

PORNOGRAFÍA INFANTIL: REGULACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Luis M. Uriarte Valiente

1. INTRODUCCIÓN

“Los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, incluida la pornografía infantil, constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Con esta declaración tan importante y, al mismo tiempo, tan evidente, comienza el preámbulo de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil que, pocas líneas más adelante afirma que, *“la pornografía infantil, que consiste en imágenes de abusos sexuales a menores, y otras formas especialmente graves de abusos sexuales y explotación sexual de la infancia está aumentando y extendiéndose con el uso de las nuevas tecnologías e Internet”.*

Efectivamente, como ya advertíamos hace tiempo¹, la consolidación de internet como escenario de la actividad delictiva, vino a confirmar los augurios más pesimistas que ya desde su origen nos hablaban de la red como el lugar idóneo para ciertas tipologías de delito y, entre ellas, especialmente, las referidas a la pornografía infantil. La evolución de la criminalidad en los últimos años ha venido poniendo de manifiesto que, si existe un comportamiento delictivo que ha experimentado un desarrollo descomunal e injustificado con la generalización del uso de internet, ha sido precisamente éste, los comportamientos relativos a la producción, intercambio y consumo de pornografía infantil.

La simple revisión de las estadísticas y memorias de la actividad delictiva durante los últimos veinte años nos permite comprobar cómo un comportamiento delictivo que apenas tenía incidencia antes de lo que se dio en llamar la revolución cibernética, pasó a engrosar progresivamente las estadísticas anuales sobre delincuencia a medida que se generalizaba el uso de internet entre la población; y si tratamos de buscar una justificación que pueda explicar esa dependencia exagerada de la red de los delitos relativos a la pornografía infantil, resulta obligado referirse a una serie de características de internet que van a constituir la esencia de la actividad delictiva que comentamos, condicionando con ello esa interdependencia a la que hacemos referencia:

- El anonimato que caracteriza la navegación a través de internet y que en gran medida ha supuesto una de sus características que más ha contribuido a su difusión supone, al mismo tiempo, un aliciente para el desarrollo de determinadas conductas prohibidas de naturaleza sexual.

¹ “El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet”, Luis M. Uriarte Valiente, Centro de Estudios Jurídicos, 2012.

- El alcance y difusión extraordinario de las comunicaciones que se consigue a través de internet, constituye una herramienta inigualable para la distribución de la pornografía infantil que, de otro modo, nunca podría haber llegado a representar un problema de la magnitud que hoy en día supone.
- Las dificultades de control y persecución policial que comporta internet, aparecen como un serio acicate para el desarrollo de estas actividades delictivas, al existir una cierta conciencia de impunidad entre los usuarios de la red.
- Las posibilidades de comunicación multimedia que brinda la red, contribuyen igualmente al desarrollo de comportamientos delictivos que recaen sobre contenidos que adoptan estas formas de soporte, como la pornografía infantil.
- Finalmente, la universalidad del medio, que permite la comunicación inmediata con cualquier lugar del mundo, facilita, con la misma inmediatez, la difusión del delito sin sujeción a ningún tipo de fronteras naturales o políticas, lo que ha servido, al mismo tiempo, para universalizar los delitos relativos a la pornografía infantil.

El legislador europeo, consciente del preocupante incremento de esta clase de delitos, pretende abordar con la Directiva 2011/92/UE determinados problemas que, en la lucha de los Estados contra la pornografía infantil, se habían venido poniendo de relieve. Pues bien, precisamente la transposición de esta Directiva a nuestro ordenamiento jurídico es lo que justifica la razón de ser de la modificación del artículo 189 de nuestro Código Penal que se incluye en el Anteproyecto de reforma en estos momentos en trámite parlamentario, artículo este que, una vez más –y son muchas en los últimos años-, se ve modificado con la finalidad de intentar atajar un problema para el que no parece haberse encontrado todavía solución.

Trataremos de analizar en las siguientes líneas alguno de los aspectos esenciales en la regulación de los delitos de pornografía infantil en nuestro Código Penal, así como las novedades que suponen para nuestra regulación legal las modificaciones que esta nueva reforma del Código Penal pretende introducir en materia de delitos de pornografía infantil, confiando en que, en esta ocasión, el legislador haya dado con la fórmula ideal para poner coto a esta gravísima forma de ataque contra la infancia, sin duda alguna, la parte más débil y más necesitada de protección.

2. CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

La regulación de los delitos relativos a la pornografía infantil en nuestro Código Penal puede considerarse como muy reciente y fragmentaria, al haberse ido construyendo poco a poco, de la mano de las sucesivas reformas de nuestro código. La redacción originaria del texto de 1995 únicamente recogía la utilización de menores de edad para la producción de pornografía infantil. Posteriormente, ya en 1999, se introdujo la tipificación de la difusión de la pornografía infantil y, en 2003, la exigua regulación legal, experimentó un importante desarrollo hasta quedar en términos muy parecidos a como la conocemos hoy, dando entrada en nuestro Código Penal a las previsiones que se recogían en diversos instrumentos internacionales que empezaban ya

a abordar el grave problema de la pornografía infantil surgido de la mano de la explosión de internet.² Finalmente, la última modificación legislativa del artículo 189 de nuestro Código Penal vino de la mano de la reforma llevada a cabo por LO 5/2010, que supuso como principal novedad, un endurecimiento generalizado de las penas.

Pues bien, a pesar de este intenso proceso de configuración del comportamiento típico a lo largo de las diversas reformas, ninguna de ellas consideró oportuno incluir en la regulación un concepto de pornografía infantil lo que, sin duda alguna, generó una serie de problemas durante los primeros años de existencia de este delito.

El concepto literal de lo que debe entenderse por pornografía se recogía por la Real Academia de la Lengua Española como la presencia de obscenidad en las creaciones literarias, fotográficas, cinematográficas o artísticas y, a su vez, la obscenidad era definida como aquello que es ofensivo al pudor. Como el pudor, a su vez, venía referido a un sentimiento dependiente de circunstancias tales como la educación, la época, el contexto social y las circunstancias del caso concreto, podía definirse la pornografía como “todas aquellas representaciones de la figura humana en las que se aprecie un contenido sexual y que, atendiendo a las circunstancias de la época, del contexto social en que se incluyan y del caso y forma concreta en que aparezcan presentadas, puedan considerarse ofensivas para el pudor de una persona media”.

Como puede apreciarse, el concepto literal de pornografía infantil generaba tremendas inseguridades absolutamente incompatibles con la seguridad jurídica que exige el derecho penal, al hacer depender en exceso el delito de aspectos excesivamente subjetivos y volubles como son las circunstancias de la época, el contexto social o la situación en la que apareciera la representación posiblemente pornográfica.

No fueron pocas las resoluciones de nuestros Tribunales que se vieron influenciadas por ese matiz subjetivo del concepto y así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1981 señalaba que “...*la publicación de la revista ha de reputarse de carácter pornográfico, en cuanto tanto los textos como las fotografías que integran su contenido, en su totalidad, carecen de la menor justificación literaria, artística o científica, constituyendo tan solo la expresión y representación de obscenidades tendentes a la desviada excitación del instinto sexual*”. La configuración del pudor humano como una manifestación del contexto social y del tiempo en que se vive y su importancia en la delimitación de lo que ha de entenderse por pornografía, fue también reconocido en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 cuando, después de reconocer que la ley penal no ofrecía una definición de lo que debía entenderse por pornografía, justificaba igualmente la inexistencia de este concepto en la doctrina jurisprudencial al 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*”, concluyendo finalmente que, en esta materia, “...*las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código Civil.*” Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo 105/2009, de 30 de

² Fundamentalmente, los trabajos que posteriormente cristalizaron en la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003 del Consejo, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, el Convenio sobre el Cibercrimen, firmado en Budapest el 8 de noviembre de 2001 y el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000.

enero, señalaba que *“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”*.

La introducción de un concepto de pornografía infantil en nuestro ordenamiento jurídico llegó finalmente de la mano de diversos textos internacionales que se fueron incorporando a nuestro ordenamiento jurídico y así, la primera definición fue la del 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, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE de 31 de enero de 2002) que en el apartado c) de su artículo 2 definía la pornografía infantil señalando que *“por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”*

Posteriormente, el artículo 9.2 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, señalaba que *“a los efectos del anterior apartado 1, por «pornografía infantil» se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita”*.

Finalmente, 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, definía la pornografía infantil como *“...cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: 1) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño, o 2) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso 1), o 3) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso 1i).”*

No obstante las definiciones contenidas en estos textos internacionales, se alzaron algunas voces que consideraban oportuna la inclusión de una definición de pornografía infantil en nuestro Código Penal, y en este sentido el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 que acabó siendo el germen de la reforma llevada a cabo por LO 5/2010, informe que no llegó a ser atendido en este extremo.

En el momento actual, vuelven a surgir propuestas favorables a la inclusión de una definición de pornografía infantil en el Código Penal. Este es el caso del Anteproyecto de Ley Orgánica para la modificación del Código Penal de 2013, que incluye una definición de pornografía infantil en el artículo 189 señalando que

“A los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados incapaces:

- a. *Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona discapacitada 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 discapacitada necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales,*
- c. *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”.*

Esta definición, que parece el resultado de una refundición de las tres definiciones anteriormente aludidas, debe su origen a la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo a la que ya antes hacíamos referencia. El pre – legislador español ha optado por incluir literalmente en el Anteproyecto la definición recogida en la Directiva, con la única matización de reducir el concepto de pornografía infantil en relación con la denominada “pornografía infantil virtual”, a la que más adelante nos referiremos.

Si finalmente prospera esta reforma del Código Penal, habremos dado solución definitiva al problema del concepto de pornografía infantil como elemento esencial del tipo penal recogido en el artículo 189 de nuestro código, evitando así interpretaciones subjetivistas o sometidas a criterios valorativos poco precisos, incrementando la objetividad de nuestro texto penal y con ello la necesaria seguridad jurídica del derecho penal español.

3. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS BÁSICOS

La redacción original del Código Penal de 1995 únicamente incluía en su artículo 189, como conducta relacionada con la pornografía infantil, la utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, conducta ésta que castigaba con penas privativas de libertad de uno a tres años.

Como ya antes se señalaba, fue la LO 11/1999 de 30 abril (con vigencia desde el 21 de mayo de 1999), la que introdujo la reforma más relevante de las hasta ahora producidas en materia de pornografía infantil en la regulación de nuestro Código Penal. A partir de ese momento, el artículo 189 incorporaba una enumeración que recogía en su apartado primero dos modalidades de comportamientos típicos que, con algunas matizaciones, han llegado hasta la regulación actual. Estos comportamientos delictivos, tipificados en dos apartados a y b, se diferenciaban por incidir directamente el primero de ellos sobre el propio menor o incapaz, mientras que el segundo recaía sobre la imagen pornográfica del mismo. De esta manera, sancionaba el artículo 189.1 a) la utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, así como su utilización para la elaboración de material pornográfico y la financiación de cualquiera de estas actividades. El apartado b), por su parte, sancionaba conductas que no incidían ya directamente sobre el menor o incapaz, como la producción, venta, distribución, exhibición, la facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición de material pornográfico o la posesión para estos fines.

Como principales innovaciones de esta nueva regulación, la reforma de 1999 vino a superar las interpretaciones doctrinales divergentes acerca del carácter público o privado del espectáculo exhibicionista o pornográfico que se habían suscitado con la anterior regulación, durante la cual, se llegó a afirmar que el concepto de espectáculo siempre debía referirse a un acto público, lo que dejaba sin castigo la utilización de un menor de edad o incapaz para la exclusiva contemplación de una sola persona. Con la nueva regulación y al tipificarse expresamente el carácter público o privado del espectáculo exhibicionista o pornográfico, no cabía duda ya que serían constitutivos de delito aquellos comportamientos de exhibición del desnudo de un menor de edad, con fines primordialmente sexuales, aunque se produjeran ante la presencia de un único sujeto activo, como serían los tan frecuentes supuestos actualmente existentes de desnudos de menores ante su webcam para la contemplación de un tercero conectado con ellos a través de internet.

Un problema que no resolvía la reforma de 1999 y que aún hoy sigue sin resolverse, es el relativo al carácter activo o pasivo de la conducta del menor o incapaz o, planteado en otros términos, si puede considerarse delictiva la utilización de un menor de edad en un espectáculo exhibicionista o pornográfico en el que el menor no desarrolle un comportamiento activo, sino que se limite a contemplar la escena. Personalmente, me inclino por la incriminación de ambas modalidades, siempre que en el caso de comportamientos pasivos exista una verdadera utilización relevante del menor en el espectáculo, debiendo recordarse aquí que el ánimo lascivo o lúbrico debe concurrir en el sujeto activo del delito y no en el menor o incapaz, que perfectamente podrá desarrollar una conducta ajena a toda connotación sexual que, sin embargo, sea utilizada en ese contexto y con ese ánimo por el sujeto activo.

El segundo gran grupo de comportamientos ilícitos que regulaba la reforma del Código Penal de 1999, según veíamos antes, venía constituido por un conjunto de conductas que no incidían ya directamente sobre el menor o incapaz, sino que recaían sobre su imagen, como podían ser la producción, venta, distribución, exhibición, la facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición de material pornográfico, o la posesión para aquellos fines, y ello a pesar de que se incluían también comportamientos referidos a la producción o facilitación de la producción de pornografía infantil, que habría que entender referida a lo que podría ser una “post-producción” o conducta que incidiera de cualquier modo sobre el material pornográfico ya elaborado, pues la producción propiamente dicha, como sinónimo de elaboración, aparecía ya sancionada en el apartado primero.

En el caso de los delitos relativos a la pornografía infantil o referida a incapaces que se cometen a través de internet, éstas serían las modalidades comisivas que con mayor frecuencia nos vamos a encontrar y, especialmente, los comportamientos de distribución de pornografía, en torno a los cuales, se manifestarían el resto de comportamientos delictivos típicos, como podrían ser los referidos a la venta, exhibición o facilitación de la difusión de la pornografía e incluso excepcionalmente, los comportamientos de producción de pornografía infantil. En este punto es preciso señalar que la distribución de la pornografía admite cualquier tipo de conducta que posibilite la simple visualización del material pornográfico por personas diferentes de quien pudiera considerarse poseedor del mismo, es decir, por sujetos distintos de quien consideremos autor del delito. Se englobarían aquí, como manifestaciones primarias de la conducta, el envío directo de pornografía infantil a terceras personas a través de contactos en tiempo real entre ellas –como puede ocurrir en el caso de los foros, chats

de conversación o comunidades virtuales de toda índole-, o bien a través del correo electrónico, o mediante la colocación del material pornográfico en la red, sin destinatario concreto, como ocurre en los supuestos de páginas web con contenido pedófilo.

Junto a estas manifestaciones primarias de la conducta de distribución, aparecen con frecuencia otras igualmente punibles como las constituidas por la venta de pornografía –generalmente a través de páginas web-, la facilitación de su distribución mediante la indicación a otros usuarios de las páginas web, personas, chats o foros en los que puede obtenerse pornografía infantil e incluso la propia producción o creación de material pornográfico, que se podrá intuir ya mediante el análisis de determinadas fotografías difundidas a través de internet, pero cuya comprobación requerirá con frecuencia la investigación del entorno del delincuente en busca de las víctimas del delito o de otras evidencias que sustenten la acusación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 292/2008, de 28 de mayo (Rec. 2002/2007; Ponente: Ramos Gancedo, Diego Antonio), señalaba que *“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”*.

Finalmente, la reforma del Código Penal de 1999 incluía dentro de este segundo grupo de comportamientos ilícitos, la simple posesión de pornografía infantil orientada o tendente a la misma finalidad que regulaba el precepto, esto es, a la venta, distribución, exhibición o facilitación de la venta, difusión o exhibición del material pornográfico, estableciendo un tratamiento punitivo privilegiado al limitar la extensión de la pena a la mitad inferior de la prevista para el tipo básico.

Esta regulación suscitó numerosas críticas, al dejar fuera de la previsión legal punitiva la posesión de pornografía infantil para el propio consumo, comportamiento que se estimaba preparatorio de la acción típica y que ya suponía un grave peligro para el bien jurídico protegido.

Como consecuencia de tales críticas, la punición de la simple tenencia de la pornografía infantil para el propio consumo fue tipificada penalmente en la siguiente reforma de nuestro Código Penal, la llevada a cabo por LO 15/2003, con entrada en vigor a partir del 1 de octubre de 2004, que distinguía entre la posesión preordenada a la venta, distribución, exhibición o su facilitación –la que ya regulaba la reforma de 1999- y la posesión para el propio uso que introducía ex – novo la reforma, equiparando las penas en el primer caso a las del resto de los tipos básicos (lo que suponía una elevación de la pena respecto de la previsión introducida por la reforma de 1999) y estableciendo una penalidad privilegiada de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años en los casos de posesión para el propio consumo. Esta tipificación de la posesión de pornografía infantil y su penalidad, permanecería ya invariable en las sucesivas reformas de nuestro Código Penal hasta el día de hoy.

En relación con la posesión de pornografía infantil, una de las cuestiones más controvertidas que se han venido suscitando es la relativa a la prueba de la finalidad divulgativa o para el propio uso que pudiere tener el material pornográfico poseído. En estos casos, la regla general para inferir el ánimo del sujeto activo no debería ser la cantidad del material pornográfico poseído, de manera análoga a como se hace en los delitos contra la salud pública, ya que un importante acopio de pornografía infantil puede perfectamente obedecer al comportamiento propio de un coleccionista y no de un

distribuidor. En estos casos, para inferir la finalidad de la posesión, sería más apropiado valorar otras circunstancias indiciarias que la rodean, como pudieran ser conversaciones mantenidas con otros consumidores en las que se anunciara la distribución, participación en actividades que requieran distribución (comunidades virtuales de intercambio, p.ej.) o, en definitiva, la constatación de una efectiva distribución de pornografía infantil, sin perjuicio de que en este caso la distribución propiamente dicha de la pornografía absorbería la posesión para la distribución como culminación del acto preparatorio especialmente tipificado que ésta es.

Como vemos, la redacción que introdujo la reforma del Código Penal de 1999, vino a sentar las bases esenciales de nuestra regulación, bases que, con pequeños matices y precisiones, han llegado hasta nuestros días.

La siguiente reforma que experimentó el artículo 189 de nuestro Código Penal, como se ha dicho, vino determinada por LO 15/2003 de 25 noviembre que, por lo que se refiere a los comportamientos típicos básicos que aquí analizamos, introdujo únicamente dos matices a la regulación. El primero de ellos fue el relativo a la posesión de pornografía infantil al que ya hemos hecho referencia y, el segundo, consistió en la introducción de la expresión “cualquiera que sea su soporte”, en el apartado a) del artículo 189.1 para referirse a la elaboración de la pornografía infantil. Sin perjuicio de que no se habían suscitado especiales problemas para la interpretación de este precepto en lo relativo al soporte de la pornografía infantil elaborada, la nueva previsión legal parecía querer adelantarse a las tremendas innovaciones que de manera cotidiana se venían produciendo en el mundo digital, con la finalidad de evitar la impunidad de ciertos comportamientos que pudieran surgir al amparo de nuevas formas virtuales de posesión de la pornografía infantil.

La última de las reformas que ha experimentado nuestro Código Penal y que, como no podía ser de otro modo, ha abordado también la regulación de la pornografía infantil, ha sido la llevada a cabo mediante LO 5/2010, con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010. Además de otras interesantes aportaciones y por lo que a los comportamientos típicos básicos se refiere, la nueva regulación ampliaba el tipo básico con tres nuevos comportamientos constitutivos de delito:

- La captación de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, que se unía a su utilización, que ya se encontraba tipificada (Artículo 189.1.a)).
- La obtención de lucro por medio de cualquiera de las anteriores conductas, que se unía a la financiación de las mismas, ya constitutiva de delito con anterioridad a la reforma (Artículo 189.1.a)).
- El ofrecimiento de material pornográfico en cuya elaboración hubieran sido utilizados menores de edad o incapaces, comportamiento que se añadía a los ya típicos de producción, venta, distribución, exhibición u ofrecimiento de los mismos.

El fundamento de esta reforma se encontraba 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 ya que, como señala el preámbulo de la L.O 5/2010, “en el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la

Decisión Marco a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se lucra con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1. a) del artículo 189”.

Como vemos, la regulación de la pornografía infantil en nuestro ordenamiento jurídico puede considerarse reciente y todavía en proceso de evolución, lo que resulta acreditado por las constantes modificaciones que son introducidas en nuestro Código Penal cada vez que el mismo sufre una reforma. De esta manera y como una etapa más en este proceso de evolución de esta figura delictiva, la proyectada reforma del Código Penal de 2013, en el texto de su Anteproyecto, incluye dos nuevas modificaciones de los comportamientos típicos básicos que debemos considerar como acertadas para acabar de perfilar el marco punitivo de esta clase de comportamientos delictivos contra la infancia.

En primer lugar, se castiga ahora también, además de la simple posesión de pornografía infantil para el consumo propio, el simple visionado o acceso por medio de tecnologías de la información y comunicación a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces. Aunque, en principio, podría considerarse que esta previsión pudiera suponer la limitación de parcelas de libertad del individuo desconectadas del fin último cuya protección pretende el precepto penal, la indemnidad sexual de la infancia, no debe olvidarse que el castigo de estas conductas –al igual que ocurre con la penalización de la simple posesión de pornografía infantil o su difusión–, se fundamenta en su peligrosidad, como conductas favorecedoras de posibles futuras agresiones o abusos a menores a través del fomento de la pedofilia. En definitiva, se trataría de reaccionar penalmente contra el “*potencial estímulo de la explotación sexual de los niños que éstas conductas implican*” (en este sentido, la propuesta de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, 2001/0025). Como señalaba la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, el legislador ha querido proteger la indemnidad sexual de los menores anticipando las barreras de protección penal. En atención a este argumento, no parece extraño que el Código Penal español, del mismo modo que castiga la simple tenencia de pornografía infantil, sancione también el acceso a la pornografía infantil a través de internet como una forma de protección de la infancia.

La segunda de las novedades que incluye el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013, es el castigo de la asistencia, a sabiendas, a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o incapaces, como forma de financiación de los mismos. Desde que la reforma del Código Penal de 1999 introdujera como conducta típica la financiación de espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que se utilizara a menores de edad o incapaces, había quedado un vacío legal para quienes asistieran a dichos espectáculos. En los casos en que para acceder al espectáculo se hubiera pagado una entrada, podría entenderse que el sujeto estaba contribuyendo a la financiación y, en consecuencia, incurriendo en el comportamiento típico. Sin embargo, en los casos de asistencia gratuita, si bien se estaba contribuyendo al fomento de esta clase de comportamientos, podía entenderse que la conducta del sujeto resultaba atípica. Esta concepción fue acogida por el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Menores y contra la Explotación y el Abuso Sexual –más conocido como *Convenio de Lanzarote*–, de 25 de octubre de 2007 (ratificado por España el 12 de marzo de 2009), que recomendaba, admitiendo la posibilidad de presentar reservas en

este extremo, que los estados firmantes castigaran como delito el comportamiento consistente en la asistencia, a sabiendas, a espectáculos pornográficos en los que participen menores de edad.

4. LOS COMPORTAMIENTOS TÍPICOS CUALIFICADOS

El apartado tercero del artículo 189 del Código Penal, enumera una serie de supuestos y circunstancias que hacen que la conducta básica sancionada en el apartado primero del precepto sea castigada con penas que van desde los cinco a los nueve años de prisión. Por lo tanto, las conductas típicas cualificadas a que se refiere este apartado deberán ser siempre referidas a la utilización de los menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico, así como a la producción, venta, distribución, exhibición o su facilitación, de material pornográfico referido a menores de edad o incapaces, incluyéndose la posesión para la distribución, pero en ningún caso podrán aplicarse los subtipos cualificados a la simple posesión de pornografía infantil o referida a incapaces para el propio consumo (artículo 189.2) o a los supuestos de pseudo pornografía infantil (artículo 189.7), por ejemplo.

Abordaremos brevemente las especialidades más destacables que, en la práctica, se han venido suscitando en relación con cada una de estas modalidades agravadas, para acabar haciendo una referencia a las previsiones legislativas en relación con los subtipos cualificados.

1) UTILIZACIÓN DE MENORES DE TRECE AÑOS

El primero de los subapartados del artículo 189.3, hace referencia a la utilización de menores de 13 años en la realización de las conductas descritas en el apartado primero del precepto. El primer problema que plantea esta previsión es el relativo a la determinación de la edad del menor cuando únicamente se cuenta para ello con el material pornográfico producido, como podría ser una fotografía o un vídeo, pero no se conoce la identidad del niño. En realidad, este mismo problema es el que se plantea, con carácter general, para la configuración del tipo básico en los delitos referidos a la pornografía infantil en las mismas circunstancias en las que únicamente se cuenta con cierto material gráfico y no con la identidad del menor, siendo preciso en este caso acreditar la minoría de edad de los 18 años, y en el supuesto del subtipo agravado, la minoría de edad de los 13 años.

Una posible solución en estos casos vendría dada por la elaboración de un informe médico-forense que, partiendo de los criterios científicos pertinentes en orden a la determinación de la edad de la persona, pudiera concretar, más que la edad aproximada de la misma, que se trata de una persona menor de edad o, en el subtipo agravado, menor de trece años. En estos casos, el informe pericial, a la vista del material gráfico existente, deberá valorar –en los casos en los que sea posible– el desarrollo de los órganos sexuales, la altura, la existencia de vello en el cuerpo, el desarrollo óseo, así como cualquier otro aspecto apreciable, como podría ser la voz en los casos en los que se tratara de un video. Ahora bien, como se puede advertir, solamente en aquellos casos en los que parezca evidente, ya la minoría de edad, ya la minoría de los trece años, en

sus casos respectivos, podrá contarse con un informe médico-forense en los términos requeridos por las exigencias típicas, que permita formular acusación en juicio por estos hechos.

En cualquier caso, la existencia de un informe pericial nunca deberá estimarse determinante ya que, como ha señalado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, no podemos olvidar que el perito no deja de ser más que un auxiliar del Juez y que, por lo tanto, el conocimiento privado del Juzgador no está excluido en la valoración de la prueba. Esto se traduce en que debería ser el propio Tribunal enjuiciador el que llegara a la conclusión de la minoría de edad o, en su caso, minoría de trece años, de la víctima, a la vista del material gráfico a través del cual se haya cometido el delito, en aquellos casos en los que esto pueda ser apreciado por una persona con una formación media y sin necesidad, por tanto, del apoyo del experto que supone el perito. En este sentido, puede señalarse como precedente jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2000, que confirma otra dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, en la que, admitiendo como hipótesis la tesis de la defensa de que el informe pericial sobre la edad de la menor no resultaba concluyente, se considera acreditada la menor edad de 12 años de una niña, por la simple observación de la fotografía de la menor por parte del Tribunal, afirmando que el Tribunal sentenciador, *“...no tiene la menor duda de que la niña que allí aparece tenía notoriamente al tiempo de los hechos una edad de menos de doce años, dada su complexión y características físicas; y para llegar a esta conclusión entendemos que no se necesitan otros datos que los proporcionados por esa fotografía”*. En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 696/2008, de 29 de octubre (Rec. 279/2008; Ponente: Giménez García, Joaquín), señala que *“con independencia del desconocimiento de la identidad y edad que pudieran tener los menores que aparecen en los archivos, con su sola contemplación se comprueba que son menores de 13 años, ya que se trata de niños de corta edad lo que se puede apreciar a simple vista con las fotos obrantes en las actuaciones -folios 226 y siguientes- y así lo apreció el Tribunal sentenciador en virtud de la inmediación que tuvo del material probatorio”* y la Sentencia del mismo Tribunal núm. 739/2008, de 12 de noviembre (Rec. 10673/2008; Ponente: Sánchez Melgar, Julián), dice que *“es suficiente con examinar tales fotografías para percatarnos, por los rasgos infantiles de la mayoría de los que allí aparecen, que en la elaboración de ese material pornográfico fueron utilizadas personas menores de trece años (art. 181.3 a)”*.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que las mismas dificultades que presenta la prueba de la edad de la víctima en los supuestos en los que sólo se tiene el material pornográfico difundido o de cualquier otro modo distribuido, son las que encuentra el propio sujeto activo del delito para que esta circunstancia pueda ser abarcada por el dolo. Esta precisión deberá, por lo tanto, delimitar el alcance del comportamiento delictivo únicamente a aquellos casos en los que la circunstancia de ser la víctima menor de trece años pueda ser alcanzada por cualquier persona con una cultura media, debiendo sin embargo excluirse aquellos otros supuestos en los que, pese a aparentar la víctima una edad superior a los trece años, el perito especialista nos aportara argumentos médicos que pudieran conducir a concluir que se trata de un menor de trece años, pues no es suficiente para la aplicación de esta modalidad agravada que se dé el dato objetivo de la edad en la víctima, sino que además será preciso que el mismo sea abarcado por el dolo del agente.

El segundo de los problemas que se ha venido suscitando en relación con la menor edad de trece años del menor objeto de la pornografía infantil y que ha llegado a

generar una copiosa jurisprudencia al respecto, es el relativo a si este subtipo cualificado es aplicable a todos los comportamientos típicos incluidos en el artículo 189.1.b) del Código Penal o si, por el contrario, la modalidad agravada únicamente es aplicable a los supuestos de producción de pornografía infantil pero no a los de venta, distribución, exhibición o su facilitación.

Si bien es cierto que en un primer momento este subtipo cualificado vino siendo aplicado sin distinción a todos los supuestos que se recogen en el apartado primero del artículo 189 (tanto a la producción como a la difusión), pronto se abrió paso una doctrina jurisprudencial que, partiendo de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 674/2009, de 20 de mayo (Rec. 1652/2008; Ponente: Saavedra Ruiz, Juan), entendía que esta modalidad típica agravada únicamente era aplicable a los supuestos de producción, pero no de difusión, venta o exhibición de pornografía infantil. A esta conclusión llegaba partiendo de que el precepto emplea la expresión “utilizar a menores de trece años”, lo que considera sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de los menores, que se dará en los casos de producción de pornografía infantil, pero no en los de difusión, en los que el sujeto activo se sirve del material ya producido y, en consecuencia –dice la Sentencia- no llega a utilizar directamente al menor.

A partir de esta sentencia y después de otras muchas en el mismo sentido que han venido a consolidar esta doctrina, el subtipo agravado del artículo 189.3.a) únicamente se aplica a los supuestos de producción pero no a otros que no supongan utilización directa del menor de edad o incapaz.

2) CARÁCTER PARTICULARMENTE DEGRADANTE O VEJATORIO

El apartado b) del artículo 189.3, regula como segunda modalidad agravada los supuestos en que *“los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”*.

También en este caso son dos los principales problemas que se han venido planteando en la interpretación de esta modalidad agravada del delito. El primero de ellos, la determinación de lo que deba entenderse por carácter particularmente degradante o vejatorio ya que, en principio, cualquier comportamiento de contenido sexual con un menor de edad genera ese sentimiento de degradación o vejación del niño. Como acertadamente señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 739/2008, de 12 de noviembre (Rec. 10673/2008; Ponente: Sánchez Melgar, Julián), *“todos los actos de contenido sexual con menores de 13 años resultan especialmente o particularmente vejatorios, o al menos, este subtipo agravado no sido analizado por la Sala sentenciadora de instancia, la cual lo ha dado por supuesto, cuando lo adiciona a la circunstancia a), sin mayores consideraciones jurídicas. Consecuentemente, el motivo tiene que ser estimado parcialmente, suprimiendo esta agravación específica (la del número b), por estar inmersa en el tratamiento de menores de trece años”*.

En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 592/2009, de 5 de junio (Rec. 2125/2008; Ponente: Andrés Ibáñez, Perfecto), señalaba que *“el artículo 189.3,b) del Código Penal incluye una previsión extraordinariamente abierta: que “los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”. No hay duda de que, en una primera aproximación, todo uso de menores con fines de gratificación sexual puede -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”.

A la vista de estas precisiones jurisprudenciales, parece evidente que la previsión legal que analizamos deberá ser reservada para aquellos casos en los que resulte acreditada una situación de degradación o vejación que exceda a la que resulta ínsita en cualquier acto de contenido sexual con un menor de edad. Esto mismo ocurre, salvando las lógicas especialidades de la figura delictiva que aquí nos ocupa, en la copiosa doctrina jurisprudencial existente en torno a la conducta descrita en el artículo 180.1.1º del propio Código Penal, que tipifica las agresiones sexuales cualificadas cuando la violencia o intimidación ejercidas sobre la víctima revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Del mismo modo que sucede con las agresiones sexuales, la conducta que aquí nos ocupa, es decir, la utilización de menores de edad o incapaces para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o en la elaboración de material de esta naturaleza, va a suponer siempre y en todo caso el sometimiento del menor de edad o incapaz a conductas que pudieran considerarse degradantes o vejatorias, por lo que la concurrencia del subtipo cualificado, sólo podrá apreciarse en aquellos casos en los que se dé un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda conducta de corrupción de menores, ya que lo que debe entenderse que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el "modus operandi" del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales desplegadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima (en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo 383/2003, de 14 de marzo y 812/2003, de 3 de junio entre otras).

En consecuencia, dos serán los requisitos necesarios para poder apreciar esta modalidad agravatoria; por un lado, que la conducta desplegada sobre el menor exceda de los niveles de degradación o vejación connaturales a todo abuso sobre un menor; por otro, que dicha conducta degradante o vejatoria sea expresamente recogida en el escrito de acusación y, en consecuencia, objeto del debate contradictorio desarrollado en el juicio oral, para finalmente ser recogida expresamente en la sentencia que se dicte ya que, en otro caso, faltaría este elemento de especial cualificación que exige el tipo.

Esta diferenciación entre los diversos grados de degradación o vejación que merece un tratamiento punitivo también diferenciado, es claramente recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 588/2010, de 22 de junio (Rec. 2694/2009; Ponente Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón), cuando señala que *“en el caso presente ciertamente esta no es la situación por cuanto el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso parte de la posibilidad de establecer diferencias de gravedad entre ciertos materiales pornográficos. Así entre el que se utilice a menores desnudos o mostrando sus órganos sexuales o en posturas provocativas y otros actos en los que se plasma la realización de actos de penetración sexual utilizando menores de 13 años, incluso niños de muy corta edad, como son los que señala en su escrito de conclusiones provisionales*

bajo los núm. 3 (niña menor de 13 años practicando una felación a un adulto que eyacula en su boca), 4 (adulto penetrando pro vía anal a un bebe varón); 6 (niña menor de 13 años eyaculando en el interior de la boca de un adulto); 7 (dos menores de edad que penetran a la vez, uno vaginalmente y otro bucalmente a una niña menor de 13 años); 13 (adulto penetrando vaginal y analmente a una niña de 3 años de edad); 14 (varón eyaculando en la boca de una niña menor de 13 años); 23 (adulto eyaculando en la cara de una niña menor de 13 años); 16 (niño de menos de dos años de edad, llevándose el pene de un adulto a la boca) y 26 (dos niñas de 3 y 4 años tocando el pene de un adulto, realizándole una felación y, finalmente el adulto penetrando analmente a una de las niñas)”.

El segundo problema que se ha venido suscitando en orden a la interpretación de este subtipo agravado, es el relativo a si puede predicarse respecto del mismo que su aplicación quede restringida únicamente a los supuestos de producción o utilización directa del menor de edad o incapaz, pero no a los de distribución, venta, difusión o cualquier otra forma de utilización únicamente del material pornográfico producido y no del menor, del mismo modo, según veíamos, que acotó la jurisprudencia para el subtipo cualificado del artículo 189.3.a), referido a la utilización de menores de 13 años.

Considero que una interpretación literal del precepto permitiría entender el mismo aplicable a todos los supuestos recogidos en el artículo 189.1 (tanto producción como difusión de pornografía), ya que el artículo no habla de utilizar al menor, como ocurre en el caso del artículo 189.1, sino únicamente del carácter particularmente degradante o vejatorio del hecho, que perfectamente puede entenderse referido al material pornográfico producido o simplemente difundido. Si el legislador hubiera querido restringir la aplicación del tipo penal, hubiera utilizado alguna fórmula restrictiva o, al menos, como sucede en los supuestos del artículo 189.3.a), hubiera descrito la acción típica con un verbo que sustentara la restricción, como ocurre con el verbo utilizar que recoge el primer subtipo cualificado. Sin embargo, en este caso la fórmula es abierta, sin restricción interpretativa alguna, por lo que nada impide su aplicación a la difusión.

No obstante lo anterior, la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo ha restringido también en este caso la aplicación de la agravación a los supuestos de utilización directa del menor, excluyendo los de mera distribución o difusión, aunque también es cierto que se trata de una línea no consolidada y no suficientemente argumentada. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo 588/2010, de 22 de junio (Rec. 2694/2009; Ponente Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón) y la 107/2010, de 16 de febrero (Rec. 1712/2009; Ponente: Ramos Gancedo, Diego Antonio) excluyen la aplicación del subtipo agravado a los supuestos de difusión por aplicación extensiva de la doctrina jurisprudencial establecida para los supuestos de utilización de menores de trece años, pero sin argumentar especialmente el fundamento de dicha extensión. La Sentencia del Tribunal Supremo 340/2010, de 16 de abril (Rec. 1805/2009; Ponente: Varela Castro, Luciano), por su parte, de manera más clarificadora, considera que *“el apartado 3 del artículo 189 recoge seis supuestos de agravación. Dos referidos al material pornográfico. Dos a las condiciones del sujeto activo. Y las otras dos solamente cabe entenderlas referidas a los actos de utilización del apartado 1.a) o de elaboración del material del apartado 1. b) del citado artículo 189 del Código Penal EDL 1995/16398. Cuando el legislador ha querido referir el elemento que justifica la agravación al resultado plasmado en el material pornográfico lo ha dicho de manera inequívoca. Así en el apartado 3 d) del citado artículo 189 (que éste*

represente especial violencia física o sexual). O en el apartado c) del mismo artículo 189.3 (valor económico del material). De la misma manera que son inequívocas las referencias de agravación que conciernen a condiciones del sujeto activo. En consecuencia, aunque el material pudiera considerarse merecedor de la especial agravación del apartado 3. b), ya que, pese a la escasa argumentación, los hechos probados refieren situaciones de bestialismo, tal elemento no puede considerarse en relación con el acusado que autor de la modalidad típica del artículo 189.1, b), no ha participado en la elaboración del material pornográfico.”

En definitiva, entiendo que la interpretación de esta modalidad agravada no se encuentra todavía suficientemente consolidada, siendo preciso esperar nuevos pronunciamientos que desarrollen la línea jurisprudencial apuntada, o bien que aborden otra forma de interpretar el precepto.

3) ESPECIAL GRAVEDAD DERIVADA DEL VALOR ECONÓMICO DEL MATERIAL PORNOGRÁFICO

Hace referencia a continuación el artículo 189.3 como motivo de agravación de la conducta básica, a la especial gravedad de los hechos que pudiera derivarse del valor económico del material pornográfico producido. En este caso, parece que no deberían plantearse dudas en relación a su posible aplicación, tanto en los supuestos de producción como a los de difusión, toda vez que la agravación parece claramente referida al material pornográfico y no a la concreta utilización que se hiciera de los menores o incapaces.

El principal problema que aquí se suscita es el de la determinación de lo que deba entenderse por “valor normal” del material pornográfico para así, poder incluir en la agravación todos aquellos supuestos que, por exceder de los cánones de la normalidad, supongan un plus de antijuridicidad que merezca un mayor reproche penal, distinguiendo de este modo el tipo básico del tipo cualificado, como ocurre en relación con otras figuras delictivas como la estafa, que tipifican como modalidad agravada la realización del tipo básico de manera especialmente reprobable en atención a la cuantía económica con que se pueda relacionar el objeto del delito.

Por otro lado, podría plantearse si el subtipo agravado que comentamos es únicamente aplicable a los supuestos de venta de material pornográfico a que se refiere el artículo 189.1.b) o, por el contrario, no es preciso acreditar que el material pornográfico ha sido vendido y cuál ha sido su precio para la posible aplicación de este tipo. Nos inclinamos por la segunda solución, ya que en ningún caso serían incompatibles con ella los supuestos de producción o difusión de material pornográfico que tuviera un importante valor económico, siempre que éste se pudiera acreditar, que va a resultar, en la práctica, la mayor dificultad para la aplicación del precepto. A esta solución parece también conducir la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los Delitos relacionados con la Pornografía Infantil, cuando establece que *“una vía adecuada para traducir penológicamente la mayor antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad podría eventualmente encontrarse en la aplicación del subtipo agravado del art. 189.3 c) (cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico).”*

En realidad y como se ha señalado, la principal dificultad para la aplicación de esta modalidad agravada del delito vendría derivada de la gran dificultad existente para valorar de algún modo el material pornográfico, lo que hará que, en la práctica, únicamente pueda ser aplicado este subtipo agravado en aquellos supuestos de venta (consumada o no), en los que conste el precio del material pornográfico. En este sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo 588/2010, de 22 de junio (rec. 2694/2009; Ponente: Berdugo de la Torre, Juan Ramón) que *“el valor económico o la especial entidad del material pornográfico incautado podrá ser la prueba de haberse cometido un número importante de atentados contra la indemnización sexual de los menores o incapaces, por lo que debería determinarse con arreglo a los criterios similares a los que se utilizan en ámbitos delictivos en los que existen tipos agravados de parecidas características, ello implica la exigencia de que conste alguna valoración económica del material incautado y que en aplicación, por regla general, deberá limitarse a quienes los han elaborado, producido o difundido mediante una compensación económica por cuanto debemos subrayar que el tipo penal básico del art. 189.1.b) no queda recortado por la exigencia de ánimo de lucro en la conducta del autor, lo que resulta un acierto desde un punto de vista político-criminal, dado que múltiples conductas de introducción de material pornográfico en Internet (sobre todo protagonizadas por pedófilos) no vienen informados por un ánimo o intencionalidad económica. Las nuevas tecnologías han favorecido la producción y tráfico de carácter aficionado, de carácter gratuito, a lo que ha contribuido la aparición del vídeo doméstico y la telemática de masas, que imponen las nuevas autopistas de la información –en especial Internet- o de verificación de “chats” en los que se implica a menores. [...] En el caso presente no consta en el factum, ni siquiera por aproximación cual pudiera ser el valor económico de dicho material, ni que el acusado pudiese beneficiarse de algún modo en su conducta de compartir el mismo con otros desconocidos internautas.”*

4) VIOLENCIA SOBRE LOS MENORES O INCAPACES

El apartado d) del artículo 189.3 agrava las penas *“cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual”*. El problema que con mayor frecuencia se ha planteado la doctrina jurisprudencial en relación con esta modalidad agravada, ha sido el relativo a la interpretación de lo que deba entenderse por violencia física o sexual.

La Sentencia del Tribunal Supremo 588/2010, de 22 de junio (rec. 2694/2009; Ponente: Berdugo de la Torre, Juan Ramón) analiza la violencia física equiparándola a la que se exige para la integración de los delitos de agresión sexual, señalando al respecto que *“ésta ha sido considerada como la que supone el empleo de medios violentos destinados a vencer la resistencia del ofendido. El tema estriba no tanto en constatar si ha existido algún tipo de fuerza física por mínima que sea, como si esa fuerza estaba destinada a vencer una resistencia exteriorizada, ello nos llevaría en el caso de menores de corta edad a no considerar violencia, la fuerza que no se dirige a vencer una inexistente resistencia del menor, totalmente vulnerable a esa edad, precisamente porque no tiene ninguna capacidad de reacción, ni incluso conciencia de estar siendo agredido. La STS. 140/2004 de 9.2, no vio violencia en el acto de coger el cuello del menor para realizar una felación a la que accedió el mismo por el*

desconcierto sufrido y la situación de inferioridad en la que se encontraba y no tanto por la violencia ejercida con su inicial acción”.

La violencia sexual, por su parte, es analizada en la Sentencia del Tribunal Supremo 184/2012, de 9 de marzo (rec. 456/2011; Ponente: Saavedra Ruiz, Juan), que señala que *“la violencia sexual tiene un componente físico que no se dirige directamente a doblegar la voluntad o el consentimiento del sujeto pasivo sino que debe situarse en la esfera de una conducta sexual en sí misma desproporcionada, anormal o excesiva. Violencia es la cualidad de violento y este es un adjetivo que se aplica tanto a quien actúa sin comedimiento, a las cosas fuertes o intensas, a lo que va contra la tendencia o condición naturales, las acciones que suponen una agresión física o moral o incluso a situaciones incómodas. Aplicado ello a los actos sexuales no puede significar otra cosa que lo ya apuntado más arriba: comportamientos alejados de la tendencia o condición natural de los mismos, acciones fuera de todo comedimiento, imágenes especialmente fuertes e intensas. Pues bien, aplicado ello a los menores, se justifica la agravación cuando la desproporción es tan evidente como en el caso de autos, criterio ya apuntado en alguno de nuestros precedentes, tratándose de una niña de cuatro años penetrada vaginal y analmente en repetidas ocasiones por un pene adulto en erección y rotulador o similar”.*

Un problema que todavía no ha llegado a plantearse jurisprudencialmente pero que puede generar importantes dudas, es el de la referencia por parte del legislador al sujeto pasivo “niños” en lugar de “menores”, como viene haciendo el precepto a lo largo de toda su redacción, mención ésta que habrá que interpretar como una voluntad legislativa consciente y deliberada de restringir la agravación a aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo del delito merezca la consideración de niño y no ya menor de edad, lo que nos obliga a delimitar el alcance del concepto.

Como en todo supuesto de interpretación legal, el primer criterio interpretativo tendrá que venir dado por la significación literal del concepto, y en este sentido, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define la voz niño como “que está en la niñez”, y a su vez define la niñez como “periodo de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”, mientras que la minoría de edad es un concepto jurídico, referido actualmente en la legislación española a la menor edad de 18 años. A la vista de tales conceptos, deberá entenderse que lo que castiga el precepto como infracción cualificada, es el empleo de violencia física o sexual sobre impúberes o incapaces, quedando fuera, por tanto, de la cualificación aquí analizada, el empleo de dicha violencia física o sexual sobre menores de edad que ya hayan entrado en la pubertad.

Por lo que se refiere a los incapaces, debe recordarse que en el concepto se incluye, no sólo a las personas judicialmente incapacitadas, sino también a aquellas que padezcan una incapacidad de hecho, aunque su situación no haya sido debidamente formalizada, como así señala el artículo 25 del Código Penal. En estos supuestos se agrava decisivamente el problema de acreditar la condición del sujeto pasivo en los casos en los que no aparezca identificada la persona del incapaz, de tal modo que pueda llevarse a cabo un reconocimiento médico del mismo para acreditar éste elemento del tipo.

Por último, es preciso referirse de nuevo a la posibilidad de aplicar este comportamiento típico agravado, no sólo a los supuestos de producción de pornografía u otras formas de utilización directa del menor o incapaz, sino también a los de difusión

o distribución, en los que el sujeto activo no actúa directamente sobre el menor o incapaz. En este caso parece más evidente aún la intención del legislador, al referir expresamente la conducta al material pornográfico y no al acto en sí de contenido sexual. Es decir, el legislador no sanciona especialmente en este artículo la realización de actos de contenido sexual con menores o incapaces utilizando violencia física o sexual, que pudiera hacer que nos planteáramos restringir el tipo únicamente a los supuestos de utilización, sino que sanciona los actos previstos en el apartado primero del artículo (recordemos, tanto producción de la pornografía como su difusión), cuando el material pornográfico (producido o difundido, debe entenderse) represente a niños o incapaces que son víctima de violencia física o sexual.

Pues bien, a pesar de algunos pronunciamientos jurisprudenciales titubeantes en los que llegó a extenderse la interpretación sentada para el artículo 189.3.a) a los supuestos del apartado d), parece que la más reciente línea jurisprudencial opta por la admisión del subtipo agravado para todos los supuestos del artículo 189.1 –producción y difusión-, si atendemos a la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo 340/2010, de 16 de abril (Rec. 1805/2009; Ponente: Varela Castro, Luciano) y, sobre todo, a la también citada Sentencia del Tribunal Supremo 184/2012, de 9 de marzo (rec. 456/2011; Ponente: Saavedra Ruiz, Juan).

5) PERTENENCIA DEL CULPABLE A UNA ORGANIZACIÓN O ASOCIACIÓN

El quinto supuesto de agravación de la conducta típica que recoge el apartado e) del artículo 189.3, viene constituido por la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

Si bien es posible encontrar algún supuesto en el que un determinado grupo organizado se dedique a realizar actividades de utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o de elaboración de pornografía infantil (artículo 189.1 a)), en realidad, el supuesto que con más frecuencia se presentará en la práctica, vendrá constituido por la existencia de organizaciones o asociaciones dedicadas al intercambio ó distribución a través de internet de pornografía infantil (artículo 189.1 b)), lo que va a plantear ciertos problemas probatorios o interpretativos para la aplicación del subtipo penal cualificado que aquí analizamos.

Efectivamente, desde el mismo momento del nacimiento de internet, se ha venido constatando la presencia de foros, chats, u otra clase de grupos de intercambio, nacidos en el seno de internet, que aparecían consagrados y cuyo único objeto era el intercambio de pornografía infantil y experiencias pedófilas, y cuya consideración como asociación u organización planteó desde un principio serios y difíciles problemas interpretativos.

En principio, partiendo de los criterios que jurisprudencialmente venían siendo señalados para la determinación de la existencia de una organización o asociación en relación con el tráfico ilícito de drogas, era posible sostener que en los casos de distribución de pornografía infantil a través de internet que se llevaran a cabo en el seno de foros o comunidades virtuales, nos encontraríamos en presencia del subtipo

cualificado que aquí analizamos pues, ciertamente, podía afirmarse la concurrencia de los requisitos que se señalaban para la existencia de una organización y, así:

- En las comunidades virtuales se dan cita siempre una pluralidad de agentes, ya que su propia esencia implica la existencia creciente de numerosos miembros que participan del objeto de la comunidad.
- En cuanto a los medios, las comunidades virtuales de internet constituyen el medio idóneo para la difusión de la pornografía infantil, ya que el delincuente encuentra un ambiente seguro para desplegar su conducta ilícita al estar restringida a extraños la entrada en la comunidad y, además, facilitan el contacto con otros consumidores y productores de material pornográfico, lo que al mismo tiempo facilita la adquisición y difusión del mismo y garantizan el anonimato de sus usuarios.
- Las comunidades virtuales de internet se rigen por estrictas reglas que establecen sus criterios de actuación, como son la necesidad de cumplir una serie de requisitos para ser admitido como miembro de la comunidad y para poder permanecer en la misma, reglas de actuación que perfectamente pueden ser consideradas como “plan previamente concebido y adoptado”.
- Asimismo, en las comunidades virtuales existe una distribución jerárquica de funciones, pudiendo distinguirse entre los llamados administradores, administradores adjuntos y miembros de la comunidad.
- La propia esencia de la comunidad implica una finalidad de perdurar en el tiempo, cumpliéndose la exigencia jurisprudencial de sobrepasar la simple y ocasional consorciabilidad para el delito (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998).
- La comunidad virtual es independiente de sus miembros, de tal suerte que una vez creada, admite cambios cotidianos de las personas que la integran sin alterar la esencia de la misma, perteneciendo incluso a la propia naturaleza de la comunidad la posibilidad de ser expulsado o nuevamente admitido a la misma.

Uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales que analizaba la concurrencia en internet de los requisitos clásicos de las organizaciones delictivas, vino constituido por la Sentencia de 30 de junio de 2004 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que en un supuesto de difusión de pornografía infantil a través de internet llevado a cabo en el seno de una comunidad virtual, si bien comenzaba señalando que la misma no podía ser considerada como una organización, al no resultar justificada la existencia de una estructura jerarquizada con distribución de sus competencias y atribuciones, sí podía ser considerada, sin embargo, como una asociación, siquiera de carácter transitorio, al entender que *“la asociación implica la unión de un conjunto de personas para alcanzar un mismo fin común a través de una concreta y específica normativa que la organiza, regula y rige, dándole un carácter estable”* y, en el caso analizado, podía afirmarse que la comunidad virtual estaba integrada por un conjunto de personas –sus miembros-, que perseguían alcanzar el mismo fin –la difusión y la exhibición de imágenes de menores de edad en actitudes explícitamente sexuales-, a través de una normativa específica – la exigencia, para poder mantener la condición de miembro, de la colaboración activa para el logro de los fines

perseguidos, o la realización de los intercambios de archivos a través del correo electrónico-.

Pero el pronunciamiento jurisprudencial sin duda más decisivo en este punto, ha venido constituido por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2004 que, partiendo de la exposición del concepto tradicional de organización en nuestra doctrina jurisprudencial que exige –dice la sentencia-, la existencia de redes estructuradas, jerarquía, reparto de papeles y vocación de continuidad, recuerda que la mayor reprochabilidad de los comportamientos delictivos cometidos a través de organizaciones o asociaciones deriva de la mayor facilidad para la comisión del delito y de la mayor intensidad del ataque al bien jurídico protegido que representa esta forma de delincuencia, estableciendo a continuación los requisitos esenciales toda organización de los que ha de partirse posteriormente para la definición de lo que debe entenderse por organización en el caso de los delitos cometidos a través de internet.

De esta forma, el Tribunal Supremo delimita este nuevo concepto de organización, cuando de delitos cometidos a través de internet se trata, señalando que *“el propio instrumento comisivo, la "red", bastará para integrar tanto la utilización de medios idóneos para configurar la actuación coordinada propia de la organización delictiva, como para alcanzar la finalidad pretendida, a la que ya antes aludíamos, de una mayor facilidad de comisión del delito y capacidad de lesión del bien jurídico protegido, añadiendo especiales dificultades tanto a la prevención como para la persecución del ilícito. Lo esencial en estos nuevos fenómenos delictivos está, precisamente, en que la simple utilización de la red de comunicaciones informáticas supone ya el aporte del elemento de coordinación y el empleo de medio excepcional que se proyecta hacia una mayor lesividad, imprescindibles, aunque no del todo suficientes, para la consideración de la existencia de una organización criminal. Precisándose a partir de ello, tan sólo, la puesta en relación de los diferentes sujetos intervinientes con el propósito de difusión de las imágenes con una atribución de concretos cometidos para ver completados, en estos casos, los requisitos exigibles para la integración del concepto "organización", sin que haya de requerirse para configurar la trama estructurada, en este ámbito de la comunicación "redial", un conocimiento personal, directo y recíproco de los diferentes integrantes del grupo, ya que el mismo se produce precisamente por medio de la red, alcanzándose el concierto mutuo, la distribución de "papeles" y la coordinación potenciadora de la incrementada agresividad lesiva de las conductas, a través del acatamiento y cumplimiento, por cada uno de los partícipes, de las reglas que así mismo se dan los grupos constituidos en torno a los "lugares de encuentro" que constituyen las direcciones y páginas "web" de la propia red.”*

Esto es así, termina señalando la sentencia comentada, porque *“no es lo mismo, por tanto, ni merece igual consideración punitiva, la conducta del infractor aislado que capta, elabora y distribuye por sí solo material pornográfico, incluso mediante internet, que el supuesto de hallarnos ante una pluralidad de usuarios que, coincidentes en ese "lugar de encuentro" virtual, coordinan sus acciones para potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes dañinas para los derechos de los menores, permitiendo, además, su difusión incluso a otras personas ajenas al grupo organizado.”*

A pesar de que posteriormente han existido otros pronunciamientos que han venido a negar el concepto de organización a las estructuras virtuales de intercambio de archivos en internet (como la Sentencia del Tribunal Supremo 913/2006, de 20 de septiembre (Ponente: Martín Pallín)), no ha habido ninguna otra sentencia que haya analizado el problema con una profundidad y un dominio del medio semejante al que recoge esta sentencia, por lo que entendemos que la doctrina que la misma recoge sigue gozando de la actualidad necesaria para su íntegra consideración.

6) POSICIÓN DE GARANTE DEL CULPABLE

Finalmente, el último supuesto de subtipo cualificado que recoge el artículo 189.3 del Código Penal, viene constituido por la circunstancia de que el responsable del delito sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz. La razón de ser de esta previsión punitiva agravada, cuya integración típica no suscita dificultades interpretativas, hay que buscarla en el incremento del desvalor de la acción que deriva de la especial condición del sujeto activo en relación con la víctima. Debemos considerar, lógicamente, que la agravación resulta aplicable tanto a los supuestos de producción como a los de simple difusión de la pornografía infantil, siempre que se dé la especial relación personal que el tipo penal exige entre el menor o incapaz y el sujeto activo del delito, lo que nos obligará, en todo caso, a tener plenamente identificado al menor o incapaz al que se refiera el material pornográfico.

7) PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2013

El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013 incluye algunas novedades en relación con los subtipos agravados del artículo 189 que merecen ser comentadas, subtipos que ahora aparecen recogidos en el apartado segundo del precepto, al haberse llevado a cabo una reorganización de la estructura del tipo.

La primera de las novedades que llama la atención en la nueva redacción es la sustitución que se hace del sustantivo “niños” en los apartados a) y d) del número tercero de la regulación actual por el de “menores”. La explicación no puede ser otra mas que evitar las dudas interpretativas derivadas de la diferente significación de las palabras niños y menores. Como antes se señalaba, la interpretación literal del sustantivo niño conduce a interpretar como sujeto pasivo de la actual regulación a los impúberes, dejando, en consecuencia, fuera del subtipo agravado que recoge el artículo 189.3.d), a los menores de edad que ya han superado la pubertad. Con esta modificación, el legislador parece querer evitar esa interpretación literal confirmando su voluntad aparente de extender la aplicación del subtipo agravado a todos los menores de edad y no solamente a los impúberes.

La segunda de las novedades que prevé la reforma para los subtipos cualificados del artículo que analizamos es la inclusión de un nuevo supuesto consistente en que el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima. Parece claro que esta modalidad agravada únicamente podrá ser aplicable en los casos en los que exista relación directa entre el sujeto activo del delito y

el menor o incapaz, esto es, en los referidos a la utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración o producción de pornografía infantil, pero no en los de difusión, exhibición o venta de pornografía infantil. A esta conclusión se llega si partimos de la gran dificultad que supondría poner en peligro la vida o la salud le menor o incapaz con la simple venta o distribución del material pornográfico, aunque no debemos desechar absolutamente dicha posibilidad que, teóricamente, podría llegar a ser posible.

Incluye también la reforma una modificación novedosa del último de los subtipos agravados, referido al carácter de ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o encargado, de hecho o de derecho, de la víctima del delito. La novedad ha consistido en sustituir la dicción actual “menor o incapaz” por “persona discapacitada necesitada de especial protección”. Aunque una primera lectura del nuevo texto podría conducir a interpretar que se amplían los sujetos pasivos del delito en estos casos a las personas necesitadas de especial protección, aunque no estuvieran incapacitadas, la realidad es que el nuevo texto expresa justamente lo contrario, una reducción o limitación de los sujetos pasivos a los discapacitados que precisen una especial protección, dejando fuera de la agravación a las personas discapacitadas que no requieran esa especial protección. Efectivamente, para la primera interpretación habría sido necesaria la utilización de la conjunción “o” (“persona discapacitada o necesitada de especial protección”) mientras que la redacción propuesta debe conducir necesariamente a exigir ambos requisitos en el sujeto pasivo, su discapacidad y su necesidad de especial protección. Realmente, salvo que se trate de un error de redacción, no parece muy adecuada la nueva previsión, pues no parece lógico hacer distinciones dentro de la discapacidad en relación con este extremo, cuando no se hacen en ningún otro caso, no solo en este precepto, sino en todo el Código Penal.

Finalmente, la reforma que analizamos incluye un novedoso supuesto de superagravación de la pena aplicable tanto al tipo básico como a los subtipos agravados. En cada uno de los casos, establece el precepto que se imponga la pena superior en grado, esto es, de cinco a siete años y seis meses de prisión para el tipo básico y de nueve a trece años y seis meses de prisión en los subtipos cualificados. Nos referimos a la previsión que la propuesta de reforma establece para un nuevo artículo 189.3 que recoge el supuesto de que se hubiere utilizado violencia o intimidación en la realización de la conducta típica.

Esta nueva previsión merece una precisión. El nuevo precepto limita su aplicación a los supuestos recogidos en el artículo 189.1.a), esto es, captación o utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico, así como la financiación de estas actividades o el lucro procedente de las mismas. Se excluyen expresamente, por lo tanto, los supuestos del apartado b) del artículo: la producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento o su facilitación de pornografía infantil, así como la posesión para estos fines. Ahora bien, esto no significa que su aplicación se agote en los supuestos del artículo 189.1.a), sino que también será de aplicación a los subtipos cualificados (en el texto de la propuesta de reforma en el artículo 189.2), siempre que la acción típica original que se cualifica sea de las comprendidas en el artículo 189.1.a). Es decir, que será posible la superagravación en los supuestas de elaboración de material pornográfico referido a menores de edad que no hayan alcanzado los 13 años, o cuando sea especialmente degradante o vejatorio, o especialmente grave en atención a su valor, o represente menores víctimas de violencia física o sexual, o se cometa en el seno de

una organización, pero, sin embargo, no cabrá la superagravación en estos mismos supuestos cuando se trate de intercambio de pornografía infantil (artículo 189.1.b)) y no producción. La diferencia será que en los supuestos de superagravación de las conductas recogidas en el artículo 189.1.a), como se dijo, la pena será de cinco a siete años y seis meses de prisión, y en los supuestos de superagravación de las conductas del artículo 189.2 (según la nueva numeración que propone la reforma), las penas irán de nueve a trece años y seis meses de prisión. Esta posibilidad de aplicación, tanto a los supuestos del artículo 189.1.a) como a los subtipos cualificados residenciados ahora en el artículo 189.2, se desprende de la propia redacción del nuevo artículo 189.3 cuando dice que se impondrá “la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores”.

Resta únicamente por precisar la diferencia entre el tradicional subtipo agravado referido a la representación en el material pornográfico de menores o incapaces víctimas de violencia física o sexual (actual artículo 189.3.d), que tras la reforma pasaría a ser el artículo 189.2.e)) y el nuevo tipo superagravado que pasaría a integrar el nuevo apartado tercero del artículo 189 y que viene referido a la comisión de los hechos con violencia o intimidación. La primera diferencia estriba en que en un caso se tipifica la violencia física o sexual y en otro la violencia o intimidación, de tal modo que, si bien es cierto que la violencia física encajaría en los dos, la violencia sexual y la intimidación solo encajarían en uno de los apartados; las dudas se circunscribirían, por lo tanto, a la violencia física. La segunda diferencia consiste en que el subtipo agravado (violencia física o sexual) resulta aplicable, según lo expuesto en este mismo trabajo, tanto a los supuestos del apartado a) como los del b) del artículo 189.1 (tanto a la producción como a la difusión de la pornografía infantil). La tercera y más importante diferencia radica en que el subtipo agravado castiga la aparición de la violencia física (o sexual) en el material pornográfico, mientras que la modalidad superagravada castiga la concurrencia de esa violencia física (o intimidación) en la elaboración del material, independientemente de que posteriormente aparezca o no en el material elaborado. El problema se suscitara en los casos en los que se haya empleado violencia física para la elaboración del material pornográfico y, además, dicha violencia física apareciera en el material pornográfico elaborado, supuesto éste en el que nos encontraríamos ante un concurso de normas que habría de resolverse conforme a las reglas del principio de alternatividad (artículo 8.4 del Código Penal).

5. LA PSEUDO PORNOGRAFÍA INFANTIL

Es preciso distinguir, con DE LA ROSA CORTINA³ tres modalidades de pornografía infantil, no todas ellas penalizadas en los diferentes sistemas jurídicos de nuestro entorno.

Por un lado, nos encontramos con la pseudo pornografía infantil, consistente en la utilización de la imagen de un menor para llevar a cabo creaciones pornográficas, bien mediante la alteración digital de la imagen o bien mediante la realización de montajes. El efecto de la pseudo pornografía infantil es la creación de material pornográfico en el que aparecen menores que, en realidad, no han intervenido en su elaboración.

³ DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL, “Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos”, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, págs. 105 y siguientes.

En segundo lugar, aparece la pornografía infantil virtual, consistente en la creación de material pornográfico mediante el dibujo y diseño informático, de forma tal que se llega a imágenes realistas de menores que participan en escenas pornográficas, sin que ciertamente haya existido un menor real.

En tercer lugar, se habla de pornografía infantil técnica para referirse a imágenes reales de pornografía en las que, sin embargo, quienes participan son mayores de edad que se hacen pasar por niños.

Nuestro Código Penal, a través de la reforma operada por LO 15/2003, optó por la tipificación de la llamada pseudo pornografía infantil, dejando sin sanción penal las otras dos formas referidas, la pornografía infantil virtual y la pornografía infantil técnica.

Efectivamente, el artículo 189.7 castiga la elaboración, venta, distribución o exhibición de material pornográfico en cuya elaboración, a pesar de no haber sido utilizados menores de edad o incapaces, se incorpore, a través de técnicas de montaje, la imagen o la voz de los mismos. Dos son pues los elementos que deberá reunir el montaje elaborado para la relevancia penal del comportamiento: una representación pornográfica y la imagen o la voz de un menor de edad o incapaz. Entiendo que la perfección técnica del montaje es penalmente irrelevante, toda vez que el tipo penal no castiga ninguna forma de engaño en el que pudiera ser determinante la credibilidad del trabajo realizado, siempre, claro está, que alcance unos mínimos estándares de calidad que permitan afirmar que el resultado final atenta contra el bien jurídico protegido.

Realmente, el legislador español ha adoptado una postura intermedia entre quienes consideraban que la protección de la infancia debía extenderse siempre hasta la criminalización de todos los supuestos de pornografía infantil (incluida la virtual y la técnica) y aquellos otros que han entendido que la libertad de expresión debe prevalecer siempre que se trate de manifestaciones que no evidencien en sí mismas la preexistencia de un delito y en las que, para su producción, no haya sido necesario cometer actos contra menores. La primera de las posturas fue la que desde un principio vino siendo adoptada por el legislador Norteamericano –pioneros en la regulación de esta materia-, que en la Ley de Prevención de la Pornografía Infantil de 1996 (Child Pornography Prevention Act), extendía la prohibición de la pornografía infantil más allá del uso de imágenes de contenido pornográfico ó en las que aparecieran menores de edad manteniendo relaciones sexuales, hasta incluir en su ámbito sancionador las imágenes generadas de manera digital. La segunda postura sin embargo, tuvo acogida por la Corte Suprema de los Estados Unidos que, en la Sentencia *Ashcroft v. Free Speech Coalition* (16-4-2002), llega a la conclusión de que la representación visual de una idea, por ejemplo un adolescentes realizando alguna actividad sexual, es una realidad en la sociedad moderna y ha sido tema abundante en el arte y la literatura durante décadas, por lo que, en la colisión entre la pretendida protección de la infancia y la libertad de expresión, entendieron que debía prevalecer esta última. El legislador español, como se ha dicho, se ha decantado por la postura intermedia, no castigando en sí mismas las representaciones virtuales, pero sí el uso de imágenes o voz real de menores o incapaces en las mismas lo que, en realidad, supuso el incumplimiento de las previsiones contenidas 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, que en su artículo primero incluía en la definición de pornografía infantil tanto la pornografía infantil virtual como la pornografía infantil técnica, al definir la pornografía

infantil como “...cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: 1) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño, o 2) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso 1), o 3) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso 1).”

La regulación del artículo 189.7 establece para estos supuestos la misma pena atenuada que para los casos de posesión para el propio consumo del artículo 189.2, tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años.

El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013 introduce importantes modificaciones en esta materia, modificaciones que podemos concretar en las siguientes:

En primer lugar, amplía el tipo penal mediante la inclusión en el mismo, no solo de la pseudo pornografía infantil, sino también de la pornografía infantil virtual y de la pornografía infantil técnica, siempre que en todos los casos –como dice la definición de pornografía infantil incluida en el apartado primero del precepto-, 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. De esta manera, la nueva regulación no distingue entre la utilización de imágenes o voces reales de un menor –como hace la regulación actualmente vigente- o la creación virtual de las mismas, sino que se limita situar la tipicidad de la conducta en el realismo del material con los únicos matices que a continuación señalamos.

En segundo lugar, se produce una elevación de las penas actualmente existentes, al suprimirse el tratamiento penológico privilegiado que recoge el actual apartado séptimo del artículo 189, proponiendo el Anteproyecto de reforma para estos supuestos las mismas penas que para los comportamientos básicos, esto es, de uno a cinco años de prisión. En estos casos, sin embargo, se excluye la posible aplicación de los subtipos cualificados, al limitar el precepto la aplicación de estos a los casos regulados en el apartado primero del precepto.

Finalmente, la nueva regulación despenaliza los comportamientos que analizamos en este apartado cuando concurren dos requisitos: que en su producción no hayan sido utilizados menores o incapaces reales y que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado. Solamente cuando concurren ambos requisitos de manera cumulativa, el comportamiento no será punible, lo que equivale en la práctica a la tipificación únicamente de ciertos supuestos de pornografía infantil virtual o técnica pero no todos. De esta forma, será punible la pornografía infantil virtual o técnica en los supuestos de difusión o venta, pues incumplen el requisito de su uso privado por parte de su productor, o la simple posesión de esta clase de pornografía por parte de persona distinta a la de su productor.

6. PENALIDAD

El artículo 189 del Código Penal establece penas de uno a cinco años de prisión para los tipos básicos recogidos en el artículo 189.1, elevándolas a una franja que va desde los cinco a los nueve años de prisión cuando se trata de los subtipos agravados. Estas

penas, sin embargo, quedan reducidas a un periodo de tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años, en los supuestos de mera tenencia para el propio consumo así como en los casos de pseudo pornografía infantil a los que antes hacíamos referencia.

Las actuales penas fueron introducidas en nuestro Código Penal por la reforma llevada a cabo en el mismo mediante LO 5/2010, que elevó las penas previstas para el tipo básico, entonces de uno a cuatro años, e igualmente elevó las penas de los subtipos agravados que estaban situadas en una franja de cuatro a ocho años de prisión. Estas mismas penas se mantienen en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013.

La extensión de las penas que nuestro Código Penal prevé para la pornografía infantil podría entenderse desmesurada, sobre todo si se tiene en cuenta el constante cuestionamiento de la proporcionalidad de las penas previstas para esta figura delictiva por parte de nuestra doctrina jurisprudencial, especialmente, en relación con los supuestos de difusión de pornografía infantil. En las últimas reformas, el legislador, sin embargo, ha optado, no ya por confirmar la extensión de las penas para esta clase de delitos, sino incluso por incrementarlas, consciente de la gravedad de esta clase de comportamientos que, como ya señalaba el preámbulo de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, pueden ser considerados como una de las formas más graves de explotación sexual de los niños, llegando a constituir una grave violación de los derechos humanos y del derecho fundamental del niño a una educación y un desarrollo armoniosos. A su vez, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que viene a sustituir a la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, señala que *“los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, incluida la pornografía infantil, constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*.

Realmente, el juicio de proporcionalidad de las penas que se establecen para los delitos de pornografía infantil quiebra si se considera la difusión de la pornografía infantil como una práctica censurable, pero que no guarda relación o vínculo alguno con el abuso sobre los menores de edad. Sin embargo, la proporcionalidad de las penas estaría plenamente justificada si se considera la pornografía infantil como una práctica íntimamente ligada al abuso sobre el menor, que precede y subsigue al abuso sobre el niño, como una parte del todo que constituye la sexualidad de esta clase de delincuentes y que, en todo caso, constituye la actividad que de manera más determinante está provocando el inusitado aumento de las conductas de abuso sexual sobre los menores de edad que en estos últimos años se viene produciendo.

Pocos son los estudios científicos hasta este momento desarrollados acerca de esta íntima conexión entre la pedofilia y la pederastia, pero todos ellos concluyen, de manera determinante, en la realidad de esta conexión, destacando por su contundencia el denominado Estudio *Butner* sobre la relación entre la pornografía infantil y el abuso sexual sobre el niño.

En el mes de Diciembre de 2008 se publicó en la “Revista de Violencia Familiar” (Estados Unidos) el denominado *“Butner Study Redux: un reporte sobre la*

incidencia de los delitos sexuales en personas condenadas por pornografía infantil”⁴, elaborado por Michael L. Bourke y Andrés E. Hernández, pertenecientes a la Oficina Federal de Prisiones de los Estados Unidos y que viene a constituir uno de los estudios más serios hasta el momento elaborados acerca del comportamiento sexual de los consumidores de pornografía infantil a través de internet. El trabajo buscaba determinar si los consumidores de pornografía infantil a través de internet eran sólo coleccionistas de este tipo de material, con bajo riesgo de incurrir en prácticas de delitos sexuales o si, por el contrario, se trataba de verdaderos delincuentes sexuales cuyos abusos sobre menores de edad no habían sido todavía descubiertos.

El estudio se llevó a cabo en la prisión federal de Butner (North Carolina), sobre 155 reclusos condenados por delitos relacionados con la pornografía infantil y el abuso sobre menores que voluntariamente se prestaron a participar en él, de entre los cuales, se distinguieron dos grupos: un primer grupo constituido por reclusos condenados por delitos de posesión, recepción o distribución de pornografía infantil que en el momento de su condena no presentaban ningún antecedente penal conocido por abuso sobre menores de edad y un segundo grupo, constituido por aquellos condenados por esta misma clase de delitos que sí contaban con antecedentes anteriores de abuso sexual sobre menores de edad.

El estudio Butner recoge cómo la gran mayoría de los condenados por delitos referidos a la pornografía infantil a través de internet negaron inicialmente su atracción por esta clase de material y, en particular, por las prácticas sexuales con menores de edad, intentando dar explicaciones de su conducta como algo ajeno a su voluntad en lo que habían participado por casualidad. Al final del estudio, la práctica totalidad de los participantes en el mismo vino a reconocer su interés sexual por los menores de edad, llegando incluso a admitir la mayoría de ellos que, con carácter previo a su detención, habían ya cometido abusos sobre algún niño.

Para llevar a cabo este estudio se siguieron terapias con cada uno de los participantes de, al menos, seis meses como mínimo de duración (la terapia completa se prolongaba durante dieciocho meses). A lo largo de estas terapias se buscaba que el delincuente reconociera ante el terapeuta los abusos que había cometido sobre menores de edad y que no habían resultado descubiertos, delimitando el concepto de abuso a cualquier clase de tocamiento de los órganos genitales de un menor (incluyendo los pechos en el caso de las niñas), los contactos genital/genital y los contactos bucogenitales. Para garantizar la veracidad de los relatos que pudieran ofrecer los participantes en el estudio se adoptaron una serie de cautelas, como la inexistencia de ningún tipo de beneficio penitenciario a los participantes, la omisión de datos esenciales de las víctimas que pudieran facilitar la incriminación del participante en nuevos procesos penales o el uso del polígrafo para contrastar la veracidad de las manifestaciones, entre otras medidas.

En el momento inicial del estudio, de los 155 participantes, 115 (el 74%) pertenecían al primero de los dos grupos antes señalados, es decir, carecían de antecedentes penales conocidos por abusos sobre menores al tiempo de su sentencia condenatoria, mientras que los 40 restantes (el 26%), contaban con condenas por abusos sexuales a menores, teniendo identificadas a 75 víctimas, lo que arrojaba una media de 1,88 víctimas por delincuente. Al final del tratamiento, 131 de los participantes (el

⁴ “The “Butner Study” Redux: A Report of the Incidente of Hands-on Child Victimization by Child Pornography” puede ser consultado en <http://www.springerlink.com/content/c313832g17rt2850/>

85%), reconocieron haber abusado sobre algún menor de edad alguna vez en su vida y solamente 24 de los participantes negaron haber cometido algún tipo de abuso. Además, el número de víctimas reconocidas por el total de los participantes ascendió a la suma de 1.777, que arrojaba una media de 19,4 víctimas por cada agresor con antecedentes conocidos por abusos sexuales a menores y 8,7 víctimas por cada agresor sin antecedentes conocidos. Por último, resulta preciso destacar que, de los 24 participantes que siguieron manteniendo al final del tratamiento que nunca habían llegado a abusar de un menor de edad, únicamente dos pudieron pasar con éxito la prueba del polígrafo.

Los resultados de este estudio ponen de manifiesto, según sus autores, la evidente relación que existe entre el consumo de pornografía infantil a través de internet y el abuso sexual sobre los menores de edad, pudiendo afirmar con rotundidad que los consumidores de pornografía infantil no son sólo curiosos que limitan su comportamiento al consumo visual de sexo con menores y, mucho menos, que su conducta se debió a la ingenuidad o pura suerte que hizo que esas imágenes pornográficas aparecieran en sus ordenadores. Es más, los resultados de este estudio permitieron afirmar a sus autores que la mayoría de los condenados por delitos relacionados con la pornografía infantil a través de internet son en realidad abusadores de niños no detectados, en los que el consumo de pornografía infantil a través de internet no deja de ser más que un comportamiento complementario e indicador de su parafilia. Concluyen los autores señalando que entre el consumo de pornografía infantil y el abuso sexual sobre menores de edad, existe una interacción compleja y recíproca.

De manera complementaria, los autores del trabajo pudieron concluir que la exposición a la pornografía infantil de estos delincuentes así como el contexto tecnológico a través del cual habían llevado a cabo su comportamiento delictivo, producía un tremendo efecto perjudicial sobre ellos que hacía que llegaran a normalizar el protagonismo del menor dentro de la sexualidad adulta, deshumanizando a los niños y desensibilizando al agresor respecto de las tremendas consecuencias victimizadoras sobre el menor de este tipo de conductas. Añadían, por último, que todos estos efectos se veían potenciados sobremanera en los casos de participación del delincuente en algún tipo de cibercomunidad, ya que éstas no se limitan a desempeñar el papel de “puestos de mercado” del material ilícito, sino que también proporcionan una validación social de la conducta y un fuerte apoyo al individuo como consecuencia de su pertenencia al grupo.

Esta relación inmediata y directa entre la pornografía infantil y el abuso sobre el niño, entre la pedofilia y la pederastia, que pone de manifiesto el estudio Butner, no hace sino confirmar una circunstancia que el sentido común señala como obvia. La persona que disfruta sexualmente con la contemplación de imágenes que al común de la sociedad llegan a repugnar, tiene necesariamente que disfrutar también con la práctica de esos comportamientos, por lo que constituye un peligro real e inmediato contra la infancia. La pornografía infantil –igual que el sexo con los niños-, no tiene un punto intermedio, o atrae o repugna, por lo que la opción de colocarse en el lado de la atracción, nunca puede considerarse accidental o no intencionada. Al mismo tiempo, la atracción por el consumo de pornografía infantil va a significar siempre la atracción por la práctica real de sexo con los niños.

Como consecuencia de lo anterior observamos que, hoy en día, prácticamente el 100% de los delincuentes que son acusados por delitos de agresión o abuso sexual sobre menores de edad, participan también de manera activa en distintos foros de intercambio de pornografía infantil, pudiendo encontrarse en sus ordenadores, en el momento de su

detención, abundante material pedófilo; que el tema de conversación en todos los lugares virtuales de reunión que pueden encontrarse en internet consagrados al intercambio de pornografía infantil, gira en torno al abuso directo sobre el niño, compartiendo los partícipes sus experiencias, dándose consejos de cómo abusar sexualmente de los menores y reforzando su permanencia en este mundo; que cada vez con mayor frecuencia, se vienen dando casos de pederastas que se acercaron a esta inclinación a través del consumo de pornografía infantil en internet; y que el desorbitado incremento de los casos de pornografía infantil en internet está viniendo acompañado –como no podía ser de otro modo- de un paralelo incremento de los casos de acoso sexual a los menores de edad a través de internet (*grooming*)⁵ y, en definitiva, de un aumento correlativo de los casos de abusos y agresiones sexuales a menores cuya evidencia, sin duda, podrá constatararse en los próximos años.

Por lo tanto, si con la punición de la pornografía infantil se busca adelantar las barreras de protección sobre la infancia, el juicio de proporcionalidad de las penas deberá hacerse tomando en consideración la importancia del bien jurídicamente protegido en última instancia y la inminencia del peligro que sobre el mismo se cierne lo que, sin duda alguna, va a justificar plenamente ese juicio de proporcionalidad.

⁵ Acerca de los porcentajes de menores que han recibido propuestas de naturaleza sexual provenientes de un adulto a través de internet, puede consultarse el estudio realizado por ACPI (Acción Contra la Pornografía Infantil) y PROTEGELES para el Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid (Noviembre 2002).