

UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN MATERIA PENAL: EL DEBATE SOBRE LA LIBERTAD SEXUAL Y LA INFLUENCIA DE LA DIRECTIVA 2011/92/UE EN LA REFORMA DE 2015 *

LINA MARIOLA DÍAZ CORTÉS

Profesora Asociada Área de Derecho Penal. Profesora contratada doctora
acreditada. Universidad de Salamanca

ldiaz@usal.es

SUMARIO: I. La libertad sexual de los menores en el ámbito penal español. I.1 La libertad sexual: la edad los trece años —16 años con la reforma de 2015— como presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*. I.2 La libertad sexual de un menor a partir de los trece años —16 años con la reforma de 2015—, respecto a un determinado tipo de actos de connotación sexual. II. La influencia de la directiva 2011/92/ue en la reforma del código penal español en materia de pornografía infantil. II.1 La definición de pornografía infantil. II.2 Otros aspectos vinculados con pornografía infantil III. Consideraciones finales IV. Bibliografía.

Resumen: En materia de delitos sexuales, cuando se trata de menores, existe acuerdo en la penalización de *ciertas* conductas que afectan

* Trabajo realizado bajo la Dirección del Profesor Fernando Pérez Álvarez, en el marco de los Proyectos I+D+i (MINECO) «*Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a los Estados democráticos*» (DER2013-44228-R) y «*Privacidad y Redes Sociales*» (DER2013-42294-R). El presente trabajo constituye un desarrollo más extenso de un artículo de mi autoría: «La libertad sexual de los menores en el ámbito penal español: líneas básicas para una primera aproximación» en *En torno a la privacidad y la protección de datos en la Sociedad de la Información*, AA.VV. (coord. Aparicio Vaquero y Batuecas Caletro), Comares, Granada, 2015.

su libertad o indemnidad sexuales. De esta forma, se consideran delitos los abusos sexuales contra menores en los que no existe violencia o intimidación y las agresiones sexuales en las que si se hace uso de la misma. El que se penalicen actos, en los que en principio se da un «*consentimiento natural*», por parte del menor, tiene como trasfondo, la idea de protección respecto a éste. Por eso se plantea la llamada *libertad sexual*, la cual sólo se les reconoce a los menores a partir de determinada edad. Analizar las diferentes posiciones que han surgido, respecto al concepto de *libertad sexual*, el debate sobre este tipo de presunciones y las coherencia de las disposiciones del Código Penal en materia de delitos sexuales contra menores, en nuestro concepto es un primer aspecto que se debe estudiar, ya que consideramos que es uno de los temas más controvertidos en la materia. De esta forma, en este artículo se analizará en primer lugar, la discusión actual en materia de libertad sexual de los menores y en segundo lugar, la influencia en materia de pornografía infantil —concretamente respecto a la definición de su concepto y de manera general a otros aspectos vinculados con el tema— de la Directiva 2011/92/UE en la reforma del Código Penal.

Palabras claves: *libertad sexual, edad consentimiento sexual, presunciones iuris tantum o iuris et de iure, definición de pornografía infantil, Directiva 2011/92/UE, reforma del Código Penal 2015.*

En materia de delitos sexuales, cuando se trata de menores, existe acuerdo en la penalización de *ciertas*¹ conductas que afectan su libertad o indemnidad sexuales². A título de ejemplo, se consideran delitos, los abusos sexuales contra menores en los que no existe violencia o intimidación y las agresiones sexuales en las que si se hace uso de la misma. Respecto a los segundos, el que se penalicen actos, en los que en principio se da un «*consentimiento natural*», por parte del menor, tiene como trasfondo, la idea de protección respecto a éste.

¹ En efecto, referimos «*ciertas*», dado que parte de la doctrina ha criticado figuras de reciente incorporación que anticipan la tutela penal.

² Tómese en cuenta la discusión sobre el bien jurídico tutelado. En España, la doctrina se ha cuestionado, sobre si en los delitos sexuales contra menores de edad, se puede hablar del bien jurídico de la libertad sexual o si es preferible plantearlo como delitos contra la indemnidad sexual. Sobre este punto: MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 43 y ss. De la misma autora: «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010» en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* n.º 15, 2010, Universidad de San Sebastián, Chile, p. 88; DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola: «Aproximación a la política criminal manejada en Colombia en los delitos sexuales contra menores: una tendencia hacia la inocuización del delincuente», en *Revista General de Derecho Penal*, 11, IUSTEL, España, Mayo de 2009, pp. 6-7.

No en vano cuando STUART MILL defendió en 1856 la libertad del individuo, recalcando que ésta nunca se podría limitar so pretexto de su propio bienestar, desmarcó de este grupo a los menores. Lo anterior, ya que consideró que la plena vigencia de la libertad, no abarca a los seres humanos que no han alcanzado madurez, ya que aquéllos están en una edad de reclamar todavía los cuidados de otros, debiendo ser protegidos, no sólo frente a los demás, sino frente a ellos mismos³. Sin duda, bajo la anterior premisa se ha legislado en el ámbito penal. Por eso se plantea la llamada *libertad sexual*, la cual sólo se le reconoce a los menores a partir de determinada edad.

Analizar lo señalado por la doctrina, respecto al concepto de *libertad sexual*, las presunciones que surgen sobre la misma y su vinculación con la aparente contradicción en la tipificación de los delitos de pornografía infantil, en nuestro concepto, es un primer aspecto que se debe estudiar, dado que sin duda, es uno de los temas más controvertidos en la materia.

De esta forma, en este trabajo analizaremos, en primer lugar, la discusión actual en materia de libertad sexual de los menores. Lo anterior concretamente vinculado con el debate sobre la presunción que se establecía respecto a menores de cierta edad (como *iuris tantum o iuris et de iure*) y el análisis de las limitaciones que sufre la libertad sexual de un menor que supere esta edad, frente a determinados actos de connotación sexual. En segundo lugar, analizaremos la influencia en la definición del concepto de pornografía infantil de la **Directiva 2011/92/UE** en la reforma del Código Penal de 2015, para finalmente hacer una breve referencia esquemática de otros aspectos de la Directiva vinculados con el delito de pornografía infantil.

I. La libertad sexual de los menores en el ámbito penal español

I.1 *La libertad sexual: la edad como presunción iuris tantum o iuris et de iure*

En el contexto jurídico penal español, la discusión sobre la edad a partir de la cual un menor puede dar su consentimiento en materia penal, se puede diferenciar en tres momentos puntuales: antes de la

³ STUART MILL, John: *Sobre la libertad*, Aguilar, Buenos Aires, 5. Edición, 1968, pp. 50-51.

reforma de 2010, después de la misma⁴ y la situación actual con la reforma de 2015.

Antes de la reforma de 2010

Antes de la reforma de 2010, existía un relativo consenso en torno a la existencia de una presunción *iuris et de iure* de incapacidad para consentir válidamente en materia sexual hasta determinada edad. De esta forma lo consideraba un importante sector de la doctrina⁵ y de la jurisprudencia⁶. Según esta posición, el antiguo artículo 181.1 del Código Penal (en adelante CP), al establecer como delito la conducta de «*el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual...*», y definir en su numeral 2, que «*A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare*», establecía

⁴ Así lo han señalado: RAMÓN RIBAS, Eduardo: *Minoría de edad, sexo y Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 25 y ss., MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 119 y 120.

⁵ Siguiendo lo anterior: TAMARIT SUMALLA, Josep María: «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1182. Al referirse a la reforma de 2010, señala que «*en lo que concierne a los límites de edad, se mantiene la barrera de los trece años, según criterio adoptado en 1999, como límite por debajo del cual se presume «iuris et de iure» la irrelevancia del consentimiento del menor*»; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: *De los abusos y agresiones sexuales a menores (...)*, op. cit., p. 119; CARUSO FONTÁN, María Viviana: *Nuevas perspectivas sobre delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 312: señala: «*existe una presunción iure et de iure de falta de consentimiento válido en menores de trece años y una presunción iuris tantum de capacidad para consentir en edades posteriores*».

⁶ A título de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 411/2006, de 18 de abril, señala tal tendencia en la jurisprudencia: «*al tratarse de los menores de 13 años, no obstante, opiniones doctrinales que consideran que debiera establecerse una presunción que admitiera prueba en contrario a través del análisis a posteriori de la capacidad del menor para expresarse en el ámbito sexual, lo cierto es que el Código, art. 181.2 CP, establece una presunción «iuris et de iure» sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles (SSTS 22.10.2004, 25.10.2001, 15.2.2005), y lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido. Este límite de edad ha de referirse a la edad física resultando censurable la equiparación de tal edad de la edad mental, lo que quebraría el principio de seguridad jurídica*».

una presunción *iuris et de iure*, según la cual, los sujetos menores de trece años no tenían capacidad de consentimiento jurídico en materia sexual.

Si bien lo anterior era la idea general, lo cierto es que RAMÓN RIBAS, refiere cómo tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, se habían presentado planteamientos que admitían la posibilidad de conceder relevancia al consentimiento a dichos menores. En esta línea cita a ORTS BERENGUER y SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, quienes consideran que si bien se debe entender que el consentimiento en materia sexual dado por un sujeto menor de 13 años con relación a un adulto carece de validez, no se puede decir que se dé una «negación global de todo valor al consentimiento de los menores, ni la negación de su derecho a descubrir y ejercer la sexualidad»⁷. En virtud de este proceso de descubrimiento y ejercicio de la sexualidad, se puede considerar válido el consentimiento cuando se trata de dos sujetos menores de 13 años que tienen relaciones sexuales⁸.

En cuanto a la jurisprudencia, RAMÓN RIBAS refiere la sentencia del Tribunal Supremo 476/2006 de 2 de mayo en la cual se acepta la posibilidad de admitir una presunción *iuris tantum*, en menores cuya edad está muy próxima al tope legal de 13 años. Es decir, que se podría admitir prueba en contrario, si en un análisis *a posteriori* se determinara la «capacidad del menor para expresarse en el ámbito

⁷ ORTS BERENGUER, Enrique/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 131 y 132. La anterior discusión, ya fue referida, con relación a lo establecido por el Convenio de Lanzarote, al señalar: «El Convenio no define el concepto de «actividades sexuales» y no prescribe una edad mínima legal para mantener relaciones sexuales. Deja la definición a cada una de las Partes, teniendo en cuenta la diversidad de las legislaciones nacionales. No pretende tipificar como delito las actividades sexuales consentidas entre adolescentes que están descubriendo su sexualidad, incluso si uno o ambos están por debajo de la edad legal para mantener actividades sexuales. Su objetivo no es regular las relaciones sexuales consentidas entre menores de edad en el contexto de su desarrollo sexual».

⁸ En la misma línea, ya en 1997 lo consideraba SÁNCHEZ TOMAS, J. M: «Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre el menor de doce años y abusando de trastorno mental» en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1997, n.º 61, pp. 124-125, señala que en el caso de las relaciones sexuales entre un menor con edad para dar su consentimiento en materia sexual y un menor que no tenga dicha edad, no se puede considerar lesionada la libertad sexual del segundo menor. Lo anterior, lo considera más como un mero ejercicio, tal vez precoz de dicha libertad, pero nunca lesivo de la misma.

*sexual y comprender y valorar adecuada y justamente el significado y alcance del acto que realiza»*⁹.

Con la reforma de 2010

El anterior debate se afianza después de la reforma de 2010, ya que en su modificación se eliminó la referencia que se hacía a la presunción del artículo 181.2 y el artículo 183.1 del CP —con anterioridad a la reforma de 2015— simplemente señalaba: «*el que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años*». Para RAMÓN RIBAS, la supresión de la presunción establecida en el texto del anterior del artículo 181.2 del CP, ha conducido a que en la doctrina aparecieran de forma más clara las dos posturas.

Por una parte, la que seguía la línea de la presunción *iuris et de iure* y consideraba que todo acto sexual que se realice con un sujeto menor de 13 años, sería punible por atentar contra la intimidad sexual, dado que los menores de dicha edad no tienen capacidad para consentir válidamente en materia sexual¹⁰. En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, al referirse al capítulo II bis «*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*», indica que: «*Se presume que estos carecen de la capacidad de madurez suficiente para conocer el significado de la sexualidad y conducirse en consecuencia; y se presume sin excepciones, pues aunque un menor de aquella edad la comprendiera perfectamente, y aceptare y aun buscara una relación*

⁹ Conforme a lo anterior, el alto Tribunal considera que no sería válido acreditar la aceptación voluntaria del menor, al simple hecho de su no oposición: «*ahora bien esta posibilidad de admitir prueba de contrario con virtualidad legitimadora de la conducta, obviamente limitada a menores cuya edad está muy próxima al tope legal de 13 años, no debe referirse, como pretende el recurrente a acreditar esa aceptación voluntaria de las prácticas sexuales por el menor asimilando el consentimiento al hecho de la no oposición —el menor fue convencido por el acusado— a las mismas, dado que, de una parte, tal aceptación del menor no sería determinante de la licitud de la conducta, y de otra, si hubiera faltado el consentimiento y la relación hubiera sido impuesta con violencia o intimidación, se aplicarían los tipos de los arts. 178 y 179 (agresiones sexuales) con la agravante específica, además, del art. 180.3, referente al caso de especial vulneración de la víctima por razón de edad («en todo caso, cuando sea menor de 13 años».*

¹⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «De los abusos sexuales a menores de trece años», en *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 728, mantiene analizando la reforma de 2010, el establecimiento de una presunción *iuris et de iure*. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 253/2012 de 22 junio.

con un adulto, se le seguirá teniendo por incapaz de consentir de forma válida y eficaz»¹¹.

En una segunda postura, se consideraba que no todo acto sexual que se realice con un sujeto menor de 13 años, es punible. En esta versión, se podría encontrar dos tipos de argumentos en la doctrina. El primero, consideraba que la nueva redacción parecía dar «*relevancia al consentimiento del menor de trece años en los casos de relaciones sexuales sin violencia o engaños*», dado que «*la ratio legis sólo pretende preservar al menor de las relaciones practicadas con adultos, para evitar que sea objeto de manipulación por parte de estos*»¹². En segundo lugar, el que establecía que era necesario analizar si el consentimiento dado por un sujeto menor de 13 años, ha implicado actos que «*atenten contra la indemnidad sexual*». Es decir que se analizaba si en el caso concreto se ha lesionado dicha indemnidad¹³. Nos centraremos en la segunda, dado que consideramos que presenta mejores fundamentos.

RAMÓN RIBAS vinculaba esta segunda postura a lo planteado en la **Circular núm. 9/2011** de la Fiscalía General del Estado¹⁴. A través de ésta, la Fiscalía dictó pautas a sus fiscales, respecto al tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual, cometidos por menores entre 14 y 18 años¹⁵. Concretamente, señalaba que en España no existen reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. Lo anterior ha supuesto, que formalmente se podría decir que si un menor entre 14 y 18 años, tiene relaciones sexuales con un sujeto menor de 13 años, sin violencia e intimidación, cometería el tipo del artículo 183.1 del CP. No obstante, tal interpretación no sería coherente con la idea según la cual, no todo hecho subsumible en un tipo, puede ser considerado

¹¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: «Agresiones y abusos sexuales a menores», en *Delitos Sexuales contra menores, abordaje psicológico, jurídico y policia*, LAMEIRA FERNÁNDEZ, María y ORTS BERENGUER, Enrique (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 72. En el mismo sentido, remitiéndose a lo señalado por el TS lo hace, MARTÍN LORENZO, María: «Capítulo 4. Libertad e indemnidad sexuales» en *Memento Ex-perto, Reforma Penal 2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 102.

¹² MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: *De los abusos y agresiones sexuales a menores...*, op. cit., p. 120.

¹³ RAMÓN RIBAS, Eduardo: *Minoría de edad, sexo...*, op.cit., p. 31.

¹⁴ Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/circular_9-11_reforma_de_menores.pdf?idFile=fc646370-1576-4296-a98b-3e8f30f0153a (Consulta 9/02/ 2015)

¹⁵ Recordemos que en España, según la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, existe una responsabilidad penal específica, frente a menores entre 14 y 18 años.

como una conducta penalmente relevante, siendo necesario que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido. Para resolver lo anterior, la Circular señala que *«cabe defender que determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible»*.

En síntesis, con lo señalado, la Fiscalía General del Estado, parecía desvirtuar, la presunción *iuris et de iure*¹⁶, de los 13 años como edad en materia de consentimiento sexual, cuando se trata de menores con una similar edad y sin el uso de violencia o intimidación. Lo anterior, básicamente por razones de ausencia de antijuridicidad¹⁷.

En esta misma línea CUGAT MAURI, señaló que la supresión de la *«cláusula presuntiva análoga a la del apartado segundo del art. 181 CP»* supuso un cambio sensible a través de la cual *«podrán excluirse el tipo de relaciones entre menores, que de otro modo, por el hecho de tener uno más de catorce y otro menos de trece, deberían incriminarse absurdamente»*¹⁸.

Desarrollando lo anterior, RAMÓN RIBAS explicaba esta segunda postura, señalando que ciertos contactos sexuales consentidos entre menores edad (por ejemplo entre un menor con 11 años y uno de 14 años) se podrían considerar penalmente irrelevantes, ya que no implicarían un daño o perjuicio de connotación sexual. Según sus propias palabras: *«La hermética separación entre ausencia de libertad sexual y su adquisición, impuesta por el cumplimiento de los trece años, dejaría de mostrarse, por tanto, como un límite infranqueable para decidir en dichos casos si las relaciones sexuales entre los menores pueden estimarse lesivas para aquel que aún no cumplió trece*

¹⁶ En opinión contraria RAMÓN RIBAS, Eduardo: *Minoría de edad, sexo...*, *op.cit.*, p. 39, observa claramente que la Fiscalía pese a considerar que es perturbador el que en España no se establezcan pautas en el caso de la asimetría de edades, sigue considerando que la presunción tiene naturaleza *iuris et de iure*.

¹⁷ En similar sentido, da argumentos frente la comisión por parte de menores de entre 14 y 18 años de delitos vinculados con la pornografía infantil, estableciendo también alguna serie de factores que se deben ponderar, como verificar si es sólo posesión o difusión intencionada, o la cantidad de material aprehendido.

¹⁸ CUGAT MAURI, Miriam: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 y 183 bis, 187, 188, 189 bis y 192, Disposición Final Segunda», en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.), Tirant lo blanc, Valencia, 2010, p. 229.

años»¹⁹. Lo anterior suponía, que no todo contacto sexual con un sujeto menor de 13 años podía ser penalmente relevante, sino sólo los que impliquen un daño o peligro de connotación sexual. Esta posición iba unida, según el autor, al rechazo de que tales presunciones incapaciten al menor para experimentar o desarrollarse sexualmente con otras personas²⁰.

Si bien el autor, señala como inconvenientes de esta segunda postura, los límites de lo que se puede entender como «*daño o peligro de carácter sexual*», lo cierto es que sin duda, era un interpretación más coherente con el reconocer al menor como sujeto de derechos y por ende su reconocimiento de un libre desarrollo de su personalidad.

Pese a lo anterior, las posiciones de la doctrina respecto a la reforma de 2010, parecía no deducir de forma unánime que la presunción al respecto, haya dejado de ser *iuris et de iure*. Así lo explicaba ROPERO CARRASCO, al señalar que un sector de la doctrina consideraba que: «*no parece razonable pensar que el legislador de 2010, que pretendió reforzar la protección de los menores de trece años, endureciendo las penas e incorporando nuevos tipos, pretendiera sustituir dicha presunción por otra iuris tantum*».

Lo anterior lo refuerza la autora, explicando que «*el establecimiento de la barrera de edad para diferenciar una protección absoluta (a los menores de trece años), de otra más relativa (en cuanto exige la prueba de elementos adicionales, en los casos de menores hasta dieciséis o dieciocho años), aun presentando algunos inconvenientes (que no contemplan factores de interés como la diferente maduración física y psíquica del sujeto) resulta ser la más acorde con el principio de seguridad jurídica. Por otra parte, el criterio de la «edad de consentimiento» y la presunción iuris et de iure que se deriva del mismo se encuentra absolutamente asentados en la mayoría de los Ordenamientos, instándose desde las organizaciones internacionales de Derecho a una unificación que facilite la necesaria armonización y la cooperación internacional en este ámbito*»²¹.

¹⁹ RAMÓN RIBAS, Eduardo: *Minoría de edad, sexo...*, op.cit., p. 33.

²⁰ *Ibíd.*, p. 40.

²¹ ROPERO CARRASCO, Julia: «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 260 y 261. En esta misma línea, GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: «La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de reforma de Ley orgánica de 20 de septiembre de 2013», en *Análisis de las reformas penales, presente y futuro*, MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.) DEL CARPIO DELGADO, Juana y GALÁN MUÑOZ, Alfonso (Coords.), Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 64, señalando entre los motivos «*porque el hecho de que el*

La reforma de 2015

La anterior discusión parece haberse zanjado, con lo establecido en la Ley Orgánica 1/2015. En efecto, si bien la edad penal en materia sexual se eleva a los 16 años, estableciéndose en el capítulo II Bis la denominación «*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*», se incorpora el artículo 183 quáter en el que se señala: «*El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo —De los abusos y agresiones sexuales a los menores de dieciséis años—, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez*».

Es así como partiendo de esta nueva redacción TAMARIT SUMALLA, considera que su naturaleza puede ser entendida como una causa de justificación, o como un «*supuesto de declaración expresa de la atipicidad de estos supuestos, ya que en el abuso sexual el consentimiento es un elemento esencial del tipo*». Ahora bien, en su opinión con esta disposición se ha establecido una excepción a la presunción *iuris et de iure* de irrelevancia de consentimiento en esta materia. En esta medida se debe entrar a valorar las «*condiciones en que se ha prestado el mismo y la relación entre los sujetos para poder determinar si la conducta es constitutiva o no de abuso*» según los artículos 181.3 y 182.1 CP²². En similar sentido GARCÍA ÁLVAREZ entiende que se ha pasado de una presunción *iuris et de iure* a *iuris tantum*²³.

Es decir, que se reconocería un consentimiento válido, en el contexto sexual, cuando se trata de relaciones sexuales, entre menores con edades similares y con un grado de desarrollo o madurez similar. A título de ejemplo, podríamos pensar en la atipicidad de la

prevalimiento de una relación de superioridad agrave los abusos (cfr. art. 183.4 d Cp), permite deducir que tal prevalimiento es innecesario en el tipo básico, luego, la relación será constitutiva de delito simplemente por haberse mantenido con un menor de trece años».

²² TAMARIT SUMALLA, Josep María: «La elevación de la llamada edad del consentimiento sexual» en *Comentario a la reforma penal de 2015*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 432.

²³ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: «La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de reforma de Ley orgánica...» *op. cit.*, pp. 64, 68 y 69. La autora considera que se establece un margen muy abierto en este sentido, ya que en su opinión se debió blindar el reconocer el consentimiento a menores de determinadas edades, y a partir de los 16 años considerar atípicas las relaciones sexuales en el que se de un consentimiento libre del menor para «*mantener relaciones sexuales con otros menores o adultos, siempre y cuando no haya mediado violencia, intimidación o con consentimiento viciado por engaño u obtenido por prevalimiento*».

conducta en la que un menor de 17 años tuviera una relación sexual «consentida» con un menor de 14 años. No obstante, será una tarea de la jurisprudencia y de la doctrina, establecer criterios para determinar cuando un autor —que podría ser un adulto—²⁴, tiene un grado de desarrollo o madurez próxima a la edad del menor de una edad inferior a 16 años^{25 26}.

1.2 *La libertad sexual de un menor, respecto a un determinado tipo de actos de connotación sexual*

Si bien, en este acápite vamos a referir lo señalado por la doctrina, antes de la reforma de 2015, partiendo de la edad de los 13 años como edad en materia de consentimiento sexual, creemos que todos los argumentos son perfectamente aplicables a la legislación actual, con la única variación de que ahora se parte de los 16 años.

Entrando en materia, podemos señalar que pese la reforma de 2015, se puede considerar que hoy en día, pareciera mantenerse la aparente contradicción respecto al reconocimiento de libertad sexual de los menores dentro de determinada franja de edad y la tipificación de los delitos relativos de pornografía infantil.

En este sentido ya lo refería RAMÓN RIBAS al indicar que partiendo de la edad de los trece años —y que ahora sería trasladable a los menores de dieciséis años—: «*la declaración general de la libertad sexual de los menores que alcanzan los 13 años de edad, a los que se reconoce la capacidad para relacionarse sexualmente con cualquier persona, se ve inmediatamente desvirtuada por la previsión de castigar a quienes captan o utilizan a menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar cualquier clase*

²⁴ Podría ser tanto un menor como un adulto, dado que el artículo tampoco excluye que pueda ser un adulto. En efecto, por qué no plantearse la anterior discusión en el caso de relaciones sexuales entre un menor de 15 años y un adulto de 18 años.

²⁵ Sobre este punto el Prof. Fernando Pérez Álvarez considera que si tales exigencias se conforman como elementos del tipo, se tendría que resolver: ¿el cómo se verán abarcadas por el dolo?

²⁶ En este punto TAMARIT SUMALLA, Josep María: «La elevación de la llamada edad del consentimiento sexual» (...) *op. cit.* p. 433, considera que para determinar cómo debe entenderse esta proximidad, deben tomarse en cuenta los criterios establecidos a través de investigación de la «*fenomenología del abuso sexual infantil concretamente en lo que respecta al elemento de la asimetría de edad, entendida como desigualdad madurativa que impide el ejercicio de una libre decisión por parte del menor y una actividad sexual compartida, dadas la diferencia en las experiencias, madurez y expectativas sobre la relación sexual*».

de material pornográfico, aún con el consentimiento de dichos menores, en principio posible si tuvieran 13 o más años»²⁷.

Contradictoriamente lo anterior, lleva a que si bien se reconoce que un menor con la edad de 16 años puede ejercer su libertad sexual, teniendo relaciones sexuales con otro, no se le reconoce dicha libertad para «autorizar su participación en actos pornográficos, en la elaboración del material de ese tipo y en su ulterior distribución»²⁸.

Siguiendo los argumentos de RAMÓN RIBAS, esto implicaría una contradicción de su regulación, dado que considera a los menores entre 16 a 18 años incapaces de consentir determinados comportamientos de contenido sexual «de menor implicación por su parte que otros en relación con los cuales si ven reconocida su libertad»²⁹.

En el mismo sentido, el autor cita a DE LA ROSA CORTINA, para quien: «A los efectos de los tipos relativos a pornografía infantil, deben entenderse abarcados todos los menores de dieciocho años, con independencia de que concurren consentimiento sexual o no. Estos tipos se emancipan, por tanto, de la edad fijada para posibilitar el consentimiento en la relaciones sexuales»³⁰.

Sobre este punto, DE LA ROSA CORTINA cita la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2010 de 30 septiembre, en la cual explícitamente se señala: «Por ello las conductas descritas en el art. 189 tienen en común que el sujeto pasivo es un menor de 18 años (o incapaz) y que su consentimiento es no válido al existir una presunción legal³¹ en el sentido de que no concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de estos, cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines pornográficos o exhibicionistas, lo que implica que un sector doctrinal considera, en cuanto a cual sea el bien jurídico protegido, que no es tanto la indemnidad sexual de la personalidad del menor, como su dignidad como menor o su derecho a la propia imagen, lo que justifica esa irrelevancia del consentimiento de los menores de 18 años que deciden intervenir en la elaboración del material pornográfico, incluso sin mediar abuso de

²⁷ RAMÓN RIBAS, Eduardo: *Minoría de edad, sexo...*, op.cit., p. 181.

²⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: «Derecho Penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes», *Lex Nova*, Valladolid, 2011, pp. 119 y 120.

²⁹ RAMÓN RIBAS, Eduardo: *Minoría de edad, sexo...*, op.cit., p. 181.

³⁰ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 47.

³¹ Por otra parte, habría que preguntarse si es una «presunción legal» es *çiusuris tantum?* o *çiusuris et de iure?*

superioridad o engaño, cuando ese consentimiento, por el contrario, si sería válido para la práctica de relaciones sexuales cuando no mediase tales circunstancias».

Con base en la anterior sentencia del Supremo, se podría argumentar, que la «*libertad sexual*» para un menor entre 16 a 18 años, permite que por ejemplo éste pueda tener relaciones sexuales que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, pero no considera viable su consentimiento en la producción de una película de contenido pornográfico, en la que participe escenificando un acto sexual simulado con un peluche³².

Es decir, no se aplicaría la idea del que «*Qui potest plus, potest minus*», dado que lo *minus*, se entiende afecta a otros bienes jurídicos diferentes —propia imagen o el honor— a los que se le da *prevalencia* sobre conductas que se consideran que ya no afectan al bien jurídico de la *indemnidad sexual* —ej.: el acceso carnal por vía vaginal consentido con un menor con una edad de 16 años—³³.

En otras palabras, lo que se plantea es la limitación de los derechos de menores, en razón a la protección de la dignidad del menor o su propia imagen en contexto sexual, lo que parecería no ser coherente con la «*libertad sexual*» que se plantea a los sujetos a partir de los 16 años. En efecto, siguiendo a RAMÓN RIBAS, esta «*libertad*» es plenamente ejercible en otros ámbitos de mayor connotación sexual, dado que se reconoce que el menor superada determinada edad, puede tener «*relaciones sexuales consentidas en el contexto de su desarrollo sexual*»; pero esta «*libertad*» no cubre la posibilidad de que un menor con una edad de 16 años, participe en la producción de material pornográfico de forma consentida, lo cual si bien no afectaría su *indemnidad sexual*, por estar en la edad para dar un consentimiento válido en esta materia, aparentemente si lo podría hacer en su *intimidad* o en su *propia imagen* o incluso en *honor*.

³² Lo anterior partiendo, de que dentro de la pornografía infantil, se puede incluir «*todo material que represente de manera visualmente a un menor, participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada*». Así lo define la Directiva 2011/92/UE. Una crítica sobre las definiciones de la Directiva: MORILLAS FERNÁNDEZ, Lorenzo: «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 108, III Época, diciembre 2012, pp. 78 y ss.

³³ Lo anterior, evidentemente partiría de que le estamos dando un mayor reconocimiento a los delitos contra la indemnidad sexual frente a los delitos contra la intimidad o el honor, lo cual parte de alguna forma, del criterio valorativo que ha realizado el legislador, al establecer unas penas mayores para los delitos contra la indemnidad sexual.

Según el Tribunal Supremo, de esta forma se le da un margen de libertad al menor para realizar actos sexuales, no así para realizar otros actos que puedan afectar *«su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas»*³⁴.

La anterior contradicción, parece ser resuelta por DE LA ROSA CORTINA, argumentando que la dignidad y la seguridad de la infancia *in genere*, tiene un carácter que excede del individual indemnidad sexual del menor por lo cual *«el núcleo del injusto no desaparece por el hecho de que el material se obtenga con consentimiento del menor»*³⁵. Aunado a lo anterior, el autor refiere la regulación de la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor**, en la que se establecen importantes limitaciones respecto a la protección al menor de actos dispositivos de su derecho a la intimidad o a la propia imagen. Así se señala en el preámbulo de dicha ley, al establecer que: *«con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor»*.

Concretamente el artículo 4 de la **Ley Orgánica 1/1996**, con base en el reconocimiento a los menores de su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que *«2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia ima-*

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 796/2007, de 1 de octubre.

³⁵ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: *Los delitos de pornografía infantil... op. cit.*, p. 169.

gen 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». (El subrayado es nuestro.)

Es decir, que si bien se considera que el menor maduro puede dar su consentimiento en la disposición del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor³⁶, la cual dicho sea de paso, no puede implicar una «*absoluta abdicación de los mismos*»³⁷, lo cierto es que dicho consentimiento se puede limitar en la medida en que dicha disposición, sea contraria a sus propios intereses o pueda menoscabar su honra o reputación³⁸.

Con el anterior precepto, DE LAMA AYMÁ, considera que si bien se parte de una aceptación de la relevancia al consentimiento del menor, reconociendo el proceso de desarrollo hacia la conciencia de su dignidad, lo cierto es que no se puede afirmar que tenga madurez para comprender el significado de «*intromisiones notoriamente contrarias a su honor o para prestar su consentimiento contractual*», en supuestos vinculados con la producción de pornografía infantil³⁹.

³⁶ En este sentido el artículo 3 de la LO 1 / 1982 señala: «1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez».

³⁷ Dado el carácter irrenunciable de dichos derechos, tal como lo dispone el artículo 1.3 de la LO 1/1982 (Ley de protección civil de los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen). En este punto, señala en su preámbulo, como el consentimiento dado por el propio interesado en la disponibilidad de estos derechos, «no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de algunas de las facultades que los integran».

³⁸ En este sentido, particularmente clara, es la sentencia del Audiencia Provincial de Valencia, del 15 noviembre 2011, en la cual se señala «En suma, para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996)».

³⁹ DE LAMA AYMÁ, Alejandra: *La protección de los derechos de las personalidad del menor de edad*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2005, p. 272.

Este argumento coincide con lo que afirma DE LA ROSA CORTINA, para quien «*Si esta restricción a la capacidad del menor maduro para consentir se aplica genéricamente a cualquier actuación que pueda serle genéricamente perjudicial, con mucha más razón deberá operar cuando la lesividad sea tan intensa como lo es la de consentir en material pornográfico sacrificando de una forma radical sus derechos fundamentales*»⁴⁰.

En nuestro concepto, a nivel de protección de la intimidad, honor y propia imagen, parece ser un tema claro, el que la publicación de material pornográfico en que intervenga un menor implique la afcción de su interés. Tan es así que por ejemplo, tal como lo cita DE LAMA AYMÁ en la **Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico**, en su artículo 8, se establece que en el caso de que un determinado servicio en red sea contrario a la dignidad de la personas o a la protección de la juventud y a la infancia, podrá ser interrumpida la prestación de dicho servicio.

De lo anterior se desprende, la especial preocupación en la protección de los derechos del menor, al cual no se le considera maduro en ciertos eventos, en los que pese a consentir, el legislador entiende que pueden resultar afectados sus derechos al honor, la intimidad o a la propia imagen, y por ende, se considera viable intervenir en contra de dicha disponibilidad.

Ahora bien, la aparente lógica de estas regulaciones no se observa en las disposiciones penales, en las cuales persiste la incoherencia. En efecto, el legislador penal reconoce su «*libertad sexual*», pero no a todos los efectos. Es claro que el consentimiento libre en la participación en una película de contenido pornográfico, es una expresión de dicha libertad. No obstante, esta concepción bastante liberal del reconocimiento del consentimiento en materia sexual a partir de los 16 años, tropieza con derechos sobre los que sin duda se debe ejercer una protección sobre el menor, esto es el honor, la intimidad y la propia imagen y que son protegidos en materia civil a través de la **Ley Orgánica 1/1996** o la **Ley 34/2002**.

Aunada a esta visión civilista GRIMALT SERVERA, analiza no sólo la **Ley Orgánica 1/1996**, sino también la **Ley Orgánica 1/1982 de**

Disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf;jsessionid=92F7A4835521D82D7D9F9EC711F6F7B0.tdx1?sequence=1> (Consulta 26/02/2015)

⁴⁰ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: *Los delitos de pornografía infantil... op.cit.*, p. 169.

Protección Civil de los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen.

Concretamente esta última en su artículo 3 establece: «1. *El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil*». En opinión del autor, conforme al anterior precepto, el menor puede autorizar la invasión en su intimidad, siempre y cuando tenga las condiciones de madurez suficientes. Lo anterior va en la misma línea del **artículo 162 del Código Civil** que establece: «*Los padres que ostenten la patria potestad tiene la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*».

Ahora bien, GRIMALT SERVERA considera que la **Ley Orgánica 1/1982**, debe ser complementada por la **Ley Orgánica 1/1996**, la cual de forma restrictiva establece que cuando se «*trata de datos que puedan afectar su honra o reputación y que sean vinculados con los medios de comunicación, que ni el consentimiento del menor ni el de sus representantes legales tiene el valor autorizante para invadir la vida privada del menor*»⁴¹.

En concepto del autor, «*el eco de los medios de comunicación justifica esta regla*». De esta forma GRIMALT SERVERA concluye que de la **Ley Orgánica 1/1982** y del **Código Civil**, se desprende que para que el menor el menor pueda ejercitar los derechos de la personalidad, debe tener condiciones de madurez suficientes. Ahora bien, según la **Ley Orgánica 1/1996**, dicho consentimiento no se tendrá ni siquiera en cuenta cuando resulte contrario a sus intereses y esté vinculada con los medios de comunicación.

Sobre este punto y refiriéndose **Ley Orgánica 1/1996**, CHAPARRO MATAMOROS, explica que pese a que el menor tenga condiciones suficientes de madurez y haya prestado su consentimiento, «*tal consentimiento no actuará como causa de exclusión de la ilegitimidad de la captación de la imagen cuando el uso de ésta en los medios de comunicación suponga un menoscabo de su honra o reputación, o*

⁴¹ GRIMALT SERVERA, Pedro: «Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. Editores: Cuenca Casas, Matilde; Anguita Villanueva, Luis Antonio; Ortega Doménech, Jorge, Madrid, Dykinson, 2013, pág 179.

más generalmente, sea contraria a sus intereses, por atentar contra su integridad moral o ser perjudicial para su formación»⁴².

Ahora bien, el problema que deriva, y que sin duda siguiendo los planteamientos de GRIMALT SERVERA, tendremos que estudiar en otro trabajo, es dar alcance a lo que es un medio de comunicación. ¿Qué son las redes sociales? ¿qué les diferencia de los medios de comunicación, en sus repercusiones, en el ámbito de la intimidad, el honor y la propia imagen del menor, como para no tomar en cuenta también este aspecto restrictivo que se maneja respecto a los medios?, y si se diera este reconocimiento, ¿qué repercusiones tendría para los menores? ¿les convertiríamos en víctimas-verdugos?

En fin todo lo anterior, son planteamientos que queremos abordar en otro trabajo, por ahora simplemente dejamos sentada una primera idea: tomando en cuenta los interesantes planteamientos realizados desde el punto vista civil, consideramos que la consideración de pornografía infantil como aquella realizada por un menor de 18 años, no resulta incoherente a la luz de esta hiperprotección —que se podría plantear como justificable— de los derecho al honor, intimidad y propia imagen de menores existente en el ordenamiento jurídico español.

II. La influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma del Código Penal español en materia de pornografía infantil

II.1 La definición de pornografía infantil

La influencia que las Directivas europeas en la legislación penal española, es una realidad que se evidencia en los preámbulos de las

⁴² CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm 10/2014, parte Estudio, p. 11. Lo anterior lo vincula el autor con la **Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado** sobre *el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de menores*, en la cual se señala que la protección de estos se encuentran hiperprotegidos por el ordenamiento jurídico. Lo anterior, atendiendo al plus de antijuridicidad que se puede predicar cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, dado que no sólo se está afectado su honor, intimidad o su propia imagen, sino que además «*pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social*».

reformas penales⁴³. No en vano, se ha señalado, que en materia de política criminal, resulta fácil prever las próximas reformas penales, a partir de una lectura de las Directivas europeas⁴⁴. En efecto, el contenido de nuevos tipos penales propuestos por las Directivas, suelen definir el contenido mismo de los cambios político criminales en materia legislativa en España. Lo anterior, sin pasar por un filtro evaluador que racionalice la incorporación de los mismos a la realidad criminológica española⁴⁵.

La influencia de lo anterior, se ve claramente en materia de delitos sexuales contra menores en la reforma del Código Penal, y cuyas modificaciones y nuevas tipificaciones están guiadas por el contenido de la **Directiva 2011/92/UE**. Esta Directiva, entró en vigor el 17 de diciembre de 2011, estableciendo normas fundamentales relativas a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual

⁴³ El recurso a las Directivas en determinados ámbitos penales, y concretamente en el referido a «*la explotación sexual de mujeres y niños*» se establece en el artículo 69 b del Tratado de Lisboa, en el cual se señala que «1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada». Por otra parte, respecto al contenido de las Directivas, vinculado no sólo a la definición de infracciones penales, sino incluso a la determinación de las sanciones a aplicar, en el numeral dos de este artículo se señala: «2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate».

⁴⁴ Respecto a la utilización de la forma de directiva, las limitaciones del reconocimiento de su eficacia directa una vez transcurrido el plazo para su trasposición al Derecho interno: GONZÁLEZ TOSCON, María Marta: «Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE», en *Revista Penal*, n.º 30, julio 2012, p. 46.

⁴⁵ Sobre este punto, véase lo referido respecto a la introducción del artículo 183 bis en el Código Penal español: DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola: «Aproximación criminológica y político criminal del contacto típicamente preordenado a la actividad sexual con menores en el código penal español, —art. 183 bis C P», en *Revista de derecho penal y criminología*, UNED, n.º 8, 2012, pp. 289-318.

de los menores y la pornografía infantil. Con lo anterior se ha dado continuidad a la política criminal europea plasmada en la **Decisión marco 2004/68/JAI** del Consejo⁴⁶.

La Directiva establece desde la definición de conceptos fundamentales pornografía infantil o espectáculo pornográfico, las conductas que se deben tipificar dentro de la explotación sexual y la pornografía infantil, hasta normas relacionadas con la asistencia de ayudas y asistencia a las víctimas o programas y medidas de intervención punitiva.

Concretamente en este apartado, nos limitaremos a analizar la definición dada por la **Directiva 2011/92/UE** y que con matices adopta la reforma del Código Penal español sobre pornografía infantil. Lo anterior partiendo de la importancia que dicha definición implica para la delimitación de lo penalmente prohibido⁴⁷.

En efecto, si bien antes de la LO 1/2015, en la legislación penal española, no existía una definición legal del contenido de lo que se debe entender como pornografía infantil, la **reforma** si lo hace, trasladando con matices, la propuesta de la **Directiva 2011/92/UE**. El establecer una definición legal sobre el concepto de pornografía infantil, supone «*invadir un terreno típicamente dominado por la jurisprudencia y la doctrina*» que sin duda tiene repercusiones positivas en aras del «*cumplimiento de las exigencias de legalidad*»⁴⁸. Así lo explica, OSSADÓN WIDOW en un riguroso estudio, sobre la técnica legislativa usada en la ley penal chilena respecto a la definición «*material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizado menores de dieciocho años*».

La Directiva define pornografía infantil como:

«Art. 2. C *Pornografía infantil:*

i) *todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada,*

⁴⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta: «Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE», en *Revista Penal*, n.º 30, julio 2012, p. 46.

⁴⁷ OSSADÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal: Análisis de la definición de «material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años», en *Polít. crim.* Vol. 9, n.º 18 (diciembre 2014), art. 1, pp. 279-337. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000200001&lng=es&nrm=iso&tlng=es (Consulta, 10 de marzo de 2015), p. 275.

⁴⁸ OSSADÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, p. 290.

- ii) *toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales,*
- iii) *todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o*
- iv) *imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.»*

Con anterioridad a este artículo, diversos instrumentos internacionales, habían establecido definiciones sobre el tema. De esta forma, la doctrina suele citar⁴⁹: el Protocolo facultativo de la Convención Internacional de los Derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, creado por la Resolución 54/263, del 25 de mayo de 2000, de la Asamblea General de Naciones Unidas (art. 2.c)⁵⁰; la Recomendación 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 31 de octubre de 2001 (art. 2.c)⁵¹; el Convenio sobre ciberdelincuencia, aprobado por el Consejo de Europa en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (art. 9.2); y la Convención del Consejo de Europa para la protección de la infancia contra la explotación y los abusos sexuales, Lanzarote, del 25 de octubre de 2007 (art. 20.2)⁵².

Se puede afirmar, que en las definiciones dadas por los más recientes instrumentos internacionales, y concretamente por la **Directiva 2011/92/UE**, se ha optado por incluir dentro del concepto

⁴⁹ OSSANDÓN, María Magdalena. «La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, pp. 283 y ss.; OXMAN, Nicolás. «Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica». *Polít. crim.* Vol. 6, n.º 12 (diciembre 2011), art. 2, pp. 253-295. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992011000200002&script=sci_arttext (consulta 11 de marzo de 2015); PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria: *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011. Disponible en http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/115602/1/DDPG_Parra_Gonzalez_AnaV_LaPornografiaInfantilRed.pdf (Consulta 10/01/2015), pp. 167 y ss.

⁵⁰ En este Protocolo se establece una definición similar que abarcaba como pornografía infantil los supuestos (i) y (ii). Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/625/70/PDF/N0062570.pdf?OpenElement> (consulta 11 de marzo de 2015).

⁵¹ Se puede consultar en http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/recomendacion2001_16.pdf (consulta 11 de marzo de 2015).

⁵² Se puede consultar en http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/ETS_185_spanish.PDF (Consulta 11 de marzo de 2015).

de pornografía infantil dos clases de la misma. En primer lugar, la llamada «**pornografía clásica**» la cual según OSSANDÓN WIDOW se «refiere a aquellas representaciones en que han intervenido menores reales, sin manipulación de imagen y en un contexto pornográfico real, aunque la representación de una actividad sexual pueda ser simulada». En segundo lugar, la denominada **pornografía alusiva a menores** «que pueda definirse como aquella en cuya elaboración no se utiliza realmente a menores de edad o, utilizándolos, se lo hace solo de manera indirecta»⁵³. Siguiendo las ideas de la autora, se puede decir que este segundo grupo ha surgido a raíz de la evolución tecnológica y de la preocupación que de manera global se ha generado en torno a la necesidad de perseguir y sancionar toda conducta relacionada con la pornografía infantil.

Ahora bien, retomando la definición de la **Directiva 2011/92/UE**, la **reforma** del Código Penal español, establece en el artículo 189.1 (segundo párrafo), el concepto de pornografía infantil. Para un análisis de la anterior definición, seguiremos las ideas del trabajo de OSSANDÓN WIDOW que hemos citado. Si bien, el análisis que hace, se refiere al caso concreto de la legislación chilena⁵⁴, consideramos que sus argumentos son estupendamente clarificadores para entender lo que se ha planteado en el caso español mediante la reforma.

Siguiendo a la autora, entendemos que al adoptar la anterior definición el legislador ha buscado lograr una mayor certeza de las conductas vinculadas con la pornografía infantil, garantizado «la seguridad jurídica y uniformidad en la aplicación del Derecho» y «reduciendo el campo de las discusiones y las arbitrariedades»⁵⁵.

⁵³ OSSANDÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, p. 282.

⁵⁴ El Artículo 366 quinquies del Código Penal chileno establece: «*El que participe en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo. Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines.*»

⁵⁵ OSSANDÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, pp. 290, 330. Pese a la anterior pretensión, la autora reconoce que la definición dada por el Código Penal chileno en materia de pornografía infantil «no asegura una restricción del Derecho Penal». En esta medida, son elocuentes las palabras de SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: «Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho Penal», en: MONTIEL, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid,

Ahora bien, las definiciones legales tienen diversas clasificaciones. Concretamente la autora, refiere cómo se pueden clasificar en *nominales y reales*. «*Las definiciones legales pueden caracterizarse como nominales, por oposición a las reales, pues no persiguen dar cuenta de la identidad de la cosa definida sino del sentido de la palabra: dan significado a un término (el definiendum) por medio de ciertos signos (el definiens)*»⁵⁶.

Por otra parte, las definiciones pueden ser *connotativas o intencionales y denotativas o extensionales*, atendiendo al método que se ha empleado para definir el concepto. Concretamente las segundas, «*consisten en la enumeración del conjunto de objetos a los que se refiere el definiendum, es decir, los objetos adscritos al término definido, a los que puede ser correctamente aplicado, y en los que se agota su ámbito de aplicación*»⁵⁷.

Siguiendo estas ideas, consideramos que al igual que en el Código Penal chileno, la definición de artículo 189.1 (segundo párrafo) del CP: es *extensional*, ya que en su «*definiens*» se describen cuatro supuestos, que podemos agrupar en tres grupos diferentes, a los cuales se les puede aplicar de forma correcta el «*definiendum*». El artículo 189.1 (segundo párrafo) señala:

«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.*

Marcial Pons, 2012, p. 224, acerca de las definiciones, las cuales en su concepto: «*no son el mejor instrumento para restringir el recurso al ius puniendi. Su eficacia es más limitada, y se centra en que son instrumentos para conocer la voluntas legislatoris y la voluntas legis. Sería ilusorio cifrar en las definiciones la clave de una legislación garantista, pero también sería necio negarles cierta eficacia en la labor de interpretación*».

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 294. Sobre este punto se remite a SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: «Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho Penal», en: MONTIEL, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad...*, *op. cit.*, p. 211.

⁵⁷ OSSANDÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, p. 294.

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. (la negrilla es nuestra).*

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 sexuales⁵⁸.*»

En efecto, estas situaciones diversas se refieren a tres clases de pornografía que integran el concepto. La **primera** que se podría calificar como «*pornografía infantil expresa*»⁵⁹ o «*pornografía clásica*»⁶⁰ referida a conductas sexualmente explícitas reales o simuladas en las que intervenga un menor (art. 189.1 literal a —segundo párrafo) y toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales (art. 189.1 literal b —segundo párrafo).

Concretamente a lo que hace relación a la «*conducta sexualmente explícita o simulada*» y atendiendo el Informe Preparatorio de la Convención sobre delincuencia en la red del Consejo de Europa, adoptado el 8 de noviembre de 2001⁶¹, dicha expresión «*abarca por lo menos las siguientes alternativas, tanto en forma real como simulada: a) las relaciones sexuales, ya sea en forma genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal, entre menores, o entre un adulto y un menor, del mismo sexo o del sexo opuesto; b) la bestialidad; c) la masturbación; d) los abusos sádicos o masoquistas en un*

⁵⁸ El profesor Fernando Pérez Álvarez considera que la redacción de los supuestos c y d del artículo, generan una falta de simetría en el precepto, ya que no se hace mención a «*una persona con discapacidad necesitada de especial protección*».

⁵⁹ Esta denominación la da MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, Dickinson, Madrid, 2005 pp. 67 y ss., referida a «*Toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas*», a la cual nosotros añadimos la representación de órganos sexuales de los menores con fines sexuales.

⁶⁰ OSSANDÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, p. 282.

⁶¹ Dicho informe STE 185, se puede consultar en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/ETS%20185%20Explanatory%20report_Spanish.pdf (Consulta, 11/03/ 2015). Sobre este punto, PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria: *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, p. 147.

contexto sexual, o e) la exhibición lasciva de los genitales o la zona púbica de un menor. Es indiferente el hecho de que la conducta descrita sea real o simulada». El literal e, implica que dentro del mismo concepto se incluye la representación de los órganos sexuales de los menores con fines sexuales a que se hace referencia en el apartado (art. 189.1 literal b —segundo párrafo) por lo que la agrupamos en el misma clase de pornografía.

Respecto a la tercera (art. 189.1 literal c —segundo párrafo) y la cuarta modalidad (art. 189.1 literal d —segundo párrafo) estaríamos frente a supuestos de «*pornografía alusiva a menores*»⁶² —entre las cuales incluiríamos la pornografía infantil técnica y pseudopornografía y pornografía virtual.

Tratando de unir cuestiones comunes planteadas por la doctrina al describir estas clases de pornografía podemos señalar que: la **pornografía técnica** es aquella *que se consigue con participación de adultos cuya imagen es alterada, a través de diferentes medios o procedimientos, para que parezcan menores de edad -por ejemplo, suavizando sus facciones*⁶³. La **pornografía infantil artificial o pornografía virtual** incluiría aquellas representaciones en las que participa un menor creado a partir de un patrón irreal⁶⁴ —por ejemplo a través de un dibujo animado o *generada íntegramente en el ordenador*; y en tercer lugar la **pseudopornografía** entendida como «*aquella en que se insertan las voces, fotogramas o imágenes de menores reales identificables, en contextos pornográficos*».

La aparente claridad de esta clasificación, dista cuando se analizan su contenido y concretamente la redacción del legislador español. En efecto, entendemos que en el caso planeado, pornografía infantil (*definiendum*) equivale a cada uno de los supuestos señalados en los literales a, b, c y del art. 189.1 —segundo párrafo— arriba referidos. Ahora bien, el que se dé tal equivalencia, implica que la consideración de pornografía infantil de estos cuatro supuestos, ha tomado en cuenta un factor de decisión común a todos ellos. ¿Se podría afirmar que el factor de decisión común, está vinculado con el mismo bien jurídico protegido? Resulta claro que si la definición de *pornografía infantil* define lo penalmente relevante

⁶² OSSANDÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, p. 282.

⁶³ *Ibid.*, p. 282.

⁶⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo: «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 108, III, Época 2012, p. 67-117.

en estos delitos, deben referirse al mismo bien jurídico tutelado, de lo contrario no tendría coherencia su introducción dentro del artículo 189 CP.

Así lo explica OSSANDÓN WIDOW, al señalar, que la definición de pornografía infantil «*por tratarse de una definición que sirve para completar la formulación de un tipo penal y para determinar, en el fondo, cuáles son las conductas prohibidas, la descripción de estos atributos necesarios del definiendum debería guardar una íntima vinculación con el bien jurídicamente protegido por las figuras en que dicho definiendum se inserta*»⁶⁵. Clarificando lo anterior, para el caso chileno, señala «*no resulta adecuado suponer que las diversas situaciones asimiladas dentro del concepto material pornográfico infantil puedan estar referidas a diversos bienes jurídicos*»⁶⁶.

Ahora bien, ¿qué sucede en el caso español?. Como lo hemos referido, en la primera parte de este trabajo, en la regulación en materia de delitos sexuales contra menores, se establece una aparente incoherencia. En efecto, el legislador penal reconoce su «*libertad sexual*», pero no a todos los efectos. Esta incoherencia interna de las normas penales, al establecer que se tiene una edad en materia de consentimiento sexual, pero sólo frente a determinadas actividades, y no permitir que esa libertad pueda implicar por ejemplo la participación consentida de la producción de material pornográfico, se ha planteado tal vez por la idea de buscar una adaptación con las disposiciones civiles y otras referidas en ordenamiento jurídico español vinculadas con la protección de menores concretamente en el ámbito de su intimidad, propia imagen o el honor, o en términos más dispersos —y los cuales no compartimos— de DE LA ROSA CORTINA, «*de la dignidad y la seguridad de la infancia in genere de la infancia*».

No obstante, y retomando el tema de la definición, ¿se puede decir que los cuatro supuestos de pornografía infantil, que aparecen en la reforma, respaldan el mismo bien jurídico? Es claro que tienen una mayor gravedad los hechos vinculados con *pornografía clásica*, que los supuestos de *pornografía técnica o virtual*. No obstante esta menor gravedad, ¿implica que estemos ante diversos bienes jurídicos?. o ¿se puede considerar que afecta el mismo bien jurídico, la

⁶⁵ OSSANDÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, p. 295.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 322, también refiere este punto p. 309.

producción de pornografía clásica, que la producción de pornografía técnica, o la pornografía enteramente creada a través de un programa de ordenador?

En el caso chileno OSSANDÓN WIDOW refiere como denominador común a los diferentes tipos de pornografía, señalados en el Código Penal chileno⁶⁷, «*su aptitud para afectar el proceso de desarrollo psicosexual de un menor*». No obstante, pensemos en un ejemplo: un adulto en un viaje de turismo a China, realiza una foto de un menor de 8 años que jugaba en un parque. A su regreso a España, decide realizar un montaje que involucra a este menor «*participando en una conducta sexualmente explícita*». ¿Hasta qué punto se podría señalar que a este menor se le afecta o se pone en peligro su «*proceso de desarrollo psicosexual*», si nunca visualiza tal película?⁶⁸.

¿Podríamos decir, que la penalización de estas conductas se ha dado para combatir la *industria de pornografía infantil o el peligro de que el consumidor de pornografía pueda cometer posteriores delitos sexuales*⁶⁹? Pero es válido dentro de un modelo de derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho, penalizar con estos objetivos.

Por otra parte, en el artículo **189 CP**, de alguna manera se ha tomado en cuenta la valoración de algunas diferentes situaciones para establecer una penalidad más agravada en el delito de pornografía infantil. A título de ejemplo, cuando se utilice a menores de 16 años, cuando el material pornográfico fuere de notoria importancia o represente a menores con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia sexual, etc. (art, 189.2). Las anteriores matizaciones, sin duda conducen a dar una lectura más apropiada al precepto, no obstante se mantiene la desproporcionalidad en la respuesta frente a supuestos tan diferentes de pornografía infantil. En efecto, en el tipo básico tendrá la misma pena el que produjere, vendiere o distribuyere pornografía infantil clásica o pornografía infantil artificial o la pornografía técnica. ¿Qué es lo que

⁶⁷ Ver texto de la norma en la nota 56 de este texto.

⁶⁸ OSSANDÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, p. 322.

⁶⁹ Sobre este punto, un interesante análisis sobre los argumentos que se señalan respecto al «*peligro de acciones imitadoras por parte de lo usuarios de pornografía infantil*», en PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria: *La pornografía infantil en la red... op. cit.*, pp. 299 y ss.

realmente está detrás de incluir tipos tan diferentes de pornografía, o de establecer por ejemplo tipos penales de posesión de pornografía infantil que criminalizan comportamientos lejanos a la lesión de bienes jurídicos individuales?⁷⁰.

Pese a los esfuerzos del legislador en la reforma, para tratar de matizar la respuesta frente a las diversas clases de pornografía infantil, sólo lo hace a efectos de agravar la pena, pero nunca de atenuarla, dado que se partirá del supuesto de que cualquier tipo de pornografía infantil tendrá la penalidad del tipo base, lo cual sin duda es desproporcional. Aparte de lo anterior y pese a las discusiones sobre el bien jurídico tutelado en esta materia, podríamos llegar a afirmar, que no parece ser claro que el bien jurídico en conductas de producción, venta, distribución y exhibición, etc., de «*pornografía infantil clásica*», sea el mismo en el caso de las mismas conductas vinculadas con «*pornografía alusiva a menores*». Por lo cual no resulta lógica la consideración de situaciones tan diversas (*el definiens*) como pornografía infantil (*el definiendum*), dado que como se observa, esta va a afectar lo que se considere penalmente relevante en esta materia.

II.2 *Otros aspectos vinculados con pornografía infantil*

Finalmente para terminar, de forma esquemática haremos unas breves referencias a algunos aspectos tomados de la actual legislación, relacionados por la Directiva y establecidos en la **reforma**:

⁷⁰ Acertadamente PASTOR MUÑOZ, Nuria: *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 27 y ss. señala sobre esto último, que los delitos de posesión suelen ser un recurso útil para intervenir cuando se sospecha que un sujeto ha intervenido en la comisión de determinados delitos graves, pero no se puede probar tal participación de forma suficiente.

1. Respecto a la definición de pornografía.

Tabla I. Concepto pornografía infantil

DIRECTIVA	REFORMA 2015 CÓDIGO PENAL
<p>Según el art. 2 c «pornografía infantil»:</p> <p>i) Todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada,</p> <p>ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales,</p> <p>iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor; con fines principalmente sexuales, o</p> <p>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;</p>	<p>Según el art. 189.1, segundo párrafo será considerado pornografía:</p> <p>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.</p> <p>b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>

Como lo hemos señalado, antes de la reforma de 2015 el Código Penal no definía lo que se entiende por pornografía infantil. Es así como en el actual Código Penal, se establecen las categorías de la Directiva. Concretamente la denominada pornografía infantil simulada-técnica la define como: «*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.*» (La negrilla es nuestra.)

La inclusión de esta salvedad, por el legislador español, que no aparece en el texto de la Directiva, ha supuesto el que no se pueda considerar, y por ende castigar, como pornografía infantil, la definida como simulada-técnica. Lo anterior, lo interpretamos, como error del legislador, dado que al incluir esta salvedad, está desnaturalizando el propio contenido de la pornografía simulada-técnica. En efecto, el elemento característico de este tipo de pornografía es que es realizada por un adulto que *«parezca ser un menor»*; por lo cual al incluir *«salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes»*, tergiversa el concepto mismo de este tipo de pornografía, dado que entiende que si ésta es realizada por un adulto, deja de tener tal consideración, frustrando, tal vez con fortuna, la pretensión de intervención penal en tales casos.

2. En cuanto a las infracciones relacionadas con **pornografía infantil**.

Tabla II. Pornografía infantil

DIRECTIVA	DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL ANTERIORES A LA REFORMA DE 2015	DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL CON LA REFORMA DE 2015
Art. 5.2. La adquisición o la posesión de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.	Art. 189.2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.	Art. 189.5. 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.

DIRECTIVA	DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL ANTERIORES A LA REFORMA DE 2015	DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL CON LA REFORMA DE 2015
<p>Art. 5.3. El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.</p>	<p>No está tipificado</p>	<p>189.5. (...) 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.</p>
<p>Art. 5.4. La distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años Art. 5.6. La producción de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos tres años. Art. 5.5 El ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años.</p>	<p>Art. 189.1 b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.</p>	<p>Art. 189.1 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.</p>

DIRECTIVA	DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL ANTERIORES A LA REFORMA DE 2015	DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL CON LA REFORMA DE 2015
<p>Art. 5.8. «Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si los apartados 2 y 6 del presente artículo serán aplicables a los casos en que se determine que el material pornográfico definido en el artículo 2, letra c), inciso iv), ha sido producido y está en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico al que se refiere el artículo 2, letra c), incisos i), ii) e iii), y que el acto no implique riesgo de difusión del material.»</p>	<p>En el artículo 189. 7 es delito «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.</p>	<p>No aparece el texto del artículo 189.7, pero se considera pornografía: 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.</p>
<p>Art. 9.2 Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si artículo 4, apartado 4, será aplicable a un espectáculo pornográfico que tenga lugar en el contexto de una relación consentida cuando el menor haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, o entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos ni explotación y que no medie dinero u otras formas de remuneración o contraprestación a cambio del espectáculo pornográfico.</p>		<p>No se pronuncia sobre esto.</p>

DIRECTIVA	DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL ANTERIORES A LA REFORMA DE 2015	DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL CON LA REFORMA DE 2015
<p>Art. 9.3. Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 5, apartados 2 y 6, será aplicable a la producción, adquisición o posesión de material pornográfico en el que intervengan menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea con el consentimiento de estos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos.</p>		<p>No se pronuncia sobre esto.</p>

- Tanto la regulación del Código Penal anterior a la reforma, como la posterior a ella, **amplían los sujetos pasivos**, así previo a la reforma genéricamente se hacía referencia además de a los menores a los incapaces, y tras la reforma se enfatiza la referencia a los incapaces o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. No obstante, el profesor PÉREZ ÁLVAREZ considera que en la redacción de la definición de pornografía infantil, los supuestos c y d del actual artículo 189.1 (párrafo segundo), generan una falta de simetría en el precepto, ya que no se hace mención a «una persona con discapacidad necesitada de especial protección».

- En la Directiva se incluye la **adquisición de pornografía**. Antes de la reforma de 2015 no existía este tipo penal. En este punto, parte de la doctrina señalaba que al no establecerse en la anterior redacción, la conducta de un sujeto que adquiere pero que no llega a tener posesión, se estaría ante una tentativa inacabada del delito de posesión. Atendiendo la Directiva, la reforma penaliza esta conducta.

- La Directiva incluye el delito de **acceso a sabiendas de pornografía infantil** por medio de las Tics. Para lo anterior señala como presunciones para deducir el carácter intencionado: el sujeto sea recurrente o se cometa mediante un servicio sujeto a pago. Esta

conducta, no estaba penalizada en el Código Penal, no obstante la reforma si lo establece, aunque no contempla las presunciones de la Directiva, lo cual en nuestro concepto es más garantista.

- En cuanto al ámbito de **discreción de la pornografía infantil técnica**. La Directiva establece un ámbito discrecional para la adquisición, posesión, acceso a sabiendas, distribución, difusión o trasmisión, ofrecimiento, puesta a disposición, o producción de pornografía cuando estemos frente a este tipo de pornografía, por ende puede ser o no ser delito según lo considere el Estado. En el Código Penal, dicho margen de discrecionalidad no aparece de forma expresa, por otra parte atendiendo lo que hemos referido respecto a la definición misma de pornografía no se podría penalizar ni ésta ni las demás conductas vinculadas con este tipo de pornografía, dado que la definición determina lo penalmente relevante en esta materia.

- En cuanto a la discrecionalidad con la **pornografía infantil virtual**. La Directiva señala que puede no punirse en los casos en que sea para producción y posesión, siempre que sea dentro del ámbito privado y sin riesgo de difusión. El Código Penal, en su versión del artículo del 189.7 anterior a la reforma, no penalizaba la posesión de este tipo de pornografía pero sí la producción, venta, distribución, exhibición o facilitación. Respecto a este punto, si bien en la reforma, no aparece la referencia a la conducta del artículo 189.7 CP, se podría plantear la penalización de dichos actos, al ser incluidos dentro de la definición de pornografía infantil, que como lo hemos señalado determina lo penalmente relevante en esta materia.

La facultad de discrecionalidad, respecto a **pornografía infantil técnica** y la **pornografía infantil virtual**, implicará que algunos Estados penalizarán conductas vinculadas con este tipo de pornografía y en otros no, lo cual no guarda mucha coherencia. ¿Tendríamos unos Estados productores de este tipo de pornografía y otros consumidores? De ser así, no se daría una *coordinación legislativa*, en estos delitos a nivel europeo⁷¹. Lo anterior se puede entender como una muestra, de las dudas mismas —del todo justificadas— que existen respecto a la penalización de ciertas clases de pornografía infantil.

⁷¹ Defendiendo la necesidad de dicha coordinación en asuntos de especial importancia como delitos concursales, estas de inversiones o explotación sexual: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y GONZÁLEZ LUSSAC, José Luis: «Sobre una política criminal común europea», en *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, ÁLVAREZ GARCÍA, Javier/CABEZA OLMEDA, Arturo/VENTURA, Pichel/GARCÍA, Araceli (Coord.), Tirant lo Blanch, 2008, p. 51.

III. Consideraciones finales

Las anteriores son sólo algunas ideas vinculadas con los delitos de pornografía infantil. Concretamente hemos tratado de desarrollar algunos puntos, que la doctrina viene manejando sobre la materia. En primer lugar, hemos señalado como el estudio sobre los delitos de pornografía infantil, es uno de aquellos temas marcado por la diversidad de criterios. Lo anterior, derivado de una imprecisa y cuestionable regulación. Interpretamos que el afán de conseguir la coherencia con otras áreas del ordenamiento jurídico, que buscan proteger al menor en su intimidad, propia imagen u honor, ha conllevado a que en materia sexual se considere que los menores entre 13 y 18 años, pueden consentir para ejercer su sexualidad, a través de actos en los que exista acceso carnal, pero no para participar de forma consentida en la elaboración de material pornográfico. En otras palabras, consideramos que la incoherencia interna de la legislación penal, puede ser explicada por la idea de buscar una adaptación con las disposiciones civiles y otras del ordenamiento jurídico español, vinculadas con la protección de menores.

En segundo lugar, hemos desarrollado la definición de pornografía infantil que ha adoptado con matizaciones la **reforma** de 2015, partiendo del propuesto por la **Directiva 2011/92/UE**. En nuestro concepto, dicha definición marca lo penalmente relevante en esta materia, no obstante las diferentes situaciones que se manejan, no parecen guardar simetría en el bien jurídico tutelado, lo cual sin duda es discutible, dado que establece la misma penalidad, para conductas de significación tan diversa como la *pornografía clásica* y la pornografía que simplemente es «*alusiva a menores*». Finalmente, hemos hecho una descripción esquemática de la anterior tipificación, en comparación con algunos cambios introducidos en la **reforma de 2015**, y que siguen el contenido de la **Directiva**.

Sin duda, el debate está abierto, no sólo por el análisis dogmático respecto a los tipos penales propuestos, sino también porque el contenido en sí mismo de la **Directiva**, genera discusiones tan interesantes como verdadera necesidad de coordinación legislativa entre los Estados miembros de la Unión Europea, penalizando conductas lejanas a la lesión de bienes jurídicos individuales.

IV. Bibliografía

- CARUSO FONTÁN, María Viviana: *Nuevas perspectivas sobre delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CUGAT MAURI, Miriam: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 y 183 bis, 187, 188, 189 bis y 192, Disposición Final Segunda)», en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), Tirant lo blanc, Valencia, 2010.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2014, parte Estudio.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DE LAMA AYMA, Alejandra: *La protección de los derechos de las personalidad del menor de edad*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2005. Disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf;jsessionid=92F7A4835521D82D7D9F9EC711F6F7B0.tdx1?sequence=1> (Consulta 26/02/2015)
- DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola: «Aproximación a la política criminal manejada en Colombia en los delitos sexuales contra menores: una tendencia hacia la inocuización del delincuente», en *Revista General de Derecho Penal*, 11, IUSTEL, España, mayo de 2009.
- «Aproximación criminológica y político criminal del contacto tics preordenado a la actividad sexual con menores en el código penal español-art. 183 bis CP.», en *Revista de derecho penal y criminología*, UNED, n.º 8, 2012.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: «Derecho Penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes», *Lex Nova*, Valladolid, 2011.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: «La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de reforma de Ley orgánica de 20 de septiembre de 2013, en *Análisis de las reformas penales, presente y futuro*, MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.) DEL CARPIO DELGADO, Juana y GALÁN MUÑOZ, Alfonso (Coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta: «Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE», en *Revista Penal*, n.º 30, julio 2012.

- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «De los abusos sexuales a menores de trece años», en *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: «Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. Editores: Cuenca Casas, Matilde; Anguita Villanueva, Luis Antonio; Ortega Doménech, Jorge, Madrid, Dykinson, 2013.
- MARTÍN LORENZO, María: «Capítulo 4. Libertad e indemnidad sexuales» en *Memento Experto, Reforma Penal 2010*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010» en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* n.º 15, 2010, Universidad de San Sebastián, Chile.
- *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, Dickinson, Madrid, 2005.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, Lorenzo: «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 108, III Época, diciembre 2012.
- ORTS BERENGUER, Enrique/ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- OSSANDÓN, María Magdalena: «La técnica de las definiciones en la ley penal: Análisis de la definición de «material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años», *Polít. crim.* Vol. 9, n.º 18 (diciembre 2014), art. 1, pp. 279-337. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000200001&lng=es&nrm=iso&tlng=es (Consulta, 10 de marzo de 2015).
- OXMAN, Nicolás: «Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica», *Polít. crim.* Vol. 6, n.º 12 (diciembre 2011), art. 2, pp. 253-295. Disponible en <http://www.politicacri->

- minal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A2.pdf (Consulta 11 de marzo de 2015).
- PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria: *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011. Disponible en http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/115602/1/DDPG_Parra_Gonzalez_AnaV_LaPornografiaInfantilRed..pdf (Consulta 10/01/2015).
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2004.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo: *Minoría de edad, sexo y Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- ROPERO CARRASCO, Julia: «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo: «Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho Penal», en: MONTIEL, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre el menor de doce años y abusando de trastorno mental» en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1997, n.º 61.
- STUART MILL, John: *Sobre la libertad*, Aguilar, Buenos Aires, 5. Edición, 1968.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: «Agresiones y abusos sexuales a menores», en *Delitos Sexuales contra menores, abordaje psicológico, jurídico y policía*, en LAMEIRA FERNÁNDEZ, María y ORTS BERENGUER, Enrique (Coord.), en Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María: «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2011.
- «La elevación de la llamada edad del consentimiento sexual» en *Comentario a la reforma penal de 2015*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2015.