

Los delitos de pornografía infantil

(Análisis del art. 189 CP)

FELIPE BAUER BRONSTRUP

Los delitos de pornografía infantil (Análisis del art. 189 CP)

PRÓLOGO DE
Antonia Monge Fernández
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Barcelona
2018


BOSCH EDITOR

© JULIO 2018 FELIPE BAUER BRONSTRUP

© JULIO 2018



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-948684-3-6

ISBN digital: 978-84-948684-4-3

D.L.: B16889-2018

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Prólogo	13
Agradecimientos.....	17
Abreviaturas.....	19

CAPÍTULO PRIMERO

Consideraciones generales sobre los delitos de pornografía infantil.....	23
I. Reflexiones político-criminales en torno a la pornografía infantil	23
1. Marco legal internacional en torno a la pornografía infantil.....	35
1.1. El ámbito de las organizaciones internacionales.....	35
1.2. El ámbito europeo.....	38
2. La pornografía infantil en el ámbito comparado.....	43
2.1. La pornografía infantil en Italia	44
2.2. La pornografía infantil en Brasil	46
2.3. La pornografía infantil en Australia.....	50
2.4. La pornografía infantil en Estados Unidos	58
3. Aproximación al concepto de pornografía infantil.....	68
4. El debate en torno a la criminalización del consumo de pornografía infantil y de la pornografía simulada	81
4.1. Cuestiones relacionadas con la tipificación del consumo de pornografía infantil (art. 189.5 CP).....	82

4.2. Cuestiones relacionadas con la tipificación de la pornografía simulada	90
II. Evolución legislativa de los delitos de pornografía infantil en el código penal español.....	95
1. El Código Penal de 1995	96
2. La reforma por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.....	98
3. La reforma por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre	101
4. La reforma por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio	103
5. La reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo	105

CAPÍTULO SEGUNDO

Consideraciones preliminares sobre el bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil.....	111
I. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido en el Título VIII del Código penal.....	111
1. Lo bienes jurídicos tradicionalmente tutelados en los delitos sexuales	116
1.1. Honestidad.....	116
1.2. Moral sexual.....	119
1.3. Libertad sexual.....	121
1.4. Indemnidad sexual	126
2. Los bienes jurídicos tutelados en los delitos de pornografía infantil.....	130
2.1. El bien jurídico tutelado por el art. 189.1.a) CP	132
2.2. El bien jurídico tutelado por el art. 189.1.b) CP	133
2.3. El bien jurídico tutelado por el art. 189.4 CP	138
2.4. El bien jurídico tutelado por el art. 189.5 CP	138
2.5. El bien jurídico tutelado por la pornografía infantil simulada.....	147

II. Los bienes jurídicos tutelados en los delitos de pornografía infantil ¿Una vuelta a la *moral sexual*? 149

CAPÍTULO TERCERO

Análisis del tipo del art. 189 153

I. Análisis de la conducta típica 154

1. Captación o utilización de menores o personas con discapacidad para fines de espectáculos o para la elaboración de material pornográfico y la financiación de dichas actividades (art. 189.1.a) CP) 154

1.1. La utilización y captación de menores o personas con discapacidad para fines de espectáculos exhibicionistas o pornográficos 155

1.2. La utilización y captación de menores para elaborar cualquier clase de material pornográfico 158

1.3. La financiación de dichas actividades 160

2. Producción para la venta, distribución, exhibición, ofrecimiento o facilitación de material pornográfico o la posesión para estos fines con independencia de su origen (art. 189.1.b) CP) 161

3. La asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189.4 CP) 165

4. La adquisición, posesión y acceso de material pornográfico (art. 189.5 CP) 166

II. Los sujetos del delito 170

1. El sujeto activo 170

2. El sujeto pasivo 173

III. Análisis del tipo subjetivo 176

1. El dolo en el art. 189 CP 176

2. El desconocimiento del sujeto en relación a la edad de la víctima: ¿error de tipo o error de prohibición? 183

CAPÍTULO CUARTO

Culpabilidad y pornografía infantil.....	187
I. La pedofilia como posible causa de inimputabilidad	191
II. La pornografía infantil y el error culturalmente condicionado.	194

CAPÍTULO QUINTO

Los tipos cualificados de los delitos de pornografía infantil	199
I. Utilización de niños menores de 16 años (art. 189.2.a) CP).....	200
II. Cuando los hechos revistan de un carácter particularmente degradante y vejatorio (art. 189.2.b) CP)	201
III. Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad que sean víctimas de violencia física o sexual (art. 189.2.c) CP)	203
IV. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima (art. 189.2.d) CP)	204
V. Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia (art. 189.2.e) CP).....	205
VI. Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades (art. 189.2.f) CP)	206
VII. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o persona con discapacidad, o de cualquier miembro de su familia o persona que abusa de confianza o autoridad (art. 189.2.g) CP)	208
VIII. Cuando concorra la agravante de reincidencia (art. 189.2.h) CP	209

CAPÍTULO SEXTO

Iter criminis.....	211
I. La tentativa en los delitos de pornografía infantil	211

II. La consumación en los delitos de pornografía infantil 213

CAPÍTULO SÉPTIMO

Autoría y participación 217

I. Autores 218

II. Partícipes 221

CAPÍTULO OCTAVO

Disposiciones comunes a los delitos de pornografía infantil 227

I. Privación de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar (art. 189.7 CP) 227

II. Retirada de las páginas web de internet o bloqueo a su acceso (art. 189.8 CP) 229

III. La libertad vigilada y la inhabilitación de la patria potestad o ejercicio de profesión (art. 192.1 y 3 CP) 229

IV. Clausura de locales (art. 194 CP) 234

CAPÍTULO NOVENO

Problemas concursales 235

I. El concurso entre los delitos de producción y distribución de material pornográfico infantil 236

II. Los delitos de pornografía infantil y los abusos o agresiones sexuales 238

III. El delito continuado 239

Propuesta de nueva redacción del tipo de pornografía infantil 241

Bibliografía 245

 Doctrina 245

 Documentos 263

Jurisprudencia extranjera	265
Anexo jurisprudencial	269
Concepto de pornografía infantil	269
Bien jurídico tutelado por el art. 189 CP.....	270
Análisis del tipo objetivo	273
Análisis del tipo subjetivo.....	277
Culpabilidad.....	282
Los tipos cualificados de pornografía infantil.....	283
Autoría y participación.....	289
Iter Criminis	289
Problemas concursales	291

Prólogo

En primer lugar, quisiera comenzar con unas palabras de entusiasmo al ser para mí un honor y un motivo de satisfacción presentar a la comunidad universitaria este trabajo de investigación de mi querido compañero Felipe Bauer Brönstrup, a quien no puedo llamar discípulo, por no ostentar el honroso calificativo de Maestra y con quien he recorrido un abrupto camino académico, en el que hemos sorteado no pocos avatares y escollos burocráticos unos, personales otros.

Desde los inicios de sus estudios de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Felipe Bauer destacó como excelente investigador, demostrando un interés plausible por las cuestiones penales más relevantes del Derecho penal, de mayor actualidad en cada momento.

El reto de aceptar en su día como tema de Tesis Doctoral el estudio de los Delitos de Pornografía infantil preludiaba, como refleja esta obra que culmina su etapa predoctoral, el descubrimiento de un investigador serio, brillante y con gran inquietud científica, a quien debe reconocerse un asombroso dominio del castellano, pues siendo brasileño de nacimiento, me atrevería a decir que escribe en la lengua de Cervantes con mayor destreza y maestría que muchos sevillanos.

Los Delitos de Pornografía Infantil conforman el llamado Derecho penal sexual, cuyas sucesivas reformas son síntoma del carácter controvertido y polémico de esta tipología delictiva, planteando complejas cuestiones tanto respecto a la *forma* en la que el Derecho penal debe intervenir, así como a los *límites* de su castigo. La alarma social ocasionada en los medios de comunicación por diversos episodios relativos a imágenes pornográficas, protagonizadas principalmente por niños o menores, ha suscitado un enconado debate a nivel político y social, que demandaba con urgencia una reforma del Código penal, cuya «eficacia» había sido puesta en tela de juicio por la opinión mayoritaria, sobre todo en lo relativo a la protección de las víctimas más desvalidas en el ámbito de la delincuencia sexual.

En un trazado histórico, merece subrayarse la LO 3/1989, que representó una revolución en el ámbito de los delitos sexuales, al abandonar la anacrónica rúbrica

de «Delitos contra la honestidad» por la de «Delitos contra la libertad sexual», considerando a esta última como bien jurídico digno de tutela penal. Posteriormente, la reforma por LO 11/1999 significó una ampliación del Título VIII, tutelando junto a la libertad sexual, la *indemnidad sexual*, para los casos de atentados sexuales que afectasen a menores e incapaces. Asimismo, se trata un nuevo límite para la *mayoría de edad sexual*, elevándose desde los doce a los *trece años*, para los abusos y agresiones sexuales. En esta evolución legislativa, la LO 15//2003, comportó notablemente una mejora técnica, cubriendo algunos vacíos legales, a la par de un endurecimiento punitivo, extendiendo la tipicidad al delito de corrupción de menores. De otro lado, la redacción otorgada a los delitos de abusos sexuales con menores, a partir de la LO 5/2010, 22 de junio, supuso un giro político-criminal trascendente, rompiendo con la *estructura técnica* de las diversas infracciones sexuales, cuya distinción se había cifrado en la modalidad de ataque a la libertad e indemnidad sexuales (violencia o intimidación).

Y desde luego, si bien es cierto que la reciente modificación por LO 1/2015, acaecida en el ámbito de los delitos de pornografía infantil se debe, por un lado, a la alarma social y a la repugnancia que estos frecuentes episodios han suscitado en nuestro país, no es menos cierto que su principal justificación se fundamenta en la armonización europea, o por decirlo de otro modo, en la necesidad de atender a los compromisos internacionales suscritos por España, principalmente la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

En este contexto surge la siguiente pregunta, ¿tiene la misma aceptación social o provoca la misma repulsa una imagen del famoso libro *Kamasutra*, donde la mujer reduce al hombre a eunuco, solicitándole que le satisfaga con un acto sexual oral, que un video en el que se realice la misma acción descrita, pero ejecutada por dos niños? ¿Debe el Derecho penal intervenir en ambos casos? ¿Puede ser legítima una intervención penal en cualquier caso, cuando se trate de sexualidad? ¿Influyen parámetros culturales y sociales en el tratamiento de estas cuestiones?

La obra que hoy presento al lector pretende dar respuestas a estos y otros interrogantes desde la perspectiva del Derecho penal, para lo que el doctor Bauer Brönstrup aborda un exhaustivo estudio del delito contenido en el artículo 189 CP, comenzando con unas reflexiones político-criminales en torno a la pornografía infantil, planteándose la aguda controversia sobre la necesidad o no de su criminalización, principalmente, con relación a la pornografía simulada o virtual, desde un marco legal internacional, examinando no sólo el ámbito de las organizaciones internacionales, sino además el de la Unión Europea. En este contexto, delimita y define el concepto de pornografía infantil, tomando como referente el Derecho comparado de los Ordenamientos Italiano, brasileño, Australiano y Estadounidense.

Pero, ¿qué es la pornografía? Parafraseando a Romano Giachetti, la pregunta es retórica, si tenemos en cuenta «que categorías como obsceno, erótico, pornográfico no son más que etiquetas ocasionales, cómodas, que la moral pública propone y acepta para defenderse cuando se siente atacada. La vida sexual del hombre es un elemento del desarrollo histórico de la sociedad en la que aquélla tiene lugar. Como tal, ofrece con la sociedad una relación de interdependencia que la condiciona más allá de toda definición. La sociedad declara defender la moral (los ciudadanos, especialmente los niños, que parecen encarnarla mejor que nadie), pero la moral es decidida, promulgada, fijada por la misma sociedad»¹.

Advierte el autor, asimismo, sobre la dificultad a la hora de delimitar el concreto bien jurídico tutelado en el artículo 189 CP, concluyendo que la nueva regulación de los delitos de pornografía final a raíz de la LO 1/2015 supondría una vuelta a la «moral sexual» como bien jurídico tutelado en esta tipología delictiva, sobre todo en las modalidades de pornografía virtual y simulada.

En una aproximación al artículo 189 CP, Felipe Bauer explora el tipo básico de los delitos de pornografía infantil, la conducta típica y los sujetos del delito, desgranando el prolijo elenco de modalidades típicas, el tipo subjetivo, concluyendo con el tratamiento del desconocimiento del sujeto activo con relación a la edad de la víctima, que debe ser resuelto como error de tipo. Las cuestiones relativas a la *pedofilia* como causa de inimputabilidad y las relaciones entre pornografía infantil y error cultural son planteadas en la categoría de la culpabilidad, siquiera atenuando la responsabilidad del autor que bajo estas condiciones actúa.

A partir del estudio del tipo básico, Felipe Bauer interpreta los tipos cualificados de los delitos de pornografía infantil, tratando de buscar un fundamento que justifique el incremento de pena, dado la exasperación punitiva que tales agravaciones conllevan. Siguiendo el esquema secuencial de la teoría del delito, se analiza el *iter criminis*, la autoría y participación y los problemas concursales, respectivamente.

En sus resultados, la tesis que defiende el autor y que coincide sustancialmente con mi personal teoría sobre los delitos sexuales, publicadas en anteriores trabajos, llega a considerar que los delitos de pornografía infantil del artículo 189 CP representan un paradigma del Moderno Derecho penal, al tratarse de tipos penales donde se cuestiona, entre otros aspectos, la delimitación del bien jurídico protegido (se habla, incluso, de delitos sin bien jurídico), el adelantamiento de las

1 Vid. Giachetti, Romano, *Porno-power (Pornografía y Sociedad Capitalista)*, Libros de confrontación, sociología 7, Editorial Fontanella, Barcelona, 1971, pp. 12-13.

barreras de punición, la exasperación punitiva y, en definitiva, la vulneración del principio de intervención penal mínima, recurriendo al Derecho penal como primera o *prima ratio*.

En definitiva, cabe afirmar que las sucesivas reformas acontecidas en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, de un lado, y la ausencia de motivación técnica suficiente para la exasperación punitiva, de otro, llevan a cuestionarnos la coherencia del modelo político criminal de nuestro Código penal, que ojalá no llegue a ser sólo «Derecho penal simbólico».

Para finalizar, quisiera de nuevo retomar mis palabras iniciales y destacar la encomiable labor investigadora del Doctor Felipe Bauer Brönstrup, cuya seriedad, tenacidad, valentía y paciencia son valores más que suficientes para avalar la monografía que hoy prologo. Por todo lo anterior, deseo al autor los mayores éxitos académicos y profesionales en los albores de su carrera académica, pues «en España... el que resiste gana... Dejando al tiempo que haga de las suyas, que es el mejor médico de estas y de otras dificultades».

En Sevilla, 2 mayo 2018.

Antonia Monge Fernández
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Agradecimientos

Esta monografía coincide sustancialmente con el trabajo de investigación que presenté en el Departamento de Derecho Penal y Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, para obtener el grado de Doctor.

En este sentido, considero obligados ciertos agradecimientos, comenzando por los miembros de la Comisión Evaluadora, Profesores Doctores Borja Mapelli Caffarena, Rosario De Vicente Martínez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Juan Antonio Martos Núñez y M^a Elena Torres Fernández, no sólo por el tiempo dedicado a la lectura de este trabajo, sino sobre todo por sus valiosas sugerencias, que en buena medida han sido incorporadas al texto final que hoy se presenta.

En segundo lugar, agradecer asimismo a mi familia por el apoyo e incentivo a la hora de estudiar en tierras desconocidas, dónde encontré a mi segunda familia, a la que también quiero mostrar mi gratitud por su cariño y amparo durante mi estancia en Sevilla en los últimos años.

Finalmente, no puedo dejar de registrar un agradecimiento especial a mi tutora y eterna maestra Profesora Antonia Monge Fernández no sólo por todos los años de feliz convivencia y por sus enseñanzas en el campo penal, sino también por su infinita generosidad y dedicación, cualidades que atesora sobradamente.

En Gotemburgo, 9 de mayo de 2018.

Abreviaturas

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

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

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

CAPÍTULO PRIMERO

Consideraciones generales sobre los delitos de pornografía infantil

SUMARIO: I. Reflexiones político-criminales en torno a la pornografía infantil. 1. Marco legal internacional en torno a la pornografía infantil. 1.1. El ámbito de las organizaciones internacionales. 1.2. El ámbito europeo. 2. La pornografía infantil en el ámbito comparado. 2.1. La pornografía infantil en Italia. 2.2. La pornografía infantil en Brasil. 2.3. La pornografía infantil en Australia. 2.4. La pornografía infantil en Estados Unidos. 3. Aproximación al concepto de pornografía infantil. 4. El debate en torno a la criminalización del consumo de pornografía infantil y de la pornografía simulada. 4.1. Cuestiones relacionadas con la tipificación del consumo de pornografía infantil (art. 189.5 CP). 4.2. Cuestiones relacionadas con la tipificación de la pornografía simulada. **II. Evolución legislativa de los delitos de pornografía infantil en el código penal español.** 1. El Código Penal de 1995. 2. La reforma por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril. 3. La reforma por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. 4. La reforma por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. 5. La reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

I. Reflexiones político-criminales en torno a la pornografía infantil

La pornografía infantil no es un fenómeno nuevo en nuestra sociedad. En efecto, lo que actualmente es considerada una práctica jurídicamente condenable y digna del más categórico repudio social, hace pocas décadas era, incluso, lícita y bastante difundida en muchos países, llegando a su apogeo en los años setenta del

siglo pasado¹⁰. En Europa, países como Dinamarca, Holanda y Suecia acaparaban el *estatus* de principales centros productores¹¹, abasteciendo el mercado con pornografía impresa en distintos medios, como revistas y periódicos, que estaban al alcance de cualquier persona.

El giro en torno a la permisividad de estas conductas comienza en los años ochenta –y con mayor efectividad en las décadas siguientes¹²– cuando varios Estados pasan a adoptar medidas centradas justamente en prohibir la producción y distribución de estos materiales¹³. Dicha tendencia restrictiva en las legislaciones internas fue influenciada en gran medida por el surgimiento de distintos marcos internacionales, con especial protagonismo de la Convención del Derecho del Niño de las Naciones Unidas, en el año de 1989, que por primera vez han destacado el carácter supranacional del problema y la gravedad de los daños generados a sus víctimas. Dichos instrumentos se han multiplicando en años recientes y objetivan esencialmente la armonización de las legislaciones nacionales, de forma a tornar más eficaz la prevención y el combate de abusos sexuales a menores e incapaces.

- 10 La pornografía, «en el sentido moderno de la expresión, empezó en cuanto tal con la invención de la cámara a principios del siglo XIX. Prácticamente de inmediato, se empezaron a producir, comercializar y recopilar imágenes de contenido sexual en las que aparecían menores. Con todo, el fenómeno de la pornografía infantil no dejó de ser una actividad restringida a lo largo de prácticamente todo el siglo XX. Las imágenes se producían en lugares puntuales, siendo de baja calidad, de alto coste y de difícil obtención». AGUSTINA, José Ramón, «¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting», *RECPC*, 12-11, 2010.
- 11 A finales de la década de 60 y principios de la década de 70, la mayoría de los países de Europa occidental pasaron por un período de relajación de las leyes de censura, en particular con respecto a la obscenidad. Dinamarca abrió el camino, de forma que la producción de todas las formas de pornografía fue legalizada en julio de 1969, estableciendo el tono para lo que se convirtió en una década de liberalización de las leyes de obscenidad en toda Europa. La mayor parte del material que ahora conocemos como pornografía infantil tiene sus orígenes en este momento, en términos de las películas de cine y posteriormente vídeos, y revistas que fueron producidas para la venta comercial. BERGELT, Kelley, «Stimulation by simulation: is there really any difference between actual and virtual child pornography?» *Capital University Law Review*, nº 31-3, June, 2003, p. 43.
- 12 RODRÍGUEZ MESA, María José, «El Código penal y la explotación sexual comercial infantil», *EPC*, vol. XXXII, 2012, p. 198.
- 13 MORALES PRATS, Fermín, «Pornografía infantil e Internet», *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*, Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001. Sin embargo, a pesar de la prohibición, mucho de los materiales producidos a su época de forma lícita continúa existiendo y todavía es objeto de intercambio entre consumidores, a través de medios físicos, digitales o virtuales.

Sin embargo, a pesar de todos estos esfuerzos para erradicar la pornografía infantil, esta viene experimentando un incremento considerable en los últimos años, resurgiendo con más intensidad y con características inéditas, lo que dificulta su combate y persecución.

En este sentido, la evolución y democratización de los medios tecnológicos, con especial protagonismo de *Internet*¹⁴, ha introducido no sólo un nuevo campo para la captación de víctimas, sino también ha abaratado los costes de producción y reproducción del material, así como su fácil y anónima difusión a un número cada vez mayor de potenciales consumidores. El espacio virtual, además, posibilita la comisión del delito en una determinada jurisdicción sin la necesidad de estar físicamente presente en el territorio sometido a la misma, beneficiándose incluso de eventuales lagunas de punibilidad presentes en determinados Estados¹⁵.

De esta forma, lo que en los años setenta demandaba un aparatoso conjunto de equipamientos y una fácilmente detectable red de distribución, pasa a contar con dispositivos de imagen y video cada vez más diminutos, con vías de suministros virtuales discretas e inagotables. Todo ello, ha ocasionado que contemporáneamente la producción y difusión casera y amateur de pornografía infantil robe el protagonismo de lo que en el pasado era una práctica restringida a profesionales y individuos especializados, permitiendo que cualquier persona pueda ser un potencial sujeto activo de este delito y abriendo un abanico infinito de posibles víctimas alrededor del planeta.

El desarrollo tecnológico, asimismo, abrió camino a nuevas modalidades de pornografía, a partir de la manipulación y creación de imágenes por ordenador. Es decir, permite o bien enmascarar la participación de adultos en actos pornográficos o de contenido sexual para que éstos parezcan menores de edad, o bien la creación de imágenes totalmente virtuales sin la necesidad de una víctima real, dando nuevos matices al problema.

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

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

Finalmente, los referidos rasgos contemporáneos también han dado un nuevo carácter a la pornografía en lo que se relaciona con su aspecto económico. En este sentido, a pesar de continuar generando un gran volumen de ganancias para sus perpetradores, el intercambio privado entre los consumidores sin cualquier ánimo de lucro –y teniendo por única motivación la solidaridad entre los mismos– pasa a tomar relevancia y representar una importante faceta en su forma de manifestación contemporánea. Ello es otro elemento que obstaculiza la persecución de sus autores, en virtud de los múltiples canales utilizados por los mismos, como los correos electrónicos, los fórums virtuales con participación estricta y los mensajes instantáneos privados, en la que se permite el anonimato del usuario¹⁶. Relacionado con todo ello, TAYLOR y QUAYLE recuerdan asimismo que el rango de personas involucradas en estos delitos cruza las fronteras de clases, de ingresos y de profesión –abarcando médicos, empresarios, maestros, personalidades y policías– lo que dificulta aún más las tareas de detección¹⁷.

En este contexto, por ser fruto directo de las nuevas tecnologías, merece igualmente especial referencia el fenómeno conocido como *sexting* y que, si bien no es objeto de este trabajo, puede tener una potencial relación con la pornografía infantil. Dicho fenómeno hace referencia al material producido y difundido de forma voluntaria por menores a terceros con los cuáles tengan algún tipo de relación, cualquiera que sea el motivo. En España, dicho material puede tener relevancia penal cuando se verifica una difusión indebida y sin el consentimiento del emisor, tornándose una fuente más de pornografía infantil¹⁸.

A los desafíos tecnológicos se debe sumar, finalmente, el hecho de que en delitos cuyo sujeto pasivo sea un menor o discapacitado –como el caso en estudio– siempre habrá un fuerte componente de rechazo social, según la moralidad mayori-

16 STS 173/2018, 11 de abril, ponente Antonio del Moral Garcia. (VLEX-716101117)

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

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

taria, y con amplia repercusión mediática¹⁹. Ello sirve como un verdadero elemento de presión, que pueden incidir en la adopción de medidas para satisfacer el anhelo popular de castigar duramente dichas conductas, sin preocuparse en llegar a la raíz del problema o debatir en torno de la real eficacia y pertinencia de eventual nueva tipificación²⁰.

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

España, siguiendo la tendencia internacional y europea²¹, ha optado por combatir dicho fenómeno a partir de la adopción de tipos penales cada vez más amplios, objetivando alcanzar la práctica totalidad de las conductas relacionadas con la cadena de la pornografía infantil. De esta manera, con la reforma del año 2015, el tipo del artículo 189 CP castiga no sólo la producción y distribución, sino que llega –incluso– al extremo de englobar el consumo y acceso privados de pornografía infantil, adoptando un amplio concepto relativo de pornografía infantil, que engloba materiales producidos con y sin la participación de un menor de edad, expandiendo todavía más la punibilidad.

Dichas medidas, además de poco justificadas –en muchos de los casos basada simplemente en el deber de transposición de la normativa europea²²–, han generado

19 BRONITT, Simon; McSHERRY, Bernadette, *Principles of Criminal law*, 3^o edition, Sydney, Thomson Reuters, 2010, p. 62.

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

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

22 Dicho deber es contestado por algunos autores. Vid SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, «La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el artículo 188 del Código penal: tráfico de personas para su explotación sexual», *CIVC*, n^o 13, 1999. Sobre el deber de trasposición de las normas europeas, Schünemann es categórico al afirmar que el principio de protección de bienes jurídicos representa «la sólida roca del pensamiento liberal y, por tanto, de la jus-

innumerables críticas en el ámbito doctrinal defensor de un Derecho penal mínimo e inclusive de grupos de pedófilos. Estos defienden la insuficiencia de dichas previsiones para combatir y controlar eficazmente la pornografía infantil, especialmente por tipificar conductas que no tutelan un bien jurídico determinado²³, o por no afectar a ninguna víctima en concreto²⁴. Éstas, según ellos, tendrían como único fundamento la *moral sexual colectiva*²⁵ y la punición de los consumidores por sus características personales.

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

ticia, que no deben ser sacrificados en aras de la europeización.» SCHÜNEMANN, Bernd. «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 226.

- 23 Sobre el papel de la teoría del bien jurídico en Derecho penal *vid* AMELUNG, Knut, «El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- 24 Como una de las voces críticas, Díaz y García Conlledo defiende que las «reformas penales en la materia deberían ir acompañadas de una clara fundamentación y explicación de su razón de ser. Aunque para ello tendrían que fundarse en una política criminal coherente y estudiada, y no puramente tendente a la agravación, cuando no al efecto simbólico o a la correspondencia con una determinada moral sexual». DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?», en Víctor Gómez Martín (coordinador), *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoria al Código Penal de 1995*, Madrid, Reus S.A., 2006, p. 208.
- 25 Las conductas meramente inmorales y que no ofrezcan riesgo real a ningún ciudadano no deberían estar criminalizadas, según la doctrina mayoritaria, por no estar acorde con la teoría del bien jurídico, que tiene por objetivo, de entre otras cosas, evitar el exceso punitivo injustificado del Estado. *Vid* HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal», en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coordinadores), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

En este sentido, el Proyecto de LO 11/1999 ha sido fuertemente criticado por muchos grupos parlamentarios, que lo ha considerado un retorno al pasado, justamente por su supuesto contenido moralizante. Conforme con ello, la portavoz del Grupo Mixto²⁶ esgrimió contra el texto la crítica literalmente de proponer incluir «en un código de libertades la protección de una moral que no comparten todos los españoles», «introduciendo conceptos morales en algo que lo que sanciona son delitos». Sobre los usuarios de pornografía, la portavoz argumentó que «es verdad que nos puede gustar o no, pero si soy usuario o voy a un centro o a un sitio en el que a lo mejor hay un espectáculo pornográfico de menores (...) o entro en un sitio a ver a una señorita hacienda *striptease* ¿le voy a tener que preguntar en público a esa señorita la edad que tiene para saber si la puedo mirar o no? Es verdad que tendrá que ir la policía para no permitirlo, pero el usuario no se va a convertir en un gendarme de la policía. Lo mismo dice del usuario de la pornografía, que tiene en su casa un vídeo. (...) No estamos para meternos tampoco incluso en la libertad de las personas».

Termina su crítica defendiendo que la lógica utilizada en la reforma sería más bien castigar el usuario –supuesto creador de demanda– como responsable de la oferta. Creando un argumento paralelo, defiende que sería lo mismo que castigar un usuario de drogas por el tráfico de las mismas. Por todo ello, la portavoz defendió la despenalización del consumo porque «en la libertad interna, que no perjudica la exterior, que no la vende, que no la distribuye, que no perjudica al niño, que no la crea, ¿cómo vamos a meternos en esa conciencia?», reforzando que el legislador no se puede aprovechar indebidamente de temas socialmente sensibles para «meter moralinas en un código que es un código de democracia y un código de libertad».

En la misma línea de argumentación de la portavoz del Grupo Mixto, otros parlamentares han criticado el carácter moralizante y retroactivo²⁷ del texto penal.

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

27 El portavoz de Eusko Alkartasuna, *Lasagabaster Olazabal*, en el mismo sentido, argumentó que el proyecto de ley presentado «retrotrae la legislación penal, en materia de libertad sexual, a la descripción de tipos penales aplicables a una edad y en un contexto social ni siquiera homologable en la etapa preconstitucional de la segunda mitad del siglo y más bien cercano al modelo que pudiera existir en los años 1925 ó 1931. (...) con el proyecto de ley que se nos presenta se dice cumplir compromisos internacionales y mandatos de esta Cámara, pero creemos que en el fondo no cumple el espíritu de lo que esta Cámara quería. Pensamos que es una reforma regresiva y, en definitiva, un profundo desajuste con la necesidad social del Estado en el que vivimos.» En este mismo sentido fue el discurso de *María Teresa Fernández de la Vega*, portavoz del Grupo Parlamentar Socialista, que defendió que «el proyecto de ley que nos acaba de ser presentado contiene una reforma radical del Código Penal de 1995 en

En este sentido cabe citar la opinión del diputado *Francisco Rodríguez Sánchez*, que defendió que el texto del Código Penal hasta entonces vigente sería suficiente para enfrentar el problema, argumentando que no se puede modificar la ley a base de tipificar conductas desde la «hipocresía moral dominante y con un abanico represivo tan amplio y tan duro en muchos casos», concluyendo que la reforma sólo sirve para agudizar la dualidad y el cinismo de la «moral burguesa».

En defensa del Proyecto, la Ministra de Justicia²⁸ esgrimió como principal argumento los antecedentes de otros países y los marcos internacionales, negando cualquier contenido relacionado con la moral sexual.

En concreto, justificó la tipificación de la tenencia de material pornográfico infantil en «el programa de acción aprobado por el Congreso mundial contra la explotación sexual de niños con fines comerciales, celebrado en Estocolmo en agosto de 1996», que «reclama a los Estados que modifiquen sus legislaciones con el fin de establecer la responsabilidad penal tanto de los prestatarios e intermediarios de servicios de pornografía infantil, como de los clientes de dichos servicios». Finalmente, reiteró que con este proyecto el Gobierno «cumple con sus obligaciones internacionales y las recomendaciones de diversas instancias constitucionales, pero ante todo manifiesta su compromiso con la protección de los derechos de nuestros conciudadanos y la dignidad de las personas».

El debate parlamentario relacionado con los proyectos de reforma siguientes también ha suscitado una aguda controversia, siendo acusados por miembros de la oposición de basar la mejora de la seguridad ciudadana exclusivamente en el incremento punitivo y la reducción de la libertad, sin entrar al núcleo central de los problemas.

Esta discusión relativa a la adopción de una política penal expansiva adelantó, de alguna forma, el debate que se siguió en la doctrina, que en líneas generales también se ha mostrado bastante crítica. Conforme con ello, la propensión a expandir

materia de delitos sexuales que, en opinión del Grupo Socialista, rompe y quiebra la tradición democrática, liberal y modernizadora de nuestro Derecho penal sexual desde la restauración de la democracia y, acudiendo al ingenioso instrumento de la máquina del tiempo, nos devuelve al pasado, pero no se conforma con un viaje retrospectivo de cercanías, es decir, a la regulación franquista inmediatamente anterior a la Constitución de 1978, sino que nos invita a un viaje de largo recorrido hasta conducirnos, siempre hacia atrás, claro está, hasta el código penal de la dictadura del General Primo de Rivera de 1928 (...) una determinada moral sexual, que, aunque absolutamente respetable en lo privado, no pueden, mediante la amenaza de la cárcel, obligarnos a compartir a toda la sociedad».

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

el castigo criminal es, según algunos autores, una característica del actual «moderno Derecho penal», que tiende justamente a tipificar conductas previas a la producción de un daño y adoptar técnicas de *peligro concreto y abstracto*. Ello puede llegar al extremo de tipificar conductas sin un bien jurídico claramente determinable, tornando el Derecho penal la *prima ratio* en el combate de la criminalidad. Éste, según parte de la doctrina, es resultado, de entre otras cosas, de la acuñada sociedad de riesgo (*Risikogesellschaft*), en la que las nuevas tecnologías que caracterizan las sociedades contemporáneas fomentan nuevas formas de peligro y de criminalidad²⁹.

En vista de todo ello, en el tema que nos ocupa, muchos autores abogan por un cambio urgente de paradigma, con la adopción de políticas criminales más eficaces, y que tengan como parámetro no sólo la reprochabilidad de conductas poco peligrosas –como la del mero consumidor privado de pornografía infantil–, sino también que ataquen a la raíz del problema. Esto se hace todavía más urgente, teniendo en cuenta que en los últimos años el castigo por los casos de posesión son dominantes en la jurisprudencia, demostrando que los usuarios son los más afectados por la ley penal relacionada con la pornografía infantil, aunque no sean los causantes directos de los daños a las víctimas³⁰.

En esta línea crítica, JENKINS advierte que leyes represivas en contra de la pornografía infantil pueden, además de injustas, no tener impacto sobre el tráfico³¹. De esta forma, sería más eficaz, por ejemplo, la apuesta por la constante especialización por parte de las fuerzas policiales, con adquisición de conocimientos actualizados sobre el funcionamiento de *Internet* y de las nuevas aplicaciones, sistemas y desarrollos técnicos, así como la búsqueda de equipamientos de última generación y la

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

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

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

coordinación entre fuerzas policiales de distintos países, con el establecimiento de vínculos con los principales proveedores de Internet. Dichos esfuerzos deben tener por objetivo justamente el de llegar al origen de la cadena productiva, combatiendo primordialmente los grandes productores y distribuidores³².

JIMÉNEZ SERRANO, en esta misma línea, destaca que la implicación de los ciudadanos también es fundamental en el combate a este problema. Para ello se deben desarrollar proyectos de formación y sensibilización con los padres, maestros, niños y todos los usuarios de la red, con el objetivo de reducir el consumo de pornografía. En este sentido, convendría adaptar las estrategias de prevención en función de los entornos en los que se desenvuelven habitualmente los menores, de forma que las escuelas y los centros de actividades extraescolares deben estructurar protocolos preventivos, que incluyan también reglas para la selección de personal, así como su vigilancia y control. Es decir, el perfil psicológico y personal de un maestro de escuela, de un monitor de actividades extraescolares e, incluso, de un conductor de transporte escolar debe reunir unas características mínimas que garanticen la indemnidad de las víctimas vulnerables³³.

Finalmente, como aspecto fundamental de política criminal en materia de pornografía infantil no se puede dejar de mencionar la penalidad con que aquella se castiga. Como es sabido –y al margen del debate que ello pueda generar en ámbito teórico– la función primordial de la pena en un Estado social, además de cohibir la comisión de un delito (prevención general), es la *rehabilitación y resocialización* del delincuente, ofreciéndole la oportunidad de volver a la convivencia colectiva plena. Este es el contenido de la llamada prevención especial de la pena, cuya finalidad está dirigida al sujeto, con el objetivo de que el mismo no vuelva a delinquir, a través de su reinserción social mediante ciertas acciones educativas o de otro tipo³⁴.

Dicho objetivo está claramente plasmado en la Constitución española, que asegura en su artículo 25.2 que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social»³⁵. Conforme

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

33 Ibidem, p. 40.

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

35 En este sentido, a partir de la adopción del nuevo texto constitucional de 1978, «el Estado español se adscribe decididamente en las corrientes que rechazan la finalidad retributiva de