Parte Especial (I)*, 2.ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Francisco Javier Álvarez García, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.:

- “Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 15, 2001.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel:

- *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel:

- “Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?”, en Víctor Gómez Martín (coordinador), *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoria al Código Penal de 1995*, Madrid, Reus S.A., 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis:

- *El Derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Barcelona, Bosch, 1981.
- *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. La frontera del Derecho Penal sexual*, Barcelona, Bosch, 1982.
- *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch S.A., 1985.
- “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia*, nº 30, 1997.
- “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, *Estudios de derecho judicial*, nº 21, 1999.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús:

- “Los delitos de pederastia”, en *Diario La Ley*, nº 7534, Editorial La Ley, 23 de diciembre de 2010.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María:

- “Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 112, mayo de 2014.

ESCUCHURI AISA, Estrella:

- “El concurso de leyes y de delitos”, en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013.

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*, UNED, 2ª Época, nº 18, 2006.

FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Ana:

- “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”, en Luis RODRÍGUEZ RAMOS (coordinador), *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2007.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo:

- “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: cuestiones claves”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 20, 2002.
- *Ciberdelitos: los delitos cometidos a través de Internet – estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red* -, Constitutio Criminalis Carolina, 2007.

FISCHER, Thomas:

- *Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen*, 60. Auflage, C.H. Beck, München, 2013.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús:

- “La tutela del menor frente a las nuevas tecnologías de la información tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal”, en Eva JORDÁ CAPITÁN y Verónica DE PRIEGO FERNÁNDEZ (Directoras), *Los derechos de la personalidad de los menores y las Nuevas Tecnologías*, Madrid, El Derecho Editores, 2012.

GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel:

- “El nuevo delito de corrupción de menores (artículo 189.3)”, *Estudios de derecho judicial*, nº 21, 1999.

GARCÍA ÁLVAREZ, 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 de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013.

GARCÍA RIVAS, Nicolás:

- “Reflexiones sobre el fundamento de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, en Rafael Rebollo Vargas (Coord.), *La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad*, Barcelona, Bosch, 2013.

VALDÉS, Carlos:

- “Acerca del delito de pornografía infantil”, en Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (Coordinador), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GIACHETTI, Romano:

- *Porno-power (pornografía y sociedad capitalista)*, Barcelona, Editorial Fontanella, 1976.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (presentación):

- en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

GÓMEZ RIVERO, Carmen; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Isabel:

- “Crónica de Derecho Penal. Año 2014”, *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 12, 2014.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel:

- “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 5, 2005.
- “Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de sistemas informáticos: especial referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la distribución de pornografía infantil”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 20, 2006.

GONZÁLEZ RUS, Juan José:

- “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos de política criminal*, nº 59, 1996.

GONZÁLEZ TESCÓN, María Marta:

- “Los riesgos de las TIC para la libertad e indemnidad sexual de los menores y su repercusión en la legislación penal española”, *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2013.

GRACIA MARTÍN, Luis:

- *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona, Atelier, 2006.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino:

- *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012

GUISADO MORENO, Angel:

- “El consumo de pornografía infantil en Internet. El lado oscuro de la Red”, *Revista de Contratación Electrónica*, nº 81, Abril, 2007.

HAMILTON, Melissa:

- “The efficacy of severe child pornography sentencing: empirical validity or political rhetoric?”, *Stanford Law and Policy Review*, vol. 22, nº 2, marzo, 2011.

HASSEMER, Winfried:

- *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984.
- “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

HEINRICH, Manfred:

- “Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas”, en *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, De Gruyter Inc.

HILGENDORF:

- en Satzger/Schluckebier/Windmaier, *StGB-Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang:

- “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

HÖRNLE, Tatjana:

- “La protección de sentimientos en el STGB”, en HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

HOWARD, Ty E.:

- “Don’t Cache Out Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files”, *Berkeley Technology Law Journal*, Volume 19, Issue 4, Fall, 2004.

HOWIE, Rod; JOHNSON, Peter:

- *Annotated Criminal Legislation New South Wales*, Australia, Butterworths, 2009.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel:

- *Direito penal do Inimigo: noções e críticas*, Trad. André Luis CALLEGARI y Nereu José GIACOMOLLI, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

JAREÑO LEAL, Ángeles:

- *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid, Iustel, 2008.

JENKINS, Philip:

- *Beyond Tolerance: Child Pornography on the Internet*, New York, University Press, 2001.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Katia Miguelina:

- “Justicia penal, medios de comunicación y juicios paralelos”, *Gaceta Judicial*, agosto de 2009.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia:

- “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, *RDPC*, nº 7, enero de 2012.

JIMÉNEZ SERRANO, Jorge:

- “Tráfico de pornografía infantil: dinámica, roles y prevención”, *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, nº 05, octubre-diciembre, 2012.

KRESTON, Susan S.:

- - “Defeating the virtual defense in child pornography prosecutions”, *The Journal of High Technology Law*, vol. 4, n° 1, July 2004.

LAROY, Anna K.:

- “Discovering child pornography: the death of the presumption of innocence”, *Ave Maria Law Review*, vol 6, n° 2, Marzo de 2008.

LEMINEUR RETANA, Marie-Laure:

- *El combate contra la pornografía infantil en Internet. El caso de Costa Rica*. San José, ADC Asesoría Creativa S.A., 2006.

LOCKE, John:

- *Ensayo sobre el Gobierno civil*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel:

- *Lecciones de Derecho penal: parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MANNA, Adelmo:

- “Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia”, *L’Indice Penale*, Padova, v.2, n°1, ene-abr de 1999.

MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio:

- *Comentarios al Código Penal: artículos 1 a 137*, Barcelona, Editorial Vlex, 2013.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María:

- “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Nueva Época*, n° 12, Diciembre-Febrero, 2013.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M.:

- *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Editorial Comares, 1997.

MAYER LUX, Laura:

- “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, *Política Criminal*, versión online, vol. 9, n° 17, Santiago, 2014.

MENDOZA BUERGO, Blanda:

- *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Editorial Comares, 2001.

MIR PUIG, Santiago:

- “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en Víctor GÓMEZ MARTÍN (coordinador), *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoria al Código Penal de 1995*, Madrid, Editorial Reus, 2006.
- “Límites del normativismo en Derecho penal”, en Santiago Mir Puig (director), *Derecho penal del siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.
- *Derecho penal: parte general*, 9 ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2011.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia:

- *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- *El extranjero frente al derecho penal: el error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona, Bosch, 2008
- *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años: análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Barcelona, Bosch, 2011.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo:

- “Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil”, en Javier García González (Coordinador), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MORALES PRATS, Fermín:

- “Comentarios al art. 189 del CP”, en Gonzalo Quintero Olivares (organizador), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- “Pornografía infantil e Internet”, *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*, Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001.

MORALES PRATS, Fermín; GARCÍA ALBERO, Ramón:

- “Delitos contra la libertad sexual”, en Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), Fermín Morales Prats (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, Aranzadi, 2001.
- “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 4ª ed., Navarra, Thompson Aranzadi, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco:

- "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal", en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coordinadores), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 19 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes:

- *Derecho Penal: parte general*, 8. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NAIR, Abhilash:

- “Real porn and pseudo porn: The regulatory road”, *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 24, nº 3, November, 2010.

NAVARRO FRÍAS, Irene:

- “Psicopatía y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y la libertad vigilada tras la última reforma del Código penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 105, diciembre de 2011.

NIETO GARCÍA, Ángel Juan:

- “Notas de urgencia acerca de la atipicidad de la “posesión y producción de pornografía infantil para uso propio” en la pretendida reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8082, 14 de mayo de 2013.

NIÑO, Luis Fernando:

- *El bien jurídico como referencia garantista*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

NÚÑEZ VELASCO, Eloy:

- “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente”, *La ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2014.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel:

- “El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del estado constitucional)”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, nº 15, abril de 2006.

ORTS BERENGUER, Enrique:

- *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

ORTS BERENGUER, Enrique; ALONSO RIMO, Alberto:

- “La reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en Laura Zúniga Rodríguez y otros (coordinadores), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, Colex, 2001.

ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L.:

- *Compendio de Derecho penal: parte general y parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- *Compendio de Derecho penal: parte general*, 4.ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

ORTS BERENGUER, Enrique; VIVES ANTÓN, Tomás S.:

- *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

OST, Suzanne:

- *Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

PEÑAS ROLDÁN, Lorenzo:

- “Resocialización: un problema de todos”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 14, 1996.

PENDLE, David:

- “*New York v. Kent: Using Temporary Internet Files to Prove Possession of Child Pornography*”, en *Update Express*, National District Attorneys Association’s National Center for Prosecution of Child Abuse, San Diego, septiembre de 2010.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan:

- “Autoría y Participación”, en José Miguel Zugaldía Espinar (Dir.), *Fundamentos de Derecho Penal*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel:

- *El proyecto de reforma del Código penal de 2013 a debate*, Salamanca, Ratio Legis, 2014.
- “Justificación y claves político-criminales del Proyecto de Reforma del Código penal de 2013” (Prólogo), en Ana Isabel Pérez Cepeda (Dirección) y María Concepción Gorjón Barranco (Coordinación), *El proyecto de reforma del Código penal de 2013 a debate*, Salamanca, Ratio Legis, 2014.

PÉREZ ROYO, Javier:

- *Curso de Derecho constitucional*, 12. ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.

POLAINO NAVARRETE, Miguel:

- *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975.
- *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, México, Editorial Porrúa, 2001.
- *Derecho penal: Parte especial*, Tomo I, 5 ed., Bosch, Barcelona, 2004.

PRITTWITZ, Cornelius:

- “Derecho Penal del Enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en Víctor Gómez Martín (coordinador), *La Política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.

PROCIDA, Richard; SIMON, Rita J.:

- *Global Perspectives on Social Issues. Pornography*, Maryland, Lexington books, 2003.

PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo:

- “Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 26, 2012.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.:

- *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, Atelier, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coor.):

- *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, Aranzadi, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo:

- *Parte General del Derecho Penal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon:

- “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, en Jesús-María Silva Sánchez (Director), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, La ley, 2012.

RAMALHO DE FARIAS, Alexandre:

- “A incidència da normativa internacional na delimitação do bem jurídico protegido nos delitos relativos à pornografia infantil”, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 2, nº 3, Curitiba, jul/dez, 2010.

RIVERA MORALES, Rodrigo Antonio:

- *Protección constitucional y procesal de víctimas de delitos colectivos*, Saarbrücken, Editorial Académica Española, 2011.

RODRÍGUEZ BERNAL, Antonio Pedro:

- “Los cibercrimenes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *AR: Revista de Derecho Informático*, nº 103, 2007.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis:

- *Victimología*, México, Editorial Porrúa, 2005.

RODRÍGUEZ MESA, María José:

- “El Código penal y la explotación sexual comercial infantil”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII, 2012.

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, *Delitos contra la libertad sexual*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

ROMEO CASABONA, Carlos María:

- “La función del Derecho Penal”, en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013.

ROPERO CARRASCO, Julia:

- “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

ROXIN, Claus:

- *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
- “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01, 2003.
- “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga:

- “Privación de la patria potestad y proceso penal”, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2007.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel:

- “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coordinadores), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.
- *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dykinson, 2006.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme:

- “La autoría y la participación”, en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013.

SANTANA VEGA, Dulce María:

- “Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos”, *Actualidad Penal*, Ref. IX, Tomo I, Editorial La Ley.

SANZ MORÁN, Ángel José:

- “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en Francisco MUÑOZ CONDE (dir.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

SCHÖNKE/SCHRÖDER:

- *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd:

- "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación", en HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SEELMANN, Kurt:

- "El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena", en HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

SEHER, Gerhard:

- "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico", en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

SGUBBI, Filippo:

- *Il reato come rischio sociale*, Bologna, il Mulino, 1990.

SIERRA LÓPEZ, María del Valle:

- *La medida de libertad vigilada*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2013.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev:

- “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

STRATENWERTH, Günter:

- “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos:

- *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 3. ed., Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.
- “Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión”, en Patricia Faraldo Cabana (Directora), *Política Criminal y Reformas Penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José:

- “La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el artículo 188 del Código penal: tráfico de personas para su explotación sexual”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 13, 1999.
- “El ciberterrorismo: una perspectiva legal y judicial”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 22, 2008.

SVANTESSON, Dan Jerker B.:

- *Private international law and the Internet*, The Netherlands: Kluwer law international, 2007.

TAMARIT SUMALLA, Josep María:

- *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Aranzadi, 2002.

TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel:

- *Child Pornography. An Internet Crime*, Brunner-Routledge, New York, 2003.

TOROCA, Fernando:

- “La personalidad y el Derecho penal de autor”, *Capítulo Criminológico*, vol. 33, nº 2, Abril-Junio, 2005.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena,

- “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 17, 2013.

TORRES ROSELL, Nuria:

- “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: contenido e implicaciones político criminales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012.

TOTH SYDOW, Spencer:

- “Pedofilia virtual e considerações críticas sobre a lei 11.829/08”, *Revista liberdades*, nº 1, mai-ago, 2009.

TRABAZO ARIAS, Victoria; AZOR LAFARGA, Fernando:

- “La pedofilia: un problema clínico, legal y social”, en *EduPsykhé. Revista de Psicología y Educación*, vol. 8, nº 2, 2009.

URIARTE VALIENTE, Luis María:

- “Delitos relativos a la pornografía infantil y corrupción de menores”, *Estudios jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos, 2006.
- “Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas”, *Diario La Ley*, nº 7372, Sección Doctrina, 30 de marzo de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

URRUELA MORA, Asier:

- “La culpabilidad”, en Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Granada, Editorial Comares, 2013.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos:

- “Consideraciones Político-Criminales sobre la nueva medida de libertad vigilada”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, enero de 2012.

VIVES ANTÓN, Tomás S..

- *Derecho penal: parte especial*, 3.ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

WAYNE SUMNER, Leonard:

- *The hateful and the obscene. Studies in the limits of free expression*, Toronto, University of Toronto Press, 2004.

WELZEL, Hans.

- *Derecho Penal alemán*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1987.

WITTIG, Petra:

- “Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

WOHLERS, Wolfgang:

- “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel:

- “La culpabilidad”, en José Miguel Zugaldía Espinar (Dir.), *Fundamentos de Derecho Penal*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

- DOCUMENTOS

Acción común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

Australia's National Plan of Action Against the Commercial Sexual Exploitation of Children.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión de 15 de noviembre de 2000.

Carta Europea de los Derechos del niño, de 21 de septiembre de 1992.

Compromiso Global de Yokohama, Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Yokohama, Japón, 17 al 20 de diciembre de 2001.

Consejo de Europa, Convenio sobre la Ciberdelincuencia, 23 de noviembre de 2001.

Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007.

Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en 17 de junio de 1999.

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 del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet.

Declaración de Río de Janeiro y Llamado a la Acción para prevenir y detener la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes, Río de Janeiro, Brasil, 28 al 28 de noviembre de 2008.

Declaración de San José “Por la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia ante la Violencia, la Trata, el Tráfico y la Explotación en Cualquiera de sus Manifestaciones”, de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministras, Ministros y Altos Responsables de la Niñez y la Adolescencia, 18 y 19 de Octubre de 2004.

Declaración del I Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los niños, Estocolmo, 31 de agosto de 1996.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Informe de Save the Children Europe Group. Position paper on child pornography and Internet-related sexual exploitation of Children. Junio de 2003.

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid 8 de enero de 2013.

Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Organización de las Naciones Unidas, 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, de 25 de mayo de 2000.

Recomendación nº R (91) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y el tráfico de niños y jóvenes, de 9 de septiembre de 1991.

Resolución sobre la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños (COM(96) 0547 C4-0012/97) y el Memorándum relativo a la contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños (C4-0556/96), de 27 de noviembre de 1997.

Resolución sobre la protección y los derechos del niño del Parlamento Europeo, de 08 de diciembre de 1997.

Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 20 de enero de 1997.

Recomendaciones sobre delitos contra menores, 61 Asamblea General de la INTERPOL de 1995.

U.S. Sentencing Commission Results of Survey of United States District Judges, January 2010 through March 2010.

- **JURISPRUDENCIA EXTRANJERA**

U.S. Supreme Court, Roth v. United States, de 24 de junio de 1957.

U.S. Supreme Court, Stanley vs. Georgia, 7 de abril de 1969.

U.S. Supreme Court, Miller vs. California, 21 junio de 1973.

U.S. Supreme Court, New York vs. Ferber, 27 de abril de 1982.

U.S. Supreme Court, Osborne vs. Ohio, 18 de abril de 1990.

United States Court of Appeals for the Third Circuit, U.S. vs. Knox, 15 de octubre de 1992.

Court of Appeal of Florida, State v. A.R.S., 19 de diciembre de 1996.

Supreme Court of Western Australia, R v. Jones, 5 de mayo de 1999.

Ninth Circuit Court of Appeals, The Free Speech Coalition vs. Reno, 17 de diciembre de 1999.

U.S. Supreme Court, Aschcroft vs. The Free Speech Coalition, 16 de abril de 2002.

Supreme Court of Western Australia, Dodge v. The Queen, 18 de octubre de 2002.

State of Florida Court of Appeal, *A.H., a child v. State of Florida*, 19 de enero de 2007.

U.S. Court of Appeals, *United States v. Jerry Paull*, 23 de octubre de 2008.

New South Wales Supreme Court, *McEwen v. Simmons & Anor*, 13 de noviembre de 2008.

U.S. District Court for the Northern District of Iowa, *United States v. Brandon J. Beiermann*, 24 de febrero de 2009.

United States District Court for the Middle District of Pennsylvania, *Maryjo Miller, Jamy Day y Jane Doe v. George Skumanick*, 23 de marzo de 2009.

New York Appeals Court, New York Appellate Division *State vs. Kent*, de 12 de octubre de 2010.

Supreme Court of Tasmania, *Traynor v McCullough*, 25 de julio de 2011.

Apelação Criminal, TJ/MG nº 1070208462976-6/001, de 19/05/2009, relatora Márcia Milanez.

Apelação Criminal TJ/MT nº 200336000141823, de 23/11/2009, relatora Assusete Magalhães.

Apelação Criminal, TJ/SP nº 993060140957, de 22/04/2010, relator Sérgio Coelho.

Apelação Criminal TJ/DF nº 20090111058578, de 27/01/2011, relator Silvânio Barbosa dos Santos.

Apelação Criminal, TJ/SP nº 170166220108260000, de 03/02/2011, relator Otávio Henrique.

Apelação Criminal JR/PR nº 8124432, de 15/03/2012, relatora Sônia Regina de Castro.

Apelação criminal, TJ/RS nº 70042232199, de 22/08/2012, relatora Genacéia da Silva Alberton.

Apelação Criminal, TJ/SC nº 20120560620-SC2012.0560062-0 (Acórdão), de 24/09/2012, relator Torres Marques.

Apelação Criminal, TRF-5 nº 2245220134058100, de 04/03/2013, relator Emiliano Zapata Leitão.

Apelação Criminal TRF-2 nº 200950010063790, de 03/04/2013, relator Messod Azulay Neto.

Apelação Criminal, TJ/MS nº 0006576-65.2011.8.12.0017, de 05/05/2013, relator Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Apelação Criminal TRF-3 nº 00108682120084036181, de 09/09/2013, relator Antonio Cedenho.

Apelação Criminal TJ/SC nº 2013071648, de 25/11/2013, relator Carlos Alberto Civinski.

Apelação Criminal TJ/RS nº 70057781429, de 20/03/2014, relator José Antônio Daltoe César.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- **Concepto de pornografía infantil**

STS nº 1632/2000, de 24 de octubre, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-17726057). EXHIBICIONISMO. LA IMPORTANCIA DE LA FINALIDAD EN LA OBTENCIÓN DE FOTOGRAFÍAS. Sea cual sea el significado erótico o sexual que se deduzca de las fotografías, si la misma no se dirige a satisfacer deseos libidinosos del autor de las mismas o con tal carácter está predeterminada a la exhibición a otros, su obtención es penalmente irrelevante. Se condena a la acusada. Ha lugar al recurso de casación por infracción de precepto constitucional (...) “el significado erótico o sexual que se deduzca de las fotografías, si la misma no se dirige a satisfacer deseos libidinosos del autor de las mismas o con tal carácter está predeterminada a la exhibición a otros, su obtención es penalmente irrelevante”.

STS nº 1342/2003, de 20 de octubre, ponente José Jiménez Villarejo. (VLEX-16206488). ABUSO SEXUAL. MENORES. **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 cuál fuese.

STS nº 1058/2006, de 2 de noviembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-25589600). DELITO DE DISTRIBUCIÓN, DIFUSIÓN Y EXHIBICIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. En efecto es cierto que la distinción de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, carencia de tipo moral, pautas de comportamiento. (...) Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. (...) **la pornografía, es aquello que 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, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1**

del Código civil. En el mismo sentido: STS nº 105/2009, 30 de enero, ponente Julián Sánchez Melgar. (VLEX-53887377),

STS nº 967/2013, de 19 de diciembre, ponente Francisco Monterde Ferrer. (VLEX-487288266). “Las imágenes que el acusado guardaba en el disco duro del ordenador han de ser conceptuadas como pornográficas, al menos dos de ellas, por las posturas adoptadas por las menores, con las piernas totalmente abiertas exhibiendo los genitales. (...) El dolo puede ser entendido como el ánimo de querer lo que se sabe que se hace, y el mismo se encuentra de modo claro en la conducta del acusado. El mismo, según los hechos probados, poseía las imágenes incautadas para su uso propio. No solamente se afirma la certeza de la posesión, que resulta de la prueba pericial practicada, sino que incluso se hace constar en la secuencia fáctica el destino que el acusado daba a las mismas, que se limita al propio disfrute de dichas imágenes.” En el mismo sentido: SAP Sevilla nº 604/2005, de 30 de noviembre, ponente Francisco Jesús Sánchez Parra (VLEX-20330370), STS nº 1058/2006, de 2 de noviembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-25589600), SAP Álava nº 376/2008, de 2 de diciembre, ponente José Jaime Tapia Parreño. (VLEX-52348556),

- **Bien jurídico tutelado por el art. 189 CP**

STS nº 782/2007, de 3 de octubre, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. (VLEX-31970051). DERECHOS FUNDAMENTALES. DERECHO AL HONOR A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. "El recurrente ha sido condenado como autor de un delito del artículo 189.1.b) y 3.a) del Código Penal, relativos a la producción y posesión de material pornográfico relativo a menores de trece años con la finalidad de venta y distribución a la pena de cinco años y seis meses de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación formalizando tres motivos.(...) no constando una autorización del sospechoso para el visionado de lo grabado en su cámara, la cuestión se concreta en determinar si la grabación realizada por el recurrente se encuentra en principio protegida por su derecho a la intimidad y si la invasión del mismo puede considerarse legítima. El artículo 18.1 de la CE dispone que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El derecho a la intimidad es un derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. De la precisión constitucional de desprende

la preservación de un ámbito de cuestiones relacionadas con la esfera íntima del individuo frente a la intromisión ajena, sea de otros particulares o sea de la autoridad pública, o, dicho de otro modo, "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (...) Sin embargo, no es un derecho absoluto, pudiendo encontrar restricciones justificadas cuando concurra con intereses constitucionalmente relevantes, siempre que tal limitación del contenido del derecho cumpla las siguientes exigencias: que aparezca como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo; que la medida sea proporcionada para alcanzarlo según el caso, y, que sea respetuosa con el contenido esencial del derecho. Las grabaciones realizadas por un particular con una cámara de video sin duda pueden recoger aspectos de su propia vida familiar y personal que en principio quedan protegidos por encontrarse dentro de esa esfera reservada, y también pueden referirse a imágenes de la vida pública que, aunque en sí mismos no afecten a la intimidad de quien procede a su grabación, sin embargo pueden poner de manifiesto la forma en la que el sujeto percibe y entiende su entorno, lo cual también quedaría comprendido dentro del ámbito protegido. Naturalmente, las circunstancias de cada caso pueden dar a entender una autorización para la intromisión de terceros, pero tal situación no se aprecia en los hechos probados. Cuando se trata de los poderes públicos, por regla general, cualquier invasión en el ámbito de la intimidad personal, en defecto de autorización del titular, deberá contar con una previa decisión judicial. Sin embargo, en determinados casos en los que se aprecie urgencia, es posible la intervención de la Policía Judicial, siempre que exista una habilitación legal; que concurra un fin constitucionalmente legítimo; que la actuación sea proporcionada para alcanzarlo, y, en todo caso, que sea respetuosa con el contenido esencial del derecho. (...) En el caso, establecida la existencia de una habilitación legal, y no discutida la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, como es la investigación de un delito grave, aunque el contenido de las grabaciones estaría en principio protegido por encontrarse en el ámbito del derecho a la intimidad, la injerencia policial puede considerarse proporcionada si se tiene en cuenta que se limitó a lo últimamente grabado, que según la denuncia y la propia verificación personal de los agentes afectaba a menores que se duchaban desnudos en la playa, y debe entenderse justificada sobre la base de su necesidad urgente en atención a que su finalidad inmediata era comprobar la realidad de lo que a simple vista se podía apreciar y además descartar la posibilidad de un error sobre las bases fácticas que justificaban la detención del recurrente, en ese momento, denunciado por un tercero por hechos cuya realidad aparente comprobaron los propios agentes."

STS nº 6342/2009, de 02 de octubre, ponente Joaquín Giménez García (VLEX-71476250). "Solo cuando el delito de difusión tiene la autonomía que se predica es cuando surge como **bien jurídico propio el de la protección de la indemnidad, dignidad y seguridad de la infancia en abstracto** y por ello, como bien recuerda la Consulta FGE 3/2006 de 29 de Noviembre, existirá un único delito, aunque aparezcan varios menores, porque en este delito, se protege, como

se ha dicho el bien jurídico delictivo de la infancia como tal. (...) **Cuando en casos como el presente se da la identidad en el sujeto activo, solo cabe la sanción por el párrafo 1º del art. 189-1º , pues en el bien jurídico que protege el tipo ya tiene acogida el párrafo b), y por ello la respuesta penal cubre todo el campo de la antijuridicidad y culpabilidad.**” En el mismo sentido: SAP Barcelona nº 381/2009, de 14 de abril, ponente José María Pijuán Canadell (VLEX-208128435).

SAP Madrid nº 247/2013, de 3 de junio, ponente Maria del Carmen Compaired Plo. (VLEX-447724954). **“El bien jurídico protegido en el artículo 189.1 b) del código Penal según constante jurisprudencia, (...), no tiene naturaleza individual pues dicho precepto trata de preservar un bien plurisubjetivo como es la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos, se trata por lo tanto de un bien jurídico de carácter abstracto. (...)**el alcance preciso de dichas conductas típicas, interpretando las mismas desde una óptica teleológica, en orden a la protección del bien jurídico, se concretan en el sentido de favorecer el acceso a algo, hacer llegar a otro una cosa, o proporcionársela o entregársela. Por ello el comportamiento delictivo objeto del proceso lo constituyen actos de distribución y favorecimiento a la difusión.”

STS nº 244/2014, de 25 de marzo, ponente Andrés Martínez Arrieta (VLEX-508626398). **“Art. 189.1.a) (...)** esta modalidad comisiva no solo **protege el libre desarrollo de la personalidad de un menor** que es inducido y utilizado para la captación de su imagen para la satisfacción de apetencias de contenido sexual. **El tipo protege también el derecho a la propia imagen y la potencialidad de un riesgo de posterior exhibición por terceras personas ajenas a la realización de las fotografías e incluso a la posesión del condenado.** Una vez guardadas en archivos, como la memoria de un ordenador o de un teléfono, la potencialidad de difusión es un riesgo evidente. Pero es que, además, el delito de abuso sexual es un delito de propia mano que se consuma con la realización de actos típicos derivados de una conducta personal, en tanto que la producción gráfica permanece en el tiempo almacenada en soportes digitales y extravasa el mero contacto personal.”

- **Análisis del tipo objetivo**

STS nº 1444/2004, de 10 de diciembre, ponente José Manuel Maza Martín. (VLEX-17480431). “la acción típica del art. 189.1.b C.P. admite una pluralidad de modalidades: producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. Pues bien, aunque la acción no encaje estrictamente en el término "distribuir", concebido como entrega de algo a otra persona que la recibe físicamente, no cabe duda de que con el hacer del acusado se facilitaba el acceso de tercero a ese material pornográfico infantil. (...) el acusado permitió el acceso a su ordenador desde la libre y pública red de Internet creada alrededor del programa informático "eDonkey" que él utilizaba, de determinados archivos que luego se dirán. Es este un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés "peer-to-peer", que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P), en la que al tiempo que se descargan archivos ajenos, se permite a terceros la descarga de los archivos propios.”

STS nº 767/2007, de 03 de octubre, ponente José Ramón Soriano Soriano (VLEX-31969904). DISTRIBUCIÓN Y FACILITACIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. “No es procedente la consideración de la continuidad delictiva, en consonancia con la naturaleza abstracta o genérica del bien jurídico protegido. (...) Esta Sala entiende que precisamente en atención al bien jurídico lesionado, su carácter genérico y la estructura del tipo, se viene a configurar en él una **infracción de simple actividad** (...). El tipo debe construirse al modo de un delito de tráfico de drogas y el indudable mayor perjuicio o cantidad de lesión ocasionada al bien jurídico por la reiteración delictiva debe proyectarse en la determinación de la pena, en cuya función el criterio judicial individualizador permitiría elegir la adecuada. Piénsese que al ser el bien jurídico protegido de carácter abstracto, los delitos posibles cometidos frente al menor para obtener el material pornográfico concurrían con el delito que analizamos. En los delitos cometidos sobre menores encaminados a la consecución de material pornográfico el bien jurídico protegido es personal y la naturaleza del tipo de resultado, circunstancia que no se da en el presente, lo que supondría que cada conducta delictiva realizada respecto al menor integre un delito independiente, con posibilidades de estimación de la figura de la continuidad delictiva.”

STS nº 739/2008, de 12 de noviembre, ponente Julián Sánchez Melgar. (VLEX-51240018). PORNOGRAFÍA INFANTIL. ARCHIVOS INFORMÁTICOS. EDONKEY Y P2P. "a) Nos hallamos ante una **distribución** de material indudablemente pornográfico, pues **distribución** es ese sistema

automático de intercambio a través de la **red Edonkey**. c) Asimismo 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)]. d) Es irrelevante, como se deduce del último inciso del referido apartado b) del art. 189.1, que el citado material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido.” En este sentido: **SAP Sevilla nº 57/2003, de 28 de enero, ponente Enrique García López Corchado. (VLEX-51989286).**

STS nº 873/2009, de 23 de julio, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. (VLEX-66899026). DISTRIBUCION DE PORNOGRAFIA INFANTIL. PEDOFILIA. “La fuerza determinante o concluyente que se le atribuye en la sentencia al indicio del número de archivos parece excesiva, ya que **el supuesto de almacenamiento de archivos digitales pornográficos no es equiparable como indicio cuantitativo probatorio a lo que sucede en el ámbito del tráfico de drogas**. Pues en éste, a partir de una cantidad relevante de almacenamiento de sustancia estupefaciente, se considera razonable inferir que no se halla destinada al propio consumo, inferencia que no cabe extrapolar sin notables matizaciones y reservas al mundo de la pornografía infantil. Y ello porque en este último es hasta cierto punto habitual que el consumidor de esa clase de imágenes pornográficas sea un asiduo coleccionista de archivos de esa naturaleza, sin que el importante número de material acopiado signifique necesariamente de por sí que dedique una parte a la distribución a terceros. (...) La jurisprudencia viene considerando que la **pedofilia** afecta a la dirección del instinto sexual per se y **no supone la ausencia de los mecanismos de dirección de la conducta ni de los correspondientes frenos inhibitorios**. Por sí sola, tal inclinación no determina ni exención ni atenuación alguna; para ello debe ir acreditadamente acompañada de trastornos psíquicos relevantes, como el alcoholismo, la toxicomanía o una neurosis depresiva, entre otros.” En el mismo sentido: **STS nº 292/2008, de 28 de mayo, ponente Diego Ramos Gancedo. (VLEX-42922794).**

STS nº 1055/2009, de 3 de noviembre, ponente Joaquín Delgado García. (VLEX-229118694). PORNOGRAFÍA INFANTIL. USO DE INTERNET. REQUISITOS DEL DELITO. “**art. 189.1.b) del CP.** (...) son elementos de esta figura de delito los siguientes:1º. **Sujeto activo** puede ser cualquier persona imputable. Nos hallamos, no ante un delito especial, de aquellos que solo pueden cometer quienes reúnan algún requisito determinado, sino ante un delito común.2º. El objeto del delito ha de ser material pornográfico, entendiendo por tal toda representación por cualquier medio de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales; 3º. La actividad delictiva ha de consistir en cualquiera de las siguientes: producir, vender, exhibir, facilitar la producción, venta o exhibición, poseerlo para cualquiera de estos fines. 4º. **El sujeto activo de este delito ha de actuar con dolo**, en cualquiera de sus modalidades, directo o eventual. La imprudencia respecto de estos hechos no constituye delito, al no estar prevista como tal en nuestro CP (art. 12). Hay que

aclarar dos cosas: 1ª Es irrelevante que el material pornográfico tuviera su origen en el extranjero o tuviera un origen desconocido. 2ª Hay un tipo de delito atenuado para los casos en que la posesión de tal materia fuere para su propio uso, es decir, no para vender, distribuir o exhibir. Es el que la doctrina llama delito solitario (art. 189.2)".

STS nº 964/2010, de 17 de febrero, ponente Andrés Martínez Arrieta (VLEX-215192587). “facilitar es hacer posible una cosa, en derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad automatizada sin control del autor, sino posibilitando la misma con intención de distribución o difusión. Es decir, llevando a cabo actos de difusión a terceros con la finalidad de atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal. La distribución es un concepto aún más restringido, pues supone tanto como dividir algo entre varios o dar a cada uno lo que le corresponde.”

STS nº 680/2010, de 14 de julio, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo. (VLEX-218421211). “el artículo 189 del Código Penal describe un tipo básico con dos modalidades en el apartado 1º, un tipo privilegiado en el apartado 2º, y un subtipo agravado en el apartado 3º. La letra a) del apartado 1º contempla tres modalidades típicas consistentes en la utilización de menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, su utilización para elaborar cualquier clase de material pornográfico, donde se incluyen los reportajes fotográficos y vídeos, o bien la financiación de cualquiera de estas actividades”.

STS nº 1377/2011, de 19 de diciembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-349466606). La posesión en sí puede materializarse en cualquier clase de soporte que el estado de la tecnología permita y se diferencia con la posesión recogida en el apartado 1.b) en el elemento subjetivo, la finalidad para uso personal frente a la finalidad de tráfico o difusión. Además, como el artículo habla en posesión, el simple visionado o audición de contenido pornográfico no se entiende como realización del tipo, ya que es necesario que se imprima o se grave de algún modo y el usuario puede acceder a él automáticamente.

SAP Madrid nº 1051/2013, de 2 de diciembre, ponente Maria Teresa García Quesada. (VLEX-495953994). “El art. 189.2 del Código penal , castiga a quien "para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces". Este precepto requiere los siguientes elementos: 1) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieran utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel

internacional; 2) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines; 3) Será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso). Esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado, en donde la posesión de los archivos hallados, cuya naturaleza no es discutida por el recurrente, colma las exigencias típicas del aludido art. 189.2 del Código penal.”

SAP Córdoba nº 11/2014, 18 de febrero, ponente Pedro Roque Vilamor Montoro (VLEX-509260342). “El hecho de que no conste en autos que algún otro usuario se descargase ese contenido de los vídeos total o parcialmente descargados por el acusado, no excluiría la incardinación de esta conducta en ese número uno, pues aun siendo así, lo cierto es que estaría facilitando su divulgación para quien quisiera ese archivo a través de la red P2P. Ahora bien, lo que si es preciso es que conste ese conocimiento de que estaba compartiendo esos archivos (en todo o en parte), o como antes se decía que los ponía a disposición de otros usuarios.”

- **Análisis del tipo subjetivo**

STS 1455/2001, de 20 de Julio, ponente Julián Sánchez Melgar (VLEX-15212907). "DELITO DE ABUSO SEXUAL. TIPIFICACIÓN. La ley penal es clara cuando no considera que los **menores** de doce años entonces (hoy menores de trece años) **no son capaces de consentir tales actos sexuales**, por faltarles los resortes adecuados de su personalidad, en razón de su temprana edad, para comprender el significado sexual de su comportamiento, ni puede hablarse con propiedad de libertad sexual de una persona, como es el caso, que contaba con ""nueve o diez años de edad"" cuando comenzaron los tocamientos impúdicos, con aprovechamiento de tal situación de ascendencia sobre la víctima. En primera instancia se condena al acusado. Se declara no ha lugar al recurso de casación."

STS nº 796/2007 de 1 de octubre, ponente Luis Román Puerta Luis. (VLEX-34439047). CONSENTIMIENTO NO VALIDO PARA PORNOGRAFIA. “No sólo **no podía prestar su consentimiento por su minoría de edad**, en relación al

ejercicio de una libertad sexual relativa a la elaboración de material pornográfico que afecta inequívocamente a su dignidad y libre desarrollo de su personalidad y formación, así como a su integridad e indemnidad sexual, sino también porque su consentimiento estaba viciado, haciéndola firmar un contrato cuyo contenido desconocía, que estaba en inglés y cuya trascendencia ni se le explicitó, ni podía comprender, haciéndola faltar a la verdad manifestando que era mayor de edad; presupuesto éste que era el esencial para hacer tal contratación y para utilizarla en la elaboración del material pornográfico. (...) e trata de conductas que serían lícitas entre adultos y que adquieren relieve penal por el mero hecho de que el sujeto pasivo sea un menor o incapaz. **La libertad sexual sólo indirectamente es protegida en cuanto es parte del entendimiento de que éstos sujetos no están en condiciones de ejercerla frente a la conducta prohibida.** El hecho de que la menor hubiera tenido anteriores relaciones sexuales en su vida privada y que accediera a intervenir en el casting pornográfico, no desvanece la relevancia penal de los hechos enjuiciados, pues, de un lado, aquella no tenía aptitudes para ejercitar su libertad sexual en tales circunstancias de obscenidad, pues aún cuando hubiese previsto que habría de mantener relaciones sexuales con Gerardo, no podía prever que se la sometería a una relación simultánea con él e Emilio y mucho menos comprender el alcance sexual de la conducta que se podía tener con ella y su trascendencia y eventual difusión, tal como finalmente aconteció. No sólo no podía prestar su consentimiento por su minoría de edad, en relación al ejercicio de una libertad sexual relativa a la elaboración de material pornográfico que afecta inequívocamente a su dignidad y libre desarrollo de su personalidad y formación, así como a su integridad e indemnidad sexual, sino también porque su consentimiento estaba viciado, haciéndola firmar un contrato cuyo contenido desconocía, que estaba en inglés y cuya trascendencia ni se le explicitó, ni podía comprender, haciéndola faltar a la verdad manifestando que era mayor de edad; presupuesto éste que era el esencial para hacer tal contratación y para utilizarla en la elaboración del material pornográfico.” En el mismo sentido: **SAP Valencia nº 705/2003, de 31 de diciembre, ponente José Andrés Escribano Parreño (VLEX-54623590), SAP Madrid nº 737/2008, de 14 de noviembre, ponente Miguel Hidalgo Abia (VLEX-53885773), STS nº 803/2010, de 30 de septiembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-225701666), STS 264/2012, de 3 de abril, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. (VLEX-367851630).**

STS nº 696/2008 de 29 de octubre, ponente Joaquín Giménez García (VLEX-50694045). “tanto el error de tipo como el de prohibición son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad penal en distinta medida según que se trate de creencia vencible en invencible, por eso el error es un estado

psicológico del sujeto que tiene una relevancia normativa (...) El hecho psíquico, salvo declaraciones del propio autor del hecho psíquico debe ser reconstruido mediante una constelación de indicios --por eso hemos dicho que los hechos psíquicos se aprehenden más que se demuestran-- pero de esa forma indirecta se llega al verdadero objeto de la determinación probatoria: si conoció o no, si quiere o no, si tenía esta intención u otra, etc. etc. 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 Confing e Incoming estaban a disposición de otros usuarios del programa Emule. Es decir, el recurrente viene a reconocer que no ignoraba la antijuridicidad de distribuir material pedófilo. Lo que dice es que ignoraba que estaba ejercitando esa acción, esto es, alega un error de prohibición porque el error afectaba a 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 solo la comisión de la figura del nº 2 del art. 189 --posesión de material pornográfico para uso propio--. (...) el recurrente alega una patología consistente en una **inclinación pedófila y que ello incidió en su conducta, por lo que postula una atenuación de su responsabilidad**. El motivo carece de la menor consistencia y vendría a postular una disminución de la reprochabilidad para cualquier persona que tuviera tendencias delictivas de naturaleza sexual con olvido de que ello supondría un verdadero aliciente a persistir en esas desviaciones. (...) Por sí sola, tal inclinación no determina ni exención ni atenuación alguna; para ello debe ir acreditadamente acompañada de trastornos psíquicos relevantes que aquí no se han acreditado.”

SAP Valencia nº 302/2009, de 20 de mayo, ponente Maria Regina Marrades Gómez. (VLEX-66990617). PORNOGRAFÍA INFANTIL. ELEMENTO SUBJETIVO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 189 DEL C.P. "en el caso de autos, la acreditación del dolo en la conducta del acusado, de la tenencia para uso propio de material pornográfico infantil, resulta de la propia cantidad de material pornográfico infantil intervenido, en una cantidad muy importante, que se guardaba en el ordenador y en discos de almacenamiento extraíble, como los Cds, y DVDs, y este material se encontraba ordenado en carpetas y subcarpetas, lo que implica una acto volitivo de ordenación de un material poseído, indicativo del dolo en la realización de la acción que, se reitera, consiste en la tenencia para uso propio de material pornográfico con menores como sujetos de la acción." En el mismo sentido: **STS nº 533/2009, de 20 de mayo, ponente Andrés Martínez Arrieta. (VLEX-60295259), STS nº 1107/2009, de 12 de noviembre, ponente José Antonio Martín Pallín (VLEX-229127494).**

SAP Girona nº 422/2009, de 10 de junio, ponente Fátima Ramírez Souto. (VLEX-76705417). “El dolo en este delito surge en cuanto el usuario de ese producto se hace cargo y conoce sin duda el verdadero contenido de la

grabación. Desde ese momento, si mantiene el archivo en condiciones de ser usado y obtenido por otros, cabrá hablar del delito de difusión de material pornográfico con menores, y si lo guardare para sí eliminando la posibilidad de uso compartido, del delito de posesión de ese material (*artículo 189.1 b y 2 del Código Penal*), es decir, el hecho de usar el programa Emule para acceder a fuentes de información compartida en Internet, que supone por su definición técnica la posibilidad de que otros usuarios estén usando el mismo archivo en descarga, antes de que se complete la operación incluso y de que el primer usuario haya podido hacerse cargo del contenido del archivo, no puede comprender el dolo de ese usuario, que se haría recaer en la eventualidad de aquel uso por tercero como consecuencia de la capacidad técnica del programa, cuando es evidente que las conductas objeto de acusación en el presente juicio no consienten formas imprudentes, y en cuanto a dolo eventual, aunque pueda admitirse para la concurrencia de alguno de los elementos del tipo, como la edad de los menores, no es aceptable para las conductas descritas en el tipo, como "facilitar" o "poseer". (...) Si no podemos llegar a concluir que el acusado descargara conscientemente los vídeos de pornografía con menores por su propia voluntad tampoco podemos inferir que fuera consciente de que mientras los descargaba los estuviera compartiendo archivos con otros usuarios y de esta manera al menos facilitara la difusión del material pornográfico ni de que los tuviera guardados para compartirlos con otros usuarios. (...) En definitiva, no habiendo quedado probado que el acusado poseyera en su ordenador de forma consciente y voluntaria material pornográfico con menores ni que, en consecuencia, supiera que compartía o intercambiaba tal material con otros usuarios de la red, procede absolverle del delito objeto de la acusación del Ministerio Fiscal.”

STS nº 1074/2009, de 28 de octubre, ponente Francisco Monterde Ferrer. (VLEX-231839434). PORNOGRAFÍA INFANTIL. ARCHIVOS INFORMÁTICOS. "establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del art. 189.1.b CP, en cuanto al **tipo subjetivo**, la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa. (...) el problema de la distribución (o, en otros términos, facilitar su difusión) de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores de trece años, debe ser, en consecuencia, analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros, el número de elementos que son puestos en la red a tal efecto, el dato de que el material ya se encuentre "difundido" en internet, de la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco duro u otros dispositivos de almacenamiento), etc. Y que, en todo caso, **tales actos de divulgación requieren inexcusablemente el dolo de actuar con tal finalidad**, deducido de cualquier circunstancia, pero especialmente de la intervención del autor en la confección de tales materiales o en la elaboración de actividades para ser "colgados en la red" (difundidos), o del concierto de actos de intermediación o pública exhibición; y cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, tal dolo (eventual) se ha de inducir de

esa pluralidad de elementos y circunstancias, especialmente del conocimiento y aceptación por parte del sujeto agente de que el sistema que utiliza pone a disposición de los demás usuarios, o proporciona a los mismos, los archivos que recibe." En este sentido: **SAP Burgos nº 217/2014, de 16 de mayo, ponente Luis Antonio Carballera Simón (VLEX-517381698).**

SAP Ciudad Real nº 10/2010, de 25 de marzo, ponente Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo. (VLEX-218446783). “con respecto al error relativo a la edad de los menores, tan solo y exclusivamente se ha de responder, que para cualquier persona, el conocimiento de ese dato resulta obvio con la simple visión de las fotos y resto de material pornográfico, que figuran unidas a la causa”.

STS nº 342/2013, de 17 de abril, ponente Manuel Marchena Gómez. (VLEX-438315958). ART. 189.1.b). “Para colmar el tipo subjetivo es suficiente, como hemos expresado *supra*, la constatación de un dolo de indiferencia, como manifestación del **dolo eventual**. El acusado es consciente del riesgo que para el bien jurídico protegido encierra transferir a una página web, concebida para el intercambio rápido de archivos, un vídeo en el que se recogen imágenes sexuales explícitas de la menor.”

ATS nº 1697/2013, de 26 de septiembre, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-469054102). “**el dolo de compartir archivos** recibidos que son puestos en la red a disposición de terceros, se puede inducir de una serie de elementos, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en el terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, 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 vídeos como procedentes del terminal del autor del delito, y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el mismo.”

ATS nº 2493/2013, de 19 de diciembre, ponente Francisco Monterde Ferrer. (VLEX-494111878). “la conducta de los que comparten en la red archivos de pornografía infantil debe entenderse comprendido dentro del tipo de distribución: el sujeto no servía material pornográfico a los destinatarios, pero permite que otros accedan al mismo, poniéndolo, por tanto, a disposición de terceros. Ahora bien, (...) la condena no sólo puede ampararse en la utilización del programa, sino que se exige que su usuario conozca que a través de él facilita, según lo expuesto, y de la manera ya indicada, dicha distribución. El dolo (...) no puede presumirse, sino que habrá que valorar, en cada caso, las pruebas existentes al respecto.”

SAP Cuenca nº 26/2009, de 26 de junio, ponente Ernesto Casado Delgado. (VLEX-76768558). “La cuestión nuclear que se invoca en el recurso es la referida

a la inexistencia, por parte del acusado, del elemento subjetivo del tipo del injusto al actuar, desde el 9 de febrero de 2006, en la absoluta creencia de que la posesión de pornografía infantil estaba permitida legalmente. (...) **error de prohibición**, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva -error de prohibición directo- o un error sobre la causa de justificación -**error de prohibición indirecto**-. (...) el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuricidad del acto, (...) Pues bien, en el supuesto sometido a revisión en la presente alzada, no existe presupuesto fáctico alguno que autorice a eximir y/o atenuar la culpabilidad del acusado por una supuesta distorsión o creencia valorativa acerca de la significación antijurídica de los actos por él ejecutados. En efecto, se sostiene en el recurso que el acusado desde el 9 de febrero de 2006 actuaba en la creencia de que la posesión de material que contiene pornografía infantil estaba permitida, alegación de difícil entendimiento ya que presupone, a " contrario sensu" que el acusado era conocedor hasta el día 9 de febrero de 2006 de que la indicada posesión y/o tenencia estaba prohibida. Por otro lado, constando como hechos declarados probados, no atacados en modo alguno en el cuerpo del recurso, que en el domicilio del acusado se hallaron 48 soportes (DVDs y CDs) descargados en los años 2005-2006, conteniendo todos ellos pornografía infantil, con relaciones sexuales explícitas entre los menores y en algunos casos de éstos con adultos (...), así como 150 direcciones de "páginas web" de contenido pedófilo que el acusado ha utilizado para descargar las imágenes a través de sus ordenadores, estos hechos tienen difícil encaje con la manifestación del acusado en el acto del juicio donde dijo que " tenía las carpetas antes de que fuese ilegal la pornografía infantil" manifestación que revela, sin género de dudas, que el acusado era perfecto conocedor de la ilicitud de su proceder, y tan es así que, en resultado del reconocimiento de los CDs, DVDs y cintas de video recogidas por la fuerza policial, se analizaron los 48 soportes en los que constaban carpetas con la título " ilegales" (...), razones todas ellas que conducen derechamente a considerar que el acusado conocía perfectamente la ilicitud de su conducta y que determinan la íntegra desestimación del recurso objeto de la presente alzada."

- **Culpabilidad**

STS nº 1612/2000, de 20 de octubre, ponente Julián Sánchez Melgar (VLEX-15200115). CULPABILIDAD. REQUISITOS. ANÁLISIS. Las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la culpabilidad, o excluyendo la responsabilidad penal al operar como una eximente incompleta ó actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, siempre que concurren los siguientes requisitos: **el requisito biopatológico**, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, y siempre que la intoxicación sea grave y tenga cierta antigüedad; el requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo, no siendo suficiente la adicción si la droga no ha afectado a los **elementos intelectivos** y volitivos del sujeto; el requisito temporal o cronológico, pues la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia; y el requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal.

SAP Segovia nº 2/2003, de 10 de febrero, ponente Luis Brualla Santos-Funcia (VLEX-55365108). Las perversiones sexuales, como cualquiera otras psicopatías, sólo deben merecer una atenuación de la responsabilidad criminal cuando afecten sensiblemente a la capacidad intelectual y volitiva del sujeto” y, por consiguiente, a su capacidad de autodeterminación o cuando se asocien con enfermedades mentales o cuando concurren con circunstancias excepcionales que potencien el desequilibrio afectivo que es característico de las psicopatías. Fuera de estos casos, el debilitamiento de los frenos inhibitorios que puede provocar una perversión sexual no debe reflejarse en circunstancia atenuante alguna.

STS nº 1424/2005, de 5 de diciembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-20066977). Para la apreciación de una circunstancia eximente basada en el estado mental del acusado no basta una clasificación clínica, por lo que debe evitarse el incurrir en la hipervaloración del diagnóstico, en cuanto que es menester poner en relación la alteración mental con el acto delictivo de que se trata, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo. Se distingue el alcoholismo y embriaguez, en cuanto que el primero implica una intoxicación crónica y la segunda una intoxicación aguda, con encaje jurídico ya en la enajenación mental, ya en el trastorno mental transitorio,

exigiéndose en todo caso una afectación de las bases de imputabilidad. En este sentido: **STS de 24 de octubre de 1994, ponente Gregorio García Ancos (VLEX-202702151), SAP Madrid nº 99/2008, de 9 de julio, ponente María Riera Ocáriz. (VLEX-42933704), SAP Sevilla nº 225/2009, de 21 de abril, ponente José Manuel Holgado Merino. (VLEX-208131643), STS 873/2009, de 23 de julio, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. (VLEX-66899026), SAPMadrid nº 288/2012, de 8 de junio, ponente Rosa María Quintana San Martín (VLEX-391664418).**

STS nº 588/2010 de 22 de junio, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (VLEX-215159859). DELITO DE DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. “El acusado sufre un conjunto de trastornos ansiosos, sobre la base de una personalidad predispuesta, que se han combinado con el consumo tóxico, hasta llegar a una situación de aislamiento y de grave dependencia, no solo a tóxicos, sino también, sobre todo, al uso de internet, donde el informado se ha envuelto en una conducta autodestructiva consciente pero en la que su voluntad se vio afectada. **El delito que se le imputa tiene que valorarse dentro de esta situación psicopatológica específica.**”

- **Los tipos cualificados de pornografía infantil**

STS nº 913/2006, de 20 de septiembre, ponente José Antonio Martín Pallín (VLEX-24316066). CORRUPCIÓN DE MENORES. RED INFORMÁTICA. “Se condena al acusado como autor de un delito de corrupción de menores (...). **La organización guarda ciertas similitudes con la asociación ilícita.** Las acciones ejecutivas imputables a una persona a la que se la adjudica la condición de miembro de una asociación pasa por un cierto dominio del hecho, caso que no concurre en el consumo y aportación de imágenes de origen desconocido a la red de pornografía infantil. Los autores de hechos como el que estamos examinando casi siempre actuarán en función de sus instintos sexuales y nunca por medio de órdenes, instrucciones o cualquier otra tarea previamente convenida.”

STS nº 674/2009, de 20 de mayo, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-76464441). DIFUSIÓN DE PORNOGRAFÍA DE MENORES DE TRECE AÑOS. NO APLICACIÓN DEL SUBTIPO AGRAVADO. La circunstancia agravatoria de la letra a) del apartado 3º se refiere a *"cuando se utilicen menores de 13 años"*, es decir, no emplea expresiones como *"tratarse de menores de 13"*

años" o "representar a dichos menores", sino que la acción se refiere a utilizar, lo que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones pueden integrar directamente las conductas previstas en la letra a) del apartado 1º, pero no necesariamente todas las descritas en la letra b), pues la difusión o posterior utilización de imágenes producidas por otro no significa usar o utilizar a los menores sino difundir los soportes ya elaborados en los que sí se han utilizado menores de 13 años en persona, de forma que sería necesario establecer en cada caso, en relación con la letra b) del apartado 1º, si ha concurrido o no esta utilización. En el presente caso el acusado ha difundido soportes previamente elaborados por otros y el subtipo agravado no sería aplicable. Por otra parte, si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, parece una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro a ocho años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico." En el mismo sentido: **STS nº 1110/2009, de 16 de noviembre, ponente Joaquín Delgado García. (VLEX-229137922), STS 1098/2010, de 13 de diciembre, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar. (VLEX-252334358), STS nº 842/2010, de 07 de Octubre de 2010, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca (VLEX-228674238).**

STS nº 592/2009, de 5 de junio, ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez. (VLEX-60295742). CORRUPCION DE MENORES. El art. 189.3,b) Cpenal 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 -debe- 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. En primera instancia se condena al acusado. Se estima la casación. En el mismo sentido: **STS nº 184/2012, de 9 de marzo, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-364508002).**

STS nº 674/2010, de 5 de julio, ponente Manuel Marchena Gómez (VLEX-218421363). "la apreciación del art. 189.3.c), con el fin de excluir una interpretación puramente objetiva, exige: a) la determinación pericial del valor económico de los archivos; b) que ese importe tenga una relevancia económica

trascendente, sin que la determinación de la cuantía de referencia pueda hacerse, como propugna algún sector doctrinal, mediante la rígida aplicación de las pautas jurisprudenciales fijadas en relación con delitos de naturaleza patrimonial o contra la salud pública; d) la constancia de un propósito lucrativo por parte del imputado, que ha de obtener, o estar en disposición de obtener, un provecho económico derivado de su cesión o intercambio; d) la descripción en el factum de esa dimensión económica añadida, sin que su concurrencia pueda identificarse con la preferencia tecnológica en la descarga que el software otorga a quienes ya han compartido con otros internautas un elevado número de archivos”. En el mismo sentido: **STS nº 795/2009, de 28 de mayo, ponente Juan Saavedra Ruiz. (VLEX-76466625), SAP Pontevedra nº 38/2009, de 18 de junio, ponente José Ferrer González (VLEX-76718461), SAP Barcelona, nº 26/2010, de 8 de enero, ponente José Grau Gasso. (VLEX-206862031); STS nº 107/2010, 16 de febrero, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo. (VLEX-215188867).**

SAP Barcelona nº 733/2013, de 31 de julio, ponente Sergi Cardenal Montraveta. (VLEX-480200886). “La jurisprudencia ha considerado que el subtipo agravado previsto en el art. 189.3.a) CP no resulta aplicable cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico. (...) 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 . 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 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. (...)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 mismo 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, a 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. 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, con independencia que durante la ejecución no aparezca el rostro de la niña, lo que afectaría además a su intimidad, y no se observe el empleo de fuerza física por parte del adulto, que sería violencia física, como se describe en factum. Por último, la estimación del segundo motivo en todo caso excluye la del primero porque siendo el mismo hecho probado no es posible agravarlo doblemente tomando la violencia sexual como contenido típico exclusivo, absorbiendo la calificación del hecho como degradante o vejatorio, lo que no sucedería necesariamente en el caso contrario.” En este sentido: **STS nº 696/2008, de 29 de octubre, ponente Joaquín Giménez García (VLEX-50694045).**

SAP Pontevedra nº 32/2013, de 12 de septiembre, ponente Maria Cristina Navares Villar. (VLEX-468630554). ART. 189.3.e) CP. “Los canales IRC tienen (...) una clara vocación de continuidad derivada de la naturaleza de beneficio creciente que los caracteriza, de tal modo que, a más usuarios, más cantidad de material a compartir, lo que hace que progresivamente los usuarios vayan invitando al canal a otros internautas, creciendo exponencialmente el número de usuarios del canal, que hace que éste se mantenga indefinitivamente en el tiempo en internet a disposición de los usuarios. La participación en el canal "#sexotabu" servía para facilitar enormemente el acceso a la pornografía infantil de sus usuarios que, además de la que podían adquirir en el mismo, entablaban lazos de relación entre sí que derivaban en el uso de otros medios y estructuras idóneas para la obtención de pornografía infantil, como era el intercambio de las direcciones de correo electrónico entre los usuarios para la transmisión directa de la pornografía infantil, el establecimiento entre ellos de contactos a través de la mensajería instantánea -generalmente Messenger-, o el intercambio de Información acerca de los lugares donde encontrar pornografía infantil, como los grupos de noticias (news) o acerca de la denominación concreta de archivos pedófilos en redes p2p. Sólo participando en el canal "#sexotabu" era posible acceder a estas estructuras secundarias de difusión de la pornografía infantil. La difusión de la pornografía infantil a través del canal "#sexotabu", venía rodeada de ciertas medidas de protección que dificultaban especialmente su persecución policial. Así, como se ha dicho, la difusión solo se producía cuando el usuario conocía las reglas específicas del canal que imponían ciertos comportamientos, preguntas iniciales o respuestas a las mismas; generalmente no se enviaba pornografía infantil sin hacer recibido otros envíos del solicitante; se utilizaba el cifrado digital de archivos para que únicamente pudieran acceder a ellos ciertos usuarios; se utilizaban formatos de vídeo que precisaban de aplicaciones especiales para su visionado; o se intercambiaba entre los usuarios información acerca de las medidas de protección adecuadas para evitar ser descubiertos. **Como consecuencia de todo lo anterior, la participación en el canal IRC "#sexotabu", constituía un medio idóneo para el intercambio de pornografía**

infantil, incrementando desmesuradamente las posibilidades de distribución de esta clase de material en relación con otras formas o medios de intercambio, proporcionando a todos los partícipes la protección derivada de la dificultad de persecución de estas formas de estructuras en internet.”

SAP Valladolid nº 127/2014, de 19 de marzo, ponente Angel Santiago Martínez García. (VLEX-508050542). ART.189.3.d) CP. “Por lo que se refiere a la **violencia sexual con menores**, la doctrina ha entendido que ha de referirse a los hechos que más gravemente atentan contra su indemnidad sexual, refiriéndose de manera específica a las violaciones, es decir, a los accesos carnales por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por cualquiera de las dos primeras vías; en nuestro caso sí que se han compartido archivos cuyo contenido, además de referirse a menores de 13 años, contenían violencia sexual, puesto que contenían violaciones de niñas muy pequeñas y de un bebé, imágenes que el procesado se había bajado a través de EMULE, facilitando su difusión. Estimamos, como el Ministerio Fiscal, que las imágenes que aparecen al folio 203 (en las que un adulto eyacula en la boca de una niña muy pequeña mientras la sujeta la cabeza), constituyen igualmente violencia sexual.” En el mismo sentido: **ATS nº 398/2014, de 13 de marzo, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. (VLEX-502209478).**

SAP Madrid nº 439/2014, de 9 de junio, ponente Miguel Hidalgo Abia. (VLEX-537690406). “El visionado de los archivos informáticos intervenidos al acusado, junto con los fotogramas que se han incorporado a la causa, evidencia el carácter degradante o vejatorio, incluso de violencia física o sexual, entendido los mismos como un trato que humilla, rebaja y envilece a los menores. Ahora bien, (...), todo uso de menores con fines de gratificación sexual puede y debe ser calificado de degradante y vejatorio para ellos. De modo que las agravaciones del número 3 del artículo 189 del Código Penal, dos referidas al material pornográfico, dos a las condiciones del sujeto activo y las otras dos referidas a los actos de utilización del apartado 1 a) o de elaboración del material del apartado 1 b), requieren una especialidad superadora de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico de menores. Por ello, aún cuando el material pornográfico pudiera considerarse merecedor de la especial agravación de los apartados b) y d) del número 3 del artículo referenciado, tal elemento no puede considerarse en relación con el acusado que, autor de la modalidad típica del artículo 189.1 b), no ha utilizado a menores de 13 años, ni ha participado en la elaboración del material pornográfico infantil. Limitándose a captarlo, poseerlo y distribuirlo, facilitando sus archivos y enlaces. Conducta merecedora del reproche penal del artículo 189.1.b), no cabiendo efectuar una exasperación punitiva aplicándole subtipos agravados tan solo procedente en quienes producen o elaboran el material pornográfico con menores e incapaces.”

STS nº 12/2015, de 20 de enero, ponente Candido Conde-Pumpido Touron. (VLEX-554515218). PORNOGRAFÍA INFANTIL. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. APLICACIÓN A POSEEDORES Y DISTRIBUIDORES. “Aunque el acusado no fuera el productor, sino un poseedor y distribuidor de las

imágenes, queda justificada la aplicación de la modalidad agravada del artículo 189.3.b) del CP (carácter degradante o vejatorio de los hechos) por el grado de bestialismo que muestran las imágenes, en la que los menores son rebajados a la categoría de animal u obligados a sufrir prácticas particularmente degradantes. Pornografía infantil.- Doctrina sobre la aplicación de las modalidades agravadas.- En la circunstancia agravatoria de la letra a) del apartado 3º, que afecta a los supuestos en que "se utilicen menores de 13 años", la doctrina jurisprudencial considera que la expresión verbal empleada, "utilizar", que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de los menores, no permite la aplicación de la agravación a la mera difusión o utilización de imágenes producidas por otros, pues la posesión e incluso la divulgación no equivalen a usar o utilizar directamente a los menores para confeccionar las imágenes pornográficas, sino a aprovechar o difundir soportes ya elaborados. Solo es aplicable a quien elabore o produzca el material pornográfico. Pero esta doctrina restrictiva que se fundamenta en la especialcualidad o circunstancia personal del sujeto pasivo utilizado en la grabación, no está justificada en otros supuestos agravatorios del art. 189.3, que se caracterizan por la particular gravedad de la conducta desde el punto de vista objetivo, por lo que no resulta aplicable a las modalidades agravadas b) y d), que son las que el Ministerio Público solicita aplicar.”

- **Autoría y participación**

STS nº 1538/2000, de 9 de octubre, ponente José Jiménez Villarejo (VLEX-51929770). COMPLICIDAD “La reflexión de que el acceso carnal de un padre con su hija de seis años, realizado en un contexto doméstico, no es concebible si no lo rodea una actitud permisiva e incluso complaciente de quienes lo presencian y, por otra, la consideración de determinados hechos probados como la ""imposibilidad"" con que la recurrida observó el primer acceso y el favorecimiento que hubo de suponer, para la consumación del segundo, que momentos antes permitiese que el procesado introdujese sus dedos, indistintamente, en su vagina y en la de la niña. Si poco después el procesado penetró vaginalmente a su hija ""ante la presencia pasiva"" de su compañera ""quien no hizo nada por impedir tal acción"", tal omisión, que en nada obstaculizó la perpetración de unos hechos a los que la omitente prestó claramente su aquiescencia, no puede dejar de merecer el reproche penal de la **comisión por omisión en grado de complicidad**, siempre que la omitente, claro está, pueda ser considerada legalmente garante de la libertad sexual de la ofendida.” En el mismo

sentido: **SAP Madrid nº 462/2008, de 26 de septiembre, ponente José Manuel Clemente Fernández-Prieto González. (VLEX-52045960).**

- **Iter Criminis**

SAP Granada nº 283/2009, de 25 de mayo, ponente Pedro Ramos Almenara (VLEX-76289134). TENTATIVA Y CONSUMACIÓN. “Sin embargo y tal como lo ha solicitado el Ministerio Fiscal, los hechos en los que intervienen los menores Matías y Primitivo, no llegaron a integrar la consumación delictiva de dicha infracción. Pues aunque el acusado les pedía que les enseñara el pene y se masturbaran delante de la webcam, ellos no lo hicieron, por lo que el delito es en grado de tentativa ... Consideramos que (pese a ser un delito de mera actividad y no de resultado que si admite formas imperfectas) con la proposición a la masturbación, el acusado comete una tentativa de corrupción de menores, ya que intentar hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste está tipificado en el artículo 189.3 del Código Penal , piénsese que la conversación obscena de que les enseñare el pene y la invitación a masturbarse, repercute gravemente en el desarrollo de la personalidad del niño de haber sido consumado.”

STS nº 1143/2011, de 28 de octubre, ponente Manuel Marchena Gómez. (VLEX-335655414). “Conviene puntualizar que el delito previsto en el art. 189.1.a) del CP incluye entre sus modalidades algo más que la simple elaboración de material pornográfico en uno u otro soporte. En efecto, conforme a su literalidad -ajena a las exigencias impuestas por la buena técnica jurídica- el tipo penal también abarca la utilización de un menor de edad o un incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos, lo que es perfectamente **compatible con el desarrollo de los hechos en el ámbito privado**, comprendiéndose la exhibición sólo para el propio sujeto activo del delito. (...). **Es decir, para la consumación del delito, puede ser suficiente la utilización del menor con esa finalidad exhibicionista o pornográfica, con independencia de la reproducción gráfica que pueda obtenerse de los hechos en los que el menor ha sido utilizado.** Y esta idea conduce directamente a admitir que el tipo agravado previsto en el art. 189.3 b) del CP es aplicable, tanto a los hechos particularmente degradantes o vejatorios como a la reproducción gráfica de esos mismos hechos. Así parece desprenderse incluso del tenor gramatical de aquel precepto, en el que se alude a hechos, comprendiendo la utilización del menor para escenificar comportamientos pornográficos altamente vejatorios, como la grabación de los mismos. Tampoco

es admisible la alegación referida a la calificación de los hechos como integrantes de un **delito continuado**.”

STS 373/2011, de 13 de mayo, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar (VLEX-280758963). “Al desconocerse la fecha de la incorporación de los archivos citados, y del borrado de los mismos, ha de inferirse, en beneficio del reo, que tal descarga o traslación a los cuerpos de almacenamiento del sistema informático pudieron ser tan fugaces, que durasen el tiempo correspondiente a su visionado y posterior destrucción, o bien el traslado a la papelera de reciclaje (...). Siendo así, procede la absolución del acusado, al faltar una mínima determinación temporal sobre tal posesión, que al tratarse de una mera detención fugaz, no puede integrar el tipo.”

STS nº 239/2013, de 17 de mayo, ponente María José García-Galán San Miguel (VLEX-447743370). “También se declara probado que el propio **acusado había procedido a su borrado con anterioridad a la práctica de la diligencia de entrada y registro** -tanto en su domicilio como en su ordenador- y, por tanto, antes de que pudiera conocer que se seguiría investigación contra él, habiendo transcurrido entre la adquisición y la constatación del borrado (14 de marzo de 2005 y 13 de diciembre de 2007) más de dos años y medio, sin que conste la fecha de borrado. (...) **No se entiende porqué los hechos dejan de ser típicos por el borrado ulterior, una vez se declara probada la posesión y por tanto la comisión del delito. (...) No hay razones para entender que el delito se refiere sólo a la posesión actual, y no a la anterior**, si bien ésta última de mayor dificultad probatoria, pero que en este caso ha sido declarada probada contundentemente. **Y si se excluyera una posesión que no tenía vocación de permanencia durante largo tiempo, el delito quedaría vacío de contenido.**”

SAP Madrid nº 123/2014, de 20 de febrero, ponente Maria del Pilar de Prada Bengoa. (VLEX-500139714). DELITO DE TENENCIA DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL. “Delito cuya comisión requiere dos elementos objetivos, como son, la posesión para el propio uso de material pornográfico y que en su elaboración se hayan utilizado menores o incapaces, y uno subjetivo, la concurrencia de un dolo general que abarque el conocimiento y la voluntad de la tenencia de dicho material que implica la utilización sexual de menores -en el presente caso ninguna duda cabe ya que se constata mediante el visualización de los archivos e incluso se infiere de la nomenclatura de tales archivos.” Sobre el art. 189.1.b) CP, “la simple utilización de un programa de intercambio de archivos no sirve por sí misma para constatar la intención de distribuir ni tampoco la efectiva distribución de los mismos, pues en todo caso, (...), tales actos de divulgación requieren inexcusablemente el dolo de actuar con tal finalidad, deducido de cualquier circunstancia. (...) siendo suficiente la concurrencia del dolo eventual para incurrir en el tipo penal que estamos tratando.”

- **Problemas concursales**

SAP Baleares nº 38/2008, de 11 de febrero, ponente Eduardo Calderón Susín (VLEX-52255694). “apreciación de la figura del **delito continuado** en el delito de corrupción de menores (...) atendiendo a que hubo varias fotografías con el mismo menor realizadas en distintos momentos, por lo que al no haberse podido concretar los diferentes momentos existe la homogeneidad de actos, el mismo plan y el dolo unitario, además de un sólo sujeto pasivo, que se exige para construir el delito continuado.(...) conclusión que este Tribunal considera acertada porque, de haber considerado los diversos episodios como una unidad de acción y por ende única infracción, no se estaría contemplando el desvalor de todas las ocasiones en que se hicieron las fotos de claro contenido pornográfico, y en esta materia no da igual uno que cien. (...) no existen obstáculos para que las conductas penadas en el art.189.1, cuando se repitan en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, sean susceptibles de calificarse y valorarse a través del expediente del delito continuado.”

STS nº 785/2008, de 25 de noviembre, ponente Ramón Soriano Soriano (VLEX- 5204976). DIFUSIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. “Los archivos que contienen conversaciones en clave de "chat" no se equiparan a la correspondencia telegráfica. Comunicación en curso y concluída. Derecho a la intimidad. **La difusión de pornografía no integra un delito continuado, cualquiera que sean los actos ejecutados o menores afectados. Delito de simple actividad.** * Necesidad de que las imágenes de los menores sean reales y existentes. Posibilidad de utilizar imágenes trucadas o virtuales, fruto de la composición informática.”

STS nº 829/2008, de 5 de diciembre, ponente José Antonio Martín Pallín (VLEX-53902845). “Usuario de un **programa E-MULE** que baja pornografía infantil. La posibilidad de difusión se aumenta con el incremento de volumen de bajada de contenidos. La sentencia, por ello, consideró que no se trata de un mero usuario sino de un difusor. **No hay delito continuado sino de un delito único.** (...) no podemos, considerar que la repetición íntegra, el tipo de la difusión y al mismo tiempo constituye un delito continuado, lo que se opone a la doble valoración punitiva de un mismo hecho, por lo que, es necesario eliminar la figura del delito continuado por repetitiva e indebidamente agravatoria. Con ello nos encontramos ante un solo hecho delictivo que nos lleva a imponer la pena en su grado mínimo, es decir, cuatro años de prisión que son una respuesta que, prevista por el legislador, se ajusta más adecuadamente al reproche de la conducta que estamos examinado.”