

# **PORNOGRAFÍA VIRTUAL INFANTIL**

---

**AUTORA:** Noelia Valencia Rodríguez  
**DIRECTORA:** María Jesús Guardiola Lago  
**ASIGNATURA:** Trabajo de Fin de Grado  
**GRADO:** Derecho

*"Nullum crimen sine injuria"*

**ABSTRACT:** Specify whether or not concur minors in a scene whose content is sexual scene, presents an extreme difficulty, above all to new advances that technology has experienced and difficult to determine the origin of a digital photograph therefore considering evidentiary problems. Hence the concept of virtual child pornography and punishment tends to be given attention by the European legislature, which introduces the possibility of sanction-leaving the national legislature's decision on whether your typing. In Spain, it is proposed in the draft reform of the Criminal Code of 2013 an extension of typical behaviors among which you can find the virtual child pornography. However, its introduction raises many questions concerning the limits of the law to punish the state. Issues such as respect for the principle of offensiveness, the principle of minimum intervention of criminal law or prohibition to criminalize conduct solely on moral issues are analyzed in this document.

**RESUMEN:** Especificar si concurren o no menores de edad reales en una escena cuyo contenido sea sexual, presenta una dificultad extrema, sobre todo ante los nuevos avances que ha experimentado la tecnología y que dificultan determinar el origen de una fotografía digital, planteándose por ello problemas probatorios. De ahí que el concepto de pornografía virtual infantil y su punición tienda a ser objeto de atención por el legislador europeo -que introduce la posibilidad de sancionarla- dejando al legislador nacional la decisión sobre la conveniencia de su tipificación. En España, se plantea en el Proyecto de reforma del Código penal de 2013 una ampliación de conductas típicas entre las que se pueden encontrar la pornografía virtual infantil. Sin embargo, su introducción plantea numerosas cuestiones relativas a los límites del *ius puniendi* del Estado. Cuestiones como el respeto al principio de ofensividad, el principio de intervención mínima del Derecho penal o la prohibición de tipificar conductas exclusivamente por cuestiones morales son analizadas en este trabajo.

# ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....	5
INTRODUCCIÓN .....	6
1. PORNOGRAFÍA INFANTIL E INTERNET .....	8
1.1 DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS .....	8
1.1.1 CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	8
1.1.2 TIPOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	10
2. NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA.....	14
3. BREVE REFERENCIA AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL .....	22
4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD .....	25
4.1 Libertad sexual .....	26
4.2 La dignidad de la persona humana y los derechos derivados de ella .....	28
4.3 Indemnidad o intangibilidad sexual .....	29
4.4 Derecho a un desarrollo equilibrado del menor, en concreto en relación a su desarrollo sexual y una formación adecuados.....	30
4.5 Moral sexual colectiva .....	30
5. LÍMITES AL <i>IUS PUNIENDI</i> DESDE EL ESTADO DEMOCRÁTICO .....	32
6. RELACIÓN ENTRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN CONDUCTAS RELATIVAS A PSEUDOPORNOGRAFÍA Y PORNOGRAFÍA VIRTUAL INFANTIL Y LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO PENAL .....	34
7. LA IMAGEN VIRTUAL. PROBLEMAS PARA DELIMITAR LA REALIDAD.....	36
8. CONCLUSIONES .....	38
9. BIBLIOGRAFÍA.....	41

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ARP	Aranzadi Penal
CC	Código Civil
CE	Comunidad Europea
CP	Código Penal
Ed.	Editorial
ed.	edición
etc.	etcétera
FJ	Fundamento Jurídico
JAI	Justicia y asuntos de interior
JUR	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi
LO	Ley Orgánica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
P2P	Protocolo p2p (peer to peer)
p.	página
pp.	páginas
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vid.	Véase

## INTRODUCCIÓN

La pornografía infantil no es un hecho reciente sino que ha estado presente a lo largo de la historia. No obstante, el avance de la tecnología ha permitido la creación de nuevas formas de comunicación, lo que no sólo ha tenido efectos positivos sino también negativos ya que ha supuesto la aparición de nuevas formas de llevar a cabo los delitos.

Particularmente, la extensión de Internet ha representado una revolución en los sistemas de telecomunicaciones operando, así, como nueva forma delincencial. Hoy día la constante utilización de Internet para la propagación de pornografía infantil es un hecho. La única forma de luchar contra este tipo de delito es a través de la colaboración y cooperación de los propios Estados y los ciudadanos, poniendo en conocimiento de las autoridades correspondientes la dirección de Internet en la que se halla la página que contiene las imágenes pornográficas, a través de líneas de denuncia directa que garantizan el anonimato de la persona que facilita la información sobre una página de pornografía infantil, además de la perspectiva judicial, policial y legislativa.

Actualmente, como se procederá a analizar posteriormente, la función del legislador en el caso de la pornografía infantil, se halla ligada estrechamente a las directrices marcadas por la UE, quien mediante recomendaciones, decisiones y directivas regula los límites de los tipos penales a acotar por parte de los Estados miembros. Tal es el caso del legislador español, el cual ha adoptado la tendencia que se ha ido imponiendo mundialmente, siguiendo las directrices establecidas por recomendaciones del Consejo de Europa y normas de la Unión Europea de cumplimiento obligado. La última de ellas, la Directiva de 13 de diciembre de 2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*.

Sobre todas estas cuestiones, el Derecho Penal debe crear normas tendentes a disminuir semejante práctica, siempre respetando los principios limitadores de su función. Principios limitadores del *ius puniendi* estatal que, en los supuestos que serán examinados en el presente trabajo, juegan un papel importante.

Este trabajo se centra en uno de los aspectos más polémicos referidos a la pornografía infantil que es el de la llamada pornografía virtual infantil. Se trata de un tipo de pornografía en la que las imágenes se han creado sin la intervención de menores reales.

En España, actualmente, estas prácticas no son delito. Sin embargo, el bien jurídico protegido, ante este supuesto, es difuso por no tratarse concretamente de la libertad o indemnidad sexual del menor, como se tendrá ocasión de analizar. Es por ello, por lo que cabe hacerse las siguientes preguntas *¿el supuesto de pornografía virtual infantil respeta el principio de intervención mínima y el principio de ofensividad como principios limitadores del ius puniendi del Estado? ¿Tendríamos que aceptar que el Estado pueda usar su poder de castigar para defender valores morales, por muy razonables que nos parezcan, como la dignidad o respeto de la infancia? ¿ O por la repugnancia que nos merecen ciertos comportamientos y las personas que los practican?* Todas estas cuestiones, serán analizadas en el presente trabajo.

Concluiremos esta introducción exponiendo que todo ello ha suscitado el debate sobre si se deben introducir delitos que sancionen la pornografía virtual infantil, lo que nos hace plantear diversas cuestiones como si cabe mantener la tesis de unidad del bien jurídico en los delitos de pornografía infantil o, por el contrario, debe reconocerse su naturaleza pluriofensiva; si el catálogo de conductas tipificadas merece alguna supresión, crítica o extensión. Estas son las bases que abren el presente trabajo sobre pornografía infantil y, concretamente un supuesto tan conflictivo como es la pornografía virtual infantil.

Para ello, en primer lugar se delimitarán los distintos tipos de pornografía infantil existentes. En segundo lugar, se hará referencia a la normativa referente a la pornografía infantil tanto internacionalmente como procedente de la UE. En tercer lugar, se expone una breve introducción al Proyecto de reforma del Código Penal de 2013, aún en tramitación. En cuarto lugar, se delimitará el bien jurídico protegido en los delitos sexuales contra menores de edad. Seguidamente, se hará referencia a los límites al *ius puniendi* del Estado para a continuación hablar sobre la relación entre el bien jurídico protegido en conductas relativas a la pseudopornografía y la pornografía virtual infantil y los límites a los que hemos hecho referencia. Posteriormente, se aludirá a los problemas existentes para delimitar la realidad de una imagen virtual. Y, finalmente, se expondrán las conclusiones del presente trabajo.

# 1. PORNOGRAFÍA INFANTIL E INTERNET

## 1.1 DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

### 1.1.1 CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

En el ámbito nacional, en la actualidad, no se establece definición alguna del concepto de pornografía infantil<sup>1</sup>. Sin embargo, lo cierto es que comporta un añadido a las imágenes de obscenidad o situaciones impúdicas. El TS viene considerando pornográficas aquellas obras que pretenden la excitación libidinosa y en la que estén ausentes cualquier valor literario o artístico<sup>2</sup>. Además, la STS de 2 de noviembre de 2006<sup>3</sup> expone lo siguiente “*Nuestra jurisprudencia en STS 20 de octubre de 2003<sup>4</sup>, consideró que 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*”.

De la misma manera, el ordenamiento jurídico español tampoco define el concepto de material pornográfico. Por su parte, la jurisprudencia ha obviado la descripción sobre esta cuestión, por entender que el concepto de pornografía puede ser modulado “*en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico*”<sup>5</sup>. De igual modo, la STS de 12 de noviembre de 2008<sup>6</sup> establece que la pornografía es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con la finalidad de provocación sexual, constituyendo todo ello, por lo tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social como impone el art. 3.1 del CC<sup>7</sup>.

No obstante, la doctrina ha intentado conceptualizar dicho término, y ha establecido lo que se entiende por material pornográfico. Así, entiende por tal material toda obra

---

<sup>1</sup> De la lectura de los preceptos relativos a la pornografía infantil no se desprende definición alguna sobre esta institución. Así, en la STS de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000/9151), se establece que precisa que “*la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal*”

<sup>2</sup> Vid. SAP Pontevedra 30/2006 de 30 de octubre (JUR 2007\23966)

<sup>3</sup> Vid. STS de 2 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8165)

<sup>4</sup> Vid. STS 20 de octubre de 2003 (RJ 2003/7509)

<sup>5</sup> Vid. STS de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000/ 9151); ORTS BERENGUER, E/ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L, *Compendio de Derecho penal (parte general y especial)* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,2004, p.474

<sup>6</sup> Vid. STS de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2009/167)

<sup>7</sup> Vid. Auto TSJCataluña 15 de febrero de 2011 (ARP 2011\539); SAP de Alicante 131/2012 de 6 de marzo (JUR 2012\220637); SAP de Barcelona 151/2012 de 13 de febrero (JUR 2012\142140); SAP de Barcelona 176/2011 de 23 de marzo (ARP 2011\641); SAP de Madrid 489/2009 de 16 noviembre (ARP 2010\76); STS 264/2012 de 3 de abril (RJ 2012/5596)



gráfica, literaria, fílmica, etc. realizada con miras exclusivamente libidinosas, carente de todo valor artístico, cultural, literario, científico, pedagógico o informativo<sup>8</sup>. Por consiguiente, el concepto de material pornográfico es el resultado de la combinación de dos criterios: el contenido exclusivamente libidinoso del producto tendente a la excitación sexual de forma grosera y la carencia de valor literario, artístico o educativo<sup>9</sup>.

Para comprender qué debe entenderse por pornografía o material pornográfico no deberíamos prescindir de lo que por tal entienden algunos instrumentos internacionales que tratan de proteger a la infancia. En tal sentido, el Consejo de Europa en la Recomendación R (91) 11 *sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución así como sobre el tráfico de niños, jóvenes y adultos*, define la pornografía infantil como “*cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual*”. Por otro lado, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, *relativo a la Venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía*, entiende por pornografía infantil “*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*”. O, finalmente la Directiva 2011 / 92 / UE bajo la denominación de pornografía infantil incluye: i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada; ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales; iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, y 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 [(artículo 2 apartado c)].

En este punto, y tras el análisis de la jurisprudencia, es oportuno establecer qué tipo de conductas delictivas referentes a la pornografía infantil son las más realizadas en España. Así en la mayoría de resoluciones judiciales más recientes, del pasado año 2013, los comportamientos más castigados son los de posesión para propio uso de

---

<sup>8</sup> ORTS BERENGUER, E/ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L, *Compendio de Derecho penal (parte general y especial)* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 474

<sup>9</sup> *Vid.* FJ1 STS de 3 de abril (RJ 2012\5596)

material pornográfico en cuya elaboración han sido utilizados menores de edad, almacenando archivos de contenido pornográfico relativos éstos obtenidos a través de programas P2P en disco duro de un ordenador personal <sup>10</sup>, así como el hecho de compartir dichos archivos a través de éstos programas<sup>11</sup>.

### **1.1.2 TIPOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL**

A continuación, se procederá a delimitar las diversas modalidades de pornografía infantil, para una mayor clarificación de las mismas.

En primer lugar, debe entenderse por pornografía infantil expresa, toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas. En contraposición a ésta, la pornografía infantil simulada comprende todo supuesto de pornografía infantil expresa con la única excepción de que el supuesto menor infantil no reúne semejante consideración, bien por ser mayor de edad, aunque de la representación pudiera pensarse lo contrario; bien porque su creación fuera íntegramente producida por la tecnología y, en consecuencia, no se tratara de una persona real. En tal sentido, cabría hablar de pornografía infantil virtual. Entre ambas figuras, entiéndase la pornografía infantil simulada y la pornografía infantil expresa, existen ciertos supuestos tales como la pseudopornografía infantil, la pornografía infantil técnica, la pornografía infantil artificial y pornografía infantil literaria.

En nuestro ordenamiento, tras la reforma 15/2003, se tipificó la llamada pseudopornografía infantil. Así, el artículo 189.7 CP establece que "*Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada*". Como es de ver, se castigan conductas referidas a la creación o uso de material pornográfico en el que no se utilicen

---

<sup>10</sup> Vid. SAP Barcelona 733/2013 de 31 de julio (*JUR 2013/353234*); SAP Islas Baleares 272/2013 de 5 de noviembre (*JUR 2013/361766*); SAP 73/2013 de 28 de junio (*JUR 2013/335654*); SAP Murcia 331/2013 de 7 de junio (*JUR 2013/228262*); SAP Cantabria 200/2013 de 8 de mayo (*ARP 2013/1287*); SAP Madrid 211/2013 de 25 de marzo (*JUR 2013/190386*); SAP Pontevedra 84/2013 de 26 de febrero (*ARP 2013/222*); SAP Valencia 26/2013 de 21 de enero (*JUR 2013/120493*)

<sup>11</sup> Vid. SAP Ourense 245/2013 de 20 de junio (*JUR 2013/248553*); SAP Madrid 897/2013 de 1 de julio (*ARP 2013/821*); STS 184/2012 de 9 de marzo (*RJ 2012/3799*); SAP Albacete 336/2012 de 17 de diciembre (*JUR 2013/8284*); Auto TS 1421/2013 de 27 de junio (*JUR 2013/259633*); SAP Murcia 158/2013 de 7 de junio (*JUR 2013/256123*); SAP Madrid 338/2013 de 15 de abril (*JUR 2013/198363*); SAP Santa Cruz de Tenerife 202/2013 de 12 de abril (*JUR 2013/317960*); SAP Madrid 58/2013 de 15 de enero (*ARP 2013/130*); SAP Madrid 56/2013 de 14 enero (*JUR 2013/83763*)

"directamente" menores, pero se emplee su voz o imagen alterada o modificada<sup>12</sup>, cuya finalidad es evitar la identificación u ocultar su condición, siempre y cuando, pueda conocerse que en los actos pornográficos recogidos en el material intervienen un menor<sup>13</sup>. Consecuentemente, la pseudopornografía<sup>14</sup> consiste en insertar imágenes de menores reales, ya sea el rostro o todo el cuerpo, en escenas pornográficas, animadas o no, en la que no han intervenido realmente. Consideremos los siguientes ejemplos: colocar la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o añadir la imagen o voz de un niño/a a una fotografía o vídeo cuyo contenido sea sexual. Por ello, la pseudopornografía constituye una manifestación intermedia entre la pornografía infantil expresa y la pornografía infantil virtual. Y esto es así, puesto que, al no aparecer el sujeto pasivo íntegramente representado sino a través de elementos característicos no cabe hablar de pornografía infantil en términos absolutos.

La imposibilidad material de identificar en qué supuestos ha participado un menor real y en cuáles lo ha hecho de manera virtual aconseja la punición de tales conductas con una pena inferior a la del tipo básico por la desigual afectación del bien jurídico, fundamentado, por lo tanto, en el menor grado de lesividad de la acción constitutiva del ilícito penal en tanto afecta de manera indirecta o parcial al sujeto pasivo

Ahora bien, a mi juicio, es discutible como se analizará en este trabajo la propia institución de la pseudopornografía aún cuando la misma posea artificialmente una pena atenuante.

Debe hacerse referencia, además, a las conductas típicas relativas a la pseudopornografía. Éstas son la producción, venta, distribución, exhibición, facilitación por cualquier medio<sup>15</sup>. Así es proyectable tan sólo a las conductas típicas previstas en la letra b) del art. 189.1 CP, pero no a las tipificadas en la letra a) del mismo precepto, dado el tenor con que viene redactado el artículo. No se castiga la tenencia para el propio uso de material pornográfico virtual. Ahora bien, a diferencia de la conducta

---

<sup>12</sup> SERRANO GÓMEZ, A /SERRANO MAILLO, A, *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª ed., Ed. Dykinson, 2008, p. 257

<sup>13</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (Dir.), DÍAZ MARTÍNEZ, P. (coord.), *Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia*, vol.1, 2ªed., Ed. Bosch, 2004, pp. 599-600

<sup>14</sup> Un sector doctrinal emplea la nomenclatura de "pornografía infantil virtual" conforme se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, para denominar el presente supuesto.

<sup>15</sup> SERRANO GÓMEZ, A / SERRANO MAILLO, A, *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª ed., Ed. Dykinson, 2008, p. 257

típica del apartado 1 b) del presente artículo, las presentes conductas no constituyen una especie de acto postdelictual de ninguna otra, en la medida en que aquí el material pornográfico se elabora precisamente sin intervención directa de menores<sup>16</sup>.

Por lo que respecta al concepto de material pseudopeidófilo, es material pornográfico en el que no se utilicen "directamente" menores o incapaces, pero se emplea su voz o imagen alterada o modificada<sup>17</sup>.

En la pornografía virtual infantil no debe reputarse material pornográfico típico a que se refiere el artículo 189, puesto que no deben emplearse menores reales y concretos<sup>18</sup>.

Otras formas atípicas, como ya aludíamos con anterioridad son, la pornografía infantil técnica, la artificial y la literaria. Por lo que respecta a la primera, se altera la imagen de adultos que participan en actos de contenido sexual para que parezcan menores de edad -un adulto se hace pasar por menor-. En otras palabras, mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios tales como retoque de fotografías consistentes en eliminación de vello púbico o facial, así como suavización de facciones o empleo de vestimentas de adolescentes<sup>19</sup>. Esta modalidad de pornografía no se incrimina en Derecho español, por cuanto en el tipo proyecta la tutela penal sobre la idea de "utilización del menor" y no sobre la estricta actividad de creación de un material calificable objetivamente como de "*pornografía relativa o alusiva a menores*"<sup>20</sup>. Por consiguiente, no cabe hablar de pornografía infantil al no reunir las características propias de esta tipología delictiva ya que, entre otros elementos, adolece de bien jurídico protegido para ser considerado delito amén de las cualidades del sujeto interviniente<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> CORDOBA RODA, J /GARCÍA ARÁN, M (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, 2004, p. 416

<sup>17</sup> CORCOY BIDASOLO, M / MIR PUIG, S. *Comentarios al Código Penal: reforma LO 5/2010*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 450

<sup>18</sup> Vid. STS 785/2008, de 25 de noviembre (RJ 2009/556)

<sup>19</sup> Así en palabras de FERMÍN MORALES "*se puede enmascarar la imagen de adultos que participan en actos pornográficos o de contenido sexual para que parezcan menores de edad*", MORALES PRATS, F. *Pornografía infantil e Internet*, 2002, p. 3 y 4. En el mismo sentido, conforme a la terminología empleada en el Convenio de Budapest entendemos por pornografía técnica aquella que alude a la aparición de personas mayores de edad, aparentando ser un menor en un comportamiento sexualmente explícito, así se dispone en el art. 9.2.b) de dicho texto jurídico (se ve como en tal norma se postula la incriminación de la pornografía técnica).

<sup>20</sup> MORALES PRATS, F. *Pornografía infantil e Internet*, 2002, p. 5

<sup>21</sup> Al respecto, sobre la atipicidad de la pornografía técnica SÁNCHEZ MELGAR, J (Coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, vol. 1, Ed. Sepín, 2004, p. 1065

Por lo que se refiere a la pornografía infantil artificial, agruparía toda aquella representación pornográfica en la que participa un menor creado íntegramente a partir de un patrón irreal, es decir, un dibujo animado. Se trata de la creación de imágenes no reales de menores involucrados en actos sexuales, con la particularidad de que ni existen las personas ni las situaciones reproducidas<sup>22</sup>.

Y, finalmente, la pornografía infantil literaria consistente, según definición del TS en "*las descripciones escritas de actividades sexuales que, careciendo de valores literarios, artísticos, científicos o pedagógicos, que tengan por finalidad exclusiva excitar sexualmente a quienes las lean o contemplen*".

Como ha podido observarse, en todas las conductas donde un componente es creado mediante artificios técnicos, no existe indemnidad sexual afectada, pues, en ningún momento participan menores reales en actividad sexual o pornográfica. La eventual afectación a otros bienes jurídicos tales como la dignidad o la intimidad, deberían ser subsumida en el marco de las figuras típicas que se encargan de la protección de dichos bienes. Todo ello será objeto de un análisis más pormenorizado en ulteriores apartados de este trabajo. Pero antes de ello, resulta necesario aludir a la normativa internacional y europea en materia de pornografía la cual pretende establecer un marco armonizador de los delitos en la materia que nos ocupa.

---

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J-G, *Derecho Penal e Internet: especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, 1ª ed., Ed. Lex Nova, 2011, p. 123

## 2. NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA

Como se ha anotado sucintamente en la introducción, desde diversas instancias se considera que la pornografía infantil es un problema a escala mundial, lo que significa que es un fenómeno social que ha alcanzado una nueva y preocupante magnitud internacional, y, es por ello que debe regularse a nivel global<sup>23</sup>. Por este motivo, es precisa la colaboración de todos los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales, el sector privado, las organizaciones no gubernamentales y, en general, todos los sectores de la sociedad hasta el punto que se sostiene intentar eliminarla de una manera eficaz. Además, como hemos podido observar con anterioridad, la pornografía infantil es un tipo delictivo que cuenta con un medio de transmisión, Internet, el cual resulta propicio para la delincuencia más allá de las fronteras estatales. Es por ello por lo que también debe fomentarse una mayor armonización legislativa en la prevención y sanción de la pornografía infantil.

Así, este epígrafe va a estar dedicado a presentar, desde una perspectiva general, los diversos instrumentos jurídicos sobre los derechos básicos de los menores y la pornografía infantil, sin obviar los relativos a los avances de las tecnologías de la información<sup>24</sup>. Siendo las legislaciones nacionales insuficientes para reducir los efectos nocivos de esta industria mundial, consideramos pertinente una exposición de los distintos documentos internacionales que pretenden una mayor armonización en la prevención y sanción de delitos sexuales contra menores de edad.

Existe un gran número de instrumentos internacionales y europeos que abordan el tema que venimos tratando. Hasta la actualidad, se han aprobado Declaraciones, Convenciones, Resoluciones, Protocolos, Decisiones Marco y Directivas que, con un alcance vinculante para los Estados diverso, pretenden establecer unas directrices comunes para combatir la pornografía infantil. Antes de hacer referencia a los diversos

---

<sup>23</sup> No será hasta la década de los noventa cuando empiece a tratarse con cierta intensidad el problema de la pornografía infantil, puesto que empezará a reconocerse como una manifestación de explotación y esclavitud sexual. Así, el Convenio n° 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, en su artículo tercero, incluye la pornografía infantil dentro de "*las peores formas de trabajo infantil*".

<sup>24</sup> En la sociedad actual, debe ligarse de una manera muy estrecha la pornografía infantil con Internet. La red puede utilizarse como herramienta para la distribución de material nocivo de temática sexual cuando las personas que aparecen son víctimas de la explotación sexual y de la degradación de su integridad y dignidad personal.

y concretos instrumentos, cabe hacer mención a una idea esencial: *la infancia tiene derecho a cuidado y asistencia especiales*<sup>25</sup>.

Hay autores, como TERESA MARCOS MARTÍN<sup>26</sup>, que considera que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>27</sup> es la primera en hacer referencia a la protección de los menores contra los abusos sexuales, aunque no se concrete de manera explícita en el texto. Así, hace alusión al *Principio IX* de dicha Declaración, que expone que “*en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico o mental*”. Sin embargo, otros autores, como sería el caso de MORILLAS FERNÁNDEZ<sup>28</sup>, exponen que el antecedente más remoto en tratar sobre la pornografía como conducta delictiva se encuentra en la Recomendación 1065 (1987) del Consejo de Europa, *sobre tráfico de niños y otras formas de explotación infantil*<sup>29</sup>.

En 1989 se aprobó la *Convención de los Derechos del Niño*<sup>30</sup>, con la finalidad de recopilar de manera concreta todos los derechos para garantizar la efectiva protección de los menores. Por lo que respecta al ámbito de aplicación de la Convención, su artículo 1 dispone que se aplicará a “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. En lo que concierne al tema que nos ocupa, se recoge una serie de medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales de protección especial; así, el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y sexual (incluyendo la pornografía infantil), contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser

---

<sup>25</sup> Esta idea ha venido recogiendo desde el primer texto histórico que reconoce la existencia de derechos específicos para los niños. Así, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (véase art. 25.2); Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General, de 20 de noviembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (véase art. 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (véase art. 10.3).

<sup>26</sup> MARCOS MARTÍN, T; "Pornografía infantil en Internet: los derechos del niño y su protección internacional", VILLAGRASA ALCAIDE, C/ RAVETLLAT BALLESTÉ, I (coords.), Los derechos de la infancia y de la adolescencia: Congresos mundiales y temas de actualidad. Ed. Ariel, Barcelona, 2006, p. 323

<sup>27</sup> Considérese que sirvió de base para adoptar los posteriores instrumentos internacionales. Aunque cabe tener en cuenta, que este documento internacional no era suficiente para proteger los derechos de la infancia puesto que legalmente no tenía carácter obligatorio.

<sup>28</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D-L; *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, pág. 32

<sup>29</sup> En dicha Recomendación, se empiezan a preocupar por algunas conductas cuyas víctimas son menores que constituyen delito, como son la prostitución, la pornografía infantil o la adopción ilegal, entre otras.

<sup>30</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE 31 de diciembre de 1990). Se considera el convenio internacional más importante en la materia que abordamos.

peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, así como contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas<sup>31</sup>.

Más concretamente, la Recomendación (91) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros *sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de niños y jóvenes mayores de edad*, será la que mencione de manera expresa el término "*pornografía infantil*", aludiendo, además, a la necesaria adopción de medidas preventivas y sancionadoras. Así, en el apartado B sobre "*Medidas relativas a la pornografía infantil*" se prevé que deben establecerse sanciones penales para aquellos que se encuentren involucrados en la producción y la distribución de cualquier material pornográfico que implique a menores, así como para los que posean dicho material. Asimismo, establece la necesidad de garantizar la cooperación internacional, la detección de empresas, asociaciones o individuos que utilicen a niños o niñas para la producción de este material e incluso medidas de sensibilización a la opinión pública en general.

La problemática de la pornografía infantil también ha sido objeto de diferentes Congresos. En este sentido, se llevó a cabo en el año 1996, en Estocolmo, el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños. De especial importancia son los acuerdos a los que se llegó. Así se acordó, *conceder una alta prioridad a la acción contra la explotación sexual comercial de los niños y asignar los recursos adecuados para este fin; promover una cooperación más sólida entre los Estados y todos los sectores sociales para prevenir la participación de los niños en el comercio sexual y reforzar el papel de la familia en la protección de los niños contra la explotación sexual comercial; promulgar el carácter delictivo de la explotación sexual comercial de los niños, así como otras formas de explotación sexual, condenar y castigar a todos los delincuentes implicados, ya sean locales o extranjeros, a la vez que se garantiza que las víctimas infantiles de estas prácticas quedan exonerados de toda culpa; examinar y revisar allí donde sea oportuno, la legislación, las políticas, los programas y las prácticas vigentes con el fin de eliminar la explotación sexual comercial de los niños; aplicar la legislación, las políticas y los programas para proteger a los niños frente a la explotación sexual comercial y reforzar la*

---

<sup>31</sup> Dichas medidas se recogen entre los artículos 32, 33 y 34 de la Convención.



*comunicación y cooperación entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley; promover la adopción, implementación, y diseminación de leyes, políticas y programas con el apoyo de los mecanismos pertinentes a nivel local, nacional y regional contra la explotación sexual comercial de los niños; desarrollar e implementar planes y programas integrales, que incluyan las diferencias de género, para prevenir la explotación sexual comercial de los niños, y proteger y asistir a las víctimas infantiles con el fin de facilitar su recuperación y reintegración dentro de la sociedad; crear un clima adecuado mediante la educación, la movilización social y las actividades de desarrollo para garantizar que los progenitores y otras personas legalmente responsables puedan cumplir sus derechos, obligaciones y responsabilidades para proteger a los niños frente a la explotación sexual y comercial; movilizar a los políticos y otros aliados relevantes, las comunidades nacionales e internacionales, comprendidas las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, para ayudar a los países en la eliminación de la explotación sexual comercial de los niños; y resaltar el papel de la participación popular, comprendida la de los propios niños, en la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de los niños*<sup>32</sup>. En este Congreso se aprobó la Declaración y el Programa de Acción Mundial contra la Explotación Sexual Infantil.

Tras este panorama, en la Resolución del Consejo de Europa 1099 (1996), *sobre la explotación sexual de los niños* constituye un impulso para que los Estados miembros inicien reformas legislativas en materia de pornografía infantil<sup>33</sup>.

Otro ámbito al que debe atenderse es al establecimiento de políticas comunes, con la finalidad de investigar los diversos comportamientos delictivos<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Apartado Retos, punto n° 12 de la Declaración y Programa de Acción Mundial contra la Explotación Sexual Infantil.

<sup>33</sup> La Resolución del Parlamento Europeo de 6 de noviembre de 1997 sobre la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños y el Memorandum relativo a la contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños ahonda en los principios expuestos por esa resolución, al hacer referencia a que se usa cada vez más Internet con el objetivo de difundir pornografía infantil.

<sup>34</sup> Así, desde 1996 se cuenta con una serie de programas en materia de lucha contra la explotación sexual de la infancia, cuya resolución pionera fue Acción Común. También se adoptó la Decisión n° 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. En esta línea, se aprueba el Plan de acción para los años 1999-2002, entre las medidas se incluyen la creación de líneas directas que permitan a los usuarios notificar los contenidos que hayan encontrado al utilizar Internet. La Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Decisión n° 276/1999/CE va

Haciendo referencia al uso de Internet como mecanismo de producción de páginas de contenido pornográfico, el Consejo de Europa adopta una Resolución el 17 de febrero de 1997, *sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet* para luchar contra la difusión de mensajes de carácter pederasta<sup>35</sup>. Posteriormente, se aprueba la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos de Internet. En ella se hace especial referencia a la libertad de expresión y reconoce la libre circulación de información en Internet como manifestación de la misma.

Desde la perspectiva del trabajo infantil, es el Convenio de la OIT n° 182 el que establece la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, así como la necesidad de adoptar acciones inmediatas para su eliminación. Este documento aporta un reconocimiento expreso de las peores formas de trabajo infantil, incluyendo entre estas la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas<sup>36</sup>.

Más concretamente, en el año 2000, se aprueba en Naciones Unidas el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño *relativo a la venta de niños, prostitución y la utilización de niños en la pornografía*<sup>37</sup>. Este Protocolo, define de manera expresa la pornografía infantil como “*toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”<sup>38</sup>. Además, declara que todo Estado Parte deberá tipificar en su legislación penal “*la producción, distribución, divulgación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines que se definen en el artículo 2*”<sup>39</sup>.

Por su parte, el Consejo de Europa adopta el 31 de octubre de 2001 la Recomendación (2001) 16 *sobre la protección de los niños contra la explotación sexual*. Es de gran

---

más allá del simple rastreo de Internet, y amplía el campo de actuación a las nuevas tecnologías en línea incluyendo los contenidos de telefonía móvil, banda ancha, juegos en línea, salas de charla electrónica, entre otras.

<sup>35</sup> Así, se establecen una serie de medidas tales como fomentar y facilitar el sistema de autorregulación, que incluyan instancias representativas de los suministradores y usuarios de los servicios de Internet, códigos de conducta eficaces; fomentar el suministro a los usuarios de mecanismos de filtro y alentar la creación de sistemas de evaluación.

<sup>36</sup> Artículo 3 b) del Convenio de la OIT n° 182.

<sup>37</sup> Desarrolla la Convención para los Derechos del Niño y es el documento internacional específico en la materia objeto de estudio.

<sup>38</sup> Artículo 2.c) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño *relativo a la venta de niños, prostitución y la utilización de niños en la pornografía*

<sup>39</sup> Artículo 3.1.c) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño *relativo a la venta de niños, prostitución y la utilización de niños en la pornografía*

relevancia dicha Recomendación, pues es la primera en incluir dentro de material pornográfico, aquél que muestre a una persona que aparentemente sea un menor desarrollando una conducta sexual explícita. Por lo que incluye dentro de material pornográfico, aquellas imágenes en las que se visualicen personas mayores de edad pero que parecieran menores.

Desde la perspectiva de la utilización de las nuevas tecnologías en la pornografía, el 26 de enero de 2001 se presenta la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones para la creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos (eEurope 2002). Es importante dicha comunicación puesto que se reconoce expresamente la pornografía infantil como manifestación de los delitos informáticos.

Asimismo, el 23 de noviembre de 2001 se celebra el Convenio sobre la Cibercriminalidad, también conocido como Convenio de Budapest, donde se indica que actuaciones deben tipificarse bajo la denominación de “*pornografía infantil en la red*”. Así debe castigarse a toda persona que produzca pornografía infantil con el propósito de distribuirla a través de sistemas informáticos; ofrezca pornografía infantil a través de un sistema informático; distribuya o transmita pornografía infantil a través de un sistema informático; procure pornografía infantil a través de un sistema informático para sí mismo o para terceros, posea pornografía infantil en un sistema informático<sup>40</sup>. Además, también procede a identificar que imágenes deben tener la consideración de pornografía infantil, incluyendo, en el mismo sentido comentado sobre la Recomendación (2001) 16, la pornografía infantil técnica<sup>41</sup> que ya hemos procedido a su definición en el primer epígrafe.

En el año 2001, se celebró en Yokohama el II Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños. Cabe destacar entre los objetivos de dicho Congreso, revisar los adelantos logrados respecto de los acuerdos conseguidos en el Primer Congreso. Al respecto, se han logrado ciertos progresos, sería el caso de proyectos para

---

<sup>40</sup> Artículo 9.1 del Convenio sobre la Cibercriminalidad

<sup>41</sup> Así el artículo 9.2 b) del Convenio establece que “*se entenderá por pornografía infantil todo material pornográfico que contenga la representación visual de una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito*”.

la protección de niños especialmente vulnerables a la explotación, investigaciones sobre el perfil de los pederastas, campañas de información dirigidas al público.

En el ámbito de la Unión Europea, también se ha prestado atención a la necesidad de proteger al menor frente a su abuso y explotación sexual, aprobándose sucesivos documentos que tienen una mayor fuerza vinculante para España. Así, cabe mencionar en primer lugar, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, *relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*. La innovación que aporta esta Decisión es la relativa a tipificar como delito de pornografía infantil la pseudopornografía<sup>42</sup>. Ahora bien, en la misma se establece que podrá excluirse al arbitrio del Estado la tipificación de la pornografía técnica, la producción y posesión de material pornográfico infantil cuando los menores hayan alcanzado la edad mínima para consentir sexualmente, en los casos de pseudopornografía, posea con carácter privado la iconografía<sup>43</sup>.

Más recientemente, concretamente el 13 de diciembre de 2011, en el seno de la Unión Europea, se aprobó la Directiva *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*, por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo acabada de mencionar. Tal y como se refleja en el considerando sexto de la misma, el delito de pornografía infantil exige *la adopción de un enfoque común que abarque la acción judicial contra los delincuentes, la protección de los menores víctimas y la prevención del fenómeno. El interés superior del menor debe ser la consideración primordial a la hora de poner en práctica las medidas para combatir estos delitos con arreglo a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*.

En el contexto de la pornografía infantil, el catálogo de conductas y sanciones que deben adoptar los Estados miembros es el que sigue: a) Adquisición o posesión simple de material pornográfico infantil; b) el acceso con conocimiento a material pornográfico infantil a través de las tecnologías de la información y la comunicación; c) la

---

<sup>42</sup> En tal sentido, en el artículo 1. iii) se expone que “la pornografía infantil aparecerá definida como cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en una conducta sexualmente explícita”

<sup>43</sup> En España, y por lo que se refiere a la pseudopornografía, fue introducida mediante la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil; d) el ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil; e) la producción de pornografía infantil; f) queda a la discrecionalidad de los Estados si se castigan las anteriores conductas cuando se tratara de pornografía infantil simulada, es decir, la inclusión de dicha conducta es de carácter potestativo y cuando el material pornográfico muestre imágenes de un menor participando en imágenes sexuales explícitas, con fines sexuales, haya sido producido y esté en posesión de su productor para su uso estrictamente privado<sup>44</sup>. Cabe remarcar este último punto, y es que, la Directiva no establece la obligatoriedad de que los Estados la tipifiquen como delito en sus respectivas legislaciones, quedando a la discrecionalidad de los Estados su previsión como delito.

Al respecto creo oportuno realizar una comparativa entre las obligaciones normativas, en materia de pornografía infantil, contempladas en la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, y el catálogo de conductas y sanciones recogidas en el Código Penal Español con el propósito de determinar qué supuestos deberían haberse modificado o incluido en el Proyecto de 2013 al que nos referiremos en el epígrafe que sigue<sup>45</sup>.

MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL				
DIRECTIVA		CÓDIGO PENAL ESPAÑOL		
Mínimo de la pena máxima	Conducta	¿Recoge expresamente la conducta?	¿Recoge la sanción?	¿Debe incriminarse?
1 año	Adquisición	No	No	Sí
	Posesión simple	Sí (189.2)	Sí	-
	Acceso con conocimiento a través de las tecnologías de la información	No	No	Sí
2 años	Distribución	Sí (189.1b)	Sí	-
	Difusión	No (se castiga interpretándolo como sinónimo de distribución)	No (en la práctica sí)	Debería pero está asumido
	Transmisión	Sí (189.1 b)	Sí	-
	Ofrecimiento	Sí (189.1 b)	Sí	-
	Suministro	No	Sí	No, sinónimo de distribuir
	Puesta a disposición	No	Sí	No, incluido en facilitar la difusión
3 años	Producir	Sí (como sinónimo de crear: 189.1 a; como actividad de procesado a otro soporte: 289.1 b)	Sí	-
Potestativo	-Pornografía infantil técnica simulada -Validez del consentimiento emitido cuando el material sea para uso privado	No	No	Decisión de Política Criminal

<sup>44</sup> Artículo 5 de la Directiva 2011/92/UE

<sup>45</sup> Fuente: MORILLAS FERNÁNDEZ, D-L, *Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil*, pp. 97-100

### **3. BREVE REFERENCIA AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL**

En septiembre de 2013 se publicó el Proyecto de reforma del Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria. El legislador ha incorporado en su articulado una sustancial reforma del artículo 189 del Código Penal<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> La redacción otorgada al artículo 189 en el Proyecto es la siguiente:

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

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

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

*A los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados 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.*

*2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.*

*b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

*c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.*

*d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

*e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.*

Según dice la exposición de motivos, dicha modificación en los delitos contra la libertad sexual se introduce para llevar a cabo la transposición de la mencionada Directiva 2011/92/UE, *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*<sup>47</sup>.

---

f) *Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*

g) *Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.*

h) *Cuando concurra la agravante de reincidencia.*

3. *Si los hechos a que se refiere la letra a) del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.*

4. *El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.*

5. *El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*

*La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.*

6. *La producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo.*

7. *El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.*

8. *El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.*

9. *Los Jueces y Tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas Web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español.*

*Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal".*

<sup>47</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de reforma de 2013, p. 10

Hemos creído oportuno, realizar ciertas consideraciones generales a la nueva redacción del artículo 189 del Código Penal proyectada.

Por lo que aquí interesa, se ofrece una definición legal de pornografía tomada de la Directiva citada con anterioridad, que abarca no sólo el material que representa a un menor participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida. Lo que parece querer castigar el legislador son los montajes técnicos en los que se inserta la figura de un menor en una realidad en la que no ha participado o bien se introduzcan características suyas a personajes o patrones irreales. Hay un hecho evidente al respecto, y es la desaparición en el Proyecto de la actual redacción del artículo 189.7 del Código Penal, donde se tipificaba la pseudopornografía. Ello no significa que todas las conductas hayan desaparecido en el CP pero la regulación proyectada resulta más imprecisa a la hora de describir la pseudopornografía. De este modo, por ejemplo, se refiere a "*todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor...*" o a "*imágenes realistas de un menor*", sin precisar con claridad si en la elaboración del material se ha utilizado la imagen o no de un menor real o si es completamente ficticia su creación. Parece pues que, en la línea de una política criminal de tolerancia cero, se opta por sancionar cualquier comportamiento que se refiera al material pornográfico de menores de edad, sea real o simulado.



#### **4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD**

Una vez hemos expuesto sucintamente las principales reformas que se plantean en el Proyecto sobre la pornografía infantil, abordaremos el debate sobre el bien jurídico protegido en los aspectos en que el mismo ha sido objeto de discusión hasta el momento. En efecto, uno de los más importantes problemas jurídicos que se plantean en el ámbito del Derecho Penal sexual consiste en la determinación del bien jurídico en relación a determinados supuestos.

En la reforma de 1989 se sustituyó la expresión "*Delitos contra la honestidad*" en la rúbrica del Título IX del anterior Código penal, que regulaba los delitos sexuales, por la de "*Delitos contra la libertad sexual*". Ello, se hacía para "*respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión honestidad por libertad sexual, ya que éste es el bien jurídico protegido*"<sup>48</sup>. El objetivo que se perseguía con el cambio de rúbrica era vaciar de contenido moral al derecho penal sexual, lo que implicaba abandonar la tutela de sentimientos colectivos y de prejuicios imperantes.

Esta rúbrica se mantuvo hasta la LO 11/1999, de 30 de abril, que la sustituyó por la de "*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*", reconociéndose así la existencia de un bien jurídico dual: la libertad sexual, por un lado, y la indemnidad sexual, por otro, en función del sujeto pasivo.

Antes de entrar en el análisis de cómo afecta el bien jurídico a un posible delito de pseudopornografía o pornografía virtual infantil, conviene hacer algunas consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el Título VIII, analizando separadamente los conceptos de libertad e indemnidad sexual, junto con otros posibles bienes jurídicos no mencionados directamente en la rúbrica del Título VIII.

El punto de partida para aproximarse a una noción real sobre el bien jurídico protegido en el delito de pornografía infantil se encuentra circunscrito en la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que en su Exposición de Motivos destaca la posible existencia de tres bienes jurídicos, estableciendo que "*los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana,*

---

<sup>48</sup> Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio

*el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces*"<sup>49</sup>.

Desde luego, y por lo que aquí interesa, el bien jurídico protegido en los tipos contenidos en el artículo 189 no coincide siempre con la libertad o la indemnidad en la esfera sexual. Ello queda aún más claro tras la tipificación del denominado delito de pseudopornografía infantil penado en el artículo 189.7 CP, en el que no hay menores afectados directa o indirectamente en su esfera sexual.

Se ha creído oportuno realizar una explicación de cada uno de ellos por cuanto de manera directa o indirecta afectan a las diferentes conductas delictivas relativas a la pornografía infantil, pues como es de ver, la rúbrica del Título VIII del Código penal no abarca de forma omnicomprensiva todos los bienes jurídicos tutelados en los artículos comprendidos en el mismo<sup>50</sup>.

#### **4.1 Libertad sexual**

DÍEZ RIPOLLÉS, con el concepto de libertad sexual señala que *"se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad"*. Por otro lado, MUÑOZ CONDE, establece al respecto que la libertad sexual debe ser entendida como *"aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo"*<sup>51</sup>. En el mismo sentido, ORTS BERENGUER dice que *"la libertad sexual es antes que nada libertad, es decir, independencia de la voluntad, capacidad de determinación espontánea, en el ámbito de la sexualidad. Este es el contenido esencial de la libertad sexual, que se expande en varias direcciones: por un lado, engloba la facultad de escoger y practicar, en cada momento, la opción sexual que más plazca y, ligado a él, la de utilizar y servirse del propio cuerpo en la esfera sexual, sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena; de otra, la posibilidad de elegir al partenaire, con su consentimiento y de rechazar las proposiciones no deseadas"*<sup>52</sup>. Así, y de acuerdo, con

---

<sup>49</sup> Así se establece en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

<sup>50</sup> MORALES PRATS, F. *Pornografía infantil e Internet*, 2002, p. 6

<sup>51</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, p.216

<sup>52</sup> ORTS BERENGUER, E., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001, p. 17

lo expuesto por los diversos autores, la libertad sexual se agrupa en dos vertientes delimitadoras de su contenido. En primer lugar, hablamos de la libertad sexual negativa, esto es, el derecho que ostenta toda persona a no involucrarse en un comportamiento de naturaleza sexual no deseado. Por otro lado, hablamos de la libertad sexual positiva, es decir, la capacidad del sujeto para disponer libremente de su cuerpo a efectos sexuales, esto es, la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, bien con otra persona bien consigo mismo<sup>53</sup>.

La tutela penal se dirige a la protección de la libertad sexual en sentido negativo. Así, lo que se pretende es que nadie se vea involucrado en un ejercicio de sexualidad no deseado o no aceptado libremente o aceptado con la voluntad viciada, en el que su cuerpo, una parte de él, directamente o su imagen o su presencia sean utilizados por otro. Por ello, se entiende que se produce una lesión del bien jurídico cuando se desarrollen actos de naturaleza sexual sin la voluntad de alguna de las partes.

En este punto, y tras lo comentado, cabe hacer el siguiente matiz. Respecto de los menores, difícilmente se puede proteger su libertad sexual si no la pueden ejercer ya sea porque carecen de los presupuestos cognitivos o volitivos para ello, o porque, aunque los poseen, todavía no los tienen jurídicamente reconocidos. Así, puede explicarse el motivo por el que la jurisprudencia ha venido reconociendo la tendencia a negar la validez del bien jurídico libertad sexual respecto a menores de trece años<sup>54</sup>. Por ello, es objeto de debate por parte de la doctrina si los menores de edad poseen libertad sexual o no.

---

<sup>53</sup> ORTS BERENGUER para referirse a estas dos vertientes de la libertad sexual, habla de dinámico-positivo (integrado por la facultad de disponer del propio cuerpo) y estático-pasivo (comprensivo de las posibilidades de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse (ORTS BERENGUER, E., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001, p. 17). En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO en *Comentarios al Código Penal: reforma LO 5/2010*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, P. 427. En la misma línea, TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual: Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª 3d., Ed. Aranzadi, 2002, p. 58

<sup>54</sup> Vid. STS 1455/2001 de 20 de julio (RJ 2002/1752), cuyo FJ2 establece que "*por propia ficción legal, la ley penal es clara cuando no considera que los menores de doce años entonces (hoy menores de trece años) no son capaces de consentir tales actos sexuales, por faltarles los resortes adecuados de su personalidad, en razón de su temprana edad, para comprender el significado sexual de su comportamiento, ni puede hablarse con propiedad de libertad sexual de una persona, como es el caso, que contaba con «nueve o diez años de edad» –según se recoge en el «factum»– cuando comenzaron los tocamientos impúdicos, con aprovechamiento de tal situación de ascendencia sobre la víctima.*" No puede hablarse con propiedad de libertad sexual de una persona, como es el caso, que contaba con nueve o diez años de edad.

Al respecto, TAMARIT SUMALLA entiende que *"la prohibición, en ciertas condiciones, de los actos sexuales entre adultos y menores no debe ser entendida como la confirmación de determinados prejuicios, como el de negación de la sexualidad infantil, sino como una prohibición de la intromisión de los adultos en el mundo de los menores en condiciones que quepa reputar lesivas para el desarrollo de la personalidad del menor"*<sup>55</sup>. Del mismo modo, DÍEZ RIPOLLÉS aboga porque la involucración de la víctima en la acción del sujeto activo no es libre, porque contradice la voluntad del sujeto pasivo, porque ésta no la ha manifestado, o porque no sea capaz de decidir, supuesto este último referente a menores. Por ello, lo que se protege no es la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que ya posee, sino el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad<sup>56</sup>.

Compartiendo la opinión de GONZÁLEZ RUS, merece la pena destacar que el menor posee por propia naturaleza capacidad para decidir si mantiene una relación sexual o consiente que un adulto le filme desarrollando comportamientos sexuales. Sin embargo, existe un interés ajeno al individuo por parte del Estado de protección sobre su correcta formación, más si cabe en unos momentos en los que el menor todavía no ostenta una verdadera madurez que le permita actuar de forma consciente, para que, en el futuro, pueda desarrollarse libremente en la esfera sexual, sin injerencias que hayan influido en su período de formación. Esto se traduce en que, a los menores no se les supone capacidad suficiente para gestionar autónomamente el impulso sexual.

En definitiva, a mi entender, el menor carece de libertad sexual desde la perspectiva jurídica como imposición legal, por lo que no cabe concluir que sea la libertad sexual el bien jurídico protegido en el delito de pornografía infantil pues carece de ella por imperativo legal.

#### **4.2 La dignidad de la persona humana y los derechos derivados de ella**

Al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas referidas, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos principales. Así según el artículo 10.1 CE *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la*

---

<sup>55</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual: Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, 2002, p. 59

<sup>56</sup> [ob.cit.p.59]

*ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". La jurisprudencia del TC entiende que "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás"*<sup>57</sup>.

Es cierto que la dignidad humana puede admitirse como bien jurídico protegido en determinados delitos. Sin embargo, posee un campo de aplicación demasiado extenso. De ahí que podamos aludir que exista una imbricación tan íntima entre la libertad, en cualquiera de sus facetas, y la dignidad de las personas, pues faltando aquélla ésta resulta malparada. Por eso, no es extraño que se aluda a ella al discurrir sobre el bien jurídico en los delitos contra la libertad sexual y que se la señale como uno de los bienes mediatamente tutelados.

#### **4.3 Indemnidad o intangibilidad sexual**

Como ya se ha manifestado al tratar la libertad sexual, existen delitos sexuales que recaen sobre menores y que no pueden explicarse como delito contra la libertad sexual.<sup>58</sup> Lo que se protege en estos casos es la no interferencia en la correcta formación de la esfera sexual del menor como parte de un proceso de maduración del individuo; no es así un ataque directo a la libertad sexual, sino una forma indirecta por la posible perturbación en lo que en el futuro pueda ser el ejercicio de la libertad sexual<sup>59</sup>.

Además, cabe comentar que el legislador no define el concepto "indemnidad sexual". Por ello, nos hemos visto obligados a acudir a la jurisprudencia del TS y a la doctrina para delimitarlo. Así, la STS de 28 de marzo de 2000 establece como comportamiento que infringe la indemnidad sexual "*afectar a la formación de la personalidad del menor y comprometer su formación, afectando negativamente a su futuro desenvolvimiento sexual*"<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Vid. FJ8 STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985/53); STC 115/2010, de 24 de noviembre (RTC 2010/115)

<sup>58</sup> Abusos sexuales, delitos de exhibicionismo obsceno y difusión de pornografía entre menores o incapaces y los relativos a la prostitución y corrupción de menores o incapaces. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS expuso que "*se refiere a sujetos especiales en atención a sus peculiares características y que les hacen no poseer libertad sexual*", en GÓNZALEZ RUS, J.J, *La violación en el Código Penal español*, Ed. Universidad de Granada, p.284

<sup>59</sup> Vid. SAP de Islas Baleares 35/2001 de 7 abril. (ARP 2001\446)

<sup>60</sup> Vid. FJ5 STS 492/2000, de 28 de marzo (RJ 2000\2385)

DÍEZ RIPOLLÉS al referirse a la indemnidad sexual, habla de "*interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad*"<sup>61</sup>.

En definitiva, se pretende reflejar que algunas personas, especialmente vulnerables, tienen que quedar al margen de los daños que puedan derivar de las experiencias sexuales por no estar en una situación que les permita asumirlas en su configuración personal.

#### **4.4 Derecho a un desarrollo equilibrado del menor, en concreto en relación a su desarrollo sexual y una formación adecuados**

Como ya ha quedado expuesto, los menores carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual. Así, los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro el menor de edad pueda alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, preservándolos de traumas impuestos por terceros.

Ahora bien, cabe diferenciar entre este bien jurídico, más amplio, y la indemnidad sexual. Así, el que comentamos, no se circunscribe al ámbito sexual, como sí lo hace la indemnidad sexual, sino a todos los aspectos que puedan influir de forma positiva o negativa en el correcto proceso de formación y desarrollo del menor.

#### **4.5 Moral sexual colectiva**

Se entiende por moral sexual colectiva, aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas<sup>62</sup>.

Sin embargo, en la esfera sexual no deben sancionarse penalmente aquellas acciones que se aparten de la moral sexual dominante en la sociedad. No es función del Derecho Penal la protección de intereses morales, que sólo afectan al fuero interno de la conciencia individual. El legislador debe reducir, dentro de la esfera del Derecho Penal sexual, la protección del ejercicio de la libertad sexual al plano de la autorrealización

---

<sup>61</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*, Anuario de derecho penal. Número 1999-2000, p. 63

<sup>62</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D-L. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Dykinson, 2005

sexual, y en ningún caso extender dicha protección a unas determinadas pautas morales en el seno de la sociedad.

Por lo que respecta al objeto de este trabajo, y la conducta de pornografía virtual infantil, la moral sexual colectiva, podría entenderse indirectamente como bien jurídico tutelable si es que verdaderamente se tutela alguno, pues con ello lo que se intenta imponer es una forma sexual concreta castigando una conducta no vulneradora del bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil ni otros afines.

Finalmente, considero igual que lo hace MUÑOZ CONDE que la moral sexual considerada como bien jurídico, conlleva el peligro de convertir el Derecho penal en un *"instrumento ideológico más propio de la Inquisición que no de un moderno Estado pluralista y democrático"*.

Una vez delimitados cada uno de los bienes jurídicos que pueden verse afectados ante los comportamientos sexuales que venimos considerando, cabe hacer una consideraciones previas a los límites del *ius puniendi* estatal, para proceder, con posterioridad a hacer el análisis conjunto de los supuestos de pornografía virtual infantil en relación con dichos principios.

## 5. LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* DESDE EL ESTADO DEMOCRÁTICO

La facultad de sancionar del Estado adquiere legitimidad siempre que se emplee para la protección de la sociedad y en tanto alcance ese objetivo. Para cumplir esa función se limitará a amparar bienes jurídicos (principio de ofensividad), intervenir en cuanto sea estrictamente necesario (principio de intervención mínima) y las penas deberán ser proporcionales al hecho cometido (principio de proporcionalidad en sentido estricto). Sin embargo, éste último, al no ser objeto del presente trabajo puesto que sus efectos no se dan en la selección de las conductas sino en las consecuencias jurídicas, no será analizado en este estudio.

En cuanto al principio de ofensividad, éste, significa que el Derecho Penal debe intervenir únicamente ante lesiones de bienes jurídicos y excluye toda penalización relativa a inmoralidades, conforme al aforismo *cogitationis poenam nemo patitur*<sup>63</sup>, plasmado en los artículos 16.1 y 25.1 CE. Además, descarta la sanción de los hechos externos que no lesionen ningún bien jurídico, es decir, a falta de ofensa no existe delito.

El segundo, es consecuencia de la naturaleza de *ultima ratio* que posee el Derecho Penal debido a la dureza de sus recursos (privación de libertad). El principio de intervención mínima se encuadra dentro del principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad en sentido amplio, que también comprende la adecuación a fin de la medida adoptada así como la proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de intervención mínima implica por un lado, el carácter fragmentario, es decir, comporta que el Derecho Penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos, ni debe sancionar la totalidad de las conductas que lesionen los bienes tutelados, sino sólo los ataques más intolerables; por otro lado, el carácter de subsidiario, esto es, que sólo interviene cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho, tales como las medidas civiles, laborales, administrativas o mercantiles, cuando los restantes medios jurídicos menos costosos no pueden garantizar una tutela eficaz.

---

<sup>63</sup> ABEL SOUTO, M.; *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Ed. Dilex, SL, 2006, p. 71



Así pues, en resumidas cuentas, la tarea del Derecho Penal es precisamente la de intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertad, sólo cuando es absolutamente necesario deberá recurrirse al Derecho Penal<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> [ob.cit.p. 194]

## **6. RELACIÓN ENTRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN CONDUCTAS RELATIVAS A PSEUDOPORNOGRAFÍA Y PORNOGRAFÍA VIRTUAL INFANTIL Y LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO PENAL**

Una vez se ha dejado constancia de los principios, cabe hacerse la siguiente pregunta *¿Se afecta a la libertad o indemnidad sexual de un menor si se efectúa un montaje digital de una fotografía suya sin contenido sexual ? o, ¿se afecta a algún bien jurídico, sea libertad sexual, sea indemnidad sexual, sea dignidad si se efectúa una composición íntegra digital de un supuesto menor realizando actos sexuales?*

Con un criterio expansivo difícilmente justificable en términos de ofensividad, el legislador de 2003, como ya ha quedado expuesto, amplió los límites del precepto, incluyendo entre las conductas punibles el mero uso de la voz o imagen reales de los menores alteradas o modificadas.

La ausencia de un menor real sometido a cualquier tipo de conducta sexual o pornográfica hace que sea más que discutible lo correcto de la decisión de incorporar esta conducta a un tipo, que aparece ubicado en un Título referido a la libertad y/o indemnidad sexuales, bienes jurídicos que no se ven realmente afectados.

En el caso de la pseudopornografía infantil y, a pesar de la ubicación sistemática de este delito en el Código Penal, el requisito expreso de que no hayan sido directamente utilizados los menores en la elaboración del material, desde mi punto de vista, hace difícil ver la afectación a la libertad o indemnidad sexual. Ante la mera utilización de la voz del menor o imagen puede aproximarse a las ofensas del derecho a la intimidad o a la propia imagen, si se quiere, conectados con la idea anglosajona de "*privacy*", entendiéndolo por ésta el derecho a no ser molestado en la esfera privada en la que el sujeto organiza de modo originario el libre desarrollo de su personalidad. Es por ello por lo que cabría hablar de que el bien jurídico tutelado es la dignidad del menor o el derecho a la propia imagen<sup>65</sup>, pues a mi juicio, lo que realmente se está castigando es la pura alteración gráfica o auditiva, lo que literalmente interpretado, en palabras de MUÑOZ CONDE, puede llevar a la punición de la utilización de imágenes virtuales sin

---

<sup>65</sup> Vid. SAP 298/2007, de 10 julio (*JUR* 2007/318218). En el mismo sentido, CÓRDOBA RODA, J / GARCIA ARÁN, M (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, 2004, p. 417

ninguna base real. Por ello, este mismo autor se cuestiona si no nos encontramos ante un Derecho penal de autor que penaliza la tendencia pederasta como tal, aún sin traducirse en actos que incidan directamente en el menor <sup>66</sup>.

Es más, al respecto, cabe añadir que, en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, se establece que "*se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*". Así, siendo prevista en el ámbito civil como intromisión ilegítima al derecho al honor, intimidad personal y propia imagen del menor, podía ser sancionada, en las modalidades más graves de ataque, por el art. 197 CP, dedicado a la protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen. Parece que con la vigente redacción del art. 189 del Código Penal el legislador trata de evitar la más mínima fisura en la represión de estas conductas.

En el caso de la pornografía virtual infantil, definida en el primer epígrafe, el peligro para el referido bien jurídico aún se hace más difuso, porque nunca se han utilizado menores para elaborar los materiales. Puede entenderse que, en estos supuestos, se está penando por medio de un delito de peligro abstracto la dignidad de la infancia. El peligro no queda concretado o materializado en un menoscabo de la personalidad de los menores, puesto que no han intervenido en las escenas pornográficas.

Obviamente, si el menor que aparece en el montaje es producto de un programa informático que no represente o altere gráficamente la imagen de un menor, no cabe incriminación alguna en tanto no existe afectación del objeto tutelable por cuanto la mencionada representación resulta totalmente ficticia. Por lo tanto, es comprensible entender que la prohibición del referido material fuera una injustificada limitación a la libertad de expresión<sup>67</sup>. Sin embargo, este tipo de pornografía parece que pretende sancionarse en el Proyecto de Reforma de 2013.

---

<sup>66</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, p.259

<sup>67</sup> MORALES PRATS, F. *Pornografía infantil e Internet*, 2002, p. 4

## 7. LA IMAGEN VIRTUAL. PROBLEMAS PARA DELIMITAR LA REALIDAD

En el presente epígrafe se analiza hasta qué punto es posible, técnicamente, distinguir una escena real fotografiada de una fotografía real retocada o de una imagen virtual creada íntegramente mediante ordenador.

El gran inconveniente que lleva implícito este delito radica en la dificultad de apreciación práctica del supuesto de hecho en tanto que la unión entre la creación y la realidad es difícil de corroborar, debiendo existir indicios evidentes de la citada asociación para apreciar la conducta típica. No basta con la mera asociación de caracteres comunes a cualquier menor sino que debe referirse a rasgos característicos del supuesto sujeto pasivo, esto es, únicamente cabrá apreciar este tipo penal cuando de forma expresa pueda conocerse que en los actos pornográficos recogidos en el material intervienen menores de edad. Es por ello, por lo que en la mayoría de las ocasiones debe estarse a los hechos probados si se habla de menores reales o de composiciones virtuales o imágenes trucadas. La convicción o no muchas veces procederá de la observación directa del tribunal conforme a su criterio valorativo racional, el cual podrá comprobar por la estatura, rostro, falta o no de desarrollo físico sexual (por ejemplo, ausencia de vello púbico), la edad aproximada de los mismos, etc.<sup>68</sup>

No obstante, se ha intentado encontrar algún método que ofrezca certeza de cómo identificar la base del material pornográfico y, al existir tantos sistemas de enmascaramiento y de creación artificial, habrá que analizar caso por caso, buscando aquellos que puedan permanecer en la información oculta de la imagen y que revelen el origen de la imagen o si mas no los cambios que ha sufrido la misma<sup>69</sup>.

El problema es el medio para llegar a resolver algunos aspectos de la cuestión jurídicamente relevante en orden a determinar si: a) la imagen pornográfica del menor, es una imagen tomada de un acontecimiento real, es decir, es una escena vivida por el

---

<sup>68</sup> Vid. STS de 25 de noviembre (RJ 2009/556); de la misma manera, en la SAP de Madrid de 16 de noviembre (ARP 2010\76), el Tribunal tras el "*visionado de las grabaciones correspondientes a las películas y fotografías intervenidas en el domicilio de la DIRECCION000 reveló que su contenido sexual, con relación a los hechos enjuiciados, es siempre relativo a mujeres jóvenes que en la mayoría de los casos presentan indiscutiblemente una edad inferior a los dieciocho años. Así lo revela su apariencia física, complexión y desarrollo y nada permite afirmar que se trate de mujeres mayores de 18 años de aspecto aniñado, real o logrado artificialmente, encontrándonos ante una pseudopornografía*".

<sup>69</sup> GARCÍA MORETÓ, E. "Problemas técnicos de la imagen en la pornografía", *ReCrim* 2009:051. <http://www.uv.es/recrim/recrim09/recrim09n04.pdf>, p.53

menor; b) la imagen que vemos procede de una mezcla de imágenes reales tomadas separadamente de acontecimientos distintos, cuya combinación induce al espectador al contenido pornográfico; c) la imagen del menor que aparece en la escena, ha sido creada íntegramente con cualquier técnica de animación, con apariencia realista, bien cuando la escena y todos los actores sean virtuales, bien como mezcla de la imagen virtual del menor con imagen real de mayores de edad.

Como comentábamos, a efectos jurídicos, sólo la comprobación por comparación de la semejanza entre la realidad objetiva y lo representado, permitirá construir el concepto de imagen real, en este caso imagen del menor y eso rara vez dependerá de criterios técnicos que, sólo podrán orientar a quien debe valorar esa semejanza o diferencia, con consecuencias jurídicas.

## **8. CONCLUSIONES**

Como ha podido observarse, a escala mundial, ha existido un gran impulso para perseguir los abusos y otros comportamientos de carácter sexual como la pornografía infantil con víctimas menores de edad.

De lo analizado podemos extraer tanto consecuencias positivas como negativas en esta materia. Por lo que respecta a las primeras, la acción contra la pornografía infantil se enmarca en un contexto de preocupación y de compromiso generalizado, es por ello por lo que existe una gran aceptación de la Convención sobre los Derechos del Niño; una gran ratificación del Protocolo Facultativo por parte de los Estados y una interacción entre los documentos de Naciones Unidas y las Conferencias Internacionales. No obstante, y haciendo referencia a las medidas adoptadas para intentar la disminución de dichas prácticas, al ser la pornografía infantil un fenómeno tan complejo, son difíciles de establecer. Por ello, como ha quedado expuesto es necesaria la colaboración y la cooperación en esta materia. Respecto a las carencias en dicha materia, es necesario llevar a cabo más estudios sobre esta cuestión. En primer lugar, existen dificultades a la hora de definir algunos términos. En segundo lugar es necesario adoptar más políticas comunes puesto que no se propone alternativa de lucha. Por otra parte, el examen de aparatos sofisticados, requiere mucho personal y tiempo y, ello plantea a las autoridades competentes la necesidad de una asignación más importante de recursos humanos.

Como ha quedado manifestado, las conductas tipificadas como pornografía infantil, tradicionalmente, eran la producción, ofrecimiento, utilización, distribución, facilitación y posesión. Actualmente, a estas conductas se insertan otras tipologías delictivas relativas a las nuevas tendencias delincuenciales concretamente referidas a las cometidas a través de internet, creando, así, un catálogo de sanciones extensivo donde prácticamente se incluyen todos los comportamientos lesivos vinculados a la cadena de pornografía infantil.

Por lo que respecta al tema clave de este estudio, hemos podido observar que la pornografía virtual infantil suscita críticas a la obsesión criminalizadora, ya que nos hallamos ante un caso de delito sin víctima. En este caso el elemento sacro sería la imagen de la infancia en su conjunto.

Además, se ha podido observar cómo existe una ausencia de lesividad u ofensividad de la conducta, puesto que como ha quedado manifestado, no se afecta directamente al bien jurídico "*indemnidad sexual*" de ningún menor.

Resulta necesario en este punto realizar algunas consideraciones de política criminal al objeto de entender por qué y para qué se pretende regular esta conducta. En primer lugar, podría entenderse que lo que ha querido el legislador es atacar los comportamientos referidos a la pornografía infantil en todas sus fases, dentro de una política de tolerancia cero. En segundo lugar, la punición de esta conducta podría basarse en la peligrosidad que revela el autor, en tanto en cuanto se trata de conductas favorecedoras a futuras agresiones o abusos a menores a través del fomento de la pedofilia, anticipando, así, la tutela penal a un estado previo de la puesta en peligro del bien jurídico. El legislador lo que pretende proteger es la indemnidad sexual, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, anticipando las barreras de protección penal y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pederastas sobre menores concretos. En virtud del principio de ofensividad, como ha quedado expuesto, es necesario que únicamente sean subsumibles en el tipo conductas que entrañen una lesión para la indemnidad del menor, y no cualquier utilización de imágenes o voces que, por su naturaleza o nula vinculación con el contenido pornográfico del producto en el cual se insertan, carezcan de entidad para dañar el bien jurídico. En esta línea, se está salvaguardando al menor para que, con posterioridad, no sea objeto de explotación.

La intervención del Derecho Penal en un estado previo incluso a la propia puesta en peligro del bien jurídico es discutible. Por mucho que la conducta de quien produzca, distribuya o consuma no responda a la normalidad sexual mayoritariamente aceptada, puede darse el caso que a través de esta vía se llegue a sancionar comportamientos éticamente reprochables pero sin trascendencia penal alguna.

Como se ha podido observar, además, la utilización devaluada del menor origina múltiples dificultades interpretativas en la tarea de la concreción debida de la conducta y de su acreditación probatoria. Es difícil establecer si el material pornográfico incorpora una utilización real o virtual del menor. En estos supuestos cabe identificar un desvalor material de la conducta, relacionado con la afectación de la dignidad del menor o su derecho a la propia imagen.

Finalmente, y por lo que a mi juicio respecta, en estos tipos de conductas, no existe un menor real victimizado y, consecuentemente, no hay bien jurídico protegido.



## 9. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M.; *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Ed. Dilex, SL, 2006

BLANCO LOZANO, C., *El nuevo Derecho penal sexual Español tras la reforma de 2003*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005 (*Westlaw BIB 2005/1139*)

CARBONELL MATEU, J.C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

COBO DEL ROSAL, M (Coord.), *Derecho penal Español. Parte especial*, 2ªed. Ed. Dykinson, Madrid, 2005

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (Dir.), DÍAZ MARTÍNEZ, P. (Cord.), *Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia*, vol.1, 2ªed., Ed. Bosch, 2004

Consulta 3/2006 sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil. Fiscal General del Estado

CORCOY BIDASOLO, M / MIR PUIG, S. *Comentarios al Código Penal: reforma LO 5/2010*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

CÓRDOBA RODA, J / GARCIA ARÁN, M (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, 2004

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*, *Anuario de derecho penal*. Número 1999-2000

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Bosch, 1985

FERNÁNDEZ TERUELO, J-G, *Derecho Penal e Internet: especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, 1ª ed., Ed. Lex Nova, 2011, p. 123

GARCÍA MORETÓ, E. "Problemas técnicos de la imagen en la pornografía", *ReCrim 2009:051-059*. <http://www.uv.es/recrim/recrim09/recrim09n04.pdf>

GÓMEZ GUILLAMÓN, R ...[et al.], *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*, 12ª ed., Ed. Colex, 2008

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C (Coord.), *Nociones Fundamentales de Derecho Penal: Parte especial*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010

GÓMEZ TOMILLO, M (Dir), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, 2<sup>a</sup> ed.

GÓNZALEZ RUS, J.J, *La violación en el Código Penal español*, Ed. Universidad de Granada

MARCOS MARTÍN, T. "Pornografía infantil en Internet: los derechos del niño y su protección internacional", VILLAGRASA ALCAIDE, C /RAVETLLAT BALLESTÉ, I (Coords.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia: Congresos mundiales y temas de actualidad*. Ed. Ariel, Barcelona, 2006

MORALES PRATS, F. *Pornografía infantil e Internet*, 2002

MORALES PRATS, F. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona: Destino, 1984

MORILLAS FERNÁNDEZ, D,L, *Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del código penal*, Cuadernos de política Criminal nº 108, III diciembre 2012

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal: Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010

MUSACCHIO, V. *Disposiciones penales sobre la unificación de la legislación europea para contrarrestar el fenómeno de la pornografía infantil en internet*, Revista General de Derecho Penal 17 (2012)

ORTS BERENGUER, E /SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001

ORTS BERENGUER, E/ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L, *Compendio de Derecho penal (parte general y especial)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

QUINTERO OLIVARES, G/MORALES PRATS, F/TAMARIT SUMALLA, J.M/ GARCÍA ALBERO, R, *Comentarios al Código Penal, Tomo II. Parte especial (artículos 138 a 318)*, 5<sup>a</sup>ed. Thomson Aranzadi, 2008

ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 2<sup>a</sup>ed., 1999

SÁNCHEZ MELGAR, J (Coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, vol. 1, Ed. Sepín, 2004

SERRANO GÓMEZ, A / SERRANO MAILLO, A, *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª ed., Ed. Dykinson, 2008

TAMARIT SUMALLA, J.M, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual: Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, 2002

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentarios al Código Penal: Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. La Ley, 2010.