

43

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

LETI S. PRÆVIDE ET PRO

# Revista

Diciembre 2018

43

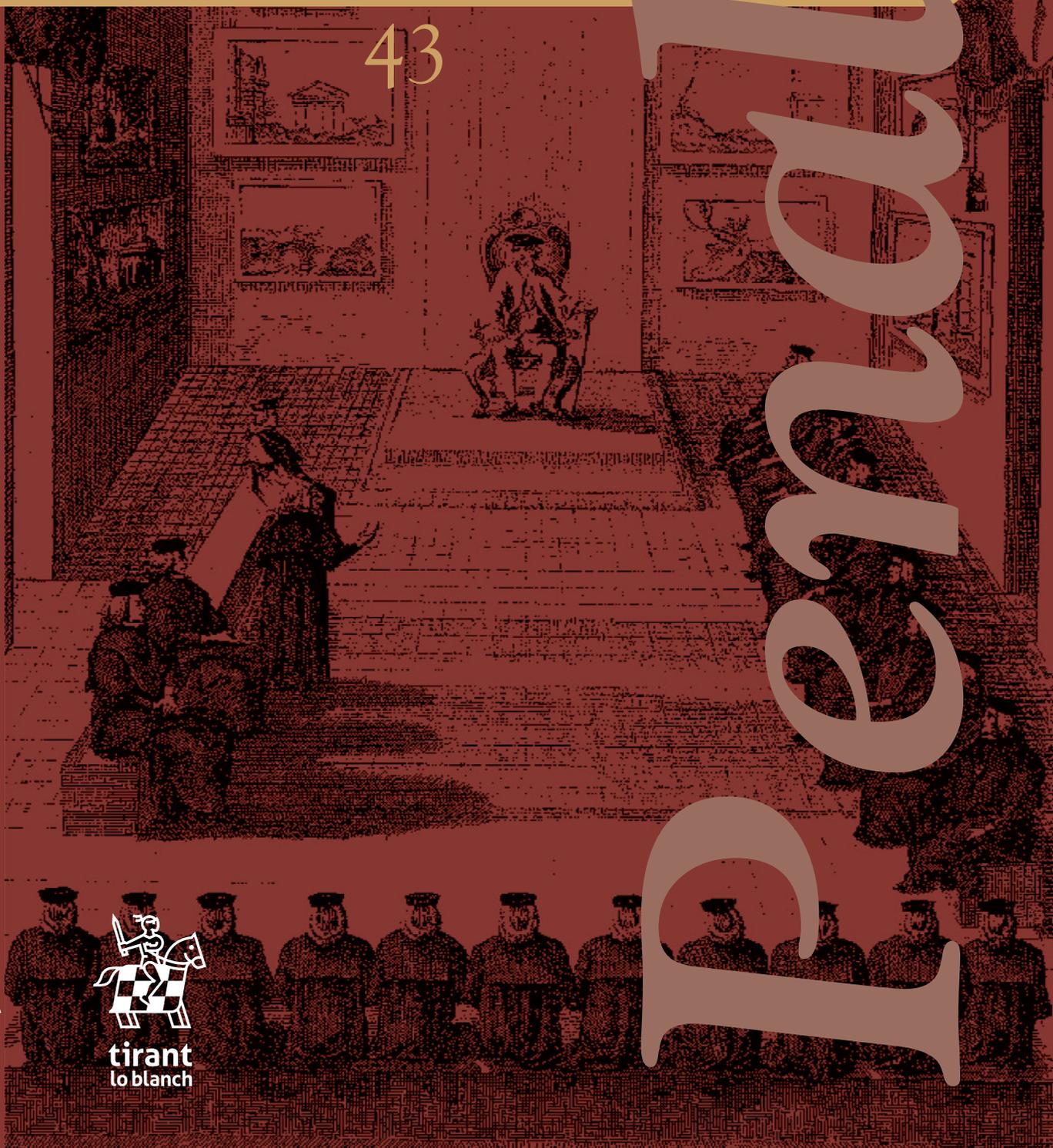
Revista Penal

Diciembre 2018



tirant  
lo blanch

# Penal



# Revista Penal

Número 43

## Sumario

---

### Doctrina:

- Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas, por *Kai Ambos y Gustavo Urquizo* ..... 5
- Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, por *Viviana Caruso Fontán* ..... 25
- Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores, por *Cristina Fernández-Pacheco Estrada* ..... 46
- Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales, por *Adrián Nicolás Marchal González*..... 64
- Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales, por *Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva*..... 89
- Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, por *Francisco Muñoz Conde*..... 102
- La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria, por *Fernando Navarro Cardoso*..... 116
- El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el pacto de estado contra la violencia de género, por *Nieves Sanz Mulas* ..... 137
- Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 156
- Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter cp). Problemas de delimitación del tipo penal en España, por *Patricia Tapia Ballesteros* ..... 172
- The Law in the Process of Economic Globalization: Imperialism and Colonization of Legal Systems, por *Yú Wang*..... 195
- Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, por *Laura Zúñiga Rodríguez* ..... 204

**Sistemas penales comparados:** Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)..... 229

**Jurisprudencia:** La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”, por Francisco Muñoz Conde ..... 290

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jferreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Morales (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pino (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Lloyd y Theresa Griffiths (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Monica Roncati (Italia)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil

Viviana Caruso Fontán

Revista Penal, n.º 43. - Enero 2019

### Ficha técnica

**Autor:** Viviana Caruso Fontán

**Código ORCID:** 0000-0002-4969-7377

**Title:** Standardization vs. perversion: some words about the concept of child pornography

**Adscripción institucional:** Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

**Sumario:** I. Introducción. II. Siguiendo los pasos de Europa: la introducción del concepto legal de pornografía infantil. III. El concepto de Pornografía. IV. Apuntes criminológicos sobre la pornografía infantil. A) Clasificación criminológica de las conductas de pornografía infantil. B) El perfil del consumidor de pornografía infantil. V. Sobre parafilias y Pederastia: ¿es la pedofilia un trastorno mental? VI. Pornografía infantil y lesión de la indemnidad sexual. Bibliografía.

**Summary:** I. Introduction. II. Following the steps of Europe: the introduction of the legal concept of child pornography. III. The concept of Pornography. IV. Criminological notes on child pornography. A) Criminological classification of child pornography behaviors. B) The consumer profile of child pornography. V. About paraphilias and pedophilia: is pedophilia a mental disorder? IV. Child pornography and sexual indemnity. Bibliography.

**Resumen:** El concepto de pornografía infantil incluido en el art. 189.1.b. del Código penal responde a los planteamientos de la Directiva 2011/92/UE, incorporando la llamada pornografía virtual y la pornografía técnica. Esta decisión supone un importante retroceso en la caracterización de los delitos sexuales como delitos contra la libertad sexual, suponiendo la protección de una determinada moral sexual. En este trabajo se recurrirá a la clasificación de los trastornos por parafilia incluidos en el DSM 5 para averiguar si existe una base científica sobre la que fundamentar el carácter patológico de toda conducta relacionada con la pedofilia, incluso frente al material de bajo riesgo, o si por el contrario, el peligro de lesión de la indemnidad sexual de los menores no debe entrar en consideración en estos casos.

**Palabras clave:** pornografía infantil, sexualidad, obscenidad, imágenes realistas, nuevas tecnologías.

**Abstract:** The concept of child pornography included in the Criminal Code responds to the approaches of Directive 2011/92/EU, incorporating the so-called virtual pornography and technical pornography. This decision represents a significant setback in the characterization of sexual crimes as crimes against sexual freedom, assuming the protection of a certain sexual morality. In this research, we will resort to the classification of paraphilic disorders included in the DSM 5 to find out if there is a scientific basis on which to base the pathological character of all behavior related to pedophilia, even in the face of low risk material, or on the contrary, the danger of injury to the sexual integrity of minors should not be considered in these cases.

**Key words:** child pornography, sexuality, obscenity, realistic images, new technologies.

**Observaciones:** El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D+i, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los retos de la sociedad, DER2017-85612-R “Ciberataques y Gobernanza Global”, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

**Rec:** 2-10-2018 **Fav:** 25-10-2018

### I. INTRODUCCIÓN

Explicar la evolución de los delitos sexuales en la legislación española lleva implícito un importante componente de satisfacción, ya que supone poner de manifiesto los cambios — eminentemente positivos — que ha ido sufriendo la concepción social sobre esta materia y que han sido acompañados por las correspondientes reformas jurídicas. Por todos es sabido, que hasta el año 1989 mediante la tipificación de delitos tales como la corrupción de menores o los abusos deshonestos, el Código penal se encargaba de proteger la “honestidad”. Así, el delito de violación se dedicaba únicamente a castigar el “yacimiento”, es decir, la penetración vaginal<sup>1</sup>, ya que era aquella conducta que tenía la virtualidad de hacer perder a la “doncella” su preciada condición de virgen y, consiguientemente, su posibilidad de contraer un matrimonio conveniente<sup>2</sup> o, bien, de crear el peligro de introducir en la familia hijos ilegítimos, si

la víctima hubiese sido una mujer casada. De tal manera, cualquier otra conducta sexual — incluyendo la penetración anal —, quedaba relegada a la figura menos grave de los abusos deshonestos<sup>3</sup>.

Inciendo aún más en los detalles de la tradicional regulación de los delitos sexuales, no es posible olvidar que en nuestra legislación se llegó a crear una figura atenuada para aquellos casos en los cuales la víctima fuera una prostituta<sup>4</sup>, alegando que en estos supuestos no había “honestidad” alguna que defender<sup>5</sup> o bien, que la doctrina española llegó a negar la posibilidad de que tuviera lugar una violación dentro del matrimonio, ya que el sagrado “débito conyugal” que este vínculo implicaba, evitaba tal posibilidad<sup>6</sup>. No menos escandaloso resulta a día de hoy recordar la tipificación del delito de adulterio<sup>7</sup>, que hasta 1978 implicaba que se castigase a la mujer y a su amante frente al primer contacto sexual, mientras que para que la conducta del marido constituyera delito era necesario que éste tuviera manceba<sup>8</sup>, es

1 Al respecto: CARMONA SALGADO, C.: “La normativa de los abusos deshonestos en el proyecto de Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980, p. 72.

2 BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., VIVES ANTÓN, T.: *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 144.

3 Los textos originarios de los delitos de violación y abusos deshonestos del Código Penal de 1848 (artículos 354 y 355) indicaban: “La violación de una mujer será castigada con la pena de cadena temporal. Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2º Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa. 3º Cuando sea menor de 12 años cumplidos, aunque no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.” “El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho con la pena de prisión menor a la correccional.” (Con la excepción del Código de 1928, la redacción de las figuras relativas a los delitos de violación y abusos deshonestos se mantuvo inalterable desde 1848 hasta la modificación de 1989).

4 Los siguientes artículos resultan esclarecedores de la protección que el legislador de 1822 había decidido darle a la prostituta en materia de delitos sexuales: Artículo 670: “En todos los casos de dichos cuatro artículos si se cometiere el delito contra mujer pública, conocida como tal, se reducirá la pena a la mitad.” Art. 673: “El que cometa cualquier otro ultraje público contra el pudor de una persona, sorprendiéndola o violentándola, sufrirá una reclusión de cuatro meses a un año, y dos más de destierro del lugar en que habiese la persona ultrajada y diez leguas en contorno. Si fuere mujer pública conocida por tal la ofendida, sufrirá el reo un arresto de uno a seis meses.” Con el Código de 1848 se eliminan estas atenuantes sin hacer mención expresa de la problemática. Posteriormente, el Código de 1928, que se caracterizó por querer imponer una estricta concepción moral, repuso la atenuante, esta vez para los delitos de violación y abusos deshonestos. El artículo 600 del Código penal de 1928 indicaba: “Si la mujer violada se dedicare habitualmente a la prostitución, se impondrá al culpable la pena de uno a tres años de prisión.”

5 Al respecto, Sequeros Sazatornil entendía que “en estos casos el menosprecio al bien jurídico se ve minimizado”, y por ello “la sanción jurídica deberá adecuarse al restablecimiento del orden jurídico conculcado que, en modo alguno puede hacerse coincidir en todos los supuestos; no pudiendo equipararse la lesión ocasionada a la víctima, con la de aquellas personas para quienes la salvaguarda y entrega de la parcela más íntima de su patrimonio moral, constituye una de las premisas fundamentales de su propia dignidad individual. SEQUEROS SAZATORNIL, F.: “El delito de violación: Necesidad de dar cobertura a supuestos especiales”, en *Actualidad Penal*, Madrid, 1994, nº 3, p. 37.

6 GROIZARD, A. y GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, Salamanca, 1893, p. 85. Algunas voces se alzaron en contra de esta situación, fue el caso de Langle Rubio quien expresó: “la unión matrimonial no debe hacer tabla rasa de todas las libertades femeninas, y aunque sea la procreación el fin primero del conyugio, no es tolerable que se conviertan las entregas del amor en esclavitud a la lujuria, brutalmente impuesta, del amo y señor. De otro modo, la mujer casada resultaría de peor condición todavía que una prostituta”. LANGLE RUBIO, E.: *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Madrid, 1915, p. 501.

7 El artículo 349 del Código penal de 1848 regulaba el delito de adulterio en los siguientes términos: “El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Cometan adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.” Por otro lado, el artículo 353 expresaba: “El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional. La manceba será castigada con la de destierro. Lo dispuesto en los artículos 350 y 351 es aplicable al caso de que se trata en el presente.”

8 Así, Viada, entendía que: “El adulterio es, sin duda alguna, el más grave de todos los delitos contra la honestidad, pues es el que más grande perturbación causa a la familia, y por ende a la sociedad.” VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal Reformado de 1870*,

decir, que desarrollara una relación análoga a la conyugal con una mujer que no fuera su esposa. No sólo era precisa la habitualidad en la relación sino que, además, se requería que esta fuera desarrollada en el domicilio familiar o fuera del mismo pero “con escándalo”<sup>9</sup>.

A partir de todos estos ejemplos resulta fácil deducir que con esta regulación se intentaba proteger una determinada moral sexual, esto es, una serie de concepciones sociales sobre lo que es bueno y normal en el ámbito de la sexualidad y que, por entonces, se centraba en la necesidad de que la mujer, dedicada al hogar y a su familia, tuviera una vida “casta” alejada de los pecados de la carne<sup>10</sup>.

Como sabemos, la aprobación de la Constitución española, en 1978, que defiende la igualdad entre hombres y mujeres, marcó el punto de partida para una modificación de este *status quo*, cuyo momento decisivo fue el nacimiento de un nuevo Código penal en 1995.

Hasta entonces, el bien jurídico “honestidad” lideró la regulación de los delitos sexuales remarcando la necesidad de proteger “toda conducta sexual acorde con los valores culturales propios de la sociedad en que se vive”, por tanto, la honestidad era definida como el conjunto de abstenciones y restricciones referidas al orden sexual que, a través de sanciones morales o penales, pretenden salvaguardar las relaciones sociales, disimulando el fondo animal de los instintos y dignificando los caracteres de la especie humana en su evolución ascendente de naturaleza y costumbres<sup>11</sup>. En consecuencia, intentando salvaguardar la honestidad se procuraba proteger a aquellas personas que cumplieran con los cánones que marcaba la sociedad o, de forma más concreta, los valores que determinaba un grupo de ella.

De modo totalmente opuesto, el espíritu de la regulación de 1995 en materia sexual fue eminentemente liberal, como se demostró al clasificar las conductas, no en función del comportamiento sexual que se llevara a cabo, sino en razón del grado de doblegamiento de la voluntad de la víctima poniendo, por tanto, en primera línea la necesidad de proteger la libertad sexual de hombres y mujeres. En el siglo XX la liberación sexual desplegó nuevas formas de ejercer la sexualidad, se denunciaron las falsedades y la doble moral de las sociedades modernas y el ejercicio voluntario de la sexualidad se convirtió en un derecho del individuo contemporáneo, sus representaciones discursivas dejaron la clandestinidad para convertirse en una elección libre, su disponibilidad alcanzó el mismo estatus que el derecho a informarse, a entretenerse y a educarse<sup>12</sup>. Aunque, como suele suceder, el Derecho llegó a reconocer esta situación cuando ya se encontraba consolidada en la sociedad.

En este trabajo nos proponemos reflexionar acerca de la evolución que ha tenido con posterioridad la legislación en materia sexual para observar si este desarrollo ha llegado a la cima o si, por el contrario, nos queda aún mucho camino por recorrer. Lo cierto es que las sucesivas reformas que ha ido “literalmente” sufriendo la legislación penal desde 1999 han dado marcha atrás en muchas materias. Da la sensación de que el legislador se ha “asustado” del carácter excesivamente vanguardista que tuvo la regulación adoptada en 1995 y ha comenzado a revertir esta tendencia. Un ejemplo de esta situación lo encontramos en la regulación de la figura del proxeneta que, tras su desaparición en 1995 se reincorpora en el año 2003<sup>13</sup>. Las mismas consideraciones podrían hacerse respecto a la corrupción de menores que volvió a estar vigente en 1999<sup>14</sup>.

Tomo III, Madrid, 1890, p. 105. En el mismo sentido, PACHECO, J. F.: *El Código Penal, Concordado y Comentado*, Tomo III, Madrid, 1849, p. 108.

9 Así, Vizmanos y Álvarez Martínez entendían que “el rigor contra el marido se llevaba por nuestra Ley tan lejos como era posible y más de lo que es llevado en códigos extranjeros”. VIZMANOS, T. M. de y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1853, p. 372. Frente a estas opiniones se alzaban manifestaciones en contra de esta desigualdad, así Groizard y Gómez de la Serna expresaban: “Para nuestros legisladores, el adulterio no es la violación de las leyes matrimoniales. Es sólo la violación de esas leyes, cuando es realizada por la mujer. El marido puede infringirlas sin cometer aquel delito. En presencia de tal injusticia, pudiera una vez más decirse: bien se conoce que no fue el león el pintor, o bien se conoce que las mujeres no son legisladores.” GROIZARD, A. y GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *El Código Penal de 1870, ob. cit.*, p. 17.

10 Sobre la ambivalencia moral que determinaba diferentes exigencias de conductas a hombres y mujeres: LEITE, E.: *La invención de la mujer casta. La conciencia puritana y la sexualidad moderna*, Madrid, 1990, p. 16.

11 DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Barcelona, 1982, p. 17.

12 VELASCO AMAYA, H. O.: “Pornografía y erotismo. Reflexiones filosóficas sobre el sujeto de deseo en la era digital”, en *Revista de Tecnología y Sociedad*, año 4, n.º 7, septiembre 2014-febrero 2015.

13 Fue la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la que realizó la modificación más trascendente en este ámbito. De esta forma, el legislador de 2003 introdujo un agregado al final del artículo 188.1 CP referido a la determinación coactiva a la prostitución indicando que: “En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma”. Al respecto: GÓMEZ TOMILLO, M.: “El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena”, en *La Ley*, t. 2, 2007, p. 1590.

14 Esta reforma estuvo inspirada, según el mismo legislador reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por la “disminución de la protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del

No obstante, si hay una figura que está especialmente marcada por los estigmas de la moral sexual es la pornografía infantil. En torno a este concepto, el legislador penal ha decidido castigar cualquier posible actividad que le rodee: la captación, la producción, la distribución, llegando incluso hasta la mera adquisición, acceso y posesión del material pornográfico para uso propio<sup>15</sup>. Pero será en relación a la definición del término “pornografía infantil”, incorporado al Código penal con la reforma acaecida en 2015, donde podamos encontrar las manifestaciones más expresas de protección de una moralidad dominante. Por todo lo dicho, dedicaremos las páginas siguientes a profundizar en los componentes moralizantes que, aún hoy, yacen en torno al concepto legal de pornografía infantil.

## II. SIGUIENDO LOS PASOS DE EUROPA: LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO LEGAL DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

Como es público y notorio, en los últimos años la política criminal española ha estado limitada en buena medida por la necesidad de responder a los “mandatos” europeos. En tal sentido, los aires que han llegado de los organismos europeos han estado precedidos por un marcado carácter proteccionista en relación a los posibles peligros que pueden acechar a los menores en materia sexual. Por otro lado, el populismo punitivo en España también ha estado al orden del día y ha encontrado un buen respaldo en las iniciativas extranjeras.

Aunque evidente, debemos poner de manifiesto que no pretendemos negar la importancia de la lucha que deben emprender los Estados en contra de los abusos sexuales a menores. Tampoco es posible rechazar la acuciante necesidad de continuar buscando nuevos métodos para atacar este mal, que como tantos otros, se sirve en buena medida del desarrollo de las nuevas tecnologías. Simplemente, se trata de indagar acerca del límite entre la salvaguarda de los intereses de los menores y la necesidad de proteger el ámbito de la libertad individual.

Centrándonos en las iniciativas europeas sobre esta materia, es preciso mencionar el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual<sup>16</sup>. Este Convenio fue hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España en Toledo el 12 de marzo de 2009 y su ratificación publicada en el BOE el 12 de noviembre de 2010. En el Preámbulo de este Instrumento se deja claro que uno de sus principales objetivos es prevenir y combatir la explotación sexual de la niñez, objetivo para el cual resulta fundamental la cooperación internacional<sup>17</sup>. De forma consecuente con estas manifestaciones, en el artículo 20 se define el concepto de pornografía infantil y se detallan las conductas que deberían ser castigadas por los Estados, en los siguientes términos<sup>18</sup>:

*“Artículo 20. Delitos relativos a la pornografía infantil.*

*1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las*

---

*Código Penal de 23 de noviembre de 1995”.* Al respecto: BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E.: “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la ley Orgánica 11/1999” en *Actualidad Penal*, Madrid, 1999, p. 667.

15 Sobre el perfil de los consumidores, productores y distribuidores de pornografía infantil, ver: JIMÉNEZ SERRANO, J.: “Tráfico de pornografía infantil: dinámica, roles y prevención”, en *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, nº 5, octubre-diciembre de 2012, p. 36. NEGREDO, L. y HERRERO, O.: “Pornografía infantil en Internet”, en *Papeles del Psicólogo*, vol. 37 (3), 2016, p. 220.

16 Por otro lado, en el ámbito de la ONU es necesario mencionar la Convención sobre los derechos del Niño del año 2000, el Tratado de Nueva York contra la explotación sexual del niño de 25 de mayo de 2000 (BOE de 31 de enero de 2002), y el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000). El artículo 2 de esta Convención establece: “A los efectos del presente Protocolo: (...) b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; c) 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.” Artículo 3. “1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: (...) b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2; c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.” Esta definición es reproducida en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, Lanzarote, de 25 de octubre de 2007.

17 Preámbulo del Convenio de Lanzarote: “(...) Constatando que la explotación sexual de los niños, en particular la pornografía y la prostitución infantil, y todas las formas de abuso sexual infantil, incluidos los actos cometidos en el extranjero, ponen en grave peligro la salud y el desarrollo psicosocial del niño; Constatando que la explotación y el abuso sexual de los niños han adquirido dimensiones preocupantes tanto a nivel nacional como internacional, especialmente por lo que respecta al uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores, y que, para prevenir y combatir dicha explotación y abuso, es indispensable la cooperación internacional (...)”.

18 En el ámbito del Consejo de Europa, también es preciso mencionar la Convención del Cibercrimen (art. 9) firmada en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

siguientes conductas intencionales, cuando se cometan de forma ilícita:

- a) La producción de pornografía infantil;
- b) la oferta o puesta a disposición de pornografía infantil;
- c) la difusión o transmisión de pornografía infantil;
- d) la adquisición para sí o para otro de pornografía infantil;
- e) la posesión de pornografía infantil;
- f) el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

2. A efectos del presente artículo, por «pornografía infantil» se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.

3. Cada Parte se reserva el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1.a a la producción y a la posesión de material pornográfico:

*Que consista exclusivamente en representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente; en el que participen niños que hayan alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18, cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder; con su consentimiento y únicamente para su uso particular.»*

Por otro lado, en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, marcará el camino a seguir. La mencionada Directiva incluye las siguientes definiciones:

“«menor»: toda persona menor de 18 años”.

“«pornografía infantil»: i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada,

ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales,

iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier

*representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor; con fines principalmente sexuales, o iv) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor; con fines principalmente sexuales.»*

Así, la Directiva 2011/92/UE extiende aún más el concepto que, ya en su día, incluyera la Decisión Marco 2004/68/JAI que le precede<sup>19</sup>, instando a los Estados a castigar tanto la llamada pornografía virtual como la técnica. Tal como sostiene PARRA GONZÁLEZ, se aprecia una tendencia internacional a extender el concepto de pornografía infantil para insertar actividades que desde un punto estricto no constituyen pornografía, pero que se encuentran muy cercanas a la misma y podrían llegar a producir los mismos efectos<sup>20</sup>. Esta situación nos lleva a coincidir plenamente con VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN cuando señalan que en Europa se ha continuado con una cruzada emprendida en EEUU contra los depredadores sexuales que no está basada en evidencias empíricas<sup>21</sup>, y esta tendencia, ya iniciada en España con la reforma operada en el Código Penal en 1999, se ha intensificado en 2015.

Con la Reforma operada al Código Penal en el año 2015, el legislador decide incluir una definición literal que determinará lo que se debe entender por “pornografía infantil” a efectos penales. Como podrá observarse, esta nueva definición es una transcripción casi literal del texto de la Directiva. De tal forma, el artículo 189.1. b. CP establece:

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

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

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

19 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, sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, anteriormente mencionada. La mencionada Decisión Marco incluía la siguiente definición: “*Pornografía infantil: cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)*”.

20 PARRA GONZÁLEZ, A. V.: “Pornografía infantil. Contexto Socio/Criminológico y Jurídico”, en *Interacción y Perspectiva. Revista de Trabajo Social*, vol. 6, nº 1, enero-junio de 2016, p. 28.

21 VILLACAMPA ESTIARTE, C. y GÓMEZ DILLÓN, M. J.: “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-2, 2016, p. 2. Las autoras concluyen que el endurecimiento de la legislación penal se halla fundamentado en pánicos morales, más que en evidencias empíricas.

c) *Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.*

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

Sobre la decisión de incluir una definición legal expresa se ha sostenido que esta opción podría ser positivamente valorada desde una perspectiva garantista, ya que de tal forma, radica en el legislador la decisión acerca del material que debe ser considerado. Esto en principio, podría asegurar una mayor seguridad jurídica y uniformidad en la aplicación del Derecho<sup>22</sup>. No obstante, el afán que ha demostrado el legislador por ampliar el ámbito de aplicación de los tipos, incluyendo situaciones de diversa gravedad, ha terminado por desdibujar la finalidad de las normas en que la definición opera, lo que propicia una aplicación menos eficiente, menos igualitaria e, incluso, desproporcionada en ciertos casos. Todo ello lleva a que, finalmente, no esté garantizada la seguridad jurídica a la que se podía aspirar<sup>23</sup>. Veremos a continuación las razones que nos llevan a apoyar estas reflexiones.

De acuerdo al concepto legal, por pornografía infantil deberemos entender, no sólo las imágenes de niños participando en conductas sexuales, sino también “*toda representación de los órganos sexuales de un menor*” y las “*imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita*” o de sus órganos sexuales. Con ello, los puntos polémicos de este concepto se centrarán en la llamada “pornografía virtual”, en la “pornografía técnica” y en la posible falta de nocividad de la imagen de un cuerpo humano simplemente desnudo.

En cuanto al concepto de pornografía virtual, se trata de la creación de una imagen que representa visual-

mente a un menor, es decir, de un material en cuya creación no ha participado menor alguno. En consecuencia, estamos frente a supuestos en los que no ha podido verificarse la lesión de la indemnidad sexual de ningún menor o discapacitado, ni en la fase de creación, ni de distribución ni mucho menos de posesión. Para justificar la inclusión de este material, una parte de la doctrina considera adecuado que a través de estos tipos se proteja la seguridad y la dignidad de la infancia<sup>24</sup>, bienes jurídicos abstractos donde los haya.

Con el objeto de limitar las complicaciones que podía generar la excesiva amplitud del texto legal, la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, dispone que solo se considerarán “imágenes realistas”, potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil, aquéllas que se aproximen en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales, por lo que no se considerarán incluidos los dibujos animados, manga o representaciones similares, pues no serían propiamente “imágenes realistas”, en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

En lo que respecta a la “pornografía técnica”, se trata de imágenes realizadas utilizando a adultos que aparentan ser menores. La comprobación *a posteriori* de que el protagonista de la escena pornográfica tenía en realidad 18 años o más en el momento de producirse el material, excluiría la punibilidad de la conducta. Tal como ha apuntado GARCÍA NOGUERA, esta redacción parece contradictoria ya que ¿quién, sino un mayor de edad, puede hacerse pasar por un menor? Solo un mayor de edad puede, lógicamente, simular la minoría de edad cuando se produzca o confeccione pornografía técnica, pero el propio artículo excluye ese supuesto. Ante esta situación parece evidente que el legislador sólo pretende recoger con esta redacción los casos dudosos<sup>25</sup>, o dicho de otro modo, que ha pretendido recoger una criticable inversión de la carga de la prueba<sup>26</sup>.

Al respecto, la Circular 2/2015 de la Fiscalía sostiene que si no puede determinarse la mayoría o minoría de edad de la persona representada y el material la “presenta” como menor de edad, el material deberá ser considerado como pornografía infantil, esto es, en caso

22 OSSANDÓN, M. M.: “La técnica de las definiciones en la ley penal. Análisis de la definición de material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años”, *Política Criminal*, vol. 9, nº 18, diciembre de 2014, p. 337.

23 OSSANDÓN, M. M.: “La técnica de las definiciones en la ley penal...”, *ob. cit.*, p. 337.

24 CAROU GARCÍA, S.: “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet. El guardián al otro lado del espejo”, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 56, 2018, p. 25.

25 GARCÍA NOGUERA, I.: “Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 19, 2014, p. 108.

26 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “Concepto de pornografía infantil y modalidades típicas comisivas tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo: la pornografía infantil y la que no lo es (aunque se califique como tal)”, en Cuerda Arnau, M. L. y Fernández Hernández, A. (coords.): *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Valencia, 2016, p. 200. El autor señala que son muchas las dudas constitucionales que plantea una construcción de este tipo, pudiendo tratarse de un nuevo delito de sospecha.

de duda, se presumirá que se ha utilizado a un menor de edad para la grabación. En su afán por aclarar el concepto, la Circular señala que la posesión o difusión de material que incorpore una escena sexual protagonizada por una persona no identificada de la que no está claro si es mayor o menor sin hacer mención a su minoría de edad y sin relacionarla con iconografía propia de menores (rasgos aniñados, vestido, peinado, etc.) no deberá perseguirse penalmente.

En estos extremos es conveniente recordar que la protección del Código penal en estos tipos se extiende hasta los 18 años de edad, lo que nos lleva a preguntarnos: ¿cuál es la iconografía propia de una adolescente de 17 años? La Circular parece sugerir que sólo se incluirán imitaciones burdas de niños pequeños, cuando lo más habitual será que resulte imposible determinar si un adolescente ha cruzado la frontera de la mayoría de edad o no. En todo caso, la Circular también pretende mitigar la gravedad de esta decisión aclarando que la Policía dispone de bases de datos de menores víctimas de pornografía infantil ya identificados y que los Sres. Fiscales habrán de procurar en estos casos la determinación de la edad real de la persona representada, por lo que deberán —si no se ha hecho ya de oficio— interesar a la Policía para que proceda a investigar este extremo.

Resulta, a todas luces, evidente que la introducción de la pornografía técnica en la definición de pornografía infantil puede crear a todo consumidor de pornografía la duda de estar al borde de un precipicio legal. A favor de esta idea, algunos autores ponen de manifiesto que hay imágenes en internet que explotan la ambigüedad, es decir, que en muchos casos es difícil saber si se trata de mujeres jóvenes representadas como niños o son niños reales representados de maneras que imitan el comportamiento sexual de adultos y que esta situación es utilizada adrede<sup>27</sup>. En nuestra opinión, aun contando con esta posibilidad, el castigo de la distribución o posesión de este tipo de imágenes conlleva un nivel de inseguridad jurídica no tolerable<sup>28</sup>.

Respecto a las imágenes de niños desnudos, la Circular 2/2015 de la Fiscalía defiende el carácter pornográfico de estas imágenes cuando se enmarquen en un contexto lascivo, lo cual a su entender debe tratarse de posados con contenido sexual o imágenes enfatizando los genitales. Así, para deslindar el desnudo relevante del penalmente irrelevante se propone analizar si el material visual se centra en un comportamiento sexual o en los órganos sexuales del menor. En este punto, la Circular entrará a valorar la cuestión de la intención, considerando que no será suficiente para entender que el material es pornográfico con la mera intencionalidad de obtener placer sexual por parte de quien lo posee o difunde. Por otro lado, si se valorará como un criterio decisivo, la voluntad de quien elabora el material. En este supuesto, el *animus* del sujeto activo que entra en contacto directo con el menor y que obtiene del mismo, fotografías o videos de sus órganos sexuales, servirá para calificar el producto obtenido como pornográfico.

Al respecto resulta oportuno valorar la decisión de la Audiencia Provincial de Toledo en la sentencia 4/2016, de 11 de febrero. En este caso se juzga la posesión de 138 fotografías de una menor de 11 años que exhibe sus genitales y sus pechos. Al respecto, la Audiencia entendió que las mismas no podían ser calificadas de pornográficas por el mero hecho del desnudo, ya que para calificar las fotografías como material pornográfico el material ha de presentar a los menores en un contexto de índole sexual, lo cual puede tener lugar tanto si están vestidos cuanto si están desnudos, ya que son las circunstancias en las que la imagen aparecen las que van a determinar la calificación del material. Así, a modo de ejemplo, la Audiencia sostiene que podría decirse que una fotografía de un menor vestido pero realizando actos de claro sentido sexual podría tener una clara naturaleza pornográfica pero otra del mismo menor desnudo sin otro aditamento podría no alcanzar ese significado<sup>29</sup>. Consecuentemente, para ser calificado como pornográfico un material ha de buscar ese fin de provocar excitación sexual pero desde unos paráme-

27 QUAYLE, E. y JONES, T.: "Sexualized Images of Children on the Internet", en *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, nº 23(1), 2011, p. 17. En nuestra opinión, aun contando con esta realidad, el castigo de la distribución o posesión de este tipo de imágenes conlleva un nivel de inseguridad jurídica no tolerable.

28 En este sentido decidió la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia 837/2017, de 20 de diciembre. En este caso se hallaron en el domicilio del acusado fotografías de menores con una evidente carga erótica, por la vestimenta impropia para la edad o las poses adoptadas por las niñas, pero que no mostraban ninguna conducta sexual explícita de las menores, ni de masturbación ni de otro tipo, sino que sólo se trataba de imágenes de mujeres menores en poses, con atuendos y posturas impropias para su edad, que a lo sumo sólo podían generar un juicio ético de rechazo. Por otro lado, también se hallaron imágenes de mujeres en actitud erótica y en algún caso, con desnudos parciales o integrales, pero no pudo concluirse que dichas mujeres fueran menores de edad en el momento de tomarse las instantáneas, ya que ello no era evidente o notorio y no se había practicado prueba pericial que pudiera apoyar esa apariencia o descartarla. En el mismo sentido: Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca 110/2017, de 22 de septiembre.

29 En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 139/2017, de 4 de mayo, se absuelve a la acusada que envió a publicar en una página web fotos de una menor en ropa interior para anunciar servicios de prostitución. El tribunal, en esta ocasión consideró que el material no podía ser calificado como pornográfico ya que si bien las actitudes de la menor eran insinuantes, no mostraba sus órganos sexuales y no participaba en una conducta sexual explícita, real o simulada.

tros objetivos, lo cual no ocurre en este caso, sin que sea oportuno tener en cuenta si por el solo hecho de ver a la menor desnuda el acusado si experimentaba tal sensación.

Valoramos positivamente la decisión tomada por el Tribunal en este caso, aunque resulta dudoso el hecho de que esta interpretación este de acuerdo con lo planteado por la Circular 2/2015 de la Fiscalía, que considera comprendido el material dentro del concepto de pornografía siempre que en el mismo se enfatizan los órganos sexuales. No se puede olvidar que en la sentencia analizada se aclara que el acusado estaba en posesión de fotografías de “zonas erógenas de la menor”. En todo caso, coincidimos con esta decisión en la medida en que se pone de manifiesto la necesidad de recalcar la importancia de los parámetros objetivos para la calificación del material.

### III. EL CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA

Una primera aproximación al concepto de pornografía infantil no debería pasar por alto la necesidad de definir a la pornografía misma. Según la Rae la pornografía es la “presentación abierta y cruda del sexo que busca producir excitación”<sup>30</sup>.

La noción de pornografía suele ser asociada con el erotismo y desde el extremo opuesto con el término “obscenidad”. En cuanto a la relación que se plantea entre el erotismo y la pornografía, un primer punto de partida nos lleva a observar que se habla de lo “erótico” como algo positivo, mientras que cualquier asociación a la pornografía suele conllevar un componente negativo<sup>31</sup>. Así en su definición, el “erotismo” se caracteriza por ser la “exaltación del amor físico en el arte”<sup>32</sup>. En el erotismo el deseo sexual se provoca a través de imágenes que sugieren posibles situaciones de pasión, se juega con la imaginación del observador. Al contrario, la pornografía es la representación directa del acto sexual que se expone sin rodeos. En ella el acercamiento

al objeto representado es excesivo, obsesivo, al grado de desaparecer cualquier posibilidad de significado, no hay nada más que lo que se muestra.

La pornografía reduce entonces el acto sexual a un estado de obscenidad vacía donde lo que se observa es lo que existe, el erotismo en cambio lo representa a través de los velos y las máscaras de la seducción como un movimiento que regenera el misterio del otro a través del deseo<sup>33</sup>. En consecuencia, lo erótico se prefiere y se tolera en cuanto a que es vista como una forma de sexualidad superior, presentándose como un rasgo característico de inteligencia, humanidad y belleza, mientras que la pornografía carece de ese valor añadido que aleja el deseo del puro instinto animal<sup>34</sup>. El acto erótico aparece como una sublimación que trasciende los simples actos o necesidades sexuales y que se puede asociar con la creación y con lo artístico y con una belleza de la que está exenta la pornografía<sup>35</sup>.

En el extremo opuesto, lo obsceno se identifica con lo “impúdico, torpe, ofensivo al pudor”<sup>36</sup>. La presencia del término “obscenidad” aún hoy está presente en la legislación española, ya que se utiliza para adjetivar al exhibicionismo frente a menores en el artículo 185 CP, provocando la crítica de la doctrina que lo ve como una manifestación anacrónica<sup>37</sup>. La vinculación de lo obsceno con lo pornográfico también es problemática. Así, si se asocia la obscenidad con aquello que provoca disgusto o vergüenza, dicha asociación podría ser empíricamente falsa ya que la pornografía a menudo es consumida con placer. Además, lo obsceno no tiene por qué tener una connotación necesariamente sexual. La ostentación de riqueza frente a la pobreza puede ser correctamente calificada como obscena, por lo que asimilar pornografía a obscenidad resulta ser conceptualmente erróneo<sup>38</sup>.

Debe resaltarse que el clásico componente negativo que ha tenido tradicionalmente la pornografía, hoy en día está siendo puesto en duda. La doctrina se plantea por qué la pornografía tendría menos cualidades cultu-

30 *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. <http://dle.rae.es/?id=ThYXkZ3> (Visto. 14/08/2018).

31 Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia 830/2010, de 30 septiembre 2010 estima que “el concepto de material pornográfico sería el resultado de la combinación de dos criterios: el contenido exclusivamente libidinoso del producto tendente a la excitación sexual de forma grosera y la carencia de valor literario, artístico o educativo”.

32 *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. <http://dle.rae.es/?id=G3O54d6> (Visto. 14/08/2018).

33 VELASCO AMAYA, H. O.: “Pornografía y erotismo...”, *ob. cit.*

34 LLORENTE, M. E.: “Erotismo y pornografía: revisión de enfoques y aproximaciones al concepto de erotismo y de literatura erótica”, en *Anuario de Letras, Lingüística y Filología*, vol. 40, 2002, p. 362.

35 LLORENTE, M. E.: “Erotismo y pornografía...”, p. 363. También se ha sostenido que la diferencia entre ambos términos se manifiesta porque el porno se enfoca en provocar una respuesta física, lo que no se presenta como propósito en el erotismo. FLORES PONCE, A. C.: “En el principio, el sexo: de pornografía y reproducciones simbólicas”, en *Razón y Palabra. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación*, n° 77, agosto-octubre 2011.

36 *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. <http://dle.rae.es/?id=QoQ5r6Z>. (Visto. 14/08/2018).

37 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Valencia, 2017, p. 219.

38 MALEM SEÑA, J. F.: “Acerca de la pornografía”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 11, enero-abril 1992, p. 221.

rales que las representaciones eróticas<sup>39</sup>. La visión moderna de la sexualidad ha hecho posible que el sexo y sus derechos queden asegurados gracias a la incorporación de una estructura social que garantice su correcto desarrollo. Hoy en día se defiende la opción de masturbarse sin complejos, el derecho a tener orgasmos, la capacidad de la mujer a disfrutar de su sexualidad de la misma forma que el hombre, de realizar nuestras fantasías eróticas, de pensar y practicar el sexo sin culpa... se trata de una exaltación del placer y de una obsesión libertaria evidenciada en las nuevas representaciones mediáticas, en programas educativos de radio y televisión, en páginas web y blogs especializados<sup>40</sup>.

En este contexto se habla de una nueva forma de pornografía: el "postporno" que es también un movimiento artístico y político que se apropia de la pornografía para denunciar el sometimiento que se encuentra detrás de la aparente liberación sexual. Bajo el lenguaje del arte y la denuncia política se configuran nuevas representaciones sobre la sexualidad; conscientes de lo paradójico que es redefinirla, en sus manifiestos se pone en evidencia la experiencia de lo excluido, de lo que está fuera de la normalidad<sup>41</sup>. En la nueva sociedad y su nueva forma de tratar con la sexualidad hay lugar para las manifestaciones sexuales explícitas sin que ello sea una realidad oculta y que genera vergüenza.

Una vez que hemos hecho referencia al papel que juega la pornografía en las manifestaciones sexuales actuales nos corresponde señalar los componentes que lo integran. Para definir adecuadamente el concepto de pornografía se suele acudir a tres elementos<sup>42</sup>:

- la intención del agente de excitar sexualmente a sus destinatarios
- el contenido del material
- el resultado de la acción, es decir, que los destinatarios resulten excitados.

El primer elemento contiene algunas dificultades para su delimitación. Una obra artística, como podría ser un cuadro clásico que represente escenas o posturas sexuales, puede haber sido concebido por su creador buscando trasladar emociones. Así, trasladando las consideraciones hechas anteriormente, parece que la belleza o delicadeza artística con la que haya sido elaborada la obra podría excluir su carácter pornográfico, el cual se recuperaría si la representación no fuera bella

o virtuosa, pasando a tener ese componente negativo del que ya se ha hablado. En nuestra opinión, se debe rechazar esta interpretación, limitándonos solamente a requerir la intención provocativa del agente.

En relación al contenido, no hay discrepancias significativas acerca de que el material pornográfico debe tener como contenido la representación de relaciones sexuales explícitas<sup>43</sup>. Hay autores que señalan que el elemento decisivo para proceder a la distinción puede residir en el momento del consumo. No obstante, si se define o delimita un concepto o un objeto aludiendo al uso o finalidad que se le dé, deberíamos enfrentarnos al peligro de que cualquier cosa pudiera ser considerada como pornográfica<sup>44</sup>.

Esta opinión sigue la línea de la de algunos penalistas que critican la incorporación de un concepto formal de pornografía en la legislación penal. En este sentido, se ha pronunciado CAROU GARCÍA comentando que el legislador ha olvidado que "los pedófilos no siempre recurren a material de contenido sexual explícito"<sup>45</sup>. Para ilustrar esta situación, la autora recuerda los catálogos de ropa de baño infantil y las fotos de menores captadas en un entorno naturista. Por estas razones, la autora aboga por la idea de que sea el aplicador del Derecho el que aprecie el carácter pornográfico de cualquier tipo de material, en atención al uso que se está haciendo del mismo, prescindiendo así de un concepto formal de pornografía que imposibilita una mayor persecución penal<sup>46</sup>. De estas palabras debemos deducir que la autora defiende la persecución penal del sujeto que se excita sexualmente a través del visionado del catálogo de ropa de unos grandes almacenes. Esta opción resulta a todas luces disparatada.

En opinión de MALEM SEÑA, para que podamos hablar de material pornográfico deberán estar presentes los tres elementos apuntados: intención, contenido y resultado<sup>47</sup>. Contra este criterio, nos atrevemos a hacer una pequeña corrección, que creemos facilitará la resolución de esta cuestión de cara a la aplicación del concepto en el ámbito jurídico. Así, en relación al resultado de que el destinatario del material se sienta efectivamente excitado a través de su visionado, consideramos más adecuado entender que lo relevante es la idoneidad objetiva para excitar. Se trata de la virtualidad que puedan tener las imágenes para provocar re-

39 VELASCO AMAYA, H. O.: "Pornografía y erotismo...", *ob. cit.*

40 VELASCO AMAYA, H. O.: "Pornografía y erotismo...", *ob. cit.*

41 VELASCO AMAYA, H. O.: "Pornografía y erotismo...", *ob. cit.*

42 MALEM SEÑA, J. F.: "Acerca de la pornografía", *ob. cit.*, p. 221.

43 MALEM SEÑA, J. F.: "Acerca de la pornografía", *ob. cit.*, p. 221.

44 LLORENTE, M. E.: "Erotismo y pornografía...", p. 366.

45 CAROU GARCÍA, S.: "El agente encubierto como instrumento de lucha...", *ob. cit.*, p. 25.

46 CAROU GARCÍA, S.: "El agente encubierto como instrumento de lucha...", *ob. cit.*, p. 38.

47 MALEM SEÑA, J. F.: "Acerca de la pornografía", *ob. cit.*, p. 236.

acciones sexuales a un grupo de la población, contando con el contenido sexual explícito ya indicado.

### IV. APUNTES CRIMINOLÓGICOS SOBRE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

#### A) Clasificación criminológica de las conductas de pornografía infantil

Antes de dar por adecuada una definición legal de pornografía infantil sería conveniente analizar este término desde un punto de vista criminológico. A nivel

internacional se han desarrollado escalas que permiten clasificar el contenido del material de pornografía infantil en función de su gravedad. Así, la escala COPINE se desarrolló en 1997 por el Departamento de Psicología de la Universidad de Cork, en Irlanda. En este proyecto se contó con una base de datos integrada por 80.000 imágenes y más de 400 videos. La escala está dividida en 10 niveles que responden al grado de victimización del menor, donde el número 1 se identifica con la situación de menor intensidad y el 10 con la máxima<sup>48</sup>. Así, la escala COPINE divide el material pornográfico en las siguientes categorías:

Nivel	Descripción de la Victimización
1	<b>Indicativo:</b> imágenes no eróticas y sin carácter sexual.
2	<b>Nudista:</b> imágenes de niños desnudos o semidesnudos en lugares apropiados y de fuentes legítimas.
3	<b>Erótica:</b> imágenes furtivas de niños desnudos o en ropa interior.
4	<b>Poses:</b> poses deliberadas de niños desnudos o semidesnudos, sugiriendo por el contexto o la organización un interés sexual.
5	<b>Poses eróticas:</b> poses sexuales o provocativas realizadas de forma deliberada.
6	<b>Poses explícitamente eróticas:</b> imágenes otorgando especial énfasis en los genitales.
7	<b>Actividad sexualmente explícita:</b> imágenes de contenido sexual entre niños, sin la participación de un adulto.
8	<b>Abuso:</b> imágenes de actividades sexuales con la participación de un adulto.
9	<b>Abuso extremo:</b> imágenes de actividades sexuales con penetración incluyendo a un adulto.
10	<b>Sadismo y bestialismo:</b> imágenes de actividad sexual que causan dolor o incluyen animales que se encuentran implicados en actividades sexuales con el niño.

Como puede observarse, los primeros cuatro niveles poseen poca o escasa intervención de componentes sexuales. Sobre estos extremos es necesario remarcar que los miembros de este proyecto enfatizan la necesidad de contar con estos niveles dentro de la clasificación. En su opinión, si bien es posible entender por pornografía a las imágenes sexualizadas que involucran a niños, qué es lo que se entiende por “imágenes sexualizadas” puede variar en gran medida dependiendo de la perspectiva que se adopte. De tal forma, si se pusiera el acento en la circunstancia de que el material debe ser altamente sexualizado se olvidaría que cualquier imagen puede ser sexualizada y utilizada para fantasear,

ya que lo que es importante para el adulto es el papel psicológico que juega la imagen del niño para lograr la excitación y proceder a la masturbación<sup>49</sup>.

Para estos autores, si se excluyeran las imágenes que no tienen un contenido sexual explícito se podría llegar a la conclusión de que existen ofensores “buenos” y ofensores “malos”, dependiendo de las características del material encontrado, olvidando el hecho de que cada vez que se accede a la imagen de un niño para un propósito sexual se victimiza al individuo en cuestión<sup>50</sup>.

Posteriormente surgió la clasificación SAP que es una simplificación de la escala COPINE, donde se dividen las conductas en 5 distintos niveles<sup>51</sup>:

48 TAYLOR, M., QUAYLE, E. y HOLLAND, G.: “Child Pornography, the internet and offending”, en *Isuma*, 2001, p. 95.

49 TAYLOR, M., QUAYLE, E. y HOLLAND, G.: “Child Pornography...”, p. 95.

50 TAYLOR, M., QUAYLE, E. y HOLLAND, G.: “Child Pornography...”, p. 95.

51 Esta escala fue desarrollada por el Tribunal de Apelación en Reino Unido en el año 2002 con el objetivo de servir de apoyo a los jueces a la hora de decidir la pena a fijar en casos de pornografía infantil. En 2013, una segunda versión de esta escala, divide al material de pornografía infantil en tres distintos niveles: a) Imágenes que incluyen actividad sexual con penetración y actividad sexual sádica o bestialismo, b) Imágenes conteniendo actividad sexual sin penetración, c) Imágenes indecentes de niños.

Niveles	Descripción
1	Imágenes que describen poses eróticas sin contenido sexual.
2	Imágenes conteniendo actividad sexual sin penetración entre niños o masturbación entre niños o propia.
3	Imágenes de actividad sexual sin penetración entre niños y adultos.
4	Imágenes de actividad sexual con penetración entre niños y adultos.
5	Imágenes de sadismo o bestialismo (penetración a o de un animal).

También en España se han realizado esfuerzos clasificatorios. En este ámbito, Pascual, Giménez-Salinas e Igual dan cuenta de una investigación realizada para la Unidad Central de Policía Judicial de la Guardia Civil que concluyó con la creación de una clasificación española de imágenes de pornografía infantil. Según los mismos autores relatan, ésta clasificación preten-

de servir de apoyo para las investigaciones policiales a la hora de clasificar el material detectado y permite discriminar los casos más graves para poder asignar racionalmente los recursos de persecución disponibles<sup>52</sup>. La categorización presentada por estos autores es la siguiente:

<b>Nivel 0: otro material relevante</b>
Imágenes que no se engloban dentro de la categoría de pornografía infantil: imágenes no eróticas y no sexualizadas de niños total o parcialmente vestidos o desnudos, provenientes de fuentes comerciales, álbumes familiares o fuentes legítimas, así como imágenes que no se pueden incluir en ninguno de los niveles superiores.
<b>Nivel 1: desnudos o poses eróticas</b>
Imágenes de niños total o parcialmente vestidos o desnudos, en poses provocativas o sexualizadas, o que hagan hincapié en las zonas genitales.
<b>Nivel 2: Actividad sexual entre niños</b>
Imágenes de actividad sexual realizada entre niños o masturbación propia.
<b>Nivel 3: Actividad sexual entre niños y adultos excluyendo la penetración de adulto a niño</b>
Imágenes de actividad sexual con la participación de un adulto. Se incluye la penetración producida de niño a adulto pero se excluye la penetración (de cualquier tipo) de adulto a niño.
<b>Nivel 4: Actividad sexual con penetración de adulto a niño</b>
Imágenes de actividad sexual entre niños y adultos que incluyan penetración de adulto a niño.
<b>Nivel 5: Actividad sexual sádica y bestialismo</b>
Imágenes de actividades sexuales que aumenten el dolor físico o humillación de manera innecesaria, así como actividad sexual entre niños y animales.

Tal como sucede en el caso del proyecto irlandés, en esta investigación también se hace hincapié en la necesidad de incluir las imágenes que no tienen una referencia sexual explícita, ya que los autores entienden que el contenido objetivo no siempre permite entender y abarcar directamente todos los perfiles. En su opinión, un contenido sin actividad sexual explícita, puede inspirar una reacción sexual en el usuario igual de impactante que la actividad explícita por lo que, en este tipo de intercambio de material, la dimensión objetiva

y la subjetiva se retroalimentan, constituyendo un ciclo que resulta esencial para entender esta tipología delictiva<sup>53</sup>. De tal forma, en esta investigación se maneja un concepto criminológico de pornografía infantil que abarca<sup>54</sup>, incluso, la denominada “pseudo-pornografía” y que consiste en insertar fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas en las que no intervienen realmente los menores, ya sea colocando la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o añadiendo objetos a la imagen<sup>55</sup>.

52 PASCUAL, A., GIMENEZ-SALINAS, A. e IGUAL, C.: “Propuesta de una Clasificación española sobre imágenes de pornografía infantil”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, art. 1, nº 15, 2017, p. 4.

53 PASCUAL, A., GIMENEZ-SALINAS, A. e IGUAL, C.: “Propuesta de una Clasificación española...”, *ob. cit.*, p. 6.

54 PASCUAL, A., GIMENEZ-SALINAS, A. e IGUAL, C.: “Propuesta de una Clasificación española...”, *ob. cit.*, p. 6.

55 Según el concepto manejado por Morales Prats: MORALES PRATS, F.: “Pornografía infantil e Internet”, FUOC, 2002, p. 4. <http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/index.html> (visto: 20/08/2018).

Resulta evidente que el concepto criminológico de pornografía infantil no puede coincidir con la descripción legal de este término. Así, en la medida en que una de las principales funciones de la criminología es analizar la realidad para estar en condiciones de criticar al Derecho penal, será preciso que extienda su ámbito de actuación más allá de los límites de este, para conocer en profundidad el fenómeno criminal que es necesario regular. No obstante, aunque se parta de esta base, entendemos que la extensión desmesurada de este concepto desde un punto de vista criminológico también resulta perjudicial, en cuanto podría conducir a la estigmatización de individuos por situaciones que no exceden de su propia intimidad.

### *B) El perfil del consumidor de pornografía infantil*

Se ha sostenido en numerosas ocasiones que Internet ha supuesto el cauce idóneo para la actual explosión de la pedofilia al proporcionar al delincuente los ingredientes más adecuados para el desarrollo de esta forma de parafilia: la desinhibición que facilita el anonimato en la red y el fácil acceso al material pedófilo que ofrece la estructura y naturaleza de Internet<sup>56</sup>.

No obstante, los estudios realizados hasta el momento sobre el perfil de los consumidores han demostrado la heterogeneidad de las características de estos sujetos. Así, los modelos teóricos explicativos de estos perfiles han intentado clasificar las tendencias que fundamentarían estas conductas, pero sólo han logrado hallar criterios generales. En el modelo de los caminos, desarrollado por WARD y SIEGERT, se pretende integrar en una teoría teológica integral los mejores elementos de las tres teorías desarrolladas hasta el momento: el modelo de condición previa de Finkelhor (1984); el modelo cuatripartito de Hall y Hirschman (1992) y la teoría integrada de Marshall y Barbaree (1990). El modelo de los caminos sugiere que existen cinco caminos etiológicos que pueden llevar a la delincuencia sexual:

los déficits en intimidad, los déficits en habilidades sociales, los guiones sexuales desviados, la desregulación emocional y la cognición antisocial. Entre estas opciones, se ha demostrado que un importante porcentaje de consumidores de pornografía infantil sufre un déficit de intimidad o desregulación emocional<sup>57</sup>, pero existen aún muchos casos que no han podido ser objeto de clasificación<sup>58</sup>.

Se ha destacado, también, que muchos de estos ofensores pueden divorciar la naturaleza abusiva de la imagen de su utilidad como mercancía sexual, al deshumanizar a la víctima representada en la imagen<sup>59</sup>, a pesar de que en general suelen llegar a tener una fantasía de pseudo-intimidad con los menores observados<sup>60</sup>. Por otro lado, los estudios comparativos realizados teniendo en cuenta a los delincuentes de contacto y a los delincuentes a través de la red, señalan que el riesgo de reincidencia en este tipo de delincuentes es mucho menor que en el caso de los abusadores de niños<sup>61</sup>. Además, si bien las características socio-afectivas de los delincuentes de Internet y los abusadores de menores tienen ciertas similitudes, su capacidad para manejar los intereses sexuales marca una gran diferencia ya que los segundos son más propensos a ,actuar' y a romper las reglas sociales a través de la comisión de delitos de contacto<sup>62</sup>. Con ello, se remarca que el riesgo de reincidencia o de aumento de la gravedad de las conductas delictivas no es significativo en el caso de los consumidores de pornografía infantil.

El equipo de investigación del Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad de la Universidad Autónoma de Barcelona (ICFS) en su publicación sobre el "Perfil psicológico de los penados a medidas alternativas por consumo de pornografía infantil" ha puesto de manifiesto que "...detectar los llamados delincuentes "duals", es decir, aquellos consumidores que finalmente llevarán a la práctica sus fantasías sexuales y abusarán de un menor, debería ser la prioridad de los programas de intervención con esta tipología delictiva"<sup>63</sup>. De tal

56 GARCÍA HERNÁNDEZ, G.: "La protección de la infancia frente a la pornografía infantil", en *Revista boliviana de Derecho*, nº 15, enero 2013, p. 93.

57 WARD, T. y SIEGERT, R. J.: "Toward a comprehensive theory of child sexual abuse: A theory knitting perspective", en *Psychology, Crime and Law*, 9, pp. 319-351.

58 Un completo estudio sobre los trabajos realizados hasta el momento en relación a los perfiles de consumidores de pornografía infantil se puede encontrar en: PÉREZ RAMÍREZ, M, HERRERO MEJÍAS, O. y otros: "Perfil psicológico de los penados a medidas alternativas por consumo de pornografía infantil", Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad de la Universidad Autónoma de Barcelona, p. 12. [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/estadpm/Informe\\_Consumidores\\_pornografia\\_infantil.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/estadpm/Informe_Consumidores_pornografia_infantil.pdf) (Visto: 20/08/2018).

59 ELLIOT, I. A. y BABCHISHIN, K. M.: "Psychological Profiles and Processes in Viewers of Internet Child Pornography", en Schwartz, B. K. (ed.): *The sex offender*, 2012, vol. 7, cap. 6, p. 9.

60 TAYLOR, M., QUAYLE, E. y HOLLAND, G.: "Child Pornography...", p. 95.

61 WEBB, L., CRAISSATI, J. y KEEN, S.: "Characteristics of Internet Child Pornography Offenders: A Comparison with Child Molesters", en *Sex Abuse. A Journal of Research and Treatment*, enero de 2008, p. 461.

62 WEBB, L., CRAISSATI, J. y KEEN, S.: "Characteristics of Internet Child Pornography...", *ob. cit.*, p. 463.

63 PÉREZ RAMÍREZ, M, HERRERO MEJÍAS, O. y otros: "Perfil psicológico de los penados...", *ob. cit.*, p. 51.

forma, estos investigadores insisten en que es necesario profundizar en el estudio de aquellos aspectos que puedan conducir a los condenados a dar el salto y pasar de las fantasías sexuales a la acción, acabando por abusar de un menor. No obstante, en este Informe también se admite que los “agresores duales”, representan tan sólo un porcentaje pequeño. De forma concreta, sólo se trata de un 9% en la población estudiada, que en esta ocasión ha reunido a difusores y poseedores de pornografía infantil<sup>64</sup>.

Las múltiples definiciones de pornografía infantil provenientes de organismos internacionales e, incluso del Código penal español, parecen querer adelantar las barreras de protección penal, incluyendo material escasamente nocivo, partiendo de la base de que la pedofilia es una enfermedad cuyas manifestaciones se agravarán necesariamente. Por el contrario, creemos que esta afirmación podría ser falaz. No se debería caer en el error de pensar que cualquier manifestación sexual anómala es aberrante y lleva necesariamente a una carrera delictiva ascendente por ser la consecuencia de un trastorno mental incontrolable. Defender estas afirmaciones nos llevará a profundizar en el concepto de parafilia, tarea que pretendemos realizar en las páginas siguientes.

## V. SOBRE PARAFILIAS Y PEDERASTIA: ¿ES LA PEDOFILIA UN TRASTORNO MENTAL?

La primera dificultad que nos encontramos para responder esta pregunta es la falta de consenso que existe

en el mundo científico acerca de la definición de trastorno. La línea entre enfermedad y salud mental no se encuentra, a día de hoy, suficientemente esclarecida. Así, es posible sostener que no existe una definición adecuada del concepto de trastorno mental<sup>65</sup>.

En 1952, por iniciativa de la *American Psychiatric Association*, nació el DSM-I [2]. No se apreció, en aquel momento, la necesidad de aplicar una definición que fijara el significado de trastorno. Actualmente, tras no sólo haber incorporado, sino también haber consolidado el uso de este término, aparecen en el escenario médico y psicológico serias dudas respecto a su significado<sup>66</sup>. El paradigma del DSM parece incapaz de resistir contradicciones e incongruencias surgidas a partir del manejo del modelo y, sobre todo, de los avances de la genética molecular<sup>67</sup>.

Una parte de la doctrina se ha afanado en recalcar la gravedad que puede tener esta situación, en la medida en que los diagnósticos psiquiátricos afectan de forma relevante la vida de la gente<sup>68</sup>. Dichos efectos no se circunscriben a la esfera del quehacer médico-psiquiátrico, sino que por el contrario, constituyen un punto de referencia para muchas otras disciplinas que instrumentalizan su labor. Así, una de estas disciplinas será el Derecho, ya que el aparato judicial, que no ha cesado en su ímpetu de control y ordenamiento del placer, ha encontrado en la medicina moderna su voz autorizada por excelencia<sup>69</sup>. En palabras de MICHEL FOUCAULT, ha sido precisamente la medicina la que ha “inventado toda una patología orgánica, funcional o mental, que nacería de las prácticas sexuales incomple-

64 PÉREZ RAMÍREZ, M, HERRERO MEJÍAS, O. y otros: “Perfil psicológico de los penados...”, *ob. cit.*, p. 49.

65 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: “La Patologización del Deseo: apuntes críticos en torno a la coerción de la identidad y del placer”, en *Psicología Política*, vol. 12, nº 24, mayo-agosto 2012, p. 200.

66 El DSM-I era un glosario que incluía la descripción de las categorías diagnósticas que se manejaban en la práctica clínica de la época. Si bien todos los problemas estaban agrupados genéricamente como ‘trastornos’, a la mayor parte de las entidades se las denominaba reacciones. Ni el DSM-II, ni la CIE-7, ni la CIE-8A abordaron el problema. La aparición en el año 1980 del DSM-III representó un cambio importante en la comprensión de los trastornos mentales. El DSM-III (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, third edition*), definió el desorden mental como una conducta clínicamente significativa o un síndrome psicológico o un patrón que ocurre en un individuo y que se asocia a malestar o discapacidad, el cual refleja una disfunción psicológica o biológica. El DSM-IV y el DSM-IV-TR han aportado tímidos cambios conceptuales. A pesar de que las variaciones introducidas se han revelado insuficientes para consolidar un modelo satisfactorio, se puede percibir que parte de las modificaciones sugiere la percepción de incongruencias emergentes en el modelo vigente. Ampliamente: ARTIGAS-PALLARÉS, J.: “¿Sabemos qué es un trastorno? Perspectivas del DSM 5”, en *Revista de Neurología*, vol. 52, extra 1, 2011, p. 60. El DSM 5 es un trabajo que ha sido elaborado durante 12 años, con la ayuda y colaboración de diversas instituciones relacionadas con la salud, entre ellas la Organización Mundial de la Salud (OMS), más de 130 miembros de grupos de trabajo, más de 400 consejeros adicionales. MOYANO, N. y SIERRA, J. C.: “Descifrando las disfunciones sexuales femeninas en el DSM-5”, en *Revista Argentina de Clínica Psicológica*, 2015, Vol. XXIV, Nº 3, p. 277. Respecto a las reacciones que provocara la publicación del DSM 5 se ha sostenido que, por una parte, esta nueva versión parece acercarse más a la realidad de la práctica clínica simplificando varios elementos y haciendo una estructura más cercana al ciclo vital pero, por otro lado, da la sensación de que simplemente se ha hecho un ejercicio de reorganización mecánica, sin que ello implique cambios profundos. En opinión de Muñoz y Jaramillo es probable que esto no se logre porque al contrario de lo que a veces se publicita, no se ha logrado avanzar de manera significativa en los procesos fisiopatológicos y cognitivos subyacentes a los trastornos mentales. MUÑOZ, L. F. y JARAMILLO, L. E.: “DSM-5: ¿Cambios significativos?”, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, nº 35 (125), 116.

67 ARTIGAS-PALLARÉS, J.: “¿Sabemos qué es un trastorno?...”, *ob. cit.*, p. 59.

68 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: “La Patologización del Deseo...”, *ob. cit.*, p. 200.

69 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: “La Patologización del Deseo...”, *ob. cit.*, p. 200.

tas, ha clasificado con cuidado todas las formas anexas de placer; las ha integrado al desarrollo y a las perturbaciones del instinto y ha emprendido su gestión<sup>70</sup>.

Un primer acercamiento a los trastornos mentales y en particular a las parafilias, nos llevará a repasar las definiciones contenidas en DSM 5. El mismo salió a la luz como una actualización del DSM-IV en mayo de 2013<sup>71</sup>. En relación a los trastornos por parafilia el DSM 5 establece lo siguiente:

- 302.82 (F65.3). **Trastorno de voyeurismo**
- 302.4 (F65.2). **Trastorno de exhibicionismo** (se debe diferenciar si Sexualmente excitado por exposición de los genitales a niños prepúberes, Sexualmente excitado por exposición de los genitales a individuos físicamente maduros, Sexualmente excitado por exposición de los genitales a niños prepúberes y a individuos físicamente maduros)
- 302.89 (F65.81). **Trastorno de frotteurismo**
- 302.83 (F65.51). **Trastorno de masoquismo sexual** (se debe especificar si: Con asfixiofilia)
- 302.84 (F65.52). **Trastorno de sadismo sexual**
- 302.2 (F65.4). **Trastorno de pedofilia** (se debe especificar si: Tipo exclusivo, Tipo no exclusivo o si se verifica atracción sexual por el sexo masculino, por el sexo femenino o por ambos sexos. También se debe indicar si está limitado al incesto)
- 302.81 (F65.0). **Trastorno de fetichismo** (se debe especificar si se refiere a Parte(s) del cuerpo, Objeto(s) inanimado u otro).
- 302.3 (F65.1). **Trastorno de travestismo** (se debe especificar si: con fetichismo, con autoginofilia)
- 302.89 (F65.89). **Otro trastorno parafilico especificado**

- 302.9 (F65.9). **Trastorno parafilico no especificado**

En particular, en referencia al trastorno por pedofilia, que es en el que se centra este estudio, el DSM 5 indica que para que un sujeto reciba este diagnóstico deberán darse las siguientes condiciones:

“A. Durante un período de al menos seis meses, excitación sexual intensa y recurrente derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno o más niños prepúberes (generalmente menores de 13 años).

B. El individuo ha cumplido estos deseos sexuales irrefrenables, o los deseos irrefrenables o fantasías sexuales causan malestar importante o problemas interpersonales.

C. El individuo tiene como mínimo 16 años y es al menos cinco años mayor que el niño/niños del Criterio A.

Nota: No incluir a un individuo al final de la adolescencia que mantiene una relación sexual continua con otro individuo de 12 o 13.”

La inclusión de los trastornos parafilicos en la clasificación del DSM 5 ha sido duramente criticada por una parte relevante de la comunidad científica. Dicha incorporación ha sido comparada con la situación que sufriera en los años 70 la homosexualidad, que debió ser retirada del DSM-III en el año 1982 por las duras críticas recibidas, aunque también hay voces que señalan que dicha modificación se debió sustancialmente a razones políticas.

La crítica más exacerbada hacia estos trastornos se basa en indicar que con esta inclusión se patologiza la especificidad en el campo sexual, esto es, se convierte en enfermedad toda conducta sexual que no sea considerada socialmente normal. Todas las sociedades tratan de controlar la conducta sexual de sus miembros y precisamente uno de los mecanismos para ejercer este control es definir los intereses sexuales específicos

70 FOUCAULT, M.: *Historia de la Sexualidad I. La Voluntad de Saber*, México DF, 2005, p. 54.

71 Antes de cada nombre de trastorno, se indica el código CIE-9-MC seguido del código CIE-10-MC entre paréntesis. Para algunos trastornos, el código se puede indicar únicamente de acuerdo con el subtipo o el especificador. Los códigos CIE-9-MC se utilizaron a efectos de codificación en Estados Unidos a partir del 30 de septiembre de 2014 y los códigos CIE-10-MC se utilizan a partir del 1 de octubre de 2014. En este trabajo nos centraremos en analizar la problemática de los trastornos mentales tomando como referencia el Manual DSM 5, no obstante, similares consideraciones podrían hacerse respecto al CIE. En 1949, poco antes de aparecer el DSM-I, la Organización Mundial de la Salud sacó a la luz la sexta edición de la CIE En ella se incorporaba, por primera vez, un apartado para los 'trastornos mentales'. Por entonces, se podía entender, de acuerdo con el lenguaje popular, que 'trastorno' significaba simplemente que algo no iba demasiado bien. ARTIGAS-PALLARÉS, J.: “¿Sabemos qué es un trastorno?...”, *ob. cit.*, p. 59. Es necesario aclarar que en España, destaca el uso del manual de la APA sobre el uso de la clasificación de la OMS, al contrario que en la mayoría de países europeos, donde la referencia es la CIE. ADAM, A.: “Breve reflexión sobre la valoración forense de las enfermedades mentales y DSM-5”, *Gaceta Internacional de Ciencias Forense*, 2015, pp. 13-19. También al respecto: MARTOS MARTÍNEZ, A. MOLERO JURADO, M. M. y otros: “Nosología y clasificación de los trastornos psicológicos”, en *European Journal of Child development, Education and Psychopathology*, 2014, vol. 2, nº 3, pp. 123-132. Sobre el origen de ambas clasificaciones, ampliamente: PACHECO YAÑEZ, L. y PADRÓ MORENO, D. y otros: “Apuntes históricos sobre las clasificaciones actuales de las patologías mentales”, en *Norte de salud mental*, 2015, vol. XIII, nº 53, pp. 83-92. GARCÍA MALDONADO, G. y SALDÍVAR GONZÁLEZ, A. H. y otros: “El DSM-V. Luces y sombras de un manual no publicado. Retos y expectativas para el futuro” en *Salud Mental*, nº 34, 2011, pp. 367-378.

como patógenos, causa de trastornos mentales<sup>72</sup>. Se ha indicado que la sola enunciación de una forma de placer como “parafilica” ya es objeto de atención, pues supone que existen ciertas formas de filiación normales, es decir, consensuadas, mientras hay otras que son “paranormales” porque se hallan fuera del consenso<sup>73</sup>. Textualmente se ha indicado que las personas que han trabajado en DSM 5 han abrazado los criterios de la anormalidad cultural y de la desviación social, ya que para ellos un perverso es simplemente “alguien que es raro”<sup>74</sup>. De esta forma, con el DSM 5 se está caminando hacia una “epidemia de perversión”<sup>75</sup>.

La historia de estos términos también aporta claros indicios de la corrección de estas afirmaciones. Los conceptos “sexualidad”, “fetichismo” o “sadismo” nacieron en la segunda mitad del siglo XIX en el ámbito forense de la mano de psiquiatras alemanes. Con ellos, no se pretendía ayudar a pacientes con sus dolencias, sino que se trató de explicar la conducta delictiva de determinados “criminales sexuales”. Así, la existencia de un trastorno permitía fundamentar la falta de autocontrol del sujeto y autorizaba al Estado a defender a la sociedad de este individuo, más allá de la pena correspondiente<sup>76</sup>. Resulta a estos efectos oportuno recordar que nos encontramos en la época de mayor auge de las ideas positivistas que abogaban por la necesidad de defenderse del sujeto considerado “peligroso”. Fue en el siglo XX cuando comenzó a darse un uso clínico a estos conceptos.

Buena parte de la obra de MICHEL FOUCAULT se dedica a demostrar como la medicina y la psiquiatría se han encargado de reprimir y disciplinar al hombre por medio de la prohibición y el castigo de los placeres sexuales. Se trataba de “normalizar” la conducta sexual, de corregir al sujeto para que pueda vivir en sociedad. Así, aquellos individuos no inscritos en la norma y en lo social, se convierten en el foco del escudriñamiento

de los discursos de normalidad. El individuo debe ser “homogeneizado”. En la visión de FOUCAULT todo ello se hace patente en estas categorizaciones de lo normal y lo anormal creadas por la psiquiatría; de lo patológico a lo natural de la medicina y también en la idea del sujeto corregible e incorregible de las prácticas judiciales penales<sup>77</sup>.

SINGY pone de manifiesto que se ha llegado a verificar una confusión peligrosa en relación con el concepto de “parafilias”, ya que mientras en el ámbito jurídico se utilizó este diagnóstico para implicar que una persona ha sufrido una pérdida del control y que, por tanto, no está capacitada para responder penalmente, desde el punto de vista clínico, en el DSM se sostiene que puede haber parafilia sin que se pierda el control<sup>78</sup>. En opinión de este autor, el hecho de que sea más adecuado, desde el punto de vista forense, preguntar directamente si el acusado ha perdido el control que si sufre una parafilia, supone un importante argumento para defender la exclusión de esta clasificación del DSM 5<sup>79</sup>.

Por otro lado, SINGY considera que tampoco hay razones clínicas que justifiquen mantener estos trastornos. El DSM 5 señala para el diagnóstico de una parafilia que el sujeto debe sufrir un “malestar importante o problemas interpersonales”. No obstante, el malestar que puede sufrir una persona que tiene gustos sexuales especiales no puede compararse a las consecuencias que pueden tener otros trastornos. Así, la persona que sufre un trastorno por ingesta excesiva de alimentos puede ver su salud gravemente alterada o puede llegar a morir como consecuencia del mismo. En el caso de las parafilias, lo que genera sufrimiento es cómo los demás reaccionan frente a las preferencias sexuales especiales. Esta circunstancia no puede por sí misma servir para dar por cumplidos los criterios del DSM, ya que el objetivo de la psicología no es cambiar a la gente para amoldarla a un referente de normalidad, sino sólo

72 MOSER, Ch. y KLEINPLATZ, P. J.: “El DSM-IV-TR y las parafilias: un argumento para su retirada”, en *Revista de Terapia Sexual y de Pareja*, n.º 19, Agosto 2004, pp. 31-56.

73 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: “La Patologización del Deseo...”, *ob. cit.*, p. 200.

74 SINGY, P.: “How to Be a Pervert: A Modest Philosophical Critique of the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders”, en *Revista de Estudios Sociales*, n.º 43, Bogotá, agosto de 2012, p. 140. Los intereses sexuales que han sido condenados han ido cambiando a lo largo del tiempo, así como en su momento, la masturbación, el sexo oral o anal fueron considerados trastornos mentales, hoy se aceptan como parte de una expresión sexual saludable. MOSER, Ch. y KLEINPLATZ, P. J.: “El DSM-IV-TR y las parafilias...”, *ob. cit.*, pp. 31-56. La misma situación puede registrarse en sentido contrario, es sabido que en la antigua Grecia las relaciones sexuales con hombres y mujeres muy jóvenes eran aceptadas.

75 SINGY, P.: “How to Be a Pervert...”, *ob. cit.*, p. 144.

76 SINGY, P.: “How to Be a Pervert...”, *ob. cit.*, p. 147.

77 Una completa explicación de la visión de este autor puede encontrarse en: VALENCIA, S. V.: “Sexualidad y prácticas sexuales contemporáneas en la genealogía del sujeto ético de Michel Foucault”, en *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas “PSICOESPACIOS”*, vol. 4-N 4/enero-junio 2010, pp. 126-149. DA SILVA WELLAUSEN, S.: “Michel Foucault y la historia de la sexualidad”, en *Revista Laguna*, 23, octubre 2008, pp. 39-50. BERMÉJO BARRERA, J. C.: “Michel Foucault y la historia de la sexualidad”, en *Gallaecia*, n.º 26, 2007, pp. 253-265.

78 SINGY, P.: “How to Be a Pervert...”, *ob. cit.*, p. 147.

79 SINGY, P.: “How to Be a Pervert...”, *ob. cit.*, p. 147.

intervenir cuando la persona se haga daño a sí misma o a los demás. Por ello, tampoco desde un punto de vista clínico tiene sentido mantener las parafilias en el DSM<sup>80</sup>.

Con todo ello, se ha sostenido que el DSM viene a ser un mapa bastante fiable de la jerarquía moral de las actividades sexuales<sup>81</sup>, lo cual resulta a todas luces inadecuado, ya que la misión de la medicina sólo puede ser la de determinar el carácter patológico de los comportamientos, pero no juzgar si los mismos son inmorales. En opinión de FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, las conductas que dan lugar a los trastornos por parafilia podrían llegar a ser ilícitos o inmorales pero no son patológicos<sup>82</sup>. Se carece de datos objetivos que apoyen la clasificación de las parafilias como trastornos mentales<sup>83</sup>. En este sentido, se ha sostenido que si los psiquiatras quieren seguir haciendo del fetichismo un desorden, necesitan exponer los valores que justifican la validez de este diagnóstico. Si ello sucediera, es posible que los diagnósticos del DSM perdieran gran parte del aura de cientificidad que todavía tienen en el público laico, ya que se volvería claramente visible que los psiquiatras que están tratando con las parafilias se basan en valores tradicionales que están fuera de sincronía con las sociedades liberales modernas<sup>84</sup>. El hecho de que algunas conductas sexuales sean socialmente inaceptables debería ser irrelevante para el proceso diagnóstico, ya que no es posible dejar de lado el hecho de que para una parte de los individuos las conductas sexuales específicas son expresiones de una sexualidad saludable y que los beneficia<sup>85</sup>.

En el concreto ámbito de la pedofilia, los estudios han determinado que es difícil presentar un modelo de personalidad característico, debido a la gran variabilidad que existe en la mayoría de los estudios realizados<sup>86</sup>. Los trabajos muestran que en pedófilos predominan los rasgos de personalidad obsesivos y se apoya la idea de que este es un grupo caracterizado por la patología obsesivo-compulsiva de la personalidad. Por otro lado, diferentes estudios consultados informan que los pedófilos no muestran rasgos característicos de impulsividad lo que está en consonancia con la premedita-

ción que se produce en la mayoría de delitos sexuales cometidos contra niños<sup>87</sup>. De tal forma, se puede concluir que en los casos más extremos, el deseo sexual por los jóvenes puede ir acompañado de otras patologías que sí justifiquen una atención clínica del sujeto y, evidentemente, que den lugar a la participación del aparato judicial en caso de que se haya producido un delito contra la indemnidad sexual de un menor.

Una vez llegados a este punto nos corresponde como juristas determinar cuál es el criterio que puede determinar que estos comportamientos sean contrarios a la Ley. Evidentemente la respuesta a esta pregunta no puede ser otra que sostener que el límite de las filiaciones eróticas sólo puede encontrarse donde el ejercicio de la libertad pueda resultar violatorio de la voluntad de elección de otro, o bien, afecte a menores o discapacitados que no se encuentren en condiciones de ejercer dicha libertad.

## VI. PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LESIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL

En este trabajo se ha pretendido poner de manifiesto que las evidencias científicas que sostienen que la atracción sexual hacia menores es un trastorno mental están en tela de juicio, al igual que ocurre con el resto de parafilias. Por esta razón, esta tendencia no debería ser vista como una enfermedad sino como una forma de satisfacción sexual no aceptada culturalmente. Partiendo de esta premisa se deberá decidir cuáles son los comportamientos relacionados con la pornografía infantil que merecen ser objeto del reproche penal. Como sabemos, el principio de *ultima ratio* no está llamado a regir una parte de la normativa penal, sino que debe ser uno de los principios rectores en todos los ámbitos de intervención del *ius puniendi*.

Como hemos visto, el hecho de que existan deseos sexuales específicos que no se adecúan a los parámetros culturales (actuales) no significa necesariamente que ese sujeto carezca de autocontrol. Ello implica que es posible que un individuo obtenga satisfacción sexual a través de la representación de imágenes de jóvenes,

80 SINGY, P.: "How to Be a Pervert...", *ob. cit.*, p. 147.

81 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: "La Patologización del Deseo...", *ob. cit.*, p. 195.

82 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: "La Patologización del Deseo...", *ob. cit.*, p. 206.

83 MOSER, Ch. y KLEINPLATZ, P. J.: "El DSM-IV-TR y las parafilias...", *ob. cit.*, pp. 31-56.

84 SINGY, P.: "How to Be a Pervert...", *ob. cit.*, p. 146.

85 MOSER, Ch. y KLEINPLATZ, P. J.: "El DSM-IV-TR y las parafilias...", *ob. cit.*, pp. 31-56.

86 BECERRA-GARCÍA, J. A.: "¿Existe un perfil característico de psicopatología de la personalidad en pedofilia?", en *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace. Revista Iberoamericana de Psicología*, nº 105, 2013, p. 36. Del mismo, también ver: "Alteraciones biológicas y parafilias: Breve revisión de los hallazgos en pedofilia", en *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, nº 98, 2011, pp. 31-36. En este trabajo, el autor se propone estudiar las alteraciones biológicas halladas en pedofilia por diferentes trabajos como los de medida peneana, de actividad eléctrica cerebral, hormonales y de neuro-imagen, llegando a la conclusión de que los estudios efectuados hasta el momento resultan insuficientes.

87 BECERRA-GARCÍA, J. A.: "¿Existe un perfil característico de psicopatología...", *ob. cit.*, p. 37.

sin que vaya a abusar sexualmente de niños buscando un *in crescendo* de la respuesta erótica<sup>88</sup>. Ni siquiera implica que así lo desee, ya que en el indescifrable mundo de la sexualidad, el ámbito de la fantasía puede superar a la realidad<sup>89</sup>. Tal como sostienen RUBIO AURIOLÉS y VELASCO TÉLLEZ, las formas de excitación sexual, si bien suelen aparecer usualmente en forma de conducta sexual, también pueden aparecer de forma exclusiva como la necesidad de tener una fantasía determinada. Este tipo de estímulo sexual es, en ocasiones, la única alternativa que tienen estos sujetos para gozar de su sexualidad, pero se convierte en un problema cuando interviene la sociedad<sup>90</sup>.

En opinión de CABRERA MARTÍN, las posibilidades de intercambio de material que ha implicado el desarrollo de internet ha supuesto que se pongan en contacto personas que padecen este trastorno de la inclinación sexual<sup>91</sup>, y las ha retirado del aislamiento y la marginación en la que hasta entonces habían tenido que vivir su tendencia, haciéndoles creer que su inclinación constituye una opción sexual válida<sup>92</sup>. En el mismo sentido, sostienen TAYLOR, QUAYLE y HOLLAND que la existencia de grandes comunidades en internet permite la normalización de la sexualidad y el interés

por los niños y reduce los contactos con el exterior que podrían desafiar la aceptabilidad de este interés<sup>93</sup>. Por otro lado, creemos que el deseo nada tiene que ver con la decencia o el predominio del erotismo o la seducción como pasiones ilustres; tiene que ver con un proceso de producción expresado en diversos registros que desbordan el placer como centro de la atención<sup>94</sup>. Tal vez si la sociedad fuera un poco más tolerante con ciertas formas de deseo que resultan inocuas, no sería necesario hablar de grupos que emergen del aislamiento y la marginación y no existirían tantas subculturas empujadas a la ilegalidad. En este sentido, entendemos que la utilización de pornografía técnica y pseudo-pornografía podría permitir un “alivio legal” a muchos grupos marginados.

Se ha sostenido que el consumidor de pornografía sólo busca deseo, seducción placer y poder, razón por la cual se insensibiliza y empieza a satisfacerse de cualquier imagen por cruda que sea<sup>95</sup>. El hecho de que en algunos casos el proceder del poseedor de pornografía infantil se desarrolle de esta manera no puede ser utilizado como justificación para incorporar en el concepto de pornografía infantil todo tipo de representaciones carentes de nocividad alguna para los menores<sup>96</sup>.

88 Sobre la función de la imagen en la sexualidad, ver: GALLO, H.: “Apareamiento y sexualidad humana”, en *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas “PSICOESPACIOS”*, vol. 4, n.º 4, enero-junio 2010, p. 65. Un estudio completo sobre los métodos de predicción de riesgo para poseedores de pornografía infantil se encuentra en: OXMAN, N.: “Aspectos político-criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica”, en *Política Criminal*, vol. 6, n.º 12, diciembre 2011, p. 290. En este trabajo se concluye la ausencia de un método específico de determinación del riesgo de reincidencia o de comisión de delitos sexuales futuros para delincuentes condenados por posesión de material pornográfico infantil, por lo que bajo la perspectiva del autor, el riesgo de comisión de un delito sexual de contacto con menores no es un argumento válido de cara a los datos empíricos.

89 En su trabajo sobre la “lógica del fetiche”, González explica que la pornografía supone una pérdida conjurada mediante la ilusión del simulacro en la medida en que pretende, sin mediaciones, mostrar un estado sexual ideal que excede la “normalidad” de la vida en pareja, los encuentros placenteros (de cualquier tipo), los besos, las caricias, etc. Es como si la pornografía hiciera emerger un “plus” que no se encuentra en lo cotidiano de las rutinas en la vida sexual. Las cintas “porno” están llenas de clichés: hombres con caudales de dinero que pueden fornicar con tantas mujeres como es posible; mujeres y hombres “portada de revista” en lugares paradisíacos; toneladas de alucinógenos, grandes mansiones, autos, piscinas, etc. La imagen es reiterativa al exponer una ausencia, un vacío que debe ser llenado con signos que representan un “sexo perfecto,” una “feliz sexualidad al fin lograda.” GONZÁLEZ, S. A.: “Pornografía, simulación: la lógica del fetiche”, en *Cuadernos de Música, Artes Visuales y Artes Escénicas*, vol. 3 n.º 1, Bogotá, p. 95. De la misma manera, en la pornografía infantil se puede entender que el sujeto busca aquel objeto de excitación que le resulta inalcanzable y que tiene idealizado. Situación que no tiene por qué ser vista como problemática si se refiere a la representación de niños inexistentes.

90 RUBIO AURIOLÉS, E. y VELASCO TÉLLEZ, A. C.: “Las Parafilias”, en Velasco Téllez, A. C. (dir.): *Antología de la sexualidad humana. Las parafilias*, México DF, 1994, p. 305.

91 Sobre la carrera tecnológica que ha supuesto para los aficionados y la policía judicial la irrupción de internet y cómo han ido evolucionando las formas de distribución del material, ampliamente: SOLDINO, V. y GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-28, 2017, pp. 1-25.

92 CABRERA MARTÍN, M.: “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal”, en Lázaro González, I. y Mayorla Narros, I. (coords.): *Jornada sobre Derecho de los Menores*, Madrid, p. 401.

93 TAYLOR, M., QUAYLE, E. y HOLLAND, G.: “Child Pornography...”, p. 99.

94 VELASCO AMAYA, H. O.: “Pornografía y erotismo...”, *ob. cit.*

95 BARROSO TOLEDO, R.: “Los delitos en Internet: Un enfoque desde la pornografía infantil en la red”, en *Revista Faro*, n.º 13, 2011, pp. 59-71.

96 En este sentido García Noguera, antes de la definitiva aprobación de la reforma de 2015, abogaba por que fuera la doctrina jurisprudencial la que se encargase, en su labor complementaria de las fuentes del derecho, de limitar el carácter extensivo de los tipos emergentes, y evitar así el castigo de actitudes internas que no exteriorizan ninguna amenaza para el bien jurídico protegido. GARCÍA NOGUERA, I.: “Pornografía infantil en internet Noguera...”, *ob. cit.*, p. 113.

De la misma forma que en el ámbito científico se sostiene que defender que los intereses sexuales poco convencionales son enfermedades mentales está perjudicando tanto al DSM como a la psiquiatría moderna<sup>97</sup>, también en el mundo jurídico es posible decir que, incorporar en la pornografía infantil comportamientos alejados de la lesión del bien jurídico, puede perjudicar la lucha contra esta preocupante realidad<sup>98</sup>. En este sentido, se ha sostenido que “cada vez que un consumidor visualiza una imagen de un infante en situación de abuso, automáticamente se reproduce el abuso”. En nuestra opinión, comparar el abuso sexual de un menor con la posesión de un material que contiene pornografía infantil es trivializar la relevancia que posee el ataque sexual al menor, este tipo de comparaciones hacen poco favor a la lucha contra el abuso infantil.

En concreto y teniendo en cuenta la regulación actual, consideramos necesario excluir de la definición de pornografía infantil a las conductas propias de pornografía virtual. En este sentido, entendemos que incluso valorando los esfuerzos realizados por la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado para reducir este concepto, ni siquiera aquellas imágenes que se acerquen a la realidad deben ser consideradas pornografía infantil, mientras en su elaboración no hayan participado menores. También consideramos oportuno excluir del art. 189.1.b. a la pornografía técnica, ya que la inclusión de imágenes ambiguas sólo puede permitir generar inseguridad jurídica. Tampoco los simples desnudos, pueden dar lugar a estos tipos sino que, por otro lado, se deberá exigir, en todo caso, que en los materiales se presenten actividades sexuales explícitas.

También creemos que el acceso<sup>99</sup>, la adquisición<sup>100</sup> y la posesión para uso propio deberían ser relegadas del ámbito penal<sup>101</sup>, ya que incluso cuando se trate de la tenencia de material donde participan menores en comportamientos sexuales explícitos, la lesión a la indemnidad sexual de los mismos es muy lejana, no siendo suficiente para su tipificación el riesgo de aumento de la producción de estos materiales derivado del incremento de la demanda. Al respecto, las previsiones de

la Directiva 2011/92/UE no pueden ser utilizadas como excusa, ya que el legislador no ha hecho uso de la excepción establecida en el art. 5.8 de la Directiva, según la cual quedaba a la discreción de los Estados decidir si estos casos eran tipificados en las legislaciones internas. Tampoco la eventual lesión de otros bienes jurídicos, como la dignidad o la intimidad, pueden justificar la creación de estos tipos, ya que la protección de estos bienes debe realizarse en el marco de las figuras que se encargan de los mismos<sup>102</sup>.

Si bien la justificación oficial de estas normas se encuentra en la necesidad de luchar contra una lacra que victimiza día a día a muchos menores, procurando facilitar la investigación y detección de los responsables reales de la producción de estos materiales, el tinte moralista que subyace detrás de la definición legal de pornografía infantil es innegable: si un sujeto tiene fantasías con menores es un trastornado mental y debe ser perseguido, porque tarde o temprano abusará sexualmente de ellos<sup>103</sup>. Como se ha señalado en este trabajo, no hay evidencias para sostener esta argumentación. A ello es necesario añadir que la inclusión en la pornografía infantil de todos los menores de 18 años, tergiversa en buena medida el objeto de estos tipos, ya que lleva a identificar las fantasías sexuales con niños pequeños al deseo de un cuerpo adulto pero joven. Resulta cuanto menos hipócrita negar que un atractivo cuerpo de 17 años no sea objeto del deseo de muchos buenos hombres y mujeres. Si esto fuera así, deberíamos empezar por condenar al Humbert de Stanley Kubrick, por haber deseado durante tanto tiempo a la tan malvada como irresistible Lolita.

### BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, A.: “Breve reflexión sobre la valoración forense de las enfermedades mentales y DSM-5”, *Gaceta Internacional de Ciencias Forense*, 2015, pp. 13-19.
- ARTIGAS-PALLARÉS, J.: “¿Sabemos qué es un trastorno? Perspectivas del DSM 5”, en *Revista de Neurología*, vol. 52, extra 1, 2011, pp. 59-69.

97 MOSER, Ch. y KLEINPLATZ, P. J.: “El DSM-IV-TR y las parafilias...”, *ob. cit.*, pp. 31-56.

98 BARROSO TOLEDO, R.: “Los delitos en Internet...”, *ob. cit.*, pp. 59-71.

99 El acceso suele interpretarse como la mera “visualización” del material. Respecto a la diferencia entre el acceso y la posesión se ha indicado que este término puede incluir aquellos materiales que se encuentren en espacios virtuales (nubes) distintos del propio ordenador. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “Concepto de pornografía infantil...”, *ob. cit.*, p. 216.

100 La tipificación de la “adquisición”, verbo incorporado con la reforma producida en 2015, se podría justificar frente a aquellos supuestos en los que la Policía haya logrado acreditar la adquisición del material a pesar de que posteriormente se haya procedido al borrado del mismo. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “Concepto de pornografía infantil...”, *ob. cit.*, p. 215.

101 En contra: CAROU GARCÍA, S.: “El agente encubierto como instrumento de lucha...”, *ob. cit.*, p. 25.

102 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “Concepto de pornografía infantil...”, *ob. cit.*, p. 196.

103 También en este sentido se ha pronunciado Fernández Teruelo indicando que el afán de intervenir frente al mero deseo de obtener satisfacción sexual con la idealización de menores, aunque no exista menor alguno que se haya visto afectado por el comportamiento típico, demuestra que en realidad se trata de una cuestión de moral sexual. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “Concepto de pornografía infantil...”, *ob. cit.*, p. 195.

- BARROSO TOLEDO, R.: “Los delitos en Internet: Un enfoque desde la pornografía infantil en la red”, en *Revista Faro*, n.º 13, 2011, pp. 59-71.
- BECERRA-GARCÍA, J. A.: “Alteraciones biológicas y parafilias: Breve revisión de los hallazgos en pedofilia”, en *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, n.º 98, 2011, pp. 31-36.
- “¿Existe un perfil característico de psicopatología de la personalidad en pedofilia?”, en *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace. Revista Iberoamericana de Psicología*, n.º 105, 2013, pp. 31-38.
- BERMEJO BARRERA, J. C.: “Michel Foucault y la historia de la sexualidad”, en *Gallaecia*, n.º 26, 2007, pp. 253-265.
- BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., VIVES ANTON, T.: *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989.
- BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E.: “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la ley Orgánica 11/1999”, en *Actualidad Penal*, Madrid, 1999, pp. 1007-1032.
- CABRERA MARTÍN, M.: “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal”, en Lázaro González, I. y Mayorla Narros, I. (coords.): *Jornada sobre Derecho de los Menores*, Madrid, pp. 401-417.
- CARMONA SALGADO, C.: “La normativa de los abusos deshonestos en el proyecto de Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980, pp. 69-78.
- CAROU GARCÍA, S.: “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet. El guardián al otro lado del espejo”, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, n.º 56, 2018, pp. 23-40.
- DA SILVA WELLAUSEN, S.: “Michel Foucault y la historia de la sexualidad”, en *Revista Laguna*, 23, octubre 2008, pp. 39-50.
- DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Barcelona, 1982.
- ELLIOT, I. A. y BABCHISHIN, K. M.: “Psychological Profiles and Processes in Viewers of Internet Child Pornography”, en Schwartz, B. K. (ed.): *The sex offender*, 2012, vol. 7, cap. 6, pp. 1-11.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: “La Patologización del Deseo: apuntes críticos en torno a la coerción de la identidad y del placer”, en *Psicología Política*, vol. 12, n.º 24, mayo-agosto 2012, pp. 195-210.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “Concepto de pornografía infantil y modalidades típicas comisivas tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo: la pornografía infantil y la que no lo es (aunque se califique como tal)”, en Cuerda Arnau, M. L. y Fernández Hernández, A. (coords.): *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Valencia, 2016, pp. 194-217.
- FLORES PONCE, A. C.: “En el principio, el sexo: de pornografía y reproducciones simbólicas”, en *Razón y Palabra. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación*, n.º 77, agosto-octubre 2011.
- FOUCAULT, M.: *Historia de la Sexualidad I. La Voluntad de Saber*, México DF, 2005.
- GALLO, H.: “Apareamiento y sexualidad humana”, en *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas “PSICOESPACIOS”*, vol. 4, n.º 4, enero-junio 2010, pp. 63-80.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, G.: “La protección de la infancia frente a la pornografía infantil”, en *Revista boliviana de Derecho*, n.º 15, enero 2013, pp. 90-111.
- GARCÍA MALDONADO, G. y SALDÍVAR GONZÁLEZ, A. H. y otros: “El DSM-V. Luces y sombras de un manual no publicado. Retos y expectativas para el futuro” en *Salud Mental*, n.º 34, 2011, pp. 367-378.
- GARCÍA NOGUERA, I.: “Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE”, IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 19, 2014, pp. 105-116.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena”, en *La Ley*, t. 2, 2007, pp. 1588-1595.
- GONZÁLEZ, S. A.: “Pornografía, simulación: la lógica del fetiche”, en *Cuadernos de Música, Artes Visuales y Artes Escénicas*, vol. 3 n.º 1, Bogotá, pp. 68-104.
- GROIZARD, A. y GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, Salamanca, 1893.
- JIMÉNEZ SERRANO, J.: “Tráfico de pornografía infantil: dinámica, roles y prevención”, en *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, n.º 5, octubre-diciembre de 2012, pp. 33-41.
- LANGLE RUBIO, E.: *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Madrid, 1915.
- LEITE, E.: *La invención de la mujer casta. La conciencia puritana y la sexualidad moderna*, Madrid, 1990.
- LLORENTE, M. E.: “Erotismo y pornografía: revisión de enfoques y aproximaciones al concepto de erotismo y de literatura erótica”, en *Anuario de Letras, Lingüística y Filología*, vol. 40, 2002, pp. 359-375.

- MALEM SEÑA, J. F.: “Acerca de la pornografía”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 11, enero-abril 1992, pp. 219-237.
- MARTOS MARTÍNEZ, A. MOLERO JURADO, M. M. y otros: “Nosología y clasificación de los trastornos psicológicos”, en *European Journal of Child Development, Education and Psychopathology*, 2014, vol. 2, nº 3, pp. 123-132.
- MORALES PRATS, F.: “Pornografía infantil e Internet”, FUOC, 2002, pp. 1-13. <http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/index.html> (visto: 20/08/2018).
- MOSER, Ch. y KLEINPLATZ, P. J.: “El DSM-IV-TR y las parafilias: un argumento para su retirada”, en *Revista de Terapia Sexual y de Pareja*, nº 19, Agosto 2004, pp. 31-56.
- MOYANO, N. y SIERRA, J. C.: “Descifrando las disfunciones sexuales femeninas en el DSM-5”, en *Revista Argentina de Clínica Psicológica*, 2015, Vol. XXIV, Nº 3, pp. 277-286.
- MUÑOZ, L. F. y JARAMILLO, L. E.: “DSM-5: ¿Cambios significativos?”, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, nº 35 (125), pp. 111-121.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Valencia, 2017.
- NEGREDO, L. y HERRERO, O.: “Pornografía infantil en Internet”, en *Papeles del Psicólogo*, vol. 37 (3), 2016, pp. 217-223.
- OSSANDÓN, M. M.: “La técnica de las definiciones en la ley penal. Análisis de la definición de material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años”, *Política Criminal*, vol. 9, nº 18, diciembre de 2014.
- OXMAN, N.: “Aspectos político-criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica”, en *Política Criminal*, vol. 6, nº 12, diciembre 2011, pp. 253-295.
- PACHECO, J. F.: *El Código Penal, Concordado y Comentado*, Tomo III, Madrid, 1849.
- PACHECO YAÑEZ, L. y PADRÓ MORENO, D. y otros: “Apuntes históricos sobre las clasificaciones actuales de las patologías mentales”, en *Norte de salud mental*, 2015, vol. XIII, nº 53, pp. 83-92.
- PARRA GONZÁLEZ, A. V.: “Pornografía infantil. Contexto Socio/Criminológico y Jurídico”, en *Interacción y Perspectiva. Revista de Trabajo Social*, vol. 6, nº 1, enero-junio de 2016, p. 23-41.
- PASCUAL, A., GIMENEZ-SALINAS, A. e IGUAL, C.: “Propuesta de una Clasificación española sobre imágenes de pornografía infantil”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, art. 1, nº 15, 2017, pp. 1-27.
- PÉREZ RAMÍREZ, M, HERRERO MEJÍAS, O. y otros: “Perfil psicológico de los penados a medidas alternativas por consumo de pornografía infantil”, Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad de la Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 1-76. [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/estadpm/Informe\\_Consumidores\\_pornografia\\_infantil.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/estadpm/Informe_Consumidores_pornografia_infantil.pdf) (Visto: 20/08/2018)
- QUAYLE, E. y JONES, T.: “Sexualized Images of Children on the Internet”, en *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, nº 23(1), 2011, pp. 7-21.
- RUBIO AURIOLES, E. y VELASCO TÉLLEZ, A. C.: “Las Parafilias”, en Velasco Téllez, A. C. (dir.): *Antología de la sexualidad humana. Las parafilias*, México DF, 1994, pp. 247-275.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F.: “El delito de violación: Necesidad de dar cobertura a supuestos especiales”, en *Actualidad Penal*, Madrid, 1994, nº 3, pp. 37-53.
- SINGY, P.: “How to Be a Pervert: A Modest Philosophical Critique of the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders”, en *Revista de Estudios Sociales*, nº 43, Bogotá, agosto de 2012, pp. 139-150.
- SOLDINO, V. y GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-28, 2017, pp. 1-25.
- TAYLOR, M., QUAYLE, E. y HOLLAND, G.: “Child Pornography, the internet and offending”, en *Isuma*, 2001, p. 95.
- VALENCIA, S. V.: “Sexualidad y prácticas sexuales contemporáneas en la genealogía del sujeto ético de Michel Foucault”, en *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas “PSICOESPACIOS”*, vol. 4- N 4/ enero-junio 2010, pp. 126-149.
- VELASCO AMAYA, H. O.: “Pornografía y erotismo. Reflexiones filosóficas sobre el sujeto de deseo en la era digital”, en *Revista de Tecnología y Sociedad*, año 4, nº. 7, septiembre 2014-febrero 2015.
- VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal Reformado de 1870*, Tomo III, Madrid, 1890.
- VIZMANOS, T. M. de y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1853.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. y GÓMEZ DILLÓN, M. J.: “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”, en *Revista Electrónica*



- nica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-2, 2016, pp. 1-27.
- WARD, T. y SIEGERT, R. J.: "Toward a comprehensive theory of child sexual abuse: A theory knitting perspective", en *Psychology, Crime and Law*, 9, pp. 319-351.
- WEBB, L., CRAISSATI, J. y KEEN, S.: "Characteristics of Internet Child Pornography Offenders: A Comparison with Child Molesters", en *Sex Abuse. A Journal of Research and Treatment*, enero de 2008, pp. 449-465.