

38

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

FONDS PRATIQUE ET PRO

# Revista

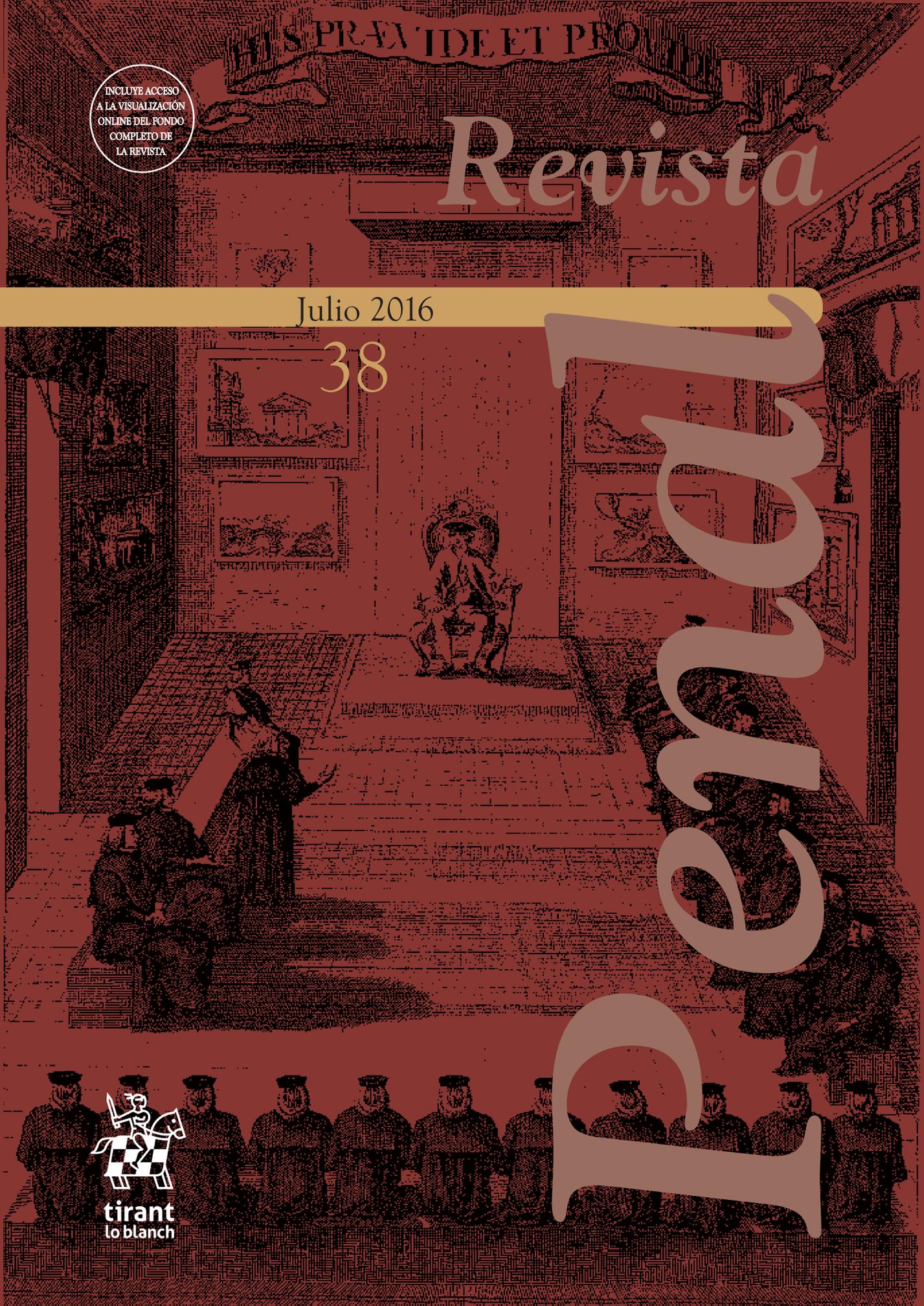
Julio 2016

38

Revista Penal

# Penal

Julio 2016



# Revista Penal

Número 38

## Sumario

---

### Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad, por Mercedes Alonso Álamo .....	5
– El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista, por Miguel Ángel Boldova Pasamar. ....	40
– Algunas consideraciones sobre las consecuencias jurídicas del derribo de aviones secuestrados, por Paulo César Busato .....	68
– La cámara oculta en el proceso penal, por Javier Ángel Fernández-Gallardo .....	85
– Estafa, falsedad, administración desleal y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales, por M <sup>a</sup> Carmen Gómez Rivero .....	107
– El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal, por María Concepción Gorjón Barranco .....	127
– Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito, por Luis Gracia Martín .....	147
– El <i>stalking</i> en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación, por Anna Maria Maugeri .....	226
– Una nueva perspectiva en relación con el bien jurídico protegido en el delito de falsedad de los documentos societarios, por David Pavón Herradón .....	254
– Nuevos perfiles de la corrupción y política criminal: los delitos de corrupción entre particulares y de fraude en el deporte en los ordenamientos jurídico-penales de España y Portugal, por Javier Sánchez Bernal .....	276
– Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código Penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos, por Vincenzo Tigano .....	299
– Las agresiones a profesionales sanitarios desde la perspectiva del Derecho sancionatorio. Particular consideración del delito de atentado, por Asier Urruela Mora .....	322
<b>Sistemas penales comparados:</b> Financiación del terrorismo (Terrorism Financing) .....	346
<b>Noticias:</b> Cooperación científica jurídico-penal entre Alemania y América Latina de igual a igual: El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen. A su vez, un homenaje a Claus Roxin .....	399
<b>Notas bibliográficas:</b> por Cristina del Real Castrillo .....	403



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

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

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

### **Comité Científico Internacional**

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

Navid Aliabasi (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
William Terra de Oliveira (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: 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.



## El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Revista Penal, n.º 38 - Julio 2016

### Ficha Técnica

**Autor:** Miguel Ángel Boldova Pasamar.

**Title:** The new child pornography concept: a realist interpretation.

**Adscripción institucional:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza.

**Sumario:** I. Introducción. II Evolución del concepto de pornografía infantil a través de la influencia del Derecho Europeo e Internacional. III. Tratamiento jurídico en los países del G7. V. La definición legal de pornografía infantil. a) Material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales. c) Material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o la representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor con fines principalmente sexuales. 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. V. La implicación del concepto de pornografía infantil en las conductas delictivas relacionadas con dicho material. En particular los supuestos de posesión. VI. Conclusiones.

**Resumen:** El objetivo que tiene este trabajo se centra en analizar la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que ha establecido una definición legal de pornografía infantil. La misma se inspira de la normativa internacional y, particularmente, en la Directiva 2011/93/UE. Se ha optado pues por un concepto amplio de pornografía infantil, que incluye casos sin un menor real, y ello puede dar lugar a una importante ampliación del número de conductas delictivas que hasta hace poco carecían de relevancia penal. Tal regulación pone a prueba los principios básicos del Derecho Penal al plantearse en algunos casos serias dudas en torno a la legitimidad de la nueva definición de pornografía infantil.

**Palabras clave:** delitos sexuales, delitos de posesión, abuso de menores, pornografía infantil.

**Abstract:** The aim of the paper is to analyze the reform of the Criminal Code modified by Organic Law 1/2015, of 30 March, which has established a legal definition of child pornography. This definition is inspired by international regulations and, in particular, by Directive 2011/93/EU. The Spanish legislator has therefore created a broad concept of child pornography, including certain cases where no real child is present. As a consequence this can lead to a significant increase in the number of behaviours with criminal relevance some of which had no penal character until recently. This regulation tests the basic principles of criminal law as in some cases serious doubts about the legitimacy of the new definition of child pornography do arise.

**Key words:** sexual offenses, possession offenses, child abuse, child pornography.

**Observaciones:** La realización del trabajo que se presenta en esta Revista a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza financiados por el Departamento de

Industria e Innovación del Gobierno de Aragón y el Fondo Social Europeo. El Grupo de Estudios Penales se ha reconocido como grupo de investigación consolidado por la Dirección General de Investigación, Innovación y Desarrollo del Gobierno de Aragón (B.O.A. de 28 de agosto de 2014), y del que el autor de este trabajo es el investigador principal.

Rec: 30-05-2016 Fav: 15-06-2016.

## I. INTRODUCCIÓN

La pornografía siempre ha sido objeto de interés por el Derecho Penal. Si en tiempos pretéritos lo era para prohibirla como manifestación del delito de escándalo público contra el pudor y las buenas costumbres, en la actualidad la prohibición se centra en la pornografía de menores de edad, comúnmente —y ahora también legalmente— denominada «pornografía infantil»<sup>1</sup>. Hoy por hoy, si bien la pornografía de adultos y para adultos es lícita como consecuencia del derecho a la libertad de expresión e información, la pornografía de menores, tenga es destinatario que tenga, es ilícita por cuanto ese derecho tiene límites y entre ellos los derivados de la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 de la Constitución). Su prohibición no está exenta, sin embargo, de problemas tanto por lo que respecta a la definición de su concepto como por lo que se refiere a las conductas que pueden ser consideradas delito en relación con dicho objeto material.

La importancia de la cuestión reside en que esta especie de la pornografía en general constituye un fenó-

meno de naturaleza criminal cada vez más complejo y de extraordinaria proliferación en los últimos años, siendo especialmente relevante el incremento exponencial de las posibilidades de elaboración, producción y tráfico de dicho material e incluso la captación subrepticia de imágenes a través de las tecnologías de la información y de la comunicación, en particular Internet como marco (aunque no exclusivo) y las redes sociales y redes P2P como una expresión más concreta dentro del mismo<sup>2</sup>. En cuanto a los efectos, en Internet la imagen se convierte en un registro permanente de la conducta sexual de un menor o del abuso sexual de un menor que puede propagarse indefinidamente y todavía no se conoce bien el impacto que puede tener sobre esas personas que han de vivir con el hecho de que sus imágenes probablemente estarán por siempre en la red (revictimización). Desde un punto de vista jurídico, la complejidad del problema se pone de manifiesto por la aparición de nuevas conductas delictivas favorecidas igualmente por las TIC's y asociadas con la pornografía de menores, tales como los denominados *cyberbullying*, *grooming* y, sobre todo, *sexting*<sup>3</sup>. Por otro

1 Partiendo de la base de que nos estamos refiriendo en todo momento a menores de dieciocho años de edad, preferimos la denominación de «pornografía de menores» a la de «pornografía infantil», por cuanto ésta es una modalidad de la primera, que engloba precisamente no sólo a los infantes, sino también a los adolescentes y jóvenes menores de edad; v. BOLDOVA PASAMAR, *Comentarios al Código penal, Parte Especial II* (Díez R./Romeo C. Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 531; EL MISMO, «Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención penal», en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, Romeo Casabona/Sánchez Lázaro (Eds.), Comares, 2010, pp. 400 y ss. Por su parte, en el informe de evaluación final del III Plan contra la explotación sexual de la infancia y de la adolescencia (2010-2013) del Observatorio de la Infancia, siguiendo el criterio fijado por su predecesor, también se cuestiona dicha terminología, pero considera que la expresión «imágenes de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes en Internet» describe el fenómeno de una forma más fidedigna, aun cuando el mismo observa que el término abuso no comprende todos los supuestos de explotación y que la referencia a Internet no abarca todos los medios de transmisión de imágenes que representan explotación sexual de menores (p. 16); en Internet: <http://www.observatoriodelainfancia.mssi.gob.es/productos/pdf/InformeEvaluacionFinalIIIPEI.pdf> (última visita 29/05/2016). También INTERPOL considera inapropiada la palabra pornografía para referirse a la imagen sexual de un niño, por lo que prefiere abuso (o explotación) de menores; v. <http://www.interpol.int/es/Crime-areas/Crimes-against-children/Appropriate-terminology> (última visita 30/05/2016); en su versión española y como ejemplo de terminología más apropiada se sugiere la siguiente: «material relacionado con delitos sexuales contra menores». En todo caso, a efectos discursivos asumimos el empleo del término legal desde la reforma del Código penal de 2015 que introduce definitivamente esta nomenclatura tan discutible como extendida en las legislaciones de otros países.

2 MORALES PRATS, F., «Pornografía infantil e Internet», 2002, pp. 1 y ss.; en Internet: <http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/index.html> (última visita 30/05/2016).

3 La primera referencia que se tuvo sobre el *sexting* fue en el año 2005, cuando dicho término fue utilizado por Yvonne Roberts en el *Sunday Telegraph*; a partir de entonces se ha verificado su incidencia en varios países del mundo, teniendo su profusión inicial en países anglosajones tales como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Reino Unido; v. AGUSTINA, «¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores?», en T. S. Institute, *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos. Una aproximación multidisciplinar*, Montevideo-Buenos Aires, Bdef, 2011, P. 92. Sobre la importancia del fenómeno en tanto puede ser contemplado como una

lado, la proliferación de la pornografía de menores se ha visto reflejada en el incremento de las víctimas y de las causas judiciales por los delitos de elaboración, producción, tráfico o posesión de dicho material<sup>4</sup>, lo que plantea un reto al legislador para combatir un problema que parece exceder sus posibilidades al producirse la mayor parte de estos fenómenos en la red. En esa tesitura nuestro legislador recurre al Derecho Penal como principal arma preventiva y represiva, y ello se ha visto reflejado en las reformas sobre esta materia operadas en el Código penal mediante las Leyes Orgánicas:

a) 11/1999, de 30 de abril, que tipificó el delito de tráfico de pornografía infantil y reintrodujo el delito de corrupción de menores a la vez que el bien jurídico de la indemnidad sexual;

b) 15/2003, de 25 de noviembre, que castigó la posesión de pornografía infantil para uso propio y el tráfico de pornografía infantil virtual;

c) 5/2010, de 22 de junio, que incorporó la captación de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y la conducta de quien se lucra con la

participación de menores en esta clase de espectáculos o actividades; y

d) 1/2015, de 30 de marzo, que ha procedido a modificar el art. 189 para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, de la que se toma la definición actual de pornografía infantil.

El interés reciente por la pornografía de menores, tanto en forma de espectáculo como de material gráfico o videográfico, hemos de situarlo cronológicamente en los años sesenta y setenta en los Países Bajos, donde eclosiona como fenómeno de manera simultánea a la llamada «revolución sexual» en los Estados Unidos. Pero si entonces era un dato residual y se mantuvo prácticamente en la clandestinidad durante los ochenta, con el cambio de siglo hemos asistido a un desbordamiento del fenómeno merced a los medios telemáticos como factor comisivo determinante al permitir un rápido y fácil acceso a sus contenidos<sup>5</sup>, siendo este aspecto ya advertido de una manera paradigmática desde mediados de los años noventa del siglo XX<sup>6</sup>. A partir de ahí se ha prolongado hasta la actualidad, experimen-

---

forma de aparición de material pornográfico con menores, v. el informe realizado en España con niños, niñas y adolescentes españoles entre 10 y 16 años por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación y France Telecom España, titulado «*Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles*» (2010): el 4 % de los encuestados manifestó haber enviado fotos o vídeos de ellos mismos en una postura provocativa o inapropiada, conducta conocida como *sexting activo*; y el 8,1 % manifestó haber recibido fotos o vídeos de personas de su entorno en una postura provocativa o inapropiada, conducta que ha sido denominada como *sexting pasivo*; el 17 % de los encuestados afirmó conocer a un amigo o amiga cuyas imágenes habían sido difundidas sin su consentimiento. Este dato evidencia la peligrosa relación que existe entre el *sexting* y la pornografía infantil; en Internet: [http://www.pantallasamigas.net/pdf/estudio\\_sobre\\_seguridad\\_y\\_privacidad\\_en\\_el\\_uso\\_de\\_los\\_servicios\\_moviles\\_por\\_los\\_menores\\_espanoles.pdf](http://www.pantallasamigas.net/pdf/estudio_sobre_seguridad_y_privacidad_en_el_uso_de_los_servicios_moviles_por_los_menores_espanoles.pdf) (última visita 30/05/2016)

4 En 2008, la IWF (Internet Watch Foundation) encontró 1.536 dominios individuales de abuso infantil, el 58% de los cuales se encontraba en los Estados Unidos; en Internet: <https://www.iwf.org.uk/assets/media/IWF%20Annual%20Report%202008.pdf> (última visita 30/05/2016). En 2012 la NCMC (National Center for Missing and Exploited Children) informó de 22 millones de imágenes y vídeos sospechosos de abuso sexual en su programa de identificación de las víctimas de 2011, es decir, el 5.000% de incremento respecto de 2007; en: [http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/amendment-process/public-hearings-and-meetings/20120215-16/Testimony\\_15\\_Collins.pdf](http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/amendment-process/public-hearings-and-meetings/20120215-16/Testimony_15_Collins.pdf) (última visita 30/05/2016). El último estudio de la IWF de 2015 habla de 68.092 de informes confirmados de URL's de abuso sexual a menores (un 118 % de incremento respecto de 2014 en el que fueron detectadas 31.266 y frente al año anterior en el que fueron 13.182); en: <https://www.iwf.org.uk/assets/media/annual-reports/IWF%202015%20Annual%20Report%20Final%20for%20web.pdf> (última visita 30/05/2016). Por lo que respecta a España, el informe de evaluación final del III Plan contra la explotación sexual de la infancia y de la adolescencia (2010-2013) del Observatorio de la Infancia (citado en nota 1) recoge globalmente todos los delitos sexuales de los que son víctimas menores de edad, y se observa que, atendiendo al número total de victimizaciones, se ha producido un descenso paulatino en los años de 2010 al 2012, pero que, sin embargo, se ha incrementado en el año 2013, de manera que ha alcanzado una cifra incluso superior a la que había en el año 2010, siendo por otro lado los descensos que se produjeron en los años 2011 y 2012 también claramente insatisfactorios (p. 29).

5 A efectos ilustrativos, la Memoria de la Fiscalía Superior de Andalucía de 2013 pone especial hincapié en esta materia (pp. 163 y ss.), así como la Instrucción nº 2/2011 de la Fiscalía General del Estado en materia de criminalidad informática, que también acusaba este aumento y justificaba por ello un tratamiento especializado por el Ministerio Público en España.

6 Ya en 1995 RIMM, M., *Marketing Pornography on the Information Superhighway*, en *Georgetown Law Journal*, Georgetown, Washington D.C., U.S.A., 1995, pp. 1849 y ss., apuntaba (era el subtítulo de su estudio) que 917.410 imágenes, descripciones, cuentos y animaciones pornográficas habían sido descargadas 8,5 millones de veces por clientes en más de 2.000 ciudades de cuarenta países, provincias y territorios; en Internet: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/pornscare/rimm-study/mrtext.html> (última visita 23/05/2016). Posteriormente el estudio de KUHN/BLOXSOME./POPE, *The Pornography and Erotic industries: lack of research and need for a research agenda*, presentado en «International Nonprofit and Social Marketing Conference, Social entrepreneurship, social change and sustainability», 27-28 September 2007, Brisbane, Australia, pp. 196 y ss.; en Internet: <http://eprints.qut.edu.au/27718/1/27118.pdf>, (última visita 23/05/2016), evidencia que el fenómeno se ha perpetuado hasta la actualidad, donde la tendencia apunta a un incremento

tando la pornografía infantil un enorme crecimiento y la expansión en la red, sin que se haya contraído a pesar de los denodados esfuerzos de las regulaciones penales<sup>7</sup>. Por ello, advertido el problema, las respuestas jurídicas para un fenómeno criminal de naturaleza generalmente transnacional —con la ubicuidad que permiten los actuales medios comisivos— parece requerir un tratamiento normativo conjunto y universal o, al menos, homologable en sus aspectos esenciales en el marco del Derecho Internacional o, regionalmente por lo que a nosotros respecta, de la Unión Europea.

## II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO E INTERNACIONAL

De modo sucinto<sup>8</sup>, destacan en el ámbito internacional como principales instrumentos que ponen en marcha la maquinaria del Derecho Internacional contra la pornografía infantil los siguientes:

a) Con carácter general cabe mencionar, por un lado, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989<sup>9</sup>, que define la utilización de niños y niñas en la pornografía como una forma de explotación, y, por otro lado, el *Convenio sobre la prohibición de las peores formas*

*de trabajo infantil*, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, con fecha de 17 de junio de 1999<sup>10</sup>, que la califica como una de las «peores formas de trabajo infantil».

Inmediatamente después y de manera específica las principales instituciones jurídicas internacionales comienzan a elaborar y definir un concepto de pornografía infantil hasta entonces sólo esbozado, que dará origen a un desarrollo posterior. Así, el *Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (Resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000; BOE 17/04/2002), sin mencionar específicamente la terminología «pornografía infantil»<sup>11</sup>, establece que: «Por utilización de niños en la pornografía 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.» [art. 2 c)]; debiendo castigarse la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de material pornográfico en que se utilicen niños, tanto si se han cometido dentro como fuera de las fronteras del Estado Parte, o si se han perpetrado individual o colectivamente [art. 3.1.c)]<sup>12</sup>. Por

---

paulatino; en Estados Unidos, destaca el informe *Federal Prosecution of Child Sex Exploitation Offenders, 2006*, en Bureau of Justice Statistics Bulletin, 2007, NCJ 219412; en Internet: <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fpcseo06.pdf>, (última visita 23/05/2016), donde se pone de manifiesto que el 69 % de los delitos de explotación sexual de menores tienen que ver o consisten en pornografía infantil, constatando el incremento anual de este grupo de delitos en su conjunto, si bien todavía constituían en ese momento una tasa relativamente pequeña (2,5%) respecto del total de casos penales federales.

7 Un problema adicional, pero separado de éste, es el fácil acceso de los menores a toda clase de contenidos pornográficos por vías telemáticas, lo que puede dar lugar a nuevas restricciones o prohibiciones.

8 Extensamente v. GARCÍA VALDÉS, C., «Acerca del delito de pornografía infantil», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 412 y ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los Delitos de Pornografía Infantil*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 31 y ss.; BOLAÑOS/BOLDOVA/FUERTE, *Delitos relacionados con la pornografía de personas menores de 18 años. Especial referencia a las tecnologías de la información y de la comunicación como medio comisivo*, Colección investigaciones, Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, 2014, pp. 26 y ss.

9 En cuyo art. 34 se hace especial alusión a formas concretas de explotación y abuso sexuales. En particular, subraya la necesidad de que los Estados Parte tomen las medidas necesarias para impedir la incitación o la coacción para que un niño o niña se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño o niña en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño o niña en espectáculos o materiales pornográficos.

10 Señala en el art. 3 letra b) entre «las peores formas de trabajo infantil»: la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños o niñas para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas.

11 Sí lo hacía su antecedente inmediato, esto es, la «Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet», celebrada en Viena (1999), en la cual los Estados manifestaron su preocupación por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía de menores en Internet y otros medios tecnológicos modernos, pidiendo en sus conclusiones la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de Internet.

12 El Protocolo requiere que estas ofensas sean castigadas con penas adecuadas a su gravedad (art. 3.3), incluyendo el castigo de los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de su complicidad o participación (art. 3.2), y debiendo establecerse igualmente disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos previamente enunciados (art. 3.4). Respecto a la jurisdicción penal, el art. 4 del Protocolo establece que los Estados Parte adoptarán las disposiciones necesarias

tanto, del Protocolo se deduce tanto una definición de pornografía infantil que ha llegado hasta nuestra legislación (coincide prácticamente con dos de las cuatro modalidades actualmente definidas como tales por el Código penal español en su art. 189), como una serie de conductas típicas, todas las cuales ya fueron recogidas en el Código penal en el art. 189 desde su reforma por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril<sup>13</sup>. Destaca sobremanera el hecho de que la pornografía definida por el sujeto pasivo menor de edad no sólo comprenda la representación de una actividad sexual explícita de éste, sino también la representación de sus órganos genitales, por cuanto supone romper la barrera existente entre el simple desnudo y la acción sexual propiamente dicha, aunque sin embargo, se pretende matizar con la aclaración de que la representación de los órganos genitales presente «fines primordialmente sexuales».

b) Apenas poco tiempo después y en el ámbito del Consejo de Europa el *Convenio sobre la Cibercriminalidad*, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (BOE 17/09/2010), incorpora definitivamente la expresión «pornografía infantil» y la dota de un contenido por un lado más amplio y por otro más estricto al definirla como todo material que contenga una representación visual de: «a) un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.» (art. 9.2). En efecto, las modalidades de la letra b) (pornografía aparente o artificial) y de la letra c) (pornografía realista, también llamada técnica o virtual) representan una ampliación del concepto de pornografía infantil y son reconocibles en el art. 189 del Código penal tras su reforma de 2015. Sin embargo, el carácter visual de la representación restringe las formas de manifestación de la pornografía infantil a las visuales, y deja al margen las escritas y

sonoras. Por otra parte, como delitos relacionados con la pornografía infantil se incluyen: a) la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático; d) la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos (art. 9.1)<sup>14</sup>. Se trata pues de una tipología delictiva más amplia que la del Protocolo Facultativo, puesto que comprende no sólo la producción ([letra a]) y la difusión o el tráfico [letras b) y c)], sino igualmente la adquisición y posesión de pornografía infantil para propio uso [letras d) y e)], conductas estas últimas que fueron incorporadas al elenco de delitos del art. 189 mediante las reformas operadas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (la posesión) y la Ley Orgánica 1/2015 (la adquisición).

El tratamiento jurídico y la terminología acuñada a partir del Convenio referenciado han propiciado las actuales tendencias legislativas, que se vieron confirmadas en el *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE 12/11/2010). En él se entiende por pornografía infantil «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» (art. 20.2); esa definición se extiende a las «representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente», por cuanto se admite que las Partes se reserven el derecho a no aplicar el precepto a la producción y posesión de dicho material. Así pues, se insiste en la naturaleza visual del material, en su ca-

---

para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos regulados por el Protocolo, cuando esos delitos se cometan en su territorio o a bordo de un buque o una aeronave matriculados en dicho Estado (principio de territorialidad). También concede jurisdicción a los Estados Parte respecto a los delitos regulados por el Protocolo en los casos en que el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o tenga residencia habitual en su territorio; o cuando la víctima sea nacional de ese Estado (principio de personalidad activa o pasiva).

13 Según la Exposición de motivos de dicha ley, la redacción que guió la reforma coincidía con la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, y la Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual, adoptada el 29 de noviembre de 1996.

14 El art. 9.4 permite que cualquier Estado pueda reservarse el derecho a no aplicar, en todo o en parte, las letras d) y e) del apartado 1 (adquisición y posesión), y las letras b) y c) del apartado 2 (pornografía técnica o aparente y pornografía artificial, realista o virtual). Asimismo destaca el hecho de que se indique que por «menor» se entenderá toda persona menor de dieciocho años, pudiendo cualquier Estado Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de dieciséis años (art. 9.3).

rácter real, aparente o realista y en que también es pornografía la representación de los órganos sexuales de un niño o niña con fines principalmente sexuales. Por su parte, entre el elenco de conductas típicas relacionadas con la pornografía infantil se incluye «el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación» [art. 20.1.f)], conducta que ha sido incluida en el art. 189.5 del Código penal vigente merced a la reforma de 2015.

c) Por lo que respecta al Derecho comunitario europeo destacan como antecedentes más cercanos<sup>15</sup> contenidos en la *Decisión del Consejo* 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000, *relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet*, pero sobre todo en la *Decisión Marco del Consejo*, de 22 de diciembre de 2003, *relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* (2004/68/JAI). En ésta se ofrecía la siguiente definición de 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 pública de un niño, o ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)» [art. 1. b)]. Se trataba, por tanto, de una definición de pornografía infantil amplia y prácticamente similar a la que

en la actualidad figura desde 2015 en el art. 189 del Código penal español, precepto que cuando fue objeto de reforma por la Ley Orgánica 5/2010 se debió precisamente a la necesidad de transponer la Decisión Marco 2004/68/JAI, aunque en este punto en concreto no la tuvo en cuenta<sup>16</sup>. En el art. 3.1 las conductas punibles —incorporando una penalidad mínima— se fijaban en: a) producción de pornografía infantil; b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil; c) ofrecimiento o suministro de pornografía infantil; d) adquisición o posesión de pornografía infantil. Sin embargo, también se contemplaba la posibilidad de que cualquier Estado pudiera excluir de responsabilidad penal de algunas de las conductas relacionadas con la pornografía infantil<sup>17</sup>.

La ulterior superación de esta norma se produce con la *Directiva* 2011/93/UE<sup>18</sup> 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 y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo*. En los últimos tiempos esta norma ha inspirado la regulación de la materia en los distintos países del ámbito europeo en mayor o menor medida y, singularmente, ha encontrando en España su transposición al Código penal mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. La norma tiene una vocación unificadora al establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones, entre otros, en el ámbito de la pornografía infantil (art. 1)<sup>19</sup>.

15 V. nota 13 respecto a otros antecedentes más lejanos. En efecto, la preocupación de la Unión Europea nace anteriormente y se plasma de una manera clara en la Acción Común, de 29 de noviembre de 1996 y de 24 de febrero de 1997, adoptadas por el Consejo, mencionando expresamente la materia de la explotación de sexual de los niños y niñas e imponiendo a los Estados miembros la obligación de revisión de sus legislaciones nacionales para el establecimiento de medidas penales

16 Así se señala expresamente Preámbulo de la ley, apartado XIII, si bien la transposición fue limitada, en particular por lo que respecta a la definición del concepto de pornografía infantil.

17 En concreto:

a) las contempladas en el inciso ii) de la letra b) del artículo 1, cuando la persona real que parecía ser un niño tuviera de hecho al menos 18 años en el momento de la representación;

b) las contempladas en los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1, cuando en los supuestos de producción y posesión, se produzcan y posean imágenes de niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el consentimiento de los mismos y exclusivamente para su uso privado. Aun en el caso de que se demuestre que ha habido consentimiento, éste no se considerará válido si se ha obtenido valiéndose, por ejemplo, de una mayor edad, madurez, posición, estatus, experiencia o relación de dependencia de la víctima con el autor;

c) las contempladas en el inciso iii) de la letra b) del artículo 1, cuando haya quedado acreditado que el productor produce el material pornográfico y está en posesión del mismo estrictamente para su uso privado, siempre que para esta producción no se haya utilizado el material pornográfico al que se refieren los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1 y que el acto no entrañe ningún riesgo de difusión del material.

18 Nótese que esta norma fue reenumerada en 21/01/2012 por un error [D.O. de la señalada fecha, L18/7]. Antes de la corrección se promulgó como Directiva 2011/92/UE, y así aparece referenciada en algunos documentos y obras que no pudieron tener en cuenta la modificación señalada.

19 En esta norma se procede a un tratamiento omnicompreensivo de las diversas formas de explotación sexual de las personas menores de edad, que abarcan el turismo sexual, los abusos sexuales, la prostitución, el *child grooming* y la pornografía de menores de edad,

La Directiva define la pornografía infantil [art. 2.c)] como:

i) *todo material que represente de manera visual a un menor<sup>20</sup> 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 cual quier 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.*

Dicha definición es la que se transpone literalmente al Código penal español, quien se limita a incluir como sujetos mencionados en la definición de las dos primeras letras a la persona con discapacidad necesitada de especial protección. Por su parte, entre las infracciones relacionadas con la pornografía infantil (art. 4) se describen una serie de conductas y un mínimo de duración máxima de la pena privativa de libertad, «cuando se cometan de forma ilícita»<sup>21</sup>: a) la adquisición o la posesión de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año; b) el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año; c) la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima

de al menos dos años; d) el ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años; y e) la producción de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos tres años. Tales comportamientos están de un modo u otro recogidos por el art. 189 del Código penal, pero no así la diferenciación penológica sugerida entre la producción y la difusión o tráfico, ya que en el art. 189 el tratamiento penológico está unificado<sup>22</sup>. Los apartados 7 y 8 del art. 5 dejan a la discrecionalidad de los Estados decidir si se aplicará o no responsabilidad penal respecto de la pornografía en la que se represente a un sujeto que parezca menor de edad [art. 2, c), iii)], cuando la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes, y respecto de la pornografía realista [art. 2, c), iv)], cuando se determine que el material pornográfico ha sido producido y está en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, habiendo hecho uso nuestro legislador de la primera posibilidad de exención de responsabilidad penal, pero no de la segunda.

### III. TRATAMIENTO JURÍDICO EN LOS PAÍSES DEL G7

Nos referiremos a continuación de modo breve y descriptivo a las principales legislaciones de los países más relevantes a escala global, es decir, los pertenecientes al selecto club del G7, como elemento de comparación y comprensión de la nueva regulación española con relación a la pornografía infantil:

a) La legislación norteamericana se presenta como pionera o precursora de las actuales regulaciones mun-

---

si bien la clasificación delictiva empleada por la Directiva es la siguiente: infracciones relacionadas con los abusos sexuales, infracciones relacionadas con la explotación sexual, infracciones relacionadas con la pornografía de menores de edad y, finalmente, embaucamiento de personas menores de edad con fines sexuales por medios tecnológicos.

20 Por menor se entiende toda persona menor de 18 años [art. 2.a)].

21 A tenor del Considerando 17 de la Directiva: «en el contexto de la pornografía infantil, el término «de forma ilícita» permite a los Estados miembros establecer una excepción respecto de las conductas relacionadas con «material pornográfico» en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares. También posibilita las actividades autorizadas por la legislación nacional, como la posesión lícita de pornografía infantil por parte de las autoridades con miras a llevar a cabo actuaciones penales o prevenir, detectar o investigar delitos. Por otra parte, no excluye las excepciones jurídicas o principios pertinentes similares que eximen de responsabilidad en determinadas circunstancias, como ocurre con las actividades realizadas mediante las líneas directas de teléfono o de Internet para denunciar tales casos».

22 El informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 20 de diciembre de 2012, p. 164, entendía que el principio de proporcionalidad impondría discriminar conductas subsumibles genéricamente en el art 189.1 b), de forma que el consumo compartido (normalmente a través de programas P2P) no fuera sancionado con la misma pena que una actividad de distribución realizada con ánimo de lucro y que una actividad consistente en producir material pornográfico mediante la utilización de concretos menores, pues son conductas en las que concurre una antijuridicidad y culpabilidad completamente distintas.

diales y, sobre todo, europeas. Si bien la pornografía en Estados Unidos es legal hoy en día, se trata de una materia que ha gestado en aquel país una controversia jurídica y social paradigmática. Resumidamente habría que partir del caso *Miller vs. California* (1973), en el que la Corte Suprema norteamericana señaló que la pornografía constituía una forma de libertad de expresión subsumible en lo preceptuado en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, de modo que solamente podía ser prohibida si era obscena, y ello no dependía de lo que podían considerar las autoridades de los Estados, sino de lo que entendiera una persona media aplicando un estándar de lo que la comunidad contemporánea consideraba como tal<sup>23</sup>. Posteriormente, en el caso *New York vs. Ferber* (1982) se estimó, sin embargo, que tales formas pornográficas cuando afecten a menores reales no debían siquiera someterse a un juicio de moralidad sobre su indecencia, por cuanto conllevaban, con carácter general, el abuso de personas menores de edad y ello también porque existe un interés del Estado en proteger a los niños explotados durante el proceso de producción y en condenar a aquellos que promocionen la explotación sexual de niños. De esta manera, con el reconocimiento del interés superior del menor, la comercialización, difusión o distribución de pornografía infantil pasaron a formar parte de las categorías de expresión de la libertad no protegidas por la Primera Enmienda<sup>24</sup>. A partir de ahí y en una labor sintética destacamos como hitos en la regulación jurídica norteamericana en la lucha legislativa contra la pornografía infantil los siguientes:

i) La primera ley que regula de modo expreso la pornografía infantil fue dictada en 1977 con la denominada *Children Protection Against Sexual Exploitation Act*, aunque de ámbito limitado por restringir el castigo a un aspecto de la comercialización. A ella le siguieron otras durante la década de los ochenta que tipificaron todas las fases de la pornografía, desde su elaboración y producción hasta su difusión o tráfico. No fue has-

ta 1990 cuando se introduce el castigo expreso de la posesión de pornografía infantil (*The Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act*). Ya en 1996 se creó la llamada *Child Pornography Prevention Act*<sup>25</sup>, que incluyó la pornografía infantil sin menores, utilizando los términos «que parezca ser un menor» o «que dé la impresión de que es un menor» para dar cabida a la pornografía técnica o artificial (también llamada realista o virtual respectivamente). Esta norma, sin embargo, resultaba excesivamente amplia: prohibía un contenido en el que no se utilizaban niños y que no era obsceno; tanto es así que su taxatividad implicaba la imposibilidad de expresión artística, por ejemplo, de adolescentes en un contexto erótico o sexual, que hacían que sus poseedores pudieran, hipotéticamente, ser responsables conforme aquella norma<sup>26</sup>.

ii) Esta situación condujo a la declaración de inconstitucionalidad de tal norma por vulneración de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América en la sentencia *Ashcroft vs. Free Speech Coalition* (2002)<sup>27</sup>, ya que la libertad artística y de expresión se veían limitadas por una norma con unos perfiles que no delimitaban de una manera adecuada la materia, sino que se inmiscuían en conceptos artísticos o de moralidad sexual colectiva no adecuados a la norma constitucional estadounidense. Se sostiene en dicha sentencia que la actividad del programador virtual consistente en la utilización de un *software* creando una representación gráfica en tres dimensiones no constituye delito alguno ni lesiona los derechos de la víctimas en su producción y, por ende, la distribución y posesión de tales materiales tampoco puede constituir un delito, desde el momento en que ésta no es manifestación de la existencia de un abuso o agresión efectivamente consumada. Y concluye que no existe antecedente que pueda servir para comprobar que la existencia de imágenes de pornografía virtual esté asociada a su utilización posterior en la seducción de menores con fines de abuso sexual, y si

23 OXMAN, N., «Aspectos político-criminales y 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. 257.

24 OXMAN, N., *op. cit.*, pp. 262 y ss.

25 V. KORNEGAY, «Protecting Our Children and the Constitution: An Analysis of the «Virtual» Child Pornography Provisions of the PROTECT Act 2003», en *William & Mary Law Review*, vol. 47, 2006, pp. 1129 y ss.; en Internet: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1263&context=wmlr> (última visita 30/05/2016).

26 Películas comerciales muy conocidas, como *Traffic* o *American Beauty*, entre otras, son ejemplos empleados por la Corte Suprema de los EE.UU. para evidenciar supuestos en los que la norma se extralimitaría hasta la punición de esas formas de expresión artística a todas luces inocuas desde la óptica que nos ocupa.

27 Supreme Court of the United States n.º 535 U.S. 234 (2002); en Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/535/234/case.html> (última visita 14/05/2016).

existe alguna vinculación, únicamente sería una relación de causalidad contingente e indirecta.

iii) En respuesta a la sentencia *Ashcroft vs. Free Speech Coalition* y en la idea de que la pornografía infantil sin menores también amenaza a los menores aunque sea de forma indirecta<sup>28</sup>, se aprobó la PROTECT Act 2003 (*Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today*), la cual vuelve a criminalizar con tipificaciones más precisas la pornografía técnica o aparente y la realista o virtual. Así se alude al material, incluyendo el dibujo, dibujo animado, escultura o pintura que represente visualmente a cualquier menor participando en una conducta sexualmente explícita que sea obscena, o que represente una imagen que sea o parezca ser de un menor involucrado gráficamente en conductas masoquistas, sádicas o zoofílicas, ya sea por abuso o en una relación sexual, incluyendo contacto genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal entre personas del mismo o diferente sexo, y que carezca de valor literario, artístico, político o científico. Paralelamente a esta norma, que se intitula bajo la rúbrica de «representaciones visuales obscenas de abusos sexuales a niños», contenida en el § 1466A del Código federal de Estados Unidos, los §§ 2252 y 2252A castigan la producción, distribución, recepción o posesión de pornografía de menores de edad, aun técnica, artificial, virtual o realista. Cualquier clase de pornografía de personas menores de edad resulta, por tanto, ilegal y castigada<sup>29</sup>. El § 2256 define pornografía infantil como la representación visual que supone la utilización de un menor (menor de 18 años de edad) involucrado en una conducta sexual explícita real o simulada (comprensiva de la masturbación). Las representaciones visuales incluyen fotografías,

vídeos, imágenes generadas por ordenador o digitales de un menor o que sean «indistinguibles» de un menor de edad en una conducta sexual explícita, e imágenes creadas, adaptadas o modificadas en las que se aparenta un menor identificable involucrado en una conducta sexual explícita. En particular, la definición legal de una conducta sexualmente explícita no requiere que se presente la imagen de un niño o niña involucrado en actividades sexuales, de modo que la imagen de un niño desnudo puede constituir pornografía infantil ilegal si es suficientemente provocativa. Además, la edad de consentimiento para la actividad sexual en un Estado determinado es irrelevante, porque cualquier representación de un menor de 18 años de edad participando en una conducta sexualmente explícita es ilegal.

b) Reino Unido es una referencia insoslayable en la materia de la protección penal frente a los delitos sexuales. De hecho, la legislación británica arranca ya en 1978 a partir de la llamada *Protection of Children Act* de 1978 (*Chapter 37*). La rúbrica de la ley expresa la voluntad de la norma en prohibir la realización de fotografías indecentes a personas menores de edad y de penalizar su distribución, exhibición y publicitación. Los verbos típicos son los empleados en todas las legislaciones europeas (elaboración, tráfico, distribución, posesión, etc.) con relación a personas menores de 18 años, límite de edad implementado por la *Sexual Offences Act* de 2003 (hasta entonces 16 años). El primer problema con el que nos encontramos en esta norma es que no contiene una definición de lo «indecente». En este sentido, sobre lo indecente, en sentencia *Regina vs. Stamford* (1972) de la Corte de Apelación británica, se puede advertir la remisión a los criterios valorativos de los *standarts of propriety* (normas de decoro) en

28 El legislador norteamericano, según la sentencia *Ashcroft vs. Free Speech Coalition*, tuvo en cuenta para castigar la pornografía infantil virtual y técnica que los pedófilos pueden utilizar los materiales para animar a los niños a participar en actividades sexuales; que pueden alimentar el apetito sexual de los pedófilos, incrementando la creación y distribución de pornografía infantil y los abusos y explotación sexual de menores reales (así pues, el daño de esta clase de pornografía no deriva de su producción—no se involucra a niños, luego no se les causa un daño—, sino de su contenido); y que las imágenes generadas por ordenador parecen tan reales que a veces es difícil probar que una imagen fue producida utilizando niños reales, haciendo más difícil condenar a pedófilos que utilicen a niños reales.

29 Algunos autores siguen considerando con relación a la pornografía virtual (entendida ahora en sentido amplio y comprensiva de toda la que no representa a un menor real) que el Estado trata de regular los pensamientos—no las acciones— en clara violación flagrante de la Primera Enmienda; v. APRIL, K., «Cartoons aren't real people, too: does the regulation of virtual child pornography violate the First Amendment and criminalize subversive thought?», en *Cardozo Journal of Law and Gender*, nº 19, 2012, p. 271; en Internet: <http://www.cardozolawandgender.com/uploads/2/7/7/6/2776881/241-271.pdf> (última visita 29/05/2016); se dice también que la Primera Enmienda protege inequívocamente representaciones virtuales no obscenas y que debería modificarse la Ley PROTECT en ese sentido; v. BELL, R., «Reconciling the PROTECT Act with the First Amendment», en *New York University Law Review*, diciembre de 2012, pp. 1916 y s.; en Internet: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-87-6-Bell.pdf> (última visita 29/05/2016); o también se afirma, en una postura más extrema todavía, que la definición de pornografía infantil debería limitarse a aquellas imágenes creadas a través de la explotación o abuso sexual de los niños, dado que la explotación y abuso representan el daño principal de la pornografía infantil, lo que dejaría fuera toda clase de pornografía virtual; así HESSICK, C., «The Limits of Child Pornography», en *Indiana Law Journal*, vol. 89, 2014, pp. 1483 y s., en Internet: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11123&context=ilj> (última visita 29/05/2016).

esta materia, reflexionando sobre los precedentes de lo «indecente y lo obsceno» en la tradición jurídico-penal británica, a propósito de la interpretación conceptual de lo señalado en la *Post Office Act* de 1953. A propósito de ello la legislación británica sanciona la pornografía real (habla de fotografía, película o grabación), pero también la pornografía simulada (*pseudo-photograph*) —elemento incluido en la legislación en 1994, por la *Criminal Justice and Public Order Act*—, concepto al que se dota de definición auténtica. Se considera como tal aquella imagen creada por medios técnicos que parezca ser una fotografía. En este concepto se incluyen tanto la pornografía *realista* (aquella en la que no interviene persona menor de edad alguna, sino que por medios tecnológicos se simula fidedignamente la imagen sexual de una persona menor de edad inexistente) como la pornografía *virtual* (aquella que se realiza por medios técnicos, en la que interviene de forma colateral una persona menor de edad, por cuanto se emplea su voz o imagen descontextualizada para insertarla en una acción o exhibición sexual)<sup>30</sup>, de forma que, con carácter global, se pueda predicar que la impresión predominante sea la de encontrarse ante la contemplación de pornografía de personas menores de edad, incluso aunque alguna de sus características físicas sea propiamente de un adulto. Ello se ve ampliado por la modificación incluida por la *Criminal Justice and Immigration Act* de 2008, que trata de perfilar aún más si cabe el concepto cuando señala que la naturaleza de la imagen puede encontrar su origen en medios electrónicos o de cualquier otro tipo, castigándose aquello que no es una fotografía ni una «pseudofotografía» (Sección 68). Así la norma da un paso más al incluir en la definición aquellos parámetros informáticos almacenados en el disco del ordenador o en cualquier soporte susceptible de convertirse en imagen. Por último, la *Coroners and Justice Act 2009* castiga la posesión de imágenes prohibidas de menores (Sección 62), considerando por tales las pornográficas, es decir, aquellas que son de tal naturaleza que se debería asumir razonablemente que han

sido producidas exclusiva o principalmente con propósito de excitación sexual, y que además sean extremadamente ofensivas, desagradables o de cualquier modo obscenas. En cualquier caso la imagen debe centrarse exclusiva o principalmente en los genitales de un niño o en la región anal, o representar un comportamiento sexualmente explícito. Por último, de acuerdo con la Sección 65 de la citada ley, cuando una imagen muestra a una persona, esta imagen será tratada como la imagen de un niño si la impresión que transmite la imagen es que la persona mostrada es un niño o si la impresión que predominantemente se transmite es que la persona mostrada es un niño a pesar de que algunas características físicas mostradas no sean las de un niño. Las referencias a la imagen de un niño incluyen referencias a la imagen de un niño imaginario<sup>31</sup>.

c) Alemania modificó recientemente el contenido de lo que se entiende en el StGB por pornografía infantil y juvenil (Ley 49 de modificación del Código penal para la transposición de la normativa europea sobre Derecho Penal sexual, de 21 de enero de 2015), considerando como material pornográfico aquel que tenga por objeto comportamientos sexuales de, en o ante menores de edad —en unos casos de catorce años, en otros de dieciocho años—, la reproducción de un menor —en unos casos de catorce años, en otros de dieciocho años— total o parcialmente desnudo en una postura corporal innatural marcadamente sexual y la reproducción sexualmente provocativa de los genitales desnudos o de las nalgas desnudas de un menor de catorce años (§§ 184b y 184c).

d) El Código Penal Francés, modificado por la Ley 2013-711, de 5 de agosto de 2013 (que traspone la Directiva 2011/93/UE) no contempla propiamente un concepto de pornografía infantil y se limita a castigar a quien, con ánimo de difundir, fije, registre o transmita la imagen o la representación de un menor, cuando ésta presente un carácter pornográfico (art. 227-23). En este sentido, sujeto pasivo puede ser cualquier menor de edad, real o imaginario<sup>32</sup>, siempre que esté presente

30 La diferencia conceptual entre pornografía realista y virtual aparece, como veremos, más desdibujada en nuestra legislación actual (hasta la reforma de 2015 existía una regulación específica de la pornografía virtual, llamada así por la Exposición de motivos de la L.O. 15/2003 que la introdujo en el Código penal en el art. 189.7). Teniendo en cuenta la distinción fundamental entre pornografía con menores reales y pornografía con menores irreales, la pornografía virtual constituye un híbrido, porque parte de la imagen o de la voz de menores reales y ello se combina con otros elementos o aspectos irreales o artificiales.

31 V. COOK/JAMES/LEE, *Core Statutes on Criminal Law*, Palgrave, London, 2015, pp. 25 y ss.; GILLESPIE, A., *Child Pornography. Law and Policy*, Routledge, 2011, pp. 165 y ss.

32 La Corte de Casación francesa había confirmado en 2007 que «las imágenes no reales que representan a un menor imaginario», tales como dibujos o la imagen resultante de la transformación de una imagen real, entran dentro de las previsiones del texto de la ley y se condenan de la misma manera que las imágenes de niños reales (Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 12 septembre 2007, 06-

el ánimo de difusión. La novedad radica en la previsión del castigo con la misma pena para aquel que desarrolle las indicadas conductas respecto de menores de 15 años, aun sin ánimo de difundirlas. También cabe deducir que el menor no tiene por qué ser real en la medida en que se indica expresamente que las disposiciones del art. 227-23 se aplicarán también a las imágenes pornográficas de una persona cuya apariencia física sea la de un menor de edad, a menos que se establezca que la persona tenía dieciocho años de edad el día de la fijación o la grabación de su imagen.

e) El Código penal italiano, cuya última modificación en esta materia procede de la Ley de 2012, nº 172, a raíz del Convenio de Lanzarote, entiende por pornografía infantil toda representación, por cualquier medio, de un niño o niña menor de dieciocho años de edad involucrado en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de los órganos sexuales de un menor de dieciocho años con fines sexuales (art. 600-ter). Este concepto se extiende a la pornografía virtual, a tenor del art. 600-quater.1, es decir, cuando el material pornográfico represente imágenes virtuales realizadas utilizando imágenes de menores de dieciocho años o parte de ellas y cuya calidad de representación hagan aparecer como verdaderas situaciones no reales. Igualmente se tipifica, además de procurarse o poseer el material antedicho (art. 600 quater), el delito de instigación a la práctica de la pedofilia y de los delitos relacionados con pornografía infantil («pedo-pornografía»), donde se castiga incluso la apología de éstos, sin que pueda invocarse como excusa razones o finalidades artísticas, literarias, históricas o de costumbres (art. 414-bis).

f) En Canadá, también se incluye dentro del concepto de pornografía infantil (art. 163.1 de su Código Penal) y bajo la rúbrica legal de «delitos que tienden a corromper la moral» (*Offences Tending to Corrupt Morals*), una fotografía, película, video o cualquier otra representación visual, esté o no realizada mediante medios electrónicos: a) de una persona que es o se presenta como menor de dieciocho años invo-

lucrado o que se presenta involucrado en una actividad sexualmente explícita, b) la representación con propósito predominantemente sexual de los órganos sexuales o de la región anal de menores; c) cualquier material escrito que describa con propósito sexual actividades sexuales con menores; d) cualquier grabación de audio que describa, presente o represente con propósito sexual actividades sexuales con menores. Además, castiga la apología de la pederastia mediante materiales escritos, representaciones visuales o grabaciones de audio en los que se abogue o se aconseje la actividad sexual con menores de dieciocho años. No obstante, en el ámbito de la justificación también se indica que nadie puede ser condenado por un delito bajo esta sección si tiene un propósito legítimo relacionado con la Administración de justicia o la ciencia, la medicina, la educación o el arte, y no supone ningún riesgo significativo de daño a las personas menores de dieciocho años (art. 163.6)<sup>33</sup>.

e) Japón es considerado el centro internacional para la producción y el tráfico de pornografía infantil<sup>34</sup>. El interés por este país radica también en su resistencia a la punición de ciertas formas de manifestación relacionadas con la pornografía infantil. Ha sido el último país del G7 en castigar penalmente la posesión de pornografía infantil y lo hizo el 25 de julio de 2014 a través de la Ley de sanción de actividades relativas la prostitución infantil, la pornografía infantil y la protección de los niños (Ley n.º 79 de 2014)<sup>35</sup>. La nueva disposición prohíbe la posesión de pornografía infantil y el almacenamiento de registros electrónicos de pornografía infantil. Se considera como tal cualquier medio que represente la pose de un niño total o parcialmente desnudo en la que parte o partes del mismo que tengan un interés sexual (genitales, área alrededor de los genitales, caderas y pecho) estén particularmente expuestas o destacadas y despierten o estimulen el deseo sexual del espectador. La Ley no regula los dibujos animados, animaciones y juegos que incluyen imágenes creadas artificialmente y que representan pornográficamente a niños o historias de abuso sexual infantil. La modificación legal no al-

86.763); personaje de «manga japonés» contenido en cinta de vídeo titulada «Twin Angels —El regreso de las bestias celestes— Vol. 3», en el que un niño de corta edad tiene relaciones sexuales con mujeres adultas.

33 V. al respecto JAFFER/BRAZEAU, *The Sexual Exploitation of Children in Canada: the Need for National Action*, Santing Senate Committee on Human Rights, november 2011; en Internet: [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2011/sen/yc32-0/YC32-0-411-3-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/sen/yc32-0/YC32-0-411-3-eng.pdf) (última visita 30/05/2016).

34 V. los informes de 2013 y 2014 del Departamento de Estado Norteamericano sobre derechos humanos: <http://www.state.gov/documents/organization/220409.pdf> (última visita 30/05/2016) y <http://www.state.gov/documents/organization/236656.pdf> (última visita 30/05/2016).

35 [http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g18601028.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g18601028.htm) (última visita 30/05/2016).

teró esta omisión debido a las alegaciones de violación de la libertad expresión y de creación artística<sup>36</sup>.

#### IV. LA DEFINICIÓN LEGAL DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

El Código penal español emplea en varias ocasiones la palabra «pornografía» o «pornográfico»: arts. 177 bis (pornografía), 183 ter (material pornográfico o imágenes pornográficas), 186 (material pornográfico) y 189 (espectáculos pornográficos, material pornográfico, pornografía infantil). Sin embargo, hasta la reciente incorporación de un concepto de pornografía infantil no se disponía de un concepto legal de pornografía en general. Pues bien, a pesar de encontrarnos ante un elemento normativo fuertemente condicionado por las concepciones ético-sociales realmente vigentes en la sociedad, se ha venido estimando, tanto por la doctrina penal como por la jurisprudencia, que un objeto en cuestión para ser considerado pornográfico debe presentar una finalidad objetivada concreta dirigida a estimular sexualmente y una suficiente aptitud «*per se*» para involucrar intensamente en un contexto sexual a las personas que entren en contacto con dicho objeto, implicando la total ausencia de valores científicos, pedagógicos, artísticos, culturales, etc.<sup>37</sup> Esta caracterización en principio debe informar igualmente la pornografía que se califique de infantil<sup>38</sup>, con independencia de que el nuevo concepto de pornografía infantil pueda suponer una versión extensiva de la misma para el supuesto de menores, pero no se modifica ni desnaturaliza por ello el concepto general de pornografía<sup>39</sup>.

Hasta la reforma del Código penal de 2015 tampoco se disponía de un específico concepto de pornografía de menores (o de incapaces, ahora discapacitados), aunque las distintas reformas previas permitían distinguir una pornografía con menores —o incapaces, según la antigua denominación legal— reales y otra pornografía virtual, en las que el común denominador debía ser la representación visual de un menor (o incapaz)

real, o de su voz o de su imagen, alterada o modificada, en una conducta sexual explícita. Ello excluía el simple desnudo del ámbito de la pornografía en general. Sin embargo, tras la reforma señalada, conforme al párrafo cuarto y siguientes del art. 189.1 se ofrece una definición legal de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Por un lado, acaba incorporándose al Código la equívoca expresión de «pornografía infantil» para referirse a la pornografía en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años y que, por tanto, engloba también la pornografía juvenil. Por otro lado, se amplía sustancialmente el ámbito de lo que haya de considerarse pornográfico en relación con discapacitados necesitados de especial protección y, sobre todo, con menores de edad. Según el texto legal, que en este punto sigue y transpone textualmente (al margen de la referencia a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección) la Directiva 2011/93/UE:

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

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

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

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

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

36 SMITH, S., *Global Strategies for Tackling Child Sexual Abuse Material Online*, p. 26; en Internet: <http://www.wcmt.org.uk/sites/default/files/report-documents/Smith%20Sarah%20Report%202014%20Final%202.pdf> (última visita 30/05/2016); MATHEWS, C., «Manga, Virtual Child Pornography, and Censorship in Japan», en *Applied Ethics. Old Wine in New Bottles?*, Center for Applied Ethics and Philosophy, Hokkaido University, Japan, 2011, p. 168; en Internet: [http://ethics.let.hokudai.ac.jp/ja/files/appliedethics\\_2011.pdf](http://ethics.let.hokudai.ac.jp/ja/files/appliedethics_2011.pdf) (última visita 30/05/2016).

37 V. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las últimas reformas en el Derecho Penal sexual», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago, 1991, pp. 92 y s.; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Comentarios al Código penal, Parte Especial, II*, Diez Ripollés/Romeo Casabona (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 459 y s.

38 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Sistema de Derecho Penal Parte especial*, Morillas (Dir.), 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, p. 286.

39 AGUADO LÓPEZ, S., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed., Boix Reig (Dir.), Lustel, Madrid, 2016, p. 441.

Las letras a) y b) comprenden tanto a menores de edad como a personas con discapacidad necesitadas de especial protección; en cambio las letras c) y d) sólo aluden —aparentemente— a menores de edad. La letra c) recoge la exención prevista en la Directiva en el art. 5.7; en cambio la letra d) no prevé la exención contenida en la Directiva en el art. 5.8.

La acogida de este concepto por parte de la doctrina ha sido francamente negativa. GÓMEZ TOMILLO considera que se ha culminado una deficiente reforma jeroglífica que describe cuatro complejas posibilidades, solapadas entre sí y que sigue dejando francos sin cubrir<sup>40</sup>. ORS BERENGUER pone de manifiesto que varias de las conductas tal como han resultado tipificadas son sumamente elásticas y que el precepto está impregnado de evidentes preocupaciones moralizantes, en ocasiones carentes de bien jurídico<sup>41</sup>. Al igual que éste, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO estiman con relación a algunas de las modalidades de pornografía infantil que asistimos a la quiebra de estricta protección de bienes jurídicos y la tutela de contenidos puramente morales en el ámbito del Derecho Penal<sup>42</sup>. Por su parte MORILLAS FERNÁNDEZ, quien había reclamado una definición legal de pornografía infantil, la considera un paso atrás en la lucha contra la pornografía infantil en sentido estricto, toda vez que el legislador ha realizado una transposición (un «corta y pega») de la Directiva que admitía modulaciones y excepciones y, sin embargo, nos encontramos con que las definiciones incluidas son redundantes, complicando sobremanera la identificación del término<sup>43</sup>.

A pesar de que la existencia de un concepto legal de pornografía infantil debería ofrecer ventajas para el principio de legalidad, la interpretación de cada uno de los términos en los que se ha fijado dicho concepto no es uniforme en la doctrina y puede dar lugar a entendimientos muy diversos como expondremos a continuación.

a) Material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada

i) En primer lugar, se habla de «material que represente a un menor...», es decir, con la alusión genérica a «material» se quiere incluir una amplia gama de objetos susceptibles de presentar o representar personas, tales como fotografías, vídeos, películas, juegos, etc.<sup>44</sup>

La palabra «representación» y el verbo «representar» puede dar lugar a equívocos, dada su escasa precisión y su carácter ambivalente<sup>45</sup>. Puesto que una de las acepciones de representar es «ser imagen o símbolo de algo, o imitarlo perfectamente», y también representación puede significar «imagen o idea que sustituye a la realidad», cabría optar por dicha acepción amplia para estimar incluidos por esta vía pinturas y dibujos o elaboraciones virtuales a través del ordenador. Pero dado que con ello, por un lado, quedaría vacía de contenido la letra d) (imágenes realistas), y, por otro, supondría la ausencia de sujeto pasivo real en la letra a), atendiendo a una interpretación sistemática de la regulación de la definición de pornografía infantil dirigida a delimitar las distintas modalidades de pornografía infantil, sólo pueden estimarse incluidos en este apartado los sujetos pasivos menores de edad reales, es decir, de carne y hueso. Por lo tanto, la utilización del verbo «representar» o del sustantivo «representación» no ha de suponer dificultad interpretativa alguna, máxime cuando constituiría un esfuerzo hermenéutico innecesario, en la medida en que los instrumentos internacionales y en la legislación comparada actual también se tipifican separadamente las hipótesis de pornografía en las que el menor no es (completamente) real, sino imaginario, aparente, virtual o realista. En definitiva, cuando el legislador quiere incluir dentro de la definición de pornografía infantil materiales sin involucración de menores

40 GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. II, Gómez Tomillo (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2015, p. 591.

41 ORS BERENGUER, E., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 650 y s.; EL MISMO, *Derecho Penal, Parte Especial*, González Cussac (Coord.), 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 258.

42 MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Código penal español*, T. I, 7.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1385. También LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos. La Parte Especial del Derecho penal*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2015, p. 213, sobre todo en relación con las letras c) y d), cree difícilmente compatible tales definiciones con el bien jurídico.

43 MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Estudios sobre el Código penal reformado*, Morillas Cueva (Dir.), Dykinson, Madrid, 2015, p. 476. También acusa a la fórmula de repetitiva ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *Comentario a la reforma de 2015*, Quintero Olivares (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 452, y de confusa SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *op. cit.*, p. 288.

44 Quedan excluidos objetos que sí encajan en el material pornográfico del delito del art. 186 CP en tanto no constituyan la representación visual de un menor real (participando en una conducta sexual explícita); v. QUINTERO OLIVARES, *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 153.

45 ORS BERENGUER, E., *Comentarios, op. cit.*, pp. 650 y 655.

reales lo hace de forma expresa, como en los casos de pornografía aparente y realista, por lo que este problema se tiene que plantear en esos lugares [es decir, en las letras c) y d) respetivamente].

El sujeto representado en el material ha de ser «menor»<sup>46</sup>, es decir, persona que no haya alcanzado los dieciocho años de edad con existencia real en el momento de realizarse el material y, en consecuencia, identificado [ni en las letras c) ni d) es preciso constatar que la imagen o la representación sea en realidad de un menor de edad]. En principio el Código penal español no diferencia entre niños y jóvenes, como el Derecho alemán, aunque sin embargo es evidente que, si se trata de proteger su adecuado proceso de formación, la consecuencia lesiva de la conducta no va a ser la misma para un infante que para un adolescente<sup>47</sup>. La forma de trasladar la mayor carga de antijuridicidad material derivada de la edad temprana del menor por parte del legislador español es distinguiendo entre menores con o sin edad de consentimiento sexual, esto es, dieciséis años, porque entre las agravantes previstas en el art. 189.2 se encuentra la contenida en la letra a), es decir, «cuando se utilice a menores de dieciséis años». En consecuencia, la pena puede ser mayor si el menor utilizado para el material pornográfico es menor de dicha edad de consentimiento sexual (elevada desde la reforma de 2015 de trece a dieciséis años). No obstante, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo esta agravación sólo es aplicable a la utilización directa de un menor real y, por tanto, únicamente a los delitos de la letra a) del art. 189.1, pero no a los de la letra b)<sup>48</sup>, ni tampoco a los delitos de posesión.

ii) En segundo lugar, cabe apreciar positivamente la exigencia de que el material sea «visual», de acuerdo con la normativa internacional más reciente. La consecuencia es que se descarta la posibilidad de entender punible la elaboración de material que sea exclusivamente de audio o escrito<sup>49</sup>. La restricción marca las diferencias con el concepto de pornografía infantil manejado por UNICEF en instrumentos como el *Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño* (2000), en el que se hace referencia a «toda representación». Esto dio lugar a que diversos países durante su ratificación formularan declaraciones conscientes de la posibilidad de conflicto con la libertad de expresión, solicitando que se sustituyera esa locución por la de «representación visual» para que las descripciones de relaciones sexuales con menores de modo escrito no se incluyeran<sup>50</sup>.

Por lo que respecta al material de audio, hasta la reforma de 2015 se consideraba comprendido dentro del concepto por aplicación del antiguo art. 189.7 («se emplee su voz o...»)<sup>51</sup>. Tras su supresión en la reforma de 2015, cabe entender que el material sonoro por sí solo tampoco integra el concepto de pornografía infantil<sup>52</sup>, aunque aparecerá generalmente asociado a películas, juegos y videos formando un todo.

Ambas exclusiones son en general destacadas como aspectos positivos por la doctrina, pero igualmente hay quienes defienden la inclusión *de lege ferenda* —y consecuente prohibición y penalización— de los escritos y relatos de contenido pedófilo<sup>53</sup>, basándose en que

46 O también persona con discapacidad necesitada de especial protección. Sin embargo, en este trabajo nos vamos a centrar fundamentalmente en los menores, dejando aparte esa variante tan residual de pornografía de discapacitados en atención tanto a la condición de la víctima como a que generalmente en el Derecho comparado no se presenten de forma unida una y otra clase de pornografía. Tanto es así que el concepto de «pornografía infantil» del art. 189.1 del Código penal se reserva exclusivamente a los menores de edad (reales o no), y se añade a continuación «pornografía (...) en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección» (que podrían ser mayores de edad, pero que en todo caso han de ser reales).

47 MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 108, 2012, pp. 84 y s.

48 SsTS 674/2009, de 20 de mayo, 795/2009, de 28 de mayo, 592/2009, de 5 de junio, 873/2009, de 23 de julio, 1110/2009, de 16 de noviembre, 107/2010, de 16 de febrero, 340/2010, de 16 de abril, 674/2010, de 5 de julio y 1299/2011, de 17 de noviembre.

49 GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 19, octubre 2014, p. 108; AGUADO LÓPEZ, S., *op. cit.*, p. 441; GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. I, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 311.

50 RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», en *Derecho y Proceso Penal*, n.º 32, septiembre-diciembre 2013, p. 230.

51 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 20 de diciembre de 2012, p. 169.

52 Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, p. 4; GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 311.

53 DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, p. 30; Ponencia disponible en Internet en la web «fiscal.es»: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%20C3%A9%20](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%20C3%A9%20)

la literatura pedófila, al igual que las imágenes, también puede estimular la fantasía sexual de la persona llevándole a abusar de menores reales<sup>54</sup>. Dado que en el Derecho comparado encontramos ejemplos de punibilidad de estas elaboraciones (Canadá, Australia), seguramente es cuestión de tiempo que la corriente expansiva entienda necesario abarcar también estos modos de producción de material pornográfico, toda vez que se ha admitido la pornografía infantil sin menores en las letras siguientes del art. 189.1<sup>55</sup>. Pero no parece que la inclusión de materiales escritos más allá de los visuales sea adecuada, ya que no supone la explotación de menor alguno en su elaboración, ni es susceptible de confusión con un menor real, por lo que su introducción en la definición de pornografía infantil solamente podría justificarse por fomentar la pedofilia. Así pues, teniendo cuenta que para elaborar más literatura no se van a utilizar menores, el peligro abstracto carecería de posibles víctimas, por lo que nos encontraríamos ante una regulación basada únicamente en consideraciones morales que supondría una restricción intolerable de la libertad de expresión. Cuestión bien distinta es que la incorporación de escritos al pie de una fotografía, por ejemplo, pueda servir para determinar la finalidad sexual y consiguiente carácter pornográfico del material (STS 497/2015, de 24 de julio), en este caso en relación con las modalidades contenidas en las letras b) a d).

iii) Dado que se indica en la definición que el menor tiene que «participar», algún autor sostiene que se requiere que el menor no se encuentre solo en la conducta sexual (mal puede participar o tomar parte cuando se protagoniza el hecho en su totalidad y no en una parte), por lo que quedarían fuera hipótesis como masturba-

ciones del menor solo —una actitud inequívocamente sexual— sin que se aprecien visualmente sus órganos sexuales<sup>56</sup>. Ello, sin embargo, sería así únicamente en un apego a la literalidad de la ley que no es obligado. En todo caso, aunque se excluyera la aplicación del apartado a) en las hipótesis de aparición en solitario del menor, la masturbación de éste sin la intervención de más personas podría subsumirse en la letra b). Pero si no se muestran los órganos sexuales del menor, no podemos hablar de pornografía infantil del art. 189, sino en su caso de un delito contra la intimidad del art. 197.

Partiendo de la base de que la letra a) abarca supuestos de montajes de fotografías (porque se trata de «material», que «representa» a un menor, «participando»...), GÓMEZ TOMILLO pone de manifiesto que queda por resolver si la aparición de una parte del cuerpo del menor, por ejemplo la mano inequívocamente y sólo ésta, sobreimpuesta al cuerpo de un adulto es suficiente<sup>57</sup>. La respuesta al interrogante planteado es que no estamos ante una conducta sexualmente explícita «del», «sobre» o «con» el menor [letra a)] ni se muestran los órganos sexuales del menor [letra b)]. En suma, no se trataría de pornografía infantil<sup>58</sup>.

iv) «Conducta sexualmente explícita, real o simulada». Como pone de manifiesto ORTS BERENGUER, hay numerosas variantes sexuales y no está claro si la práctica de todas ellas se incluiría dentro del concepto. Para ello, se remite a actos muy placenteros para ciertas personas recogidos entre las parafilias del DSM-5 que pueden no entrañar perturbación para el menor. En su opinión, a la conducta inequívocamente sexual se le ha de exigir que pueda ocasionar «desasosiego» para que tenga la capacidad de afectar al bien jurídico<sup>59</sup>, lo que

---

Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14 (última visita 15/05/2016), por las mismas razones por las que se admite la tipificación de la pornografía infantil virtual.

54 CARR, J., *Child abuse, child pornography and the internet*, NCH, Londres, 2003; en Internet: <http://uploadi.safe.si/editor/1149589931pornographyreport.pdf> (última visita 15 de mayo de 2016), p. 9; DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico, op. cit.*, pp. 29 s. En relación con la anterior regulación y a favor de aceptar cualquier tipo de medio o soporte, sin necesidad de que sea susceptible de visualización, refiriéndose explícitamente a los materiales de carácter sonoro, CABRERA MARTÍN, CABRERA MARTÍN, M., «La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal», en *Jornadas sobre Derecho de los menores, documentos de trabajo*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2003, p. 404, nota 7, y MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática y Derecho Penal*, Edisofer, Madrid, 2001, p. 115.

55 GARCÍA NOGUERA, *op. cit.*, p. 108, nota 9. Así, por ejemplo, el informe del Consejo Fiscal, de 20 de diciembre de 2012, referido al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, p. 169, alude a la sentencia *Dodge v R* (2002) A Crim R 435, en Australia Occidental un interno que estaba cumpliendo una larga sentencia por delitos sexuales contra menores fue condenado por escribir 17 historias de sexo explícito sobre hombres realizando actos sexuales con niños de menos de 10 años, historias que luego proporcionó a otro interno.

56 GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios, op. cit.*, p. 592.

57 GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios, op. cit.*, p. 592.

58 Tampoco lo sería la conducta sexual de terceros desarrollada «ante» un menor que se limita a observar o estar presente, pues en tal caso no participa en la misma.

59 ORTS BERENGUER, E., *Comentarios, op. cit.*, p. 655. EL MISMO, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 257.

representa una exigencia adicional no contemplada en la definición legal, de muy difícil y subjetiva determinación, que restringiría en exceso la consideración de aquello que deba ser tenido como pornográfico —precisamente esta letra es la menos discutible de las incluidas en la reforma de 2015—, sobre todo en relación con adolescentes porque no será fácil que una conducta sexualmente explícita les cause desasosiego. Lo que sí es cierto es que la expresión «conducta sexualmente explícita» no puede interpretarse como equivalente a cualquier acción sexual que sirva de base a un delito de agresión o abuso sexual, como puede ser un beso. Porque aunque un beso pueda constituir una conducta sexual, no es suficientemente «explícita» y puede ser equívoca. Así pues, en atención al carácter explícito que debe presentar el comportamiento sexual, para que la conducta sexual pueda considerarse pornográfica deberá ser expresión de un comportamiento sexual y resultar apta para involucrar en un contexto sexual al espectador. Una definición expresa de conducta o actividades sexuales explícitas habría delimitado perfectamente el contenido y dimensión de la pornografía infantil<sup>60</sup>.

El hecho de que la conducta sexualmente explícita sea «real o simulada», esto es, que obedezca a un hecho verdadero o que constituya una mera ficción, es irrelevante<sup>61</sup>. Semejante circunstancia no añade una exigencia adicional en el comportamiento sexualmente explícito que debe aparecer representado, sino que elimina cualquier duda sobre si el hecho —no la persona— ha de responder o no a la realidad. Sobre esta base

se ha estimado que la participación en una conducta simulada se recoge al hacer referencia a imágenes realistas [en la letra d)], lo que supondría una repetición (el legislador habría vuelto a hacer mención de dichas imágenes a pesar de haber contemplado anteriormente los supuestos de simulación)<sup>62</sup>. Sin embargo, ello redundaría en una innecesaria complicación: sólo los menores de las letras a) y b) son y tienen que ser reales, frente a los de las letras c) y d) que no son menores reales (o, a lo sumo, en la modalidad realista se partió de un modelo real, pero el finalmente presentado ya no lo es). Por lo tanto, únicamente la circunstancia de si el comportamiento sexual representado es real o no es irrelevante en todos los supuestos.

Por otra parte, la conducta sexualmente explícita, real o simulada, no tiene por qué consistir en la representación del abuso sexual de un menor, una idea que en ocasiones se vincula al concepto de pornografía infantil, incluso se llega a identificar con él<sup>63</sup>. Para ello habría que partir de la base de que toda conducta sexual realizada con un menor o realizada por éste influenciado por un tercero constituye un delito sexual. Pero lo cierto es que no toda representación de la conducta sexualmente explícita de un menor implica que se haya cometido con abuso. Esto es algo que sólo es seguro si el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y tampoco en todos los casos (por ejemplo, el menor que por propia iniciativa se filma a sí mismo masturbándose: esa película constituye pornografía infantil aunque el menor no haya sufrido abuso alguno)<sup>64</sup>. Evidentemente, si

60 De esta opinión MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Estudios, op. cit.*, p. 474. Sostiene que por conducta sexual explícita debe entenderse, siguiendo el criterio mantenido por Naciones Unidas, el Consejo de Europa y las principales legislaciones internacionales: a) contacto sexual, incluyendo el genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal entre menores o entre un adulto y un menor, del mismo u opuesto sexo; b) brutalidad; c) masturbación; d) desarrollo de conductas sádicas o masoquistas; y e) exhibición lasciva de los genitales o el área púbica de un menor (nota 76). Esta definición, que en buena medida coincide con la definición norteamericana, le conduce al autor a estimar que la de la segunda descripción de la letra b) del art. 189.1 CP es reiterativa.

61 No existía una polémica doctrinal al respecto, y la única simulación que era objeto de discusión doctrinal no se refería a la conducta sexual sino al sujeto de la misma; sin embargo, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 454, estima que con esta fórmula se cierra el debate surgido en la doctrina en torno a la calificación que merecen los casos de utilización de menores o incapaces para la realización de actos sexuales simulados, esto es, conductas sexuales fingidas que realmente no tienen lugar.

62 Así ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 453, por referirse indistinta e indiferenciadamente tanto a la simulación de hechos (comportamientos sexuales) como de sujetos intervinientes en los mismos.

63 MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 1381 señalan que la legitimidad de la lucha contra la pornografía infantil no se discutía cuando de menores reales se trataba, de modo que la idea de abuso del menor derivaría directamente del hecho de representar a menores reales en conductas sexuales explícitas (es decir, la misma pornografía de menores sería un abuso sexual), sin que ello supusiera una exigencia adicional, esto es, que la representación sexual del menor constituyera a su vez un delito sexual (abuso o agresión sexual). En parecidos términos se expresa el III Plan de acción contra la explotación sexual de la infancia y de la adolescencia (2010-2013) del Observatorio de la Infancia, al indicar textualmente que «la llamada «pornografía infantil» es la evidencia empírica del abuso sexual cometido sobre niños, niñas y adolescentes, y, por tanto, la producción y tenencia de dicho material siempre presupone un acto criminal abusivo, humillante y degradante cometido sobre la infancia y adolescencia» (p. 17).

64 Otra cuestión distinta es si su tenencia por el propio titular constituye posesión para propio uso de pornografía infantil punible, algo que resultaría notablemente disfuncional. A este respecto posiblemente habría que negarlo si atendemos a la protección de bienes

el menor es inexistente —como en las modalidades de las letras c) y d)— ningún abuso sexual se habrá producido como delito (aunque se represente como tal un abuso sexual a un menor inexistente).

Al hilo de lo indicado, no se ofrece una respuesta a los supuestos de pornografía elaborada por menores para su uso privado, especialmente si han alcanzado la edad de consentimiento sexual. El art. 183 quater, que se ocupa del consentimiento libre del menor no alcanza los delitos del Capítulo V en el que figura el art. 189. Tampoco se ha contemplado en nuestra legislación la previsión contenida por la Directiva 2011/93/UE que habría dado cobertura a la exención de responsabilidad al prever la posibilidad de optar por ella por parte de los Estados miembro (art. 8.3). Sin embargo, no es coherente que un menor pueda consentir válidamente relaciones sexuales a partir de dieciséis años y, en cambio, no pueda consentir en un material pornográfico para su propio uso privado<sup>65</sup>.

b) Representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales

En segundo lugar, también es pornografía infantil el desnudo de un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección en la medida en que se representen sus órganos sexuales con fines principalmente sexuales. Es un supuesto introducido en la reforma de 2015 que se diferencia del anterior en que no se representa una conducta sexualmente explícita, sino únicamente los órganos sexuales del menor. Por tanto, si los órganos sexuales son fotografiados o filmados sin actividad sexual alguna, estaremos en principio ante un desnudo que nuestra jurisprudencia, de forma acertada, no ha considerado pornográfico *per se*<sup>66</sup>. La pornografía ha estado unida siempre a su carácter obsceno o impúdico<sup>67</sup>, dada la diferencia existente —aunque de di-

ficil precisión y condicionada por la realidad social del momento— entre erotismo y pornografía<sup>68</sup>. La aparente contradicción tendrá que salvarse en consideración al elemento añadido de que la representación tenga fines primordialmente sexuales<sup>69</sup>.

i) En cuando a la palabra «representación» ya fue analizada con anterioridad. Aunque el Código no lo diga expresamente, dicha representación deberá ser «visual» en coherencia con el resto de modalidades que la mencionan [letras a) y c)] o mencionan la imagen [d)]. Además estimamos que si en la modalidad precedente se debían representar de manera visual personas reales, en ésta se han de representar (visualmente) partes reales de personas reales, en este caso sus «órganos sexuales». Sobre ello cabe señalar algunas consideraciones. Por un lado, por «órganos sexuales» hay que entender los genitales externos. No queda claro si basta con que se muestren parcialmente o si es preciso que se representen totalmente. Se sitúa al margen de ello cualquier otra parte del cuerpo aun cuando presente carga erótica (nalgas, pecho, boca, etc.). Tampoco estarán comprendidos los posados provocativos del menor, aunque sea desnudo (como en Alemania), en tanto en cuanto no se muestren también los genitales. Si las imágenes recogen sólo los órganos genitales, la dificultad estriba en determinar su pertenencia a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección, salvo supuestos muy evidentes<sup>70</sup>. En consecuencia, la limitación de esta descripción es evidente, especialmente cuando se representen únicamente los órganos genitales de un adolescente (y no digamos de una persona discapacitada necesitada de especial protección). Por lo tanto, en tales supuestos y para considerar aplicable esta modalidad de pornografía infantil deberá ser evidente que se trata de los genitales de un menor porque esté identificado como tal. Si no es así

---

jurídicos individuales, pero no estaría tan clara la respuesta si ponemos como bien jurídico de referencia de la conducta de posesión a los bienes jurídicos colectivos, como suele hacerse. Un supuesto semejante fue juzgado en Carolina del Norte (caso Cormega Copening), donde un menor de 17 años fue procesado como adulto con cargos federales y condenado por «explotación sexual de un menor» como consecuencia de que tuviera fotografías de sí mismo desnudo en su propio móvil. El menor tuvo que llegar a un acuerdo con la Fiscalía, aceptando los cargos y penas menores, para evitar ir a la cárcel y ser registrado como delincuente sexual.

65 CARUSO FONTÁN, V., *op. cit.*, p. 40.

66 STS 1342/2003, de 20 de octubre («la imagen de un desnudo —sea menor o adulto, varón o mujer— no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse»), entre otras muchas.

67 SsTS 1553/2000, de 10 octubre, 376/2006, de 8 de marzo, 105/2009, de 30 de enero, y 373/2011, de 13 de mayo.

68 SsTS 1058/2006, de 2 de noviembre, 739/2008, de 12 de noviembre, 803/2010, de 30 de septiembre, y 264/2012, de 3 de abril.

69 ORTS BERENQUER, E., *Derecho Penal, op. cit.*, p. 257.

70 ORTS BERENQUER, E., *Derecho Penal, op. cit.*, p. 257; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 20.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 226.

(si se desconocen la identidad y edad del sujeto), entrará en juego la letra c), que se conforma con cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, o la letra d), para la que es suficiente la imagen realista de los órganos sexuales de un menor.

ii) La alusión a los «*fines principalmente sexuales*» respecto de las imágenes que representan los órganos sexuales reales [aparentes o realistas en las letras c) y d)] de un menor (o de una persona que parece ser un menor) constituye un animismo censurable, por cuanto la finalidad no es un elemento inherente a la imagen en este preciso supuesto de desnudo (frente a la imagen de una conducta sexualmente explícita, en la que al menos concurre una tendencia objetiva a excitar sexualmente), sino que ha de predicarse del creador, tenedor o espectador de dicha imagen exclusivamente. De ahí que las imágenes de los genitales externos no tengan fines, y sólo presenten situaciones o actos que habrán de aparecer insertados en un determinado contexto primordialmente dirigido a la provocación sexual si ha de calificarse como pornográfico. La finalidad es, en todo caso, un elemento subjetivo del tipo (del creador o del poseedor de la imagen o representación), y no debería formar parte de una definición auténtica de pornografía infantil<sup>71</sup>. Sin embargo, el carácter pornográfico de la imagen o representación de un desnudo no se puede hacer depender únicamente de la finalidad subjetiva del sujeto creador o poseedor. Su naturaleza pornográfica debe serlo también y sobre todo en un sentido objetivo. De modo que para estimar que la imagen de los órganos genitales de un menor es pornográfica y que es penal-

mente reprochable su elaboración, tráfico, tenencia o visualización, además de las exigencias derivadas del tipo subjetivo correspondiente para el autor, habrá que atender al contexto —provocativo o libidinoso— en el que se inserta dicha imagen<sup>72</sup>. Así pues, una representación de los órganos sexuales de un menor que no tenga fines principalmente sexuales porque no esté insertada en un contexto lúbrico, ni sea apta *per se* para excitar sexualmente, no será considerada pornografía a través de esta modalidad, incluso aunque un pedófilo se excitara con ella (caso, por ejemplo, de la película de un menor desnudo tomada por sus padres que cae en manos de un pedófilo al que le resulta útil a sus fines lascivos). En cierta medida los fines principalmente sexuales que debe tener la representación de los órganos sexuales de un menor guardan paralelismo con el carácter obsceno de la exhibición en el delito de exhibicionismo, para el cual no basta el simple desnudo, sino que es precisa la tendencia a la provocación sexual, pero en este delito semejante tendencia depende de un sujeto y en aquél de un objeto, que ha de ser por tal motivo «pornográfico en sí mismo».

En consideración a los fines principalmente sexuales es posible excluir de la definición aquellos materiales que, aun representando los órganos sexuales de un menor, tengan finalidades médicas, científicas o similares<sup>73</sup>. Para ello se podría haber reproducido —ya que se ha hecho con el resto de la Directiva 2011/93/UE— la expresión «de forma ilícita» como un elemento adicional en la descripción de las infracciones penales, puesto que, como señalaba el Considerando 17 de la Directiva, tal expresión «permite a los Estados miembros establecer una

71 BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Derecho Penal Parte Especial*, (Romeo/Sola/Boldova (Coords.), Comares, Granada, 2016, p. 226.

72 En este sentido la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, pp. 5 y s., señala que los «fines principalmente sexuales» que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía, deberán tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde; distinto es su criterio respecto de quien lo elabora, pues el *animus* del sujeto activo que entra en contacto con el menor y que obtiene del mismo fotografías y videos de sus órganos sexuales puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico. También ORTS BERENQUER (*Derecho Penal, op. cit.*, p. 257) se plantea si los fines pueden depender del soporte en el cual se inserte la imagen, de manera que una imagen en un libro serio sobre sexualidad infantil no sea considerada pornografía, pero sí lo sea si está en una revista pornográfica. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ (*Derecho Penal español: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 284) entiende que estos fines aluden a que la pornografía, para ser considerada como tal, debe tener algún tipo de referencia a la satisfacción sexual, razón por la que excluiría las láminas educativas que muestran una evolución de los órganos y señales sexuales en el desarrollo de la infancia a la pubertad; y añade que «la pornografía sin referencia a satisfacción sexual está incompleta y no es pornografía». Pero ello nos remite de nuevo a preguntarnos con ORTS si esa referencia a la satisfacción sexual ha de ser entendida en un sentido subjetivo u objetivo, es decir, si consiste en que la representación esté hecha para excitar a quien lo contemple o si implica que la imagen tenga una evidente connotación sexual. En este segundo caso, dice el autor, no bastaría con que se reprodujera el pene de un menor orinando (aunque se plantea qué sucedería si hay gente que se excita viendo el *Manneken Pis*, por ejemplo; *Comentarios, op. cit.*, p. 656). El mismo autor concluye determinando que lo exigido por los tipos es una conducta con «fines principalmente sexuales» del autor, lo cual se muestra en que la representación sea de por sí excitante desde el punto de vista sexual o pretenda serlo, esto es, que tenga una connotación libidinoso, pero no en los fines del productor, distribuidor o vendedor que buscan lucrarse; ORTS BERENQUER, E., *Comentarios, op. cit.*, p. 660. Lo mismo GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 319.

73 QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, p. 153

excepción respecto de las conductas relacionadas con «material pornográfico» en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares». Sin embargo, en nuestra legislación no se ha incluido tal expresión y posiblemente de forma acertada, ya que hay que entender que este tipo de representaciones estarían directamente excluidas de la definición al no concurrir en ellas los «fines principalmente sexuales» exigidos<sup>74</sup>. Para el resto de imágenes se deberá atender al contexto en el que se inserten y su aptitud genérica o general —no la concreta del observador del material— para provocar sexualmente.

c) Material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o la representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor con fines principalmente sexuales

En tercer lugar, se asimila a lo anterior la pornografía de adultos que aparenten —hecho buscado por el autor— o parezcan —simple parecido no buscado por el autor— ser menores (una variante de la *pseudopornografía*, denominada pornografía infantil técnica), a no ser que se pueda probar que eran adultos en el momento de la acción, representación o posado («salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes»). Es decir, se parte de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. Dicha excepción aparece contemplada por la Directiva 2011/93/UE como discrecional para los Estados, pero debería ser obligada en la medida en que, de no tenerla en cuenta, se estaría calificando como pornografía infantil la producida con personas identificadas como adultos por el mero hecho de que visualmente parecieran ser menores. Ello daría lugar a una analogía inaceptable al depender de un elemento en buena medida subjetivo

(el parecido) que supone semejanza, pero no identidad. De manera que el sentido de la prohibición tiene que residir en otro motivo que justifique su presencia en la definición de la pornografía infantil. Y así es, en realidad se otorga carta de naturaleza penal a la pornografía de mayores caracterizados como menores o que parezcan ser menores, debido a la dificultad muchas veces para determinar la identidad y, con ello, la edad de las personas representadas en el material pornográfico<sup>75</sup>. Ahora bien, si resulta que en el momento de tomarse o elaborarse la imagen el protagonista era adulto, por más que se pretenda dar a entender lo contrario, no podrá calificarse como pornografía infantil. Ello de algún modo invierte la carga de la prueba, convirtiéndose en una prueba diabólica —pues la edad adulta no es claramente visible o identificable frente a personas menores próximas a ella y el material puede ser de origen desconocido o realizado en el extranjero, con lo que prácticamente será imposible determinar la identidad y la edad de la persona representada—, de modo que para evitar excesos la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado exige que los protagonistas del material puedan ser menores y «se les presente como menores»<sup>76</sup>. En el caso de duda sobre si la persona representada tiene dieciséis, diecisiete o dieciocho años, y no siendo posible su identificación, no podrán imputarse los tipos delictivos comprendidos en el art. 189 al ser sólo punible su realización dolosa, pero no la imprudente<sup>77</sup>.

Se trata por tanto de una modalidad que en realidad se excluye a sí misma, en cierto modo de forma contradictoria, y cuya única relevancia consiste en que bastan las apariencias en relación con el sujeto pasivo, algo que ya venía admitiéndose en el art. 189.1.b) en la medida en que el material pornográfico con el que se trafica puniblemente puede tener su origen en el extranjero o ser de origen desconocido<sup>78</sup>. Es decir, se estaría

74 MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 226.

75 GARCÍA NOGUERA, *op. cit.*, p. 108, señala con razón que se trata más bien de un tema de *onus probandi* que de caracterización del tipo. Sin embargo, cuestiona el acierto de la técnica legislativa en cuanto a penar una conducta para pasar a continuación a declararla atípica, por mucho que se haga en nombre de «hacer bien los deberes de Europa» (nota 11: entrecorillado en el original).

76 Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, p. 10. Como acertadamente señala, «la vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de imágenes de personas a las que no se les presenta como menores, a las que no se consigue identificar y respecto de las que existan dudas sobre si sobrepasan o no los dieciocho años».

77 MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 225. Señala este autor que la determinación de la edad del presunto menor puede ser a veces más problemática que en los delitos de agresiones o abusos sexuales o en los relativos a la prostitución, ya que, salvo en la captación o elaboración, al no haberse tenido contacto directo con el menor, toda consideración sobre el conocimiento de la edad debe basarse en la apariencia física, lo que puede generar dudas al propio juez o tribunal que visualice el material, por lo que las dudas razonables al respecto deben resolverse a favor del acusado.

78 El Anteproyecto de reforma del Código penal que culminó con la reforma del Código penal de 2015 no incluía la modalidad de pornografía aparente o técnica. El informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 20 de diciembre de 2012, p. 168, sugirió incluir esta modalidad, junto con lo que denomina

admitiendo que no es posible ni necesario contrastar la edad de las personas que aparecen en la pornografía en la medida en que de forma manifiesta resulten ser menores de edad. Pero entonces esta modalidad de pornografía sólo será aplicable con seguridad en relación con personas que ni siquiera hayan alcanzado la adolescencia y cuya minoría de edad no ofrezca la más mínima duda.

En relación con la representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, si las imágenes recogen sólo los órganos sexuales surge de nuevo la dificultad al objeto de determinar si pertenecen a un menor o a un adulto, por lo que parece que habría que reservar la aplicación de esta letra c) a representaciones de los órganos sexuales de infantes y prepúberes, pues sólo éstos sería reconocibles como pertenecientes a menores de edad.

El hecho de que la persona parezca visualmente un menor no debe llevarnos a estimar comprendidos en esta letra los supuestos en los que se presente mediante distintas técnicas a personas irreales con apariencia de realidad, pues en tal caso entra en juego la letra d) (pornografía realista)<sup>79</sup>. En consecuencia, la persona que aparenta ser menor debería ser real, aunque no se pueda saber su identidad, pero en tal caso su representación pudiera ser tan realista que aparentara ser un menor real, de modo que en cierta medida se podrían estar solapando ambas modalidades.

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

Por último, el paroxismo de la definición de pornografía infantil tiene lugar en cuando se asimila a todo lo anterior la pornografía realista de menores, tanto par-

ticipando en conductas sexualmente explícitas como representando sus órganos genitales (una variante de la *pseudopornografía*, denominada pornografía infantil artificial, que otros refieren como virtual); «*imágenes realistas de un menor*» implica que el menor no tiene por qué ser real, sino basta con que su representación sea realista (por ejemplo, mediante recreación informática *ex novo* o alteración informática de una persona real) y, por ello también, debe tratarse de imágenes que sean susceptibles de confundirse con la realidad y de engañar a un espectador medio sobre su apariencia de realidad de una manera continuada<sup>80</sup>. Se excluyen claramente los dibujos, como el manga u otros<sup>81</sup> (si bien esta cuestión podría ser objeto de debate para futuras reformas). Es decir, nos encontramos ante hipótesis que no son evidentes, sino que exigirán un juicio de valor subjetivo por parte del juzgador, en detrimento de la seguridad jurídica.

Esta modalidad de pornografía infantil definida como realista no coincide con la que previamente a la reforma de 2015 se recogía en el art. 189.7, conocida como pornografía virtual (pseudopornografía o *morphing*) en la que, a diferencia de la actual, era necesaria la utilización de la imagen o de la voz alterada o modificada de un menor real<sup>82</sup>. Sin embargo, la pornografía realista no requiere un modelo humano y por tanto va más lejos que el supuesto anterior (lo que explicaría su supresión)<sup>83</sup>.

La justificación para esta extralimitación del concepto de pornografía infantil —en la que se incurre también con la modalidad anterior— no está nada clara, ni se apoya en estudios empíricos suficientemente contrastados. Se dice que puede contribuir a consolidar fijaciones perversas y aumentar la probabilidad de que éstas sean llevadas a la práctica en la vida real<sup>84</sup>. Igualmente se justifica la tipificación de la pornografía

«la excusa absolutoria» prevista en el art 5.7 de la Directiva, como así se hizo en el Proyecto de reforma de 2013 remitido al Congreso de los Diputados.

79 ORTS BERENGUER *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 257, plantea sus dudas sobre si ese supuesto está o no comprendido en este apartado, inclinándose por qué no lo está finalmente, aunque *prima facie* sí lo parece.

80 El § 2256 del Código penal norteamericano define «indistinguible», a los efectos de la pornografía realista, como prácticamente idéntico, en el que la representación es tal que una persona común que viera la misma llegaría a la conclusión de que la representación es de un menor de edad real en una conducta sexualmente explícita. Esta definición, sin embargo, no se aplica a las representaciones que son dibujos, caricaturas, esculturas o pinturas que representan los menores o adultos.

81 Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, p. 8.

82 V. GÓMEZ TOMILLO, M., «Derecho Penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-04 (2005), pp. 34 y s.

83 En este sentido GARCÍA NOGUERA, *op. cit.*, p. 109. Pero ello no supone su atipicidad para las correspondientes conductas delictivas, en la medida que en la antigua pornografía virtual del art. 189.7 CP quedaría subsumida en esta modalidad o en la anterior. Así también la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, p. 12.

84 GIL RUBIO, J., «Pedofilia virtual», en *Diario La Ley*, n.º 6961, 5 de junio de 2088, p. 3.

virtual, artificial o realista en que este material también banaliza y puede contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y niñas (informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013)<sup>85</sup>. Por lo que, admitiendo que no se protegería ni la indemnidad sexual ni la propia imagen de un menor concreto, según la Fiscalía General del Estado se estaría amparando como bien jurídico supraindividual la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general, que la circulación de estas modalidades pornográficas puede poner en peligro<sup>86</sup>.

Si eran razones prácticas las que estaban en la base de la tipificación pornografía técnica o aparente, el mismo tipo de razones sirven ahora a la tipificación de la pornografía realista, en la medida en que cada vez es mayor la perfección de la realidad virtual, siendo muy difícil diferenciar cuándo estamos ante la realidad y cuándo ante una ficción. Ahora bien, si las imágenes son realistas pero claramente identificables como una recreación informática, entonces no debería tomarse en consideración esta modalidad de pornografía para integrar el tipo de un delito sexual. A la Fiscalía General del Estado le basta en cambio con que las imágenes persigan acercarse a la realidad<sup>87</sup>. Y es en este punto donde cabe objetar que, aunque a la mayor parte de la población le pueda resultar extraño, incluso aberrante, que algunas personas encuentren placer en el visionado de pornografía virtual claramente diferenciable de la real, como dice CARUSO FONTÁN, el Derecho Penal no tiene como objetivo inculcar a los ciudadanos comportamientos que se ajusten a la moral sexual dominante, sino evitar la lesión de bienes jurídicos fundamentales<sup>88</sup>.

El legislador español optó por no acogerse a la previsión de la Directiva 2011/93/UE de excepcionar la punición de las conductas cuando esta modalidad de pornografía infantil (realista) se hubiera producido y

estuviera en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, sin que se hubiera empleado otro material pornográfico diferente y definido en las letras anteriores<sup>89</sup>.

En los supuestos en los que el sujeto pasivo no es real, sino aparente o realista, ningún bien jurídico personal se podrá lesionar o poner en peligro mediante las conductas típicas que se realicen sobre el objeto material del delito<sup>90</sup>. Tampoco puede hablarse de un peligro abstracto para la juventud y la infancia por el hecho de poseer, producir o traficar con pseudopornografía. De otra opinión se muestra la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, al señalar que se protege en estos casos como bien jurídico supraindividual la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general, lo que sin embargo rechaza si se trata de la posesión de ese material para uso privado y sin riesgo de difusión. La punición de tales conductas se basa únicamente en la protección de bienes jurídicos aparentes, pero irreales. Tanto es así que la propia Directiva 2011/93/UE permite a los Estados no considerar delictivas las conductas relacionadas con la pseudopornografía (art. 5.7 y 8).

Por otra parte, la equiparación de todas las formas referenciadas en un concepto unitario de pornografía infantil que castiga con la misma pena todas las manifestaciones de la pornografía, real e irreal, representa en sí misma un factor criminógeno, porque puede llevar a la creación de pornografía infantil con menores reales, la verdaderamente dañina para éstos, en lugar de la técnica o virtual. Por esta razón hay autores que defienden que se debería permitir la pornografía virtual o, al menos, no equipararla a la real, ya que existe una imposibilidad natural de erradicar la pedofilia y es preferible a la pornografía que utiliza menores reales<sup>91</sup>.

85 DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico*, op. cit., p. 31, entiende que el fundamento es el de que, aunque no afecte a concretos niños reales, sí que genera la banalización del abuso a menores, siendo evidente que puede suponer para un número indeterminado de personas un estímulo, un incremento o incluso puede generar *ex novo* el deseo sexual hacia los menores, con el consiguiente incremento del riesgo de ataque a la libertad e indemnidad sexual de los mismos. También CABRERA MARTÍN, M., op. cit., pp. 402 y 416 («pueden constituir una provocación para la comisión de abusos sobre menores y una exaltación de las conductas pederastas»).

86 Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, p. 5.

87 Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, p. 8: imágenes que traten de imitar la realidad, imágenes que no son reales pero lo parezcan y, en consecuencia, aquellas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales.

88 CARUSO FONTÁN, V., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor», en *Revista Penal*, n.º 28, julio de 2011, p. 41.

89 Estaba previsto en el art. 189.6 del Proyecto de reforma del Código penal de 2013, aunque decayó en su tramitación parlamentaria. Sin embargo, su redacción incurrió en el error de referirse a la pornografía aparente en lugar de hacerlo a la pornografía realista. Sobre ello v. GARCÍA NOGUERA, op. cit., p. 110.

90 ORTS BERENGUER, E., *Comentarios*, op. cit., p. 651 y ss.; en semejante sentido GÓMEZ RIVERO, M. C., op. cit., p. 312.

91 MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Nuevas directrices*, op. cit., pp. 79 y s.; ORTS BERENGUER, E., *Comentarios*, op. cit., p. 652.

Sólo si se interpretan de un modo restrictivo las letras c) y d), tal y como aquí se postula, puede reducirse la pornografía infantil a dos modalidades básicas por la índole de los sujetos sin que ello dé lugar a un factor criminógeno y sin que se violenten las máximas del Derecho Penal moderno: la imagen o representación visual de una conducta sexual explícita o de los órganos sexuales con fines principalmente sexuales, bien de un menor real e identificado como tal, bien de un sujeto a quien no se puede identificar, pero que resulta indistinguible de un menor.

## V. LA IMPLICACIÓN DEL CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN LAS CONDUCTAS DELICTIVAS RELACIONADAS CON DICHO MATERIAL. EN PARTICULAR LOS SUPUESTOS DE POSESIÓN

Sobre la base de la delimitación del concepto de pornografía infantil efectuado y en su función de objeto material del delito, el art. 189 del Código penal recoge una serie de conductas punibles.

Unas con carácter general son previas o coetáneas a la realización del material pornográfico, como la captación y utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y para elaborar material pornográfico, así como financiar dichas actividades o lucrarse con ellas [art. 189.1 a), aunque esta última conducta ni siquiera es en rigor coetánea, sino posterior y como resultado de la explotación del espectáculo o material]. Estos comportamientos típicos implican la utilización de un menor real y, por tanto, la pornografía infantil será también real, excepto en los casos en los que el menor sea utilizado indirectamente para elaborar material pornográfico virtual o realista, a partir del menor como modelo o insertando en la composición elementos visuales del mismo.

Otras conductas típicas están claramente desconectadas de la utilización directa del menor y forman parte de la fase de agotamiento del delito anterior o, simplemente, representan la puesta a disposición de terceros de un material pornográfico con independencia de si tiene su origen en una utilización ilícita del menor por parte de terceros para la creación del material pornográfico o no: producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil, o lo poseerla para estos fines [art. 189.1 b), aunque esta última conducta supone todavía un acto preparatorio de la puesta a disposición a terceros del material]. Este segundo grupo de comportamientos típicos pueden referirse a

toda clase de pornografía infantil, tanto real, como aparente o realista. Y, sin embargo, los comportamientos descritos en la letra b) se castigan con la misma pena que los de la letra a) del art. 189.1 (prisión de uno a cinco años), es decir, que para la ley es irrelevante si el menor es real o no, bastando con que se le parezca o se confunda con él.

Por último, un tercer grupo de conductas típicas giran en torno a la figura del consumidor final. Desde la reforma del Código penal de 2015 se castigan con penas inferiores: a) la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores, lo que supone la utilización de menores reales, pero no necesariamente ha de dar lugar a un material pornográfico (art. 189.4); y b) la adquisición y posesión de pornografía infantil para propio uso, así como el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (art. 189.5), comportamientos que son punibles en relación con todas y cada una de las modalidades de pornografía infantil descritas con anterioridad. En relación con este segundo subgrupo de delitos cabe reseñar que son comportamientos dirigidos al consumo final del material pornográfico mediante su visualización, pero sin que la tenencia del material o su visualización aparezcan como elementos imprescindibles en todos los supuestos; así, para el tipo basta la adquisición o la posesión de pornografía infantil sin necesidad de demostrar su uso o visualización, y en el caso del acceso a sabiendas ni siquiera concurre la posesión de un material o, a lo sumo, sería una posesión fugaz.

Pues bien, precisamente son las conductas de consumo de material pornográfico las que más dudas suscitan para legitimar la intervención del Derecho Penal con arreglo a sus principios fundamentales, particularmente si se trata de pornografía sin menores y únicamente se los representa de modo realista. Si la falta de relación de quien accede, posee o adquiere pornografía infantil de menores reales con tales menores suscita dudas sobre la respuesta penal, las mismas se incrementan lógicamente si la pornografía a la que se accede a sabiendas, que se posee o que se adquiere no guarda relación alguna con menores reales, sino aparentes o realistas. Cabe suponer que entonces el bien jurídico tampoco sería real, sino aparente o realista.

Ahondando en los orígenes de su incriminación, la mera posesión sin tener en cuenta finalidades ulteriores proviene en el plano del Derecho Internacional del Convenio de Budapest de 2001, que ha sido criticado

por duro, represivo y moralizante<sup>92</sup>, estimando la mayor parte de la doctrina que se produce una intolerable invasión de la privacidad, del derecho constitucional a la intimidad y que constituye una manifestación del Derecho Penal de autor, como veremos seguidamente. Hasta 2003 en nuestro Código penal solamente era punible la posesión con finalidad de difusión, y a partir de entonces comenzó la punición de la posesión para uso propio, una respuesta tardía teniendo en cuenta que durante los años ochenta y noventa se tipificó en países como Estados Unidos, Canadá o Inglaterra, y ya en 1998, en Italia y Alemania<sup>93</sup>.

En Estados Unidos la Sentencia de *Stanley v. Georgia* (1969)<sup>94</sup> inició una línea jurisprudencial que concluía que la tenencia privada por parte de un adulto de material lascivo no lesionaba ningún tipo de bien jurídico, incluyéndose dentro de la libertad individual protegida en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. Se aludía también al derecho en una sociedad libre a recibir o recabar cualquier tipo de información, así como cualquier clase de ideas y a que las personas tienen derecho a permanecer ajenas a las intromisiones gubernamentales no deseadas en este ámbito de la intimidad. Se señalaba, por último, que con su criminalización simplemente se utilizaría la ley para controlar la moralidad pública mediante la instrumentalización de la mente de las personas. Sin embargo, en *Osborne v Ohio* (1990)<sup>95</sup>, dada la importancia de la participación del Estado en la protección de las víctimas de la pornografía infantil, se aceptó la criminalización de la posesión que pretende aca-

bar con este vicio en todos los niveles de la cadena de distribución para proteger a la infancia frente a la explotación y al daño producido por la elaboración del material necesario para satisfacer la demanda. Se construye así un tipo de peligro para disuadir a los poseedores a destruir el material, y ello a pesar de que se habla también de un daño psicológico a los niños, tanto de los representados en la pornografía, para los cuales las imágenes producidas sirven como un registro permanente de los abusos, como los niños que los abusadores potenciales podrían atraer a este tipo de imágenes (aunque ese daño no parece formar parte tanto de lo injusto del delito como de sus efectos marginales o colaterales).

La doctrina mayoritaria entiende que con la posesión (entendida ahora en sentido amplio, comprensiva de la adquisición y del acceso a sabiendas) no existe riesgo alguno para la indemnidad sexual del menor<sup>96</sup> ni para ningún otro bien jurídico<sup>97</sup>. Pero hay quienes consideran que se produce una perpetuación del ataque a la indemnidad sexual cuando el poseedor hace uso de las imágenes, y ello afectaría igualmente al derecho a la protección de la imagen del menor<sup>98</sup>. Sobre estas bases la Fiscalía General del Estado atiende un objetivo de política criminal basado en la tolerancia cero<sup>99</sup>, y, por lo tanto, en la criminación integral y comprensiva de todas las fases de la pornografía infantil<sup>100</sup>. La justificación de su punición se sostiene sobre dos pilares<sup>101</sup>: a) la tesis de que la posesión conduce a los poseedores a abusar de niños o niñas por estimularles a ello, haciéndoles creer que es una opción sexual válida al banalizar

92 ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Explotación sexual y pornografía infantil», en *La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al núm. 2015, 15 de junio de 2006, p. 95.

93 MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis*, op. cit., p. 316.

94 Supreme Court of the United States n.º 394 U.S. 557 (1969); en Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/case.html> (última visita 14/05/2016).

95 Supreme Court of the United States n.º 495 U.S. 103 (1990); en Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/103/case.html> (última visita 14/05/2016).

96 V., por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, M. C., op. cit., p. 317; DÍAZ MORGADO, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, (Corcoy Bidasolo/Mir Puig Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 711. También MUÑOZ CONDE, F., op. cit., p. 228, considera que la decisión legislativa de castigar la posesión para uso privado, además de no afectar al bien jurídico protegido en el art. 189 (que sitúa en la indemnidad o intangibilidad sexual del menor o persona con discapacidad), infringe el principio de intervención mínima y la prueba procesal de su supuesto de hecho puede incurrir fácilmente en una lesión al derecho fundamental a la intimidad domiciliaria.

97 MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Estudios*, op. cit., p. 482, reconocido especialista en la materia, confiesa que con el paso de los años sigue sin ver cuál es bien jurídico protegido y la utilidad práctica del precepto.

98 DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico*, op. cit., p. 25.

99 Consulta FGE 3/2006, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, p. 14.

100 En este sentido se cita por parte de la Consulta FGE 3/2006 (pp. 14 y s.) el Preámbulo de Propuestas de Decisión Marco del Consejo de la UE, elaborada por la Comisión de las Comunidades Europeas el 22 de diciembre de 2000, y la Resolución del Parlamento europeo relativa a la protección y derechos del niño, de 20 noviembre de 1997.

101 CARR, J., op. cit., p. 7; WOLAK/FINKELHOR/MITCHELL, *Child-Pornography Possessors Arrested in Internet-Related Crimes: Findings From the National Juvenile Online Victimization Study*, National Center for Missing & Exploited Children, 2005, p. 32.

la pornografía infantil; b) la idea de que la posesión incita a que se sigan abusando de menores porque crea la demanda de que se produzca más pornografía infantil, contribuyendo a que para su producción se utilicen menores reales en el último eslabón de la cadena<sup>102</sup>.

a) Relación entre posesión de pornografía infantil y abuso de menores

No existe ninguna investigación que revele que aquel que posee pornografía infantil es porque quiere mantener relaciones sexuales con niños y acabará abusando de ellos (lo que denominaría «el ciclo de la pornografía infantil»), aunque algunos investigadores lo afirmen<sup>103</sup> y otros lo justifiquen en la razonabilidad de considerar que el riesgo es alto<sup>104</sup>. Un estudio del año 2000 del Servicio de Inspección Postal estadounidense concluyó que existe alguna relación, pero con poca precisión, dando un rango de probabilidad del 10 al 70% por la existencia de riesgo potencial<sup>105</sup>, ya que el estudio se basa en que el acceso a material pornográfico estimula las fantasías sexuales de sus poseedores, convirtiéndolos en pedófilos. Pero estas conclusiones asentadas en la razonabilidad también pueden ser entendidas en sentido inverso, es decir, que aquella persona que posea pornografía infantil para su propio uso no necesita abusar de menores, ya que le valdría con la autosatisfacción<sup>106</sup>. Se puede incluso sostener, al centrarse en el ejemplo japonés y la pornografía virtual, que la censura de lo imaginario es contraproducente<sup>107</sup>. En Japón la

libre circulación de manga pornográfico o hentai (con sus variedades «lolicon» y «shotacon») ha ayudado a reducir los abusos sexuales a niños y niñas, en la medida en que se proporciona una sustitución funcionalmente equivalente con pedofilia virtual<sup>108</sup>.

En 2005 se publicó el estudio de SETO y EKE<sup>109</sup>, llevado a cabo en Canadá con una muestra de 201 personas condenadas por pornografía infantil, siendo 13 (6%) las que cometieron un delito sexual de contacto durante el periodo de seguimiento —que ascendió a tres años y medio— y 14 (7%) las que reincidieron en otro delito de pornografía infantil. La conclusión fue pues que no había un riesgo significativo de lesión de la libertad o indemnidad sexuales de los menores, destacando los investigadores que los datos obtenidos estaban en contradicción con la suposición de que las personas que cometen delitos de pornografía infantil tienen un alto riesgo de cometer otros delitos de contacto sexual. Por el contrario en 2009, el estudio BUTNER<sup>110</sup>, realizado en Estados Unidos con 155 condenados, tanto por poseer, recibir o difundir pornografía infantil como por abusos sexuales, concluyó, tras sesiones de terapia y polígrafo, que la mayoría de los condenados por pornografía infantil (el primer grupo) eran abusadores no detectados, existiendo una interacción «compleja y recíproca» entre consumo de pornografía infantil y abuso sexual sobre menores. Este estudio ha generado mucha polémica por entender sesgada la muestra utilizada, e incluso sus investigadores principales han advertido que no se puede generalizar<sup>111</sup>.

102 Es la razón principal defendida en la Circular FGE 2/2015, pp. 6 y s. Además, según CARR, J., *op. cit.*, pp. 9, 16 y ss., estaríamos ante un abuso indirecto por parte del poseedor, ya que al trauma potencial de haber sido parte de material pornográfico infantil se añade que los menores sepan que sus imágenes están accesibles para el público, y, como destacan WOLAK/FINKELHOR/MITCHELL, *op. cit.*, p. 32, siendo muy improbable que sean eliminadas de la circulación *online*.

103 CARR, J., *op. cit.*, pp. 7 y ss.

104 WOLAK/FINKELHOR/MITCHELL, *op. cit.*, p. 32.

105 CARR, J., *op. cit.*, pp. 8 y s.

106 SHELDON/HOWITT, *Sex Offenders and the Internet*, 2007, John Wiley & Sons, England, pp. 189 ss., sostienen que aunque existe una aceptación generalizada de que la fantasía sexual desempeña un papel en los delitos sexuales, hay poca claridad en cuanto a la naturaleza de dicha relación.

107 Un estudio realizado por la Universidad de Hawai se interesó en la correlación entre el desarrollo de la pornografía infantil, en particular en Japón, y la evolución de los datos sobre delitos sexuales. En el mismo se concluyó, para sorpresa de sus investigadores, que un crecimiento masivo en la disponibilidad de la pornografía en Japón se asoció con una reducción significativa de los delitos sexuales. En relación en concreto con la pornografía infantil señalaba que el número de delincuentes juveniles cayó drásticamente cada periodo revisado de 1.803 autores en 1972 a un mínimo de 264 en 1995 (una reducción del 85%); v. DIAMOND/UCHIYAMA, «Pornography, Rape and Sex Crimes in Japan», en *International Journal of Law and Psychiatry* 22(1), 1999, pp. 1 y ss.; en Internet: <http://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/1961to1999/pornography-rape-sex-crimes-japan.html> (última visita 27/05/2016).

108 DIAMOND/JOZIFKOVA/WEISS, «Pornography and Sex Crimes in the Czech Republic», en *Archives of Sexual Behavior*, octubre de 2011, pp. 1706 y s.

109 V. la referencias al estudio en OXMAN, N., *op. cit.*, pp. 1037 y ss.

110 V. la referencia al estudio en URIARTE VALIENTE, L. M., «Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas», en *Diario La Ley*, n.º 7372, año XXXI, 30 de marzo de 2010, pp. 1842 y ss.

111 HAMILTON, M., «The child pornography crusade and its net-widening effect», en *Cardozo Law Review*, abril de 2012, pp. 1706 y s.

Por lo tanto, los estudios al respecto no ofrecen una respuesta unívoca ni válida a nuestros efectos, pues para unos la posesión de pornografía constituye un peligro real y directo de abuso sexual contra la infancia<sup>112</sup>, mientras que otros rechazan tal extremo afirmando que con las normas que castigan la posesión se persiguen finalidades morales y de ese modo se demuestra un uso inmoral de la ley penal<sup>113</sup>. Pero más allá de la existencia o no de un riesgo de abuso sexual de contacto y que siempre aparecerá como un efecto marginal en comparación con otros factores que influyen en el comportamiento del sujeto, no se ha comprobado ni establecido científicamente una relación causal entre la exposición a material sexualmente explícito y el comportamiento antisocial o violento, a pesar de los muchos esfuerzos para hacerlo<sup>114</sup>. Por lo tanto, esta razón, al carecer de demostración, no podrá servir de base para justificar el tipo delictivo de la posesión, ya que la relación no es lo suficientemente directa ni lesiva con el bien jurídico. En este caso el ataque a un bien jurídico digno de protección es remoto y, además, se está instrumentalizando un tipo penal basado en posibles hechos futuros del autor (abuso de menores), absolutamente inciertos o improbables, y no en conductas pasadas (posesión) que son inocuas para el bien jurídico, particularmente en la pornografía infantil irreal o sin menores reales.

### b) Relación entre posesión de pornografía infantil y su producción

Tampoco es unánime la teoría de que la posesión de pornografía infantil favorezca o incentive su producción, así como la realización de otros delitos sexuales contra menores para garantizarla. Un sector de la doctrina sostiene que el único reproche a esta conducta es moral, un afán pancriminalizador por el

desvalor social de la pedofilia que lleva a castigar el mero hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores<sup>115</sup>, extendiendo el mismo desvalor a la pedofilia —mera tendencia a la atracción por los menores, que no necesariamente al contacto con ellos— que al abuso sexual. Pero aunque la pedofilia se relacione con los delitos sexuales contra menores no son sinónimos, pues ni todos los pedófilos han cometido delitos sexuales de contacto con menores, ni todos los abusos o agresiones sexuales a menores se cometen por pedófilos. Por ello, se entiende que la posesión de pornografía no debería inculparse por el Derecho Penal<sup>116</sup>, ya que supone hacer de la moral sexual el objeto protegido<sup>117</sup>, tildándose la punición de la posesión como una intromisión inaceptable en la vida privada de los ciudadanos adultos y criticándose el hecho de que se apunte a la selección de la criminalidad visible<sup>118</sup>.

Esta parte de la doctrina entendería que, a lo sumo, el bien jurídico alegado se pone en peligro de una forma muy remota. Encontrar una conexión causal es sumamente difícil. Ello tendría lugar cuando una persona encargara expresamente el material a quien lo elabora, en cuyo caso habría una cooperación necesaria en la modalidad de producir<sup>119</sup>, pero precisamente porque ya de por sí es punible, no se requiere ni se justifica penar separadamente la posesión. Por ello no es extraño que podamos hablar de un Derecho Penal de autor, de ánimo o tendencia sexual, para prevenir personalidades potencialmente peligrosas más que conductas peligrosas, lo cual resta legitimidad a la intervención penal por castigar el mero pensamiento<sup>120</sup>.

Aunque se admitiera que esta segunda justificación para la punición de la posesión tiene más base que la primera, no tanto por su relación con un abuso sexual previsible, cuanto por el mero hecho de incentivar la

112 URIARTE VALIENTE, L. M., *op. cit.*, p. 1843.

113 OXMAN, N., *op. cit.*, p. 288, y ello, a juicio de este autor, como consecuencia de un compromiso de orden político y un uso electoral del sistema punitivo.

114 Por el contrario algunas investigaciones sugieren que los delincuentes sexuales en línea presentan un riesgo relativamente bajo de reincidencia; SETO/HANSON/BABCHISHIN, «Contact sexual offending by men with online sexual offenses», en *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 2011, pp. 124 ss.; en Internet: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/NSPI201243.pdf/\\$file/NSPI201243.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/NSPI201243.pdf/$file/NSPI201243.pdf) (última visita 24/05/2016).

115 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *op. cit.*, p. 287.

116 Entre otros, GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 317; ORTS BERENQUER, E., *Comentarios, op. cit.*, pp. 653 y 658 y s.

117 OXMAN, N., *op. cit.*, p. 274; GARCÍA ÁLVAREZ, P., «La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013», en *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Muñoz Conde (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 180 y s.

118 OXMAN, N., *op. cit.*, p. 274.

119 ORTS BERENQUER, E., *Comentarios, op. cit.*, p. 259.

120 BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Pornografía infantil, op. cit.*, p. 418.

producción futura de pornografía, la criminalización sólo se justificaría siempre que se tratara de pornografía de menores reales, porque en ese caso sí hay bienes jurídicos que proteger. Ésta, en cambio, decaería claramente ante la pornografía aparente y realista si tales formas de pornografía se interpretan en sentido amplio, es decir, si se llega a sancionar penalmente el hecho de aparentar ser menor aunque el parecido no fuera evidente o si se castiga el simple realismo relativo, es decir, que resultara suficiente con que el modelo representado fuera el de un menor de edad, aunque la representación se identificara claramente con material virtual o artificial.

Por último, teniendo presente la tendencia expansiva en este ámbito, cabe llamar la atención sobre algunas de las conductas que se postulan como criminalizables, pero que todavía no lo son, como la apología o la publicidad de la pornografía infantil<sup>121</sup>, con independencia de las ya mencionadas sobre la literatura pornográfica o la pornografía a través del dibujo, el comic o la animación (tipo manga japonés). El Consejo Fiscal ha reiterado la necesidad de tipificar el hecho

de publicitar esta clase de material<sup>122</sup>. También DE LA ROSA CORTINA recuerda que hasta la fecha ha habido dos propuestas de introducción de la apología de la pederastia, formuladas por Proposición no de ley de ERC-IU-ICV presentada al Pleno el 5 de septiembre de 2008 y en la enmienda núm. 151 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, en 2010, mostrándose a su tipificación «aunque de forma muy restrictiva, pues obviamente, conductas tales como defender la rebaja de la edad del consentimiento sexual para permitir que los adolescentes puedan tener relaciones sexuales siempre debiera entenderse amparada por la libertad de expresión»<sup>123</sup>. Ni que decir tiene que estamos ante un acto preparatorio —particularmente la apología<sup>124</sup>— cuya punición no está prevista expresamente en estos delitos (art. 18 CP) y que sólo de un modo tangencial estaría relacionado con el verbo «ofrecer» del art. 189.1.b) (y ello exclusivamente en relación con la publicidad si se entiende que se puede ofrecer pornografía infantil sin poseerla o tan ni siquiera haberla elaborado<sup>125</sup>, lo que no parece admisible). Pero, además, no sólo no es oportuno ni

121 Al respecto de la utilización de Internet para fines propagandísticos, v. GUTIÉRREZ DAVID, E., *Pornografía infantil en Internet. Exégesis del art. 189 con relación al 30 del CP. de 1995*, 12/01/2004; en Internet: <http://delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil.shtml> (última visita 30/05/2016). Por su parte, el art. 9.5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño de 2000 establece que los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para prohibir efectivamente la producción y publicación de material en que se haga publicidad a los delitos enunciados en el Protocolo. Sin embargo, ello no se concreta en prohibición penal alguna en torno a la publicidad y propaganda de pornografía infantil. Igualmente la Directiva 2011/93/UE alude a la publicidad, más que a la apología, cuando dedica su art. 21 a las «medidas contra la publicidad sobre oportunidades para cometer abusos y turismo sexual infantil», que concreta en que los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para evitar o prohibir: a) la difusión de publicidad sobre oportunidades de cometer cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 6, y b) la organización para terceros, sea o no con fines comerciales, de viajes orientados a cometer cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 5, pero no se establecen medidas penales concretas.

122 El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 4 de febrero de 2009, consideraba que esta conducta, que sancionaría los anuncios de pornografía infantil y que en la realidad criminológica aparecen insertos en materiales pornográficos generalistas, facilitando así el acceso y la comercialización de la pornografía infantil, no estaba recogida con la necesaria claridad y singularidad en la redacción actual del precepto en nuestro país, por lo que, desde el punto de vista preventivo general, proponía su incorporación. Del mismo modo el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 20 de diciembre de 2012, p. 170, invocaba en este sentido el Convenio de Lanzarote (al establecer en su apartado segundo que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para prevenir o prohibir la difusión de materiales que hagan publicidad de los delitos tipificados con arreglo al Convenio), el Protocolo de Naciones Unidas de 2000 (citado en nota anterior) y la Ley Modelo elaborada por el *International Centre for Missing & Exploited Children* (cuya primera edición data del 1 de abril de 2006, siendo la octava de 2016, y en la que se sugiere penalizar a quienes proporcionen a otros dónde encontrar pornografía infantil), en todos los cuales se propone abiertamente castigar los anuncios de pornografía infantil.

123 DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico*, op. cit., p. 32, sostiene que la delimitación entre adolescentes y prepubescentes puede ser a estos efectos un criterio básico. EL MISMO, «*Delitos de pornografía infantil: otra vuelta de tuerca*», Diario La Ley, n.º 7817, 13 de marzo de 2012, p. 2.

124 Aunque ambas conductas se encuentran próximas no son equivalentes. Por lo que respecta a publicitar pornografía infantil, sugerir su castigo de modo independiente no parece necesario, por cuanto quien realiza ese comportamiento es porque elabora, produce o posee pornografía que publicitar y difundir, y en consecuencia su conducta es ya por sí sola punible con carácter previo. Para los pocos supuestos en los que quien publicite la pornografía infantil no la posea, ni incurra en ningún otro de los numerosos verbos típicos del art. 189.1 CP (estando más cercana a la apología), no tiene sentido tipificarla.

125 Así MUÑOZ CONDE, F., op. cit., p. 227.

proporcionado plantear la criminalización de un nuevo acto preparatorio, dado su carácter excepcional en el Código penal (en el que se prevé la apología del genocidio o del terrorismo, y la pornografía infantil no es un crimen equiparable), sino que en el marco de la nueva definición de pornografía infantil, en la que se incluye la representación o imagen de sujetos que no son menores reales o de seres irreales, resultaría completamente absurdo por su absoluta desconexión con la afección o el peligro de un bien jurídico.

### VI. CONCLUSIONES

La existencia de un concepto de pornografía infantil auténtico no supone en realidad mayor seguridad jurídica, sino que, al contrario, genera numerosas dudas hermenéuticas<sup>126</sup>. Algún autor considera incluso que las definiciones comentadas son válidas para aclarar qué es genéricamente pornografía, pero no para establecer un componente esencial de los tipos de acción, si no es a costa de burlar la Constitución. Es decir, se estaría abogando por estimar que no puede servir para constituir delito (de producción, tráfico y posesión, adquisición o acceso a sabiendas) la definición de pornografía infantil en aquellas hipótesis en las que el material elaborado lo ha sido exclusivamente con menores virtuales<sup>127</sup>. Para ello es posible sostener que, tanto en los supuestos de *pornografía aparente* como en los de *pornografía realista*, la aplicación del concepto de pornografía debe limitarse a los casos en los que la representación o imagen de un sujeto cuya edad y propia existencia sea imposible de determinar resulte prácticamente *indiferenciable* o *indistinguible* a las de un menor de edad (causa probatoria). Por lo tanto, deberían entenderse fuera del concepto legal aquellas hipótesis de pornografía aparente que ofrezcan dudas sobre si la persona representada es un menor o un

adulto y aquellas otras en las que la imagen virtual sea reconocible como tal recreación para el público en general.

En cambio, si se acepta que se están castigando las meras apariencias externas y las simples apariencias virtuales, relajando las exigencias típicas, no es reconocible un fundamento para intervención penal ni la censura que lleva aparejada. Por poner un ejemplo, interpretando en sentido amplio el concepto de pornografía realista estarían prohibidos los gráficos por ordenador que alguien se produjera para su propio uso privado, incluso cuando el sujeto pasivo estuviera representado exclusivamente en la imaginación del diseñador y, por lo tanto, sin menores reales objeto de abuso sexual. Es decir, se estaría castigando la fantasía en la pantalla (o en el papel si se extiende a los dibujos o a los relatos), aunque se demostrara que no se ha ido más allá, ni se ha tenido relación con menores<sup>128</sup>.

Así pues es oportuno reflexionar en torno a esta deriva del Derecho Penal, más orientada en conjurar personalidades peligrosas (o supuestamente peligrosas) que hechos peligrosos para los bienes jurídicos (y la tenencia de un objeto inocuo no lo es)<sup>129</sup>, y si por lo tanto es útil para la sociedad castigar la fantasía creada en la mente de una persona que se plasma virtualmente —sin ni siquiera materialidad física externa aprehensible— cuando no da lugar a víctima alguna. Se estaría limitando en exceso la libertad de creación y expresión, recurriendo al Derecho Penal como arma arrojadiza cuando, como ha dicho en su informe FARIDA SHAHEED, Relatora Especial de Naciones Unidas en el campo de los derechos culturales, «la educación artística, junto con la educación que enseña a los niños cómo interpretar y criticar los mensajes de los medios de comunicación y del entretenimiento

126 MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 1387. Como señalan acertadamente estos autores, la definición del término en clave descriptiva no sólo no logrará reducir la indeterminación, sino que transmutará el sentido de la propia prohibición, obligando al aplicador del Derecho a operar con criterios teleológicos restrictivos que rescaten el criterio rector de lo pornográfico.

127 ORTS BERENQUER, E., *Derecho Penal, op. cit.*, p. 258.

128 Para evitarlo había sido suficiente con incorporar la eximente prevista en la Directiva 2011/93/EU (art. 5.8).

129 Como dice AMBOS, K., «La posesión como delito y la función del elemento subjetivo. Reflexiones desde una perspectiva comparada», en *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 66, la lógica de la criminalización anticipada es contraria a los conceptos de daño (*harm principle*) y de bien jurídico (*Rechtsgut*), pues los delitos de posesión no contribuyen en nada a la prevención de resultados daños si se considera que sus respectivos objetos son completamente inocuos. El autor parte de la consideración de que la posesión no constituye una conducta (pp. 70 y ss.), sino que es un estado del ser (*Zustand*), basado en la relación entre persona y objeto, de manera que los delitos de posesión castigan ese estado como tal y pueden ser clasificados como delitos que criminalizan un estado del ser (*Zustandsdelikte*). Igualmente consideran que ni la acción ni la omisión son suficientes para justificar la existencia de los delitos de posesión, porque en realidad se trata de un estado: PASTOR MUÑOZ, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona: Atelier, 2005, p. 40, y SCHROEDER, F.-C., «La posesión como hecho punible», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, 2004, pp. 166 y ss.

pueden ser una solución mucho mejor y más eficaz que la censura»<sup>130</sup>.

Por lo tanto, el nuevo concepto de pornografía infantil debe interpretarse en un sentido restrictivo y su ampliación sólo puede justificarse por la imposibilidad de demostrar la identidad y edad de las víctimas. Así,

la pornografía infantil es punible cuando resulte probado que la persona representada es un menor o, de no poderse probar, cuando resulte manifiesto que el personaje representado es indiferenciable o indistinguible de un menor real<sup>131</sup>.

---

130 V. Informe de la Relatora Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el campo de los derechos culturales, de 14 de marzo de 2013, p. 11; en Internet: [http://www.cdc-ccd.org/IMG/pdf/The\\_right\\_to\\_freedom\\_of\\_artistic\\_expression\\_and\\_creativity.pdf](http://www.cdc-ccd.org/IMG/pdf/The_right_to_freedom_of_artistic_expression_and_creativity.pdf) (visto 30/05/2016). La Relatora Especial observa con preocupación que la motivación de proteger a los niños de ciertos contenidos se pueda utilizar y conduzca a la prohibición de acceso a los adultos. Añade que frente a las informaciones que sugieren que los efectos adversos de contenido sexual o violento sobre los niños han sido probados, los estudios son ambiguos, dispares y modestos en sus resultados.

131 En estos supuestos difícilmente se podrá calificar la imagen como de la letra c) o de la letra d) en la medida en que ambas serían igualmente indiferenciables.