

dero Electrónico de Estudios Jurídicos, Número 2, 2014, pp. 169-198.
MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, Madrid, 2015.

NIEVA FENOLL, Jordi, "El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios", *Diario La Ley*, Número 8601, de 9 de septiembre de 2015, pp. 1-18.
PORTAL MANRUBIA, José., "Aspectos sustantivos y procesales del decomiso", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Número 3, 2016, pp. 1-17.

Doctrina

Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: La indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D

Javier Fernández Teruelo

Revista Penal, n.º 42. - Julio 2018

Ficha Técnica

Autor: Javier Fernández Teruelo

Código ORCID: orcid.org/0000-0002-1576-4527

Title: Expansion of the criminal repression of child pornography: The sexual indemnity of adults who seem minor and of the 3D characters

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo.

Sumario: I. El desarrollo expansivo del tipo penal destinado a perseguir las conductas relativas a pornografía infantil. II. Comportamientos y modalidades típicas: desde la producción y distribución hasta el autoconsumo y la mera visualización. 1. Planteamiento. 2. La producción de pornografía infantil. 3. La venta de pornografía infantil. 4. La distribución de pornografía infantil. 5. La exhibición de pornografía infantil. 6. Ofrecimiento de pornografía infantil. 7. Facilitar la producción, venta, difusión o exhibición. 8. La posesión finalística de pornografía infantil (para *producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición*). 9. Adquirir para uso propio pornografía infantil. 10. Poseer para uso propio pornografía infantil. 11. Acceso, a sabiendas, a pornografía infantil. III. Objeto material del delito: concepto legal de pornografía infantil. 1. Cuestiones previas. 2. Pornografía real o simulada: el significado de la acción verbal "representar", la exclusión de la mera desnudez como material pornográfico y la representación de los órganos sexuales. 3. La llamada pornografía técnica. 4. Pornografía virtual (artificial). 5. Pseudopornografía infantil (morphing). 6. Pornografía infantil sonora y escrita (literaria).

Resumen: el desarrollo de los canales de distribución de pornografía a través de internet justifica la adopción de medidas penales frente a este tipo de conductas cuando afecta a menores. Sin embargo, la regulación penal española del delito de pornografía infantil resulta extraordinariamente expansiva. Buena parte de las conductas castigadas en el art. 189 del Código penal, como la mera visualización o el autoconsumo de pornografía carecen de efectos negativos sobre cualquier menor de edad y lo mismo sucede con el concepto de pornografía, en el que se incluyen la llamadas pornografía técnica y virtual.

Palabras clave: pornografía infantil, p2p, morphing, cibercrimen, distribución, autoconsumo.

Abstract: the development of Internet pornography distribution channels justifies the adoption of criminal measures against this type of conduct when it affects minors (under the age of 18). However, the Spanish criminal regulation of the child pornography is extremely extensive. A large part of punishable conducts under article 189 of the Criminal Code, such as the mere display or self-consumption of pornography, has no negative effects on any minor, and the same applies to the concept of pornography, which includes technical and virtual pornography.

Key words: child pornography, p2p, morphing, cybercrime, distribution, self-consumption.

Rec: 15-04-2018 **Fav:** 14-05-2018

I. EL DESARROLLO EXPANSIVO DEL TIPO PENAL DESTINADO A PERSEGUIR LAS CONDUCTAS RELATIVAS A PORNOGRAFÍA INFANTIL

Una somera aproximación histórica al tipo penal contenido en los apartados 2 y 5 del art. 189 CP, nos permite constatar que nos encontramos ante una de las modalidades típicas que más se ha acrecentado en los últimos quince años. Ha pasado de no estar si quiera recogida como delito en la primigenia redacción del Código penal de 1995, a verse afectada de forma incisiva por las cuatro principales reformas que ha sufrido el vigente Código penal (Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo). Si bien puede entenderse la previsión en el año 1999 de un tipo penal dirigido a hacer frente a algo que, sin ser nuevo, había encontrado el canal perfecto de difusión del que antes carecía, no puede decirse lo mismo de las reformas que han venido después, pues todas ellas se han caracterizado por la progresiva tipificación de comportamientos, que ya nada tienen que ver con la originaria “producción y/o posterior distribución de pornografía y, lo que es peor, se proyectan sobre sujetos que no son menores de carne y hueso”¹.

En esta alocada carrera expansiva, el legislador, como suele ser cada vez más habitual, evita dar demasiadas

explicaciones sobre las razones político-criminales que han motivado las sucesivas reformas de los delitos de pornografía infantil. Es suficiente el viento favorable a criminalizar todo lo que huele a sexualidad relacionada con menores y el evidente rédito que con ello se puede obtener. Sólo apoya su decisión legislativa en la existencia de un mandato europeo, que determina la necesaria adaptación del Código Penal. Así, en concreto, se afirma en la Exposición de Motivos de la reforma de 2015, que la nueva regulación “tiene por objeto llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/92/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil”².

En ese escenario, lo más relevante de la última reforma (2015) es que supone otra *vuelta de tuerca* sobre un engranaje ya excesivamente apretado, al prever nuevas formas comisivas (el acceso y la adquisición de pornografía infantil) y profundizar en el castigo de conductas en las que no tiene por qué verse implicado ningún menor real (pornografía técnica y pornografía virtual). La cuarta gran intervención penal frente a toda conducta relacionada con la pornografía infantil (aunque no se proyecte sobre menores reales) parece reiterar, en algunos casos, la intención de intervenir frente al mero deseo de obtener satisfacción sexual con la idealización de menores, aunque no exista menor alguno que se haya visto afectado por el comportamiento típico, lo que, en definitiva, parece ser más bien una cuestión

atinente a la moral sexual colectiva³. En esta línea, ya desde la reforma de 1999, varias de las conductas descritas en los tipos (aquellas que nada tienen que ver con menores reales) se castigan, como apunta algún autor, por tratarse de deseos que se apartan de los “sexualmente mayoritarios”⁴.

Por ello, me parece discutible la opinión formulada en la Circular 2/2015, relativa a los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015 (en adelante CFGE), según la cual se puede considerar que en esos casos se protege “la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general”, que “la circulación de estas modalidades pornográficas puede poner en peligro”. La ausencia de un menor real sometido a cualquier tipo de conducta sexual o pornográfica o siquiera a peligro de sufrirla (como puede ocurrir en las conductas típicas referidas a la pornografía técnica y virtual) convierte en más que discutible la decisión de incorporar estas fórmulas a un tipo, que aparece en un Título bajo la rúbrica relativa a la libertad y/o indemnidad (sexuales), bienes respecto a los cuales la conducta típica se halla extremadamente alejada. Ni en la pornografía virtual ni en la técnica participan menores reales en actividad sexual o pornográfica alguna; no hay ser humano (menor de edad) que ni de lejos se vea afectado por tales conductas. El (lógico) rechazo social a todo lo relativo a la sexualidad referida a menores no justifica la intervención del Derecho penal, cuando no hay interés concreto afectado. Recuérdese, además, que la eventual lesión a otros bienes jurídicos —dignidad o intimidad— puede resolverse en el marco de las figuras típicas que se encargan de la protección de dichos intereses⁵.

También cabe llamar la atención sobre la insistencia del legislador en incluir a las “personas con discapacidad necesitadas de especial protección” (hasta la reforma de 2015 “incapaces”). Si bien en determina-

dos delitos sexuales la referida previsión, en abstracto, resulta acertada, desde el momento en que se trata de personas que, aun habiendo adquirido la mayoría de edad, carecen de capacidad suficiente para comprender el acto de naturaleza sexual en el que participan, en los delitos relativos a la elaboración y difusión de pornografía carece de sentido y en la práctica resulta inoperante. No existe en la actualidad un mercado de producción, distribución y consumo de “pornografía de personas adultas con discapacidad necesitada de especial protección” y, además, en caso de que llegara a existir, las posibilidades de probar que el dolo del autor abarca tal elemento son muy escasas. El precepto español parece haberla incluido más por inercia legislativa, ya que —como decimos— aparece también en el artículo 188 —prostitución— y en todos los supuestos del artículo 189 CP⁶.

II. COMPORTAMIENTOS Y MODALIDADES TÍPICAS: DESDE LA PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN HASTA EL AUTOCONSUMO Y LA MERA VISUALIZACIÓN

1. Planteamiento

La exhaustiva descripción de la acción típica es, como ya se apuntó y junto a la determinación del concepto de pornografía, uno de los dos instrumentos utilizados para el desarrollo del proceso expansivo enunciado. Se castigan más conductas, que cada vez están más alejadas de la producción y distribución del material y proyectadas sobre materiales igualmente alejados de los menores de carne y hueso. Las razones que se suelen aducir para justificar la referida intervención penal, provocan cierta perplejidad, si atendemos a los parámetros clásicos que justifican las intervenciones punitivas. Se pretende gestionar riesgos potenciales, difusos e indeterminados y, en particular, la protección

1 En este nuevo modelo, alejado de intereses tangibles, resulta esencial perseguir “la predisposición del sujeto”, aunque esta se manifieste en conductas socialmente inocuas, que no trascienden a terceros, vid., GARCÍA ALBERO R. M., Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito, en *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, coord. Carolina Villacampa Estiarte, Teresa Aguado Correa, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 282.

2 Como afirma el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal: “La Directiva 2011/92/UE sustituye al anterior documento de la Unión sobre la materia, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Si ésta ya podía considerarse como una regulación severa, que dejaba pocos resquicios a la impunidad en materia de pornografía infantil, el nuevo instrumento es aún más omnicomprensivo y riguroso”.

3 Entre otros, GARCÍA ALBERO R. M., Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito, op. cit. p. 284 y ss.

4 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual, en *Delitos contra la libertad sexual*, núm. 21, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, p. 229.

5 Ya desde la primera reforma, la crítica en esta materia ha sido tan generalizada en el ámbito doctrinal, como irrelevante a ojos y oídos del legislador penal español; en los trabajos recientes tras el último proceso de reforma, vid. ORTS BERENGUER, E., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis y 197 ter)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2ª Edición 2015, pp. 646 y ss.; GARCÍA ALBERO R., Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito, op. cit. p. 281 y ss.; DE LA ROSA CORTINA J. M., “Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013”, en *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores* (Carolina Villacampa Estiarte, coordinadora), Thomson Reuters, p. 303 y ss.

6 Del mismo modo, también se ha apuntado acertadamente que no existe un mercado de “pornografía de menores de edad”, que es lo que realmente castiga el legislador español, sino un mercado de “pornografía infantil”, en el que la atracción se centra en niños de 13 y menos años, vid. DE LA ROSA CORTINA J. M., Concepto de material pornográfico infantil, op. cit., p. 325.

Expansión de la represión penal de la pornografía infantil

de la moral pública⁷. En ese contexto, y una vez rotos todos los límites, sólo queda esperar que tanto los órganos policiales de investigación como los jueces y tribunales sigan manteniendo cierta restricción interpretativa, sustentada sobre criterios de la ofensividad real de las conductas.

Pero antes de analizar cada una de las modalidades típicas y su significado, conviene examinar brevemente, por ser cuestiones íntimamente relacionadas, los espacios virtuales donde se desarrolla la difusión de pornografía infantil dentro del ámbito Internet. Su principal característica es su mutabilidad, pues se encuentran en permanente evolución. En una primera etapa, por razones de seguridad y ante el acoso policial de quienes intercambiaban este tipo de materiales, la distribución a través de webs personales fue perdiendo peso en beneficio de las comunidades, foros, programas de intercambio, correo electrónico, FTP, BBS, IRC⁸. En los últimos años, los espacios de difusión se concentran en las redes p2p (*peer to peer*); en particular, se viene produciendo un desplazamiento de los consumidores hacia técnicas de consumo y distribución más seguras (Deep Web y redes p2p sin filtro), aplicaciones móviles como grupos de *Whatsapp* o *Skype*.

La principal peculiaridad de las redes de distribución p2p es que los programas o aplicaciones de soporte o gestores de descarga no necesitan un servidor central, ya que usan una estructura descentralizada. Como es sabido, gracias a este sistema, los interesados pueden acceder al material (potencialmente ilícito) que el resto tiene en determinada carpeta en el disco duro de su ordenador o memoria del dispositivo, conformando una enorme base de materiales. Según el programa utilizado, el que lo descarga y ejecuta puede establecer qué archivos propios quiere compartir con el resto de los usuarios del programa (lo que normalmente también se hace por defecto), los cuales inmediatamente pasarán a formar parte de una base de datos global, accesible a

todos los que en ese momento estén conectados. Todo ello, por medio de aplicaciones como GnuWatch, Shareaza, Emule, Ares, etc. que permiten descargar sin compartir o distribuir los ficheros recibidos⁹ (en el ámbito jurisprudencial, vid., STS núm. 559/2017 de 13 julio, RJ\2017\3345), ATS núm. 484/2016 de 18 febrero (RJ\2016\1456), SAP Zaragoza núm. 290/2017 de 18 octubre (ARP\2017\1406).

La *deep web*, se articula a través de contenidos web no indexados por motores de búsqueda, lo que en cierta medida garantiza el anonimato de sus usuarios, dificultando la posibilidad de establecer una relación con el punto de acceso, gracias al empleo de técnicas de criptografía en una estructura multicapa y al uso de distintos equipos para deslocalizar a emisor y receptor, consiguiendo en última instancia que la dirección IP permanezca oculta¹⁰. En los últimos años se ha producido un desplazamiento desde el ordenador al smartphone y hacia mecanismos y fórmulas de difícil o imposible rastreo.

En la actualidad las intervenciones policiales y en consecuencia las resoluciones penales condenatorias se concentran en operaciones de intercambio a través de las redes p2p, y ello ocurre, simple y llanamente porque son las más fáciles de rastrear, dado que los gestores de descarga utilizados para obtener archivos establecen conexiones no cifradas, lo que hace que, en general, sea sencillo captarlas y extraer de ellas las correspondientes IPs.

La descripción de los diferentes comportamientos típicos aparece recogida en los apartados 1, subapartado b y apartado 5 del art. 189 CP: Art. 189.1 Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: a) (...) b) *El que producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección,*

o lo poseere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. (...) 5. El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

2. La producción de pornografía infantil

Como cuestión previa, debe advertirse que la producción de material pornográfico a la que se refiere el subapartado a) del mismo apartado¹¹ es una conducta que se proyecta sobre un objeto distinto (al del subapartado b). Como se afirma en la Circular 3/2006 de la FGE—en adelante CFGE— (sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil) “dentro del 189.1 a), han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.). Por contra, tanto en el tipo de 189.1 b)... *el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado*, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción incidido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de reconducirse la acción a la letra a)”. En definitiva, lo que en el subapartado b se castiga es producir material pornográfico sobre imágenes o videos en cuya captura o grabación el sujeto no ha intervenido. La conducta del apartado a) es indiscutiblemente más grave (y de preferente aplicación) y pese a ello se prevé, de modo injustificado desde el punto de vista de la proporcionalidad, el mismo marco punitivo (prisión de uno a cinco años).

3. La venta de pornografía infantil

Es la acción de entrega del material a cambio de precio. Indirectamente ello supone que las conductas de entrega de materiales en las que no medie compensación económica deberán tratarse bajo la acción “distribuyere”, cuestión que será a analizada a continuación. La compensación tiene que tener un carácter económico directo o indirecto. Al mediar ánimo de lucro es un comportamiento más grave que, sin embargo, se sitúa en el mismo marco punitivo.

4. La distribución de pornografía infantil

De todas las conductas descritas en el apartado b), la que mejor se adapta al supuesto en que la acción se desarrolla a través de Internet es la expresión verbal “distribuyere”, en la medida en que ésta significa “repartir entre varios”. En principio, el concepto de “distribución”—onerosa, pues la lucrativa se integra, como hemos visto, en el verbo vender— pudiera parecer que requiere que se ponga la información al alcance de un número más o menos amplio e indeterminado de personas. Es cierto que “distribuir” puede significar repartir una cosa entre varios (o reparto entre potenciales clientes), en el sentido que le ha dado la jurisprudencia en relación con el delito de tenencia y tráfico de drogas [STS de 23 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6463)]¹². Sin embargo, la tercera de sus acepciones (RAE, *entregar una mercancía a los vendedores y consumidores*), posibilita excluir esa limitación, siendo típicas también las conductas en que el material va dirigido a consumidores concretos y determinados.

Se ha apuntado que la conducta consistente en compartir archivos mediante la utilización en Internet de un programa de los denominados p2p (como hemos visto se trata del supuesto que motiva mas actuaciones policiales) puede ser constitutiva de **distribución**. En este sentido se viene pronunciando el Tribunal Supremo y diversas Audiencias Provinciales: STS núm. 559/2017 de 13 julio (RJ\2017\3345); ATS núm. 484/2016 de 18 febrero (RJ\2016\1456)¹³, SAP Zaragoza núm. 290/2017 de 18 octubre (ARP\2017\1406), entre otras.

7 García Albero R. M., Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito, op. cit. pp. 289 y ss.; modelo que, como indica el autor, tendría consecuencias devastadoras si se extendiese a otros ámbitos.

8 Las comunidades de intercambio, que se configuran en alguno de los modelos indicados, son sitios en los que el administrador suele restringir la entrada a determinados usuarios, lo que también disminuye las posibilidades de localización de los contenidos ilegales. En concreto para poder formar parte de estas zonas, normalmente se exige tomar parte activa, compartiendo pornografía infantil con otros miembros, lo que -a la vez- permite renovar e incrementar la base de archivos comunes. Los usuarios que no compartan material en el tiempo que establezca el administrador son normalmente expulsados. Esta situación provoca que el consumidor de pornografía infantil se convierta, al mismo tiempo, en distribuidor de este tipo de material y que se genere un sistema de producción geométrica de materiales.

9 Fernández Teruelo, J. G., Mecanismos policiales y judiciales de determinación del autor en los delitos cometidos a través de Internet: especial referencia a los delitos de posesión y distribución de pornografía infantil y su tratamiento jurisprudencial, en, *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 245.

10 Soldino V.-Guardiola García J., Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm. 19, 2017, p. 2 y ss.

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

12 Para la jurisprudencia italiana (por ejemplo, Corte di Casazione. Secc. III, 27 septiembre 2000, núm. 2842, en Rivista Penale, núm. 1, 2001, p. 58) no basta la cesión de este material a sujetos individuales, sino que es necesario que venga propagado entre un número indeterminado de destinatarios.

13 Como recuerda la STS 271/2012 de 26 de marzo, al ser Emule un programa de archivos compartidos, para tener acceso al mismo el solicitante debe compartir los que pone en la carpeta “incoming”; de suerte que cuanto más material compartía, más posibilidades tiene de acceder a otros archivos, porque la esencia del programa es precisamente el intercambio. El usuario se baja unos archivos, los pone a disposición de otros usuarios, y ello le per-

También la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado declara que estos supuestos de intercambio de archivos de pornografía infantil son claramente subsumibles en el concepto de *distribución*, pues si bien el sujeto no envía material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros.

Si bien en el plano objetivo no hay duda de que el uso de las redes p2p es una forma de distribución, es en el plano subjetivo donde pueden plantearse dificultades y por ello se ha ido desarrollando una teoría para resolverlas. Así, el Tribunal Supremo ha considerado preciso utilizar un criterio restrictivo, no debiendo aplicarse el tipo de distribución por el mero hecho de utilizarse un programa p2p, siendo preciso examinar las circunstancias concurrentes para apreciar o no el dolo de difundir. La jurisprudencia se ha decantado, en general, por el castigo de esos supuestos con la excepción de aquellos casos en que no existan indicios relevantes para afirmar que el sujeto usuario de la Red **conocía** que estaba compartiendo sus materiales ilícitos con otros. Los supuestos en los que al sujeto se le detecta pornografía infantil en las carpetas o subcarpetas del programa p2p, cumplen el tipo objetivo de distribución, al posibilitar que otros se descarguen los materiales pedófilos (no debería olvidarse en todo caso que causalmente resulta irrelevante, dado que la supresión de una de las fuentes apenas alterará la descarga llevada a cabo por el resto de interesados). Sin embargo, en efecto, desde un punto de vista subjetivo, debe valorarse el grado de conocimiento del sujeto del funcionamiento del programa y, en ocasiones se excluye el tipo de distribución, recurriendo de modo subsidiario a la posesión para autoconsumo (por ejemplo, STS núm. 559/2017 de 13 julio, RJ2017\3345). En ese sentido se pronunció el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, adoptado ante el creciente número de casos de pornografía infantil en la Red, con numerosos juicios en que se plantea este contenido pedófilo. Pues bien, textualmente señala dicho Acuerdo que “Una vez establecido el tipo objetivo del art. 189.1 b) CP, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos”. Por

tanto, no es suficiente en este caso la sola consideración del empleo del programa p2p y el almacenamiento por defecto en la carpeta de los archivos descargados, para inducir ánimo de difusión, acudiéndose a otro tipo de indicios como el nivel de conocimiento informático (a efecto de acreditar si el sujeto podía saber que los archivos están en carpetas compartidas) o criterios cuantitativos (número de archivos poseídos), etc.

ATS núm. 484/2016 de 18 febrero (RJ2016\1456): Hemos indicado, en Sentencia n.º 105/2009, de 30 de enero, que **el dolo** de compartir archivos recibidos que son puestos en la red a disposición de terceros, se puede inducir de una serie de elementos, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en el terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito, y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el mismo. Resulta de lo expuesto que concurren en el hecho los requisitos de los preceptos aplicados; de un lado, la conducta de facilitación de la difusión del material pornográfico infantil, dado el programa de “archivos compartidos” empleado por el recurrente —lo que se corrobora por el hecho que dio origen a la denuncia de autos— conforme al resultado de la prueba pericial; de otro lado, el análisis de la sentencia **excluyendo el automatismo** en la apreciación del delito, que muestra cómo ante las circunstancias acreditadas, como la cantidad de archivos encontrados (tanto en la carpeta “incoming” como en los discos duros incautados), el hecho de que unos archivos estuvieran en las carpetas de intercambio y otros extraídos de ellas, los varios centenares de transferencias y el tiempo durante el cual se han sucedido los hechos, se sustenta la razonada consideración del Tribunal sentenciador sobre el tipo subjetivo del delito atribuido al acusado, atendidas sus propias manifestaciones sobre el uso de los equipos y programas.

5. La exhibición de pornografía infantil

El concepto “*exhibiere*” es útil (siempre en el ámbito de Internet) a efectos de aquellos supuestos en que se permite la visualización del material, sin que tenga lugar su envío (o descarga), ya que en tal caso estaríamos ante supuestos de venta o distribución. El acceso al material (videográfico) sin descarga (*streaming*) consiste en la transmisión de cualquier elemento sonoro y/o visual, de manera que el ordenador (o dispositivo) del receptor lo reproduce sin tener que utilizar ningún espacio en la memoria del dispositivo o del disco duro del ordenador. En principio, salvo uso de software específico, por parte del destinatario únicamente tiene lugar la visualización, impidiéndose guardar las imágenes y sonidos para posteriores usos. En este supuesto el autor no obtiene, por tanto, una copia de la obra protegida, sino que, al acceder a la página en cuestión, se ejecuta (lanza) el programa reproductor de imágenes, audio o vídeo, lo que le permite acceder visualmente a ella.

6. Ofrecimiento de pornografía infantil

Mediante la inclusión de dicho concepto en el texto legal, se anticipa la intervención penal a la mera oferta del material, sin que tenga que haberse producido ningún tipo de intercambio, entrega o envío a sus destinatarios, dejando de ese modo sin espacio para la tentativa¹⁴. Tiene que tratarse de una oferta que no vaya acompañada de su exhibición parcial o total, ya que en tal supuesto dicho comportamiento ya estaría subsumido en la modalidad típica “*exhibiere*”. Puede ser en cierta medida una previsión superflua si tenemos en cuenta que ya se castiga la posesión finalística (posesión para exhibir, para distribuir, etc.). De este modo, considero que el ofrecimiento no sería más que la constatación de la posesión finalística (para su venta o distribución). Únicamente podría encontrar autonomía en la subsunción de aquellos supuestos en que se ofrece el material que, sin embargo, no se posee (aunque se espera llegar a poseer porque se sabe dónde y cómo obtenerlo); la modalidad típica no deja de ser, en cualquier caso, una manifestación más del carácter extraordinariamente expansivo de la regulación y su conflicto con el principio de intervención mínima, especialmente

en su vertiente de ofensividad, así como con el de proporcionalidad en sentido estricto.

7. Facilitar la producción, venta, difusión o exhibición

La tremenda laxitud de la última modalidad de la acción típica “*facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio*” la convierte en una cláusula de recogida que permite sancionar la práctica totalidad de las conductas posibles de favorecimiento de la difusión. Facilitar es, de acuerdo con su significado gramatical, “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de algo”. Se convierte de este modo en autoría lo que, en otro caso, serían formas de participación.

8. La posesión finalística de pornografía infantil (para producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición)

En el segundo inciso del artículo 189.1.b) se sanciona también a quien *posea dicho material para la realización de cualquiera de esos fines* (la venta, distribución, etc.). Se castigan, por lo tanto, conductas preparatorias del hecho principal, en concreto la tenencia del material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores, siempre que se trate de una posesión finalística dirigida a la venta, distribución ofrecimiento o exhibición del material. Nos encontramos ante una previsión paralela a la de posesión de drogas para traficar con ellas, castigada en el artículo 368 CP y, al igual que en tal supuesto, la mayor dificultad se encuentra en probar ese elemento subjetivo, concretado en el ánimo de vender, distribuir o exhibir el material pornográfico. Sin embargo, el paralelismo entre ambas figuras delictivas aquí se termina¹⁵. Las posibilidades de entenderlo probado, acudiendo a indicios objetivos, de un modo similar y con matices, a como ha hecho la jurisprudencia con el delito del artículo 368 (cantidad de droga incautada, condición de drogodependiente del sujeto, etc.) aquí son mucho menores. Pensemos que, con frecuencia, el sujeto realiza las conductas desde su propio domicilio, que es también el lugar en donde normalmente se encontrarán (en el propio PC o en cualquier soporte magnético o digital) los materiales; debe

mite, a su vez, obtener otros, y así sucesivamente. Se trata de un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (*peer-to-peer*, que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes *p2p*). En la carpeta de descarga por defecto (“incoming”) se almacenan los ficheros descargados. Se pueden determinar las carpetas a compartir con los demás usuarios, pero hay algo común en todos, la carpeta de descarga siempre es compartida (STS 26-12-13).

14 La reforma 5/2010, en transposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, añadió a las conductas típicas originales una nueva, consistente en ofrecer (“ofreciere”) pornografía infantil.

15 En sentido similar, vid. MORALES PRATS, F., “La intervención penal en la Red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular”, en *Derecho, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, 2001, p. 129.

tenerse también en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con las drogas, el mero consumidor de pornografía infantil suele acumular grandes cantidades, por lo que el criterio cuantitativo con frecuencia no será útil¹⁶. Se trata, además, de una conducta con escasas manifestaciones hacia el exterior. La ausencia de prueba respecto a la posesión finalística determinará, en todo caso, la aplicación subsidiaria del tipo relativo a la posesión para autoconsumo.

9. Adquirir para uso propio pornografía infantil

Si las conductas anteriores se centran en quienes de algún modo favorecían el acceso por parte de terceros a los materiales, ahora entramos a analizar un grupo de conductas que tratan de castigar al consumidor de pornografía. Es por lo tanto, la otra cara de la misma moneda y de nuevo, se trata de una decisión de política legislativa (el castigo de la adquisición) cuando menos discutible, como se pone de manifiesto al intentar localizar cuál puede ser el interés afectado por tal conducta¹⁷. En concreto, se castiga en el referido apartado al que “para su propio uso *adquiera* o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección” (con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años).

En principio, con la previsión como conducta típica de la posesión (para autoconsumo) no habría sido necesario castigar también la adquisición (también para autoconsumo). Si se posee es porque, de algún modo, se ha adquirido. La referida previsión podría entrar en acción sólo en supuestos muy excepcionales como aquellos en los que la investigación policial acredita

que se produjo una adquisición, pero tras el posterior examen de los dispositivos electrónicos del sujeto, se comprueba que ya no posee dichos materiales (por ejemplo, porque los ha borrado, eliminando todo rastro de haberlos poseído).

10. Poseer para uso propio pornografía infantil

Con la posesión para autoconsumo se sanciona (como tipo atenuado, con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años) la acumulación de estos materiales, siendo en consecuencia necesario que el sujeto realice algo más que la mera visualización (normalmente la descarga) que le permita poder visualizar los materiales cuando lo desee sin volver a conectarse a la Red¹⁸.

El inciso comentado exige, también, que el material sea poseído por el sujeto activo “para su propio uso”. Se trata de otro elemento confuso que habrá de discriminar, aún más, los supuestos típicos. En tal sentido no debería ser suficiente la mera posesión, sino que ésta tiene que estar destinada al uso de los materiales que, en atención al objetivo declarado del tipo, sólo puede ser un ánimo de satisfacción sexual. De este modo, teóricamente podrían quedar excluidos otros supuestos como la acumulación de material por mera curiosidad¹⁹.

En los supuestos en los que al imputado se le ha intervenido material del que solo se ha acreditado posesión y material respecto del que se ha acreditado la difusión operaría el principio de absorción previsto en el art. 8.3 CP y solamente se castigaría la difusión. En este sentido se pronuncia la STS núm. 1377/2011, de 19 de diciembre, en la que se afirma que la posesión guarda una relación de subsidiariedad de las conductas

descritas en el apartado 1-b. La STS 105/2009, de 30 de enero, ha exigido, para ser considerada típica, que la posesión debe mantenerse algún tiempo.

11. Acceso, a sabiendas, a pornografía infantil

Hasta la reforma de 2015, la exigencia de posesión excluiría la tipicidad de la mera *visualización* de pornografía infantil. Sin embargo, a partir de dicha intervención legislativa, el segundo inciso del apartado 5 del art. 189 dispone que “la misma pena (también como tipo atenuado, sancionando con la de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años) 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”. El acceso es, en definitiva, la otra cara de la exhibición (la del consumidor), esto es la mera visualización de la pornografía, no siendo por ello necesaria, y a diferencia de lo que ocurre con la posesión, la descarga de los materiales pornográficos. Se ha llamado la atención, con razón, sobre el poco sentido que tiene hoy la distinción entre poseer y visualizar, entendiéndose que “quien puede acceder a un contenido cuando quiera y como quiera ya lo posee sin necesidad del almacenarlo”²⁰. A ello debe añadirse que la distinción aún se diluye más, desde que se produce el desarrollo del almacenamiento en espacios virtuales (nube), que permiten el acceso a los materiales desde cualquier lugar.

El legislador advierte que la conducta habrá de producirse “a sabiendas”, lo que tiene por objeto expulsar del tipo aquellos accesos a espacios con pornografía infantil cuando no se revele una clara voluntariedad de llegar a ese tipo de materiales; en consecuencia, el dolo tiene que estar suficientemente acreditado, quedando automáticamente excluidas aquellas conductas en las que no existen garantías de que el acceso se ha producido con esa específica finalidad. En todo caso, la referida voluntariedad no siempre será fácil de acreditar, siendo necesarios indicios muy relevantes, como los apuntados en la CFGE y que son el hecho de que el acceso sea recurrente o que se cometa mediante un servicio sujeto a pago, entre otros. Tanto respecto a esta conducta como a la anterior no pueden aplicarse los

subtipos agravados, dada su ubicación sistemática (en el número 2 del art. 189 CP).

III. OBJETO MATERIAL DEL DELITO: CONCEPTO LEGAL DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

1. Cuestiones previas

La reforma 1/2015 introdujo en nuestra legislación penal un concepto de pornografía infantil. El Preámbulo de la reforma nos anuncia que se ha optado por introducir una definición legal de pornografía infantil, “con el objeto de *acabar con determinadas dudas* respecto a la subsunción de ciertos comportamientos y de *simplificar a la vez la redacción* del art 189 CP”. Sin embargo, no parece que sea esa la auténtica razón, pues el propio legislador afirma a la vez que se trata de una imposición comunitaria. Y no parece haberse logrado el objetivo, pues el nuevo concepto, como a continuación veremos, introduce determinadas descripciones que resultan significativamente confusas. En realidad, el objeto real de la reforma es meramente expansivo, no sólo por la adopción de determinadas medidas, a las que ya hemos aludido y otras que se estudiarán a continuación, sino por la elección de las alternativas más duras de entre las posibles, cuestión a la que también nos referiremos.

El legislador advierte que la definición legal de pornografía infantil ha sido tomada de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo que, a su vez, parece haberse inspirado en el Convenio sobre criminalidad de Budapest (23-11-2001)²¹. En la Directiva, se afirma que la pornografía infantil a menudo incluye imágenes que recogen los abusos sexuales a menores perpetrados por adultos. También puede incluir imágenes de menores que participan en una conducta sexualmente explícita, o de sus órganos sexuales, producidas o utilizadas con fines claramente sexuales y explotadas con o sin el conocimiento del menor. Añade, sin explicar las razones de tal afirmación, que, además, el concepto de pornografía infantil también abarca las imágenes realistas de menores (fotorrealismo) en las cuales el menor participa, o se le representa participan-

16 Sobre esta cuestión, vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 291.

17 En sentido crítico con el castigo de esta modalidad, vid., entre otros, TAMARIT SUMALLÁ, J., La Protección Penal del Menor frente al abuso y explotación sexual: análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores, Thomson Reuters-Aranzadi, 2000, p. 111; ORTS BERENGUER, E.-ROIG TORRES, M., “Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *CPC*, 2004, núm. 83, p. 129. MORALES PRATS, F., “Los ilícitos en la red (II): pornografía infantil y ciberterrorismo”, en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, C.M. Romeo Casabona (coord.), Comares, Granada, 2006, p. 292. Ampliamente, ESQUINAS VALVERDE, P., El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación, en *RDPCr*, núm. 18, 2006, pp. 186 y ss.

18 Puede plantearse un supuesto límite relacionado con la denominada carpeta “cache” o “temporary Internet files” (archivos temporales), que se genera automáticamente y proporciona acceso rápido a la información visualizada en la Red, pues en ella se encuentran todas las páginas e imágenes que se han visualizado durante la navegación. Este supuesto se analiza en la STS de 9 de octubre de 2009 (RJ 2009\5597); el usuario, sin haber realizado ningún acto de descarga o download, puede, sin embargo, acceder a los materiales ilícitos previamente visualizados. ¿Puede calificarse tal situación como posesión de material pornográfico? Parece que la respuesta debe ser positiva sólo si el sujeto conoce esa circunstancia y, además, hace uso del contenido, aspectos que deben estar acreditados.

19 De este tipo fue el primer caso conocido en España: A.S. y D.J., estudiantes de telecomunicaciones, fueron detenidos a raíz de una operación de la Interpol en la que se detectó un servidor de Internet que ofrecía fotografías de pornografía infantil para intercambio. La policía intervino en el disco duro de uno de los ordenadores 2.000 imágenes con contenido sexual de niños entre 3 y 15 años. También se incautaron disquetes, agendas, cintas de vídeo y fotografías de imágenes pornográficas (el Juzgado de Instrucción número 24 de Barcelona se vio obligado a archivar el caso).

20 GARCÍA ALBERO R., Pornografía infantil y reforma penal, op. cit., p.297.

21 Según este último, debe entenderse por “pornografía infantil” cualquier material pornográfico que represente de manera visual: a) un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; b) una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; c) unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

Expansión de la represión penal de la pornografía infantil

do, en una conducta sexualmente explícita, con fines principalmente sexuales. El art. 189 del Código penal realiza una transcripción casi literal del texto de la Directiva con dos excepciones. La primera es la inclusión, junto al término “menor”, la referencia a “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, que como ya se apuntó, sustituye al ampliamente denostado término “incapaz”. En segundo lugar, en el apartado c, referido a la pornografía técnica, el legislador añade (ensambla), de un modo poco ortodoxo, a la definición contenida en el número iii), lo dispuesto en el art. 5.7 de la Directiva²², dando lugar a una redacción confusa y de difícil interpretación.

En concreto, el segundo inciso del apartado b, del número 1 del art. 189 dispone que a los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

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

Veamos a continuación los diferentes tipos de materiales pornográficos y su subsunción en el art. 189 del Código penal:

2. Pornografía real o simulada: el significado de la acción verbal “representar”, la exclusión de la mera desnudez como material pornográfico y la representación de los órganos sexuales

La pornografía real sería la definida en los dos primeros apartados del segundo inciso del art. 189 b) y se refiere 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 (a) y toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales (b).

En los tres primeros apartados (de los cuatro) que definen el concepto de pornografía infantil, el legislador utiliza la modalidad verbal “representar” [“represente” —apartados a) y c)— y “representación” —apartado b)—]. Se ha discutido si bajo el amparo de la referida expresión podrían incluirse en el ámbito típico, además de la captación, a través de métodos fotográficos o videográficos, de menores (o personas con discapacidad), también aquellos **dibujos o diseños** de menores (o de sus órganos sexuales) realizados por medios tradicionales o virtuales²³. En mi opinión esa posibilidad no resulta viable, en la medida en que el propio apartado d) se refiere expresamente a “imágenes realistas” de un menor (pornografía virtual); esto es, creación artificial pero realista, elaborada por ordenador u otro medio. La interpretación más razonable será entonces entender que los otros apartados vienen siempre referidos a **personas** (menores en los apartados a y b) (y menores o adultos que parecen menores en el apartado c) de **“carne y hueso”**. En consecuencia, puede concluirse que la referencia verbal aludida tiene un valor secundario, siendo el resto de elementos los que determinan si el sujeto (o sus órganos sexuales) representado es menor o puede ser mayor y si es real o simulado.

Hasta la reforma del año 2015 hemos contado con una línea doctrinal y jurisprudencial consolidada según la cual **la mera desnudez no es pornografía**²⁴, criterio que parece estar consolidándose también tras la reforma. Según la misma, la “pornografía” requeriría la presencia de actos sexuales explícitos o cuando menos

gestos o representaciones de claro contenido sexual. En ese sentido ya se había pronunciado el Tribunal supremo, a partir de su sentencia núm. 1342/2003, de 20 de octubre, donde estima que la imagen de un desnudo —sea menor o adulto, varón o mujer— no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse. La posterior STS de 8 de marzo de 2006 (RJ 2006\1827) reafirma este criterio: “El artículo 189.1, en versión dada por LO 11/1999 castiga la utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas pornográficos (...). Ahora bien, tiene razón el recurrente cuando argumenta que la imagen de un desnudo “no puede ser considerada objetivamente material pornográfico (...) “lo que no puede predicarse sin más de un desnudo, luego en la medida (sic) que en el hecho probado no se especifica dicho contenido de obscenidad o impudicia resulta insuficiente para subsumir los hechos en el delito por el que han sido calificados” (en la misma línea la STS de 2 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8165), la STS de 3 de octubre de 2007 y la STS núm. 105/2009, de 30 de enero); o la STS n.º 803/2010, de 30 de septiembre, en la que se afirma que por “elaboración de cualquier clase de material pornográfico podemos entender tanto fotografías como videos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiéndose por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos”. Más reciente es la STS n.º 271/2012, de 26 de marzo, que ha definido la pornografía infantil como cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual²⁵. Resoluciones posteriores matizaron algo esta idea, en el sentido de que, si bien se mantiene el criterio según el cual el “mero desnudo” no puede integrar el delito de pornografía infantil, sí lo puede y debe hacer el “desnudo con connotaciones sexuales”; así, para el ATS núm. 521/2013, de 21 de febrero “las fotos realizadas por el acusado a la menor pueden considerarse como pornográficas ya que muestran la zona pública de la niña, su imagen desnuda y del busto en *actitud sugerente*”. Y lo mismo la STS de 24 de julio

de 2015 o la STS 18 de febrero de 2016 que declara que para la aplicación del tipo básico, bastaría con que las representaciones utilizadas consistieran en la *exhibición lasciva* de los genitales o la zona pública de un niño.

La solución adoptada podría complicarse desde el momento en que, tras la reforma de 2015, el legislador (en el apartado b) califica como pornografía la representación de “órganos sexuales” (*toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales*), suscitando la duda acerca de si la mera representación de esos órganos, sin más, debe ser considerada pornografía a efectos típicos. En mi opinión la respuesta debe ser negativa. Estimo que sigue siendo necesario que tales órganos sexuales aparezcan representados en un “contexto sexual” (por ejemplo, una erección en el caso de los órganos sexuales masculinos o posiciones y actitudes que inviten a la sexualidad, tanto en los masculinos como femeninos)²⁶.

Los argumentos que, en mi opinión, apoyan la persistencia de este criterio interpretativo tras la reforma de 2015 son los siguientes: en primer lugar, admitir lo contrario iría en contra de la esencia del fenómeno que se quiere castigar: “la *pornografía infantil*”; en segundo lugar, la inclusión del mero desnudo como forma de pornografía contradice la exigencia expresa de ejercicio de sexualidad que aparece varias veces en la definición legal: “conducta sexualmente explícita” (aparece en los apartados a), c) y d)); “con fines principalmente sexuales” (apartado c)); en tercer lugar, como antes apuntamos, esa es la línea seguida de forma pacífica por la jurisprudencia anterior a la reforma; en cuarto lugar, es también el criterio contenido en la FGE, que expone, a través de su circular, que el carácter pornográfico de las imágenes de niños desnudos sólo procederá cuando las mismas se enmarquen en un contexto lascivo (posados con contenido sexual e imágenes enfatizando los genitales). A tales efectos habrá de entenderse que los “fines principalmente sexuales” que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía, deberán tener reflejo en el propio

22 Art. 5.7. “Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el presente artículo será aplicable a los casos relacionados con la pornografía infantil a que se refiere el artículo 2, letra c), inciso iii), cuando la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes”.

23 Posibilidad admitida por ORTS BERENGUER, E., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad”, op. cit., p. 648, advirtiendo -en sentido crítico- que en tales supuestos no se lesiona bien jurídico alguno.

24 FERNÁNDEZ TERUELLO J. G., “Derecho Penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes”, 2011, Lex Nova, 287 p. 107 y ss.

25 Sobre la cuestión, vid., también, TAMARIT SUMALLÁ, J., La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual, op. cit., p. 121-122, quien ya apuntaba que un desnudo de un niño no puede ser legítimamente castigado como delito sexual por el mero hecho de que determinadas personas puedan excitarse sexualmente con ello.

26 Ya con la reforma de 2015 en vigor, también parece seguir el criterio restrictivo por ejemplo la SAP Huesca núm. 110/2017 de 22 septiembre (ARP2017\1288): En el caso en las imágenes se trata de meros desnudos en los que no se aprecia signo alguno de estimulación o de actividad sexual, ni participación alguna en una conducta sexual explícita, real o simulada, ni siquiera implícita o tácitamente, ni puede afirmarse que las representaciones gráficas intervenidas, en sí mismas consideradas, tengan fines principalmente sexuales, por lo que el acusado debería ser absuelto de este delito.

material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde.

Sin embargo, la citada Circular, siguiendo la línea interpretativa sugerida doctrinalmente²⁷, establece un matiz o distinción relevante, al considerar que el *animus* de quien elabora el material cuando entra en contacto directo con el menor y obtiene del mismo, fotografías o videos de sus órganos sexuales, puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico. Así será típico el supuesto de quien con una motivación sexual, convence a un/a niño/a para que se desnude a fin de elaborar materiales pornográficos (video o imagen), aún estando ausente en el/la menor la citada actitud que sugiera el ejercicio de la sexualidad. En todo caso, en estos supuestos estaríamos dentro del subapartado a).

3. La llamada pornografía técnica

La reforma de 2015 introdujo, dentro del nuevo concepto de pornografía infantil, la llamada *pornografía técnica*, recogida en concreto en el apartado c) del art. 189 con el siguiente contenido: “*Todo material que presente 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 redacción resulta extremadamente confusa, lo que se explica, como antes se apuntó, por la decisión del legislador español de fusionar (sin coordinar gramaticalmente) la definición contenida en el número iii) de la Directiva 2011/93/UE con lo dispuesto en el art. 5.7 de la misma (*salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes*), dando lugar a un texto de difícil interpretación.

Dentro de las posibles interpretaciones la solución más razonable pasa por entender que lo que lo que determina dicha redacción es una (criticable)²⁸ inversión de la carga de la prueba²⁹; según dicha interpretación existirá el delito cuando la conducta recaiga sobre una persona que parece ser un menor (aunque no lo sea),

debiendo ser el presunto autor del hecho o los responsables de la investigación policial quienes acrediten que dicha persona, que aparece como tal representada, en realidad ha superado la mayoría de edad. La sanción de este tipo de conductas parece ir dirigida fundamentalmente contra los titulares de determinado tipo de webs de carácter pornográfico que ofertan un modelo basado en las relaciones con personas que aparentan no haber alcanzado todavía la mayoría de edad (caracterizando a quienes en ellas aparecen como menores, aunque casi nunca no lo sean y “jugando” visualmente con situaciones límite). En esos supuestos (si las webs están radicadas en España) aún será posible requerir a los titulares de las mismas para que acrediten la mayoría de edad de las personas que en ellas aparecen representadas; sin embargo, esta acción se antoja prácticamente imposible en aquellos casos —la mayoría— en que se difunden materiales que se han obtenido en la Red y que representan a personas (mayores o menores), respecto a los cuales no existe ninguna posibilidad de determinar quiénes son y por ello tampoco es viable demostrar su mayoría de edad, circunstancia que generalmente el propio difusor desconoce.

Son muchas las dudas constitucionales que plantea una construcción de este tipo, que deberán ser eliminadas a través de una interpretación drásticamente restrictiva. En otro caso, podríamos estar ante un nuevo delito de sospecha que se vendría a unir al previsto en el art. 166 CP (no dar razón del paradero de la víctima de secuestro o detención ilegal). Al sujeto se le castiga o bien porque se sospecha que en las imágenes puede haber un menor o porque en las mismas un mayor de edad aparece caracterizado como un menor y no se puede demostrar que no lo sea.

Pese a ello, este criterio interpretativo parece ser también el seguido por la CFGE, cuando afirma que esta disposición se interpretará en el sentido de que tendrá trascendencia penal el material pornográfico que presente a una persona como menor, atendido su aspecto externo y el contexto en el que se le coloca (caracterización), incluyendo el texto escrito o el audio que lo acompaña. Será pues penalmente relevante las imágenes o videos que presenten a personas como menores en un contexto sexual. Se trata de supuestos en los que

las personas que aparecen en el material pornográfico aparentan ser menores (bien porque son seleccionados por sus rasgos especialmente añiados y convenientemente maquillados —simulación analógica o real— o retocadas sus imágenes o fotogramas digitalmente, mediante el borrado de sus signos de madurez sexual —senos, vello púbico, etc.—). Si las investigaciones pueden determinar la minoría de edad de la persona representada en la fecha en que se produjo el material, la calificación habrá de referirse al material pornográfico infantil común. La comprobación a posteriori de que el protagonista de la escena pornográfica tenía en realidad 18 años o más en el momento de producirse el material, excluiría la punibilidad de la conducta. Si no puede determinarse la mayoría o minoría de edad de la persona representada y el material la “presenta” como menor de edad, deberá ser considerado como pornografía infantil.

La referida Circular matiza restrictivamente este criterio, aunque no lo suficiente, considerando excluido el delito en aquellos casos en que el material que incorpore una escena sexual protagonizada por una persona no identificada de la que no está claro si es mayor o menor, cuando el autor del hecho *no haga mención a su minoría de edad ni la relacione con iconografía propia de menores (rasgos añiados, vestido, peinado, etc.)*. La necesaria restricción interpretativa habrá de requerir no sólo que aparenten ser menores, sino que sean presentados como tales³⁰. En definitiva, se castigan como pornografía infantil supuestos en los que no ha existido menor alguno afectado, siendo en realidad, lo relevante la actuación penal frente a determinadas preferencias sexuales del sujeto.

La situación se agrava desde el momento en que la redacción definitiva de la reforma suprimió la previsión contenida en el apartado sexto del art. 189 que aparecía en el Proyecto de 2013, según el cual, la producción y posesión de pornografía infantil no serían punibles cuando se tratase de pornografía técnica, *siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo*.

4. Pornografía virtual (artificial)

La denominada pornografía virtual es lo que el legislador identifica como “*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”. También denominada “pornografía infantil artificial”, consiste en la creación de la imagen de un menor, sin partir de menores reales; por ejemplo, un dibujo animado o una creación a través de aplicaciones o programas de dibujo o diseño. Se trata de la creación de imágenes no reales de menores involucrados en actos sexuales, con la particularidad de que ni existen personas reales (ni menores ni mayores) y, en consecuencia, tampoco las situaciones reproducidas son reales. La CFGE la define como aquella en la que la imagen del menor es una creación artificial pero realista, elaborada por ordenador u otro medio.

El Código penal asume literalmente la definición contenida en la Directiva y la razón de ser de la inclusión en el concepto típico de este tipo de imágenes (o videos) se encontraría en el alto grado de perfección alcanzado por determinado software capaz de desarrollar y animar imágenes y videos en un entorno sintético 3D, susceptible de inducir a error sobre la autenticidad de lo que en el mismo aparece reflejado (fotorrealismo), resultando difícil juzgar si la persona representada es real o sintética.

La aparición en el Proyecto de reforma de la pornografía virtual suscitó las quejas de determinados colectivos, al considerar que pasarían a estar catalogados como pornografía infantil series de televisión, videojuegos, comics y videos tipo manga en los que se den ese tipo de situaciones. Sin embargo, es lógico esperar que se imponga un necesario criterio interpretativo restrictivo. En tal sentido habrá que entender que “imágenes realistas” son imágenes “cercanas a la realidad”, a la que tratan de imitar³¹. Dicho de otro modo, serían imágenes que no son reales pero lo parecen. Por tanto, solo serán “potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquéllas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales, hasta el punto de no poder distinguirse. En esa misma línea, la Fiscalía General del Estado a través de su circular (y recordemos que en estos supuestos al no tratarse de menores reales no habrá acusación particular), concluye que no deben entenderse incluidos dibujos animados, cómics o representaciones similares, pues no serían propiamente

27 DE LA ROSA CORTINA J. M., “Concepto de material pornográfico infantil”, cit., p. 315.

28 No puedo por ello compartir las reflexiones contenidas en el Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013, donde se afirma que “cabe justificar la tipificación de la pornografía virtual y técnica en que este material también banaliza y puede contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto”, primero porque el castigo de tales conductas difícilmente encuentra soporte desde el plano de la ofensividad y, en segundo lugar, porque dicho efecto (“banaliza la explotación sexual de los niños”) dista mucho de haber sido probado.

29 GARCÍA ALBERO R., Pornografía infantil y reforma penal, op. cit., p. 286.

30 DE LA ROSA CORTINA J. M., Concepto de material pornográfico infantil, op. cit., p. 323.

31 GARCÍA ALBERO R., Pornografía infantil y reforma penal, op. cit., p. 290.

“imágenes realistas”, en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

El legislador español —finalmente³²— no incorporó a la redacción definitiva del texto la previsión restrictiva contenida en el artículo 5.8 de la Directiva según la cual debe quedar 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. En consecuencia, en nuestra regulación, la producción de imágenes realistas realizadas por el propio sujeto para su propio uso es una conducta típica.

Aún con la interpretación restrictiva antes apuntada, una vez más, se excede el límite de lo razonable, pudiendo condenar penalmente como autores de un delito de pornografía infantil, a quienes realizan determinadas conductas con materiales en los que no aparece ningún menor real (ni adulto). La ausencia de un menor real sometido a cualquier tipo de conducta sexual o pornográfica o siquiera a peligro de sufrirla, hace inaceptable la decisión de incorporar esta conducta a un tipo que aparece ubicado en un Título referido a la libertad y/o indemnidad sexuales, bienes respecto a los cuales la conducta típica se halla extremadamente alejada. No participan menores reales en actividad sexual o pornográfica alguna; no hay ser humano (ni menor ni mayor de edad) que se vea afectado por tales conductas. El (lógico) rechazo social a todo lo relativo a la sexualidad referida a menores no justifica por sí solo la intervención del Derecho penal, cuando no hay interés concreto afectado, al menos de forma potencial.

5. Pseudopornografía infantil (morphing)

Hasta la reforma penal del año 2015, el apartado séptimo del art. 189 CP castigaba con penas de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años al que “*producere, 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”. Con un criterio expansivo difícilmente justificable en términos de ofensividad, el legislador de 2003, a partir de lo dispuesto en la Directiva 2011/92/UE, ampliaba los límites del precepto, incluyendo entre las conductas punibles (art. 189.7 CP) la llamada pseudopornografía infantil o simulada (*morping o morphed images/videos*), que consiste, precisamente, en realizar fotomontajes con imágenes (o la voz) de menores que no intervienen realmente en la conducta sexual (por ejemplo, colocar la imagen de la cara de un menor sobre la imagen corporal de un adulto en actitud o realizando comportamientos sexuales).

Tras la reforma penal de 2015 se excluyó la pseudopornografía del nuevo concepto de pornografía infantil. Sin embargo, como bien se ha apuntado (Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 —en relación al Proyecto de reforma de ese mismo año—), ello no tiene por qué implicar la atipicidad de estas conductas, pues “según como se ejecuten” podrían llegar a castigarse como pornografía infantil virtual o técnica (la segunda opción, según mi criterio, resulta inviable). De hecho, el referido informe se pronunciaba en el sentido de entender que “su supresión obedece a que tal material pornográfico debe reconducirse ahora a los supuestos de pornografía virtual que el Anteproyecto considera material pornográfico infantil relevante penalmente”. Advierte, en todo caso, la CFGE que, en coherencia con lo acordado respecto a la pornografía virtual, la tipicidad de este tipo de pornografía requiere que la misma sea realista, en el sentido antes indicado; esto es que se aproxime al máximo a la realidad en su configuración (hasta el punto de que se confunda con la misma), lo que afortunadamente restringe algo las posibilidades reales de subsunción.

6. Pornografía infantil sonora y escrita (literaria)

A la vista del nuevo concepto, la pornografía infantil necesariamente debe integrarse por representaciones visuales, no siendo suficiente el material de audio ni los textos escritos. La pornografía infantil literaria consiste, según definición del Tribunal Supremo (STS de 2 de marzo de 1983), “en las descripciones escritas de actividades sexuales que, careciendo de valores literarios, artísticos, científicos o pedagógicos, tengan

por finalidad exclusiva excitar sexualmente a quienes las lean”. Hasta la citada supresión de la modalidad de pseudopornografía, estuvo prevista en nuestra regulación una forma de pseudopornografía sonora, si bien —una vez más afortunadamente— fue ignorada por los operadores encargados de la aplicación de la norma; en concreto, como acabamos de ver, el apartado séptimo del art. 189 CP (antes de la reforma de 2015) castigaba con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años al que “*producere, 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”. La decisión legislativa carecía por completo de sentido (se castigaba la pseudopornografía sonora, pero no la pornografía real sonora), sin embargo la deriva que ha adquirido el proceso legislativo en la materia no hace descartable que en un futuro no muy lejano se incluyan estas dos conductas también en el ámbito típico³³.

32 Pues sí aparecía previsto, si bien de forma errónea, en el Proyecto de 2013, en concreto en el apartado sexto del art. 189, según el cual la producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo.

33 De hecho, ya en el año 2004, la Petición del Defensor del Pueblo Q0311860, dirigida al Ministro de Industria, Turismo y Comercio solicitaba el castigo de este tipo de conductas, que son objeto de persecución penal en algunos países (Australia, Canadá, Alemania o Estonia); citados en De la Rosa Cortina J.M., Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: op. cit., p. 306 (en nota 12).