

	<u>Págs.</u>
Jean Pierre MATUS. <i>Fernández, Fuenzalida y Vera: comentaristas, autodidactas y olvidados. Análisis diacrónico y sincrónico de la doctrina penal chilena del siglo XIX</i>	913
José MUÑOZ LORENTE. <i>Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: su contradictorio presente y su incierto futuro</i> ..	945
Jose Henrique PIERANGELLI. <i>Nexo de causalidad e imputación objetiva</i>	969
Felipe RENART GARCÍA. <i>El tipo de injusto en el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural</i>	989
Luis Miguel REYNA ALFARO. <i>Género, violencia y Derecho penal sexual</i>	1013
Luis RODRÍGUEZ RAMOS. <i>Interpretaciones contra opulentibus en los delitos tributarios</i>	1033
Javier SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES. <i>La ciudad como objeto de protección penal</i>	1039
Sheila JORGE SELIM DE SALES. <i>Reflexiones sobre el estudio sistemático de la parte especial del Código penal</i>	1061
Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. <i>Imponderabilia</i>	1075
Ángel José SANZ MORÁN. <i>De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso</i>	1085
María Dolores SERRANO TÁRRAGA. <i>El concurso de delitos en la Ley penal del menor y en el Proyecto de reforma</i>	1103

IV. ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Ronald L. AKERS. <i>Aplicaciones de los principios del aprendizaje social. Algunos programas de tratamiento y prevención de la delincuencia</i>	1117
Hans-Jörg ALBRECHT. <i>Respuestas legislativas al 11 de septiembre. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista</i>	1139
Antonio BERISTÁIN IPIÑA. <i>El combate de la delincuencia en el pintor José Clemente Orozco y el filósofo Emmanuel Kant</i>	1165
José Ángel FERNÁNDEZ CRUZ. <i>Consumo y tráfico de drogas: ética, realidad social y discurso</i>	1179
José GARCÍA SAN PEDRO. <i>Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional</i>	1215
César HERRERO HERRERO. <i>La prevención, principal vía realizadora de la Política criminal</i>	1237
Felipe Luis MELÉNDEZ SÁNCHEZ. <i>El agresor como víctima. A propósito de la tolerancia cero en la violencia de genero</i>	1253
Santiago REDONDO ILLESCAS. <i>La aproximación psicológica en España al tratamiento de la delincuencia</i>	1261
Alfonso SERRANO MAÍLLO. <i>La relevancia de la potencia estadística para la evaluación de programas de tratamiento penitenciario mediante experimentos con asignación aleatoria</i>	1285
Manuel MONTEIRO GUEDES VALENTE. <i>La Política criminal y la Criminología en nuestros días. Una visión desde Portugal</i>	1309
David WEISBURD y John E. ECK. <i>¿Qué puede hacer la policía para reducir la delincuencia, los disturbios y el miedo?</i>	1319
José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR. <i>Contrarreforma penal (el annus horribilis de 2003) y el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2006</i>	1347

FRANCISCO BUENO ARÚS
HELMUT KURY
LUIS RODRÍGUEZ RAMOS
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI
(directores)

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA COMO FUNDAMENTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALFONSO SERRANO GÓMEZ

JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA
ALFONSO SERRANO MAÍLLO
(editores)

SEPARATA

LA SANCIÓN PENAL DE LA LLAMADA DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE INTERNET Y OTRAS MODALIDADES AFINES TRAS LA REFORMA 15/2003

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Oviedo

Dykinson

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
<i>Al crítico lector</i> , por Francisco BUENO ARÚS, Helmut KURY, Luis RODRÍGUEZ RAMOS y Eugenio Raúl ZAFFARONI	17
I. UN HETERODOXO: EL PROFESOR ALFONSO SERRANO GÓMEZ	
Salutatio, por Francisco BUENO ARÚS	21
<i>El Profesor Alfonso SERRANO GÓMEZ: «El investigador que no cesa»</i> , por José Luis GUZMÁN DÁLBORA y Alfonso SERRANO MAÍLLO.....	25
<i>Publicaciones del Profesor Alfonso Serrano Gómez</i>	43
II. ESTUDIOS DE CRIMINOLOGÍA	
Antonio ANDRÉS PUEYO y Mónica ANTEQUERA FARIÑA. <i>Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente: consideraciones psicológicas y jurídicas</i> ..	55
Robert APEL. <i>La relación entre empleo juvenil y conducta antisocial</i>	95
Richard A. BALL. <i>El enfoque de la teoría general de sistemas aplicado a los delitos organizacionales de cuello blanco</i>	119
Michael L. BENSON. <i>Carreras delictivas de delincuentes de cuello blanco</i>	135
Christopher H. BIRKBECK. <i>El significado de la adolescencia para la Criminología</i> ..	157
Dawn K. CECIL. <i>Ceguera de género. La falta de consideración de las delincuentes femeninas por parte de la Criminología</i>	171
William J. CHAMBLISS. <i>La industria americana del control del delito: una burocracia que se autoperpetúa</i>	185
Francis T. CULLEN, Leah E. DAIGLE y Constance L. CHAPPLE. <i>El desarrollo de la Criminología del curso vital en Estados Unidos: tres teorías centrales</i> ..	203
Luzia FÄH, Silvie RAINER y Martin KILLIAS. <i>¿Un nuevo determinismo? La exclusión de las relaciones probabilísticas y de las influencias situacionales en los enfoques neurocientíficos</i>	227
David P. FARRINGTON. <i>Criminología del desarrollo y del curso de la vida</i>	239
Diana H. FISHBEIN. <i>Procesos reguladores neuropsicológicos y emocionales en el comportamiento antisocial</i>	267
Eugenio GARRIDO MARTÍN, Carmen HERRERO ALONSO y Jaume MASIP PALLEJÁ. <i>La mujer como abusadora sexual. Prevalencia del estereotipo sobre la realidad. Estudio experimental</i>	293
Gilbert GEIS. <i>El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico</i> ..	309
Valentin GOLBERT. <i>Replanteamiento de los conflictos asimétricos: más allá del «choque de civilizaciones»</i>	325
Michael R. GOTTFREDSON. <i>Una teoría del control explicativa del delito</i>	333
Carmen HERRERO ALONSO, Eugenio GARRIDO MARTÍN, Jaume MASIP PALLEJÁ y Diana PÉREZ ARECHAEDERRA. <i>Gravedad percibida de algunos delitos y probabilidad estimada de denunciarlos: el efecto de las características de la situación delictiva y del sexo</i>	347
Helmut KURY y Martin BRANDENSTEIN. <i>Sobre la cuestión de una «Nueva Punitividad» – Actitudes sancionadoras y política sancionadora</i>	369
John H. LAUB. <i>Los caminos y los puntos de cambio a lo largo de la vida. El delito en su proceso</i>	403

LA SANCIÓN PENAL DE LA LLAMADA DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE INTERNET Y OTRAS MODALIDADES AFINES TRAS LA REFORMA 15/2003

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO
*Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Oviedo*

1. El incipiente fenómeno de la distribución de pornografía infantil a través de la Red

Pese a la dificultad del cómputo, se estima que en el año 2005 ya existían más de cuatro millones de sitios en Internet con material de sexo con menores, los cuales recibirían más de dos mil millones de visitas anuales. Este tipo de materiales están alojados principalmente en servidores de países de la antigua Unión Soviética y en algunos de América Latina, donde la legislación es mucho más permisiva, lo que plantea relevantes dificultades a las autoridades judiciales y policiales españolas en virtud de la vigencia de una serie de principios como el de territorialidad. Se estima que nuestro país alberga el 1% del total de sitios que contienen material de sexo con niños. Desde el punto de vista del consumo de estos materiales y también en base al estudio de investigación que ANESVAD realizó durante el año 2002, España sería el segundo país del mundo (y el primero de Europa) que más pornografía infantil consume¹.

Resulta un hecho incontestable que la aparición de internet ha disparado cualitativa y, sobre todo, cuantitativamente el fenómeno de la creación y posterior distribución de materiales (videos, fotos, etc.) pornográficos elaborados con menores², habiendo pasado de ser una actividad casi residual a adquirir indudable rele-

¹ Informe ANESVAD de Parry Aftab (www.cyberangels.com) [consultada por última vez el 1-9-2006].

² Relación de los principales casos de operaciones contra la pornografía infantil y la distribución de imágenes pederastas por la red efectuados en el mundo hasta julio de 2006: 1. Más de 600 personas son detenidas en Francia en una operación policial contra las redes pederastas. Cinco implicados se suicidaron (Junio de 1997). 2. Más de un centenar de sospechosos de una veintena de países son detenidos en la «Operación Catedral», coordinada por la Policía británica en relación con la red de internet «Wonderland». Se hallaron bases de datos con más de 100.000 fotografías pornográficas de niños, algunos menores de dos años (2 de septiembre de 1998). 3. La Policía de Nueva York detiene a 13 personas presuntamente implicadas en una red de distribución de pornografía infantil por internet a Estados Unidos, Canadá, Suecia y Nueva Zelanda, que se llamaban a sí mismos «Pedo-University» (28 octubre de 1998). 4 La Policía italiana desarticula una red internacional dedicada a la venta de videos de pornografía infantil realizados en Rusia, en los que se filmaban abusos a menores a los que, en algunos casos les causaban la muerte. Fueron procesadas 831 personas en Italia y se emitieron 660 rogatorias internacionales (27 de septiembre de 2000). 5. Un total de 130 presuntos pederastas, entre ellos un administrativo español, son detenidos dentro de una amplia operación internacional llevada a cabo en 19 países de los cinco continentes para atajar la pornografía infantil y los abusos de menores (28 de noviembre de 2005).

vancia, como demuestran las cifras policiales y judiciales³. La puesta a disposición de la sociedad de un canal que facilita comunicaciones instantáneas desde cualquier parte del mundo y ciertas posibilidades de anonimato ha sacado a la luz una importante demanda oculta de este tipo de materiales. En estos aspectos, las fórmulas tradicionales (el correo postal o la adquisición mediante la presencia física del interesado en el lugar de venta) no pueden competir con internet.

La preocupación por el progresivo incremento de conductas atentatorias contra la indemnidad sexual de los menores ha motivado, además, diversas iniciativas internacionales⁴ y, en el caso español, una primera reforma expansiva de los delitos en materia sexual relacionados con menores —reforma operada por Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril—. La línea de endurecimiento ya anticipada por dicha reforma se ha visto significativamente reforzada con la más reciente promovida por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre; a ambas nos referiremos más adelante.

2001). 6. La Policía alemana desarticula una red de pornografía infantil que operaba en internet en la que estaban implicadas al menos 85 personas (7 de mayo de 2002). 7. La Oficina Federal de Investigación (FBI) de EEUU descubre a más de 7.000 pederastas británicos a raíz de la investigación de dos portales de pornografía infantil en internet (4 de agosto de 2002). 8. La Policía polaca desmantela una red de pederastas integrada por profesores, artistas, profesionales y empresarios, que abusaban de niños entre los tres meses y los 14 años (3 de octubre de 2002). 9. Decenas de internautas son arrestados en varias regiones de Francia en el marco de una investigación sobre una red de pederastia por internet (15 de mayo de 2003). 10. Más de 140 sospechosos de poseer pornografía infantil son detenidos tras una operación policial coordinada entre Dinamarca, Suecia, Noruega y Finlandia (27 de mayo de 2004). 11. La Justicia italiana asesta un duro golpe a la pornografía infantil difundida por internet, en una operación que supuso más de 130 registros y la detención de una treintena de personas (21 de junio de 2004). 12. La policía brasileña identifica y vigila a 104 miembros de redes internacionales que producen y transmiten pornografía infantil e imágenes de pederastia en internet (10 de septiembre de 2004). 13. Decenas de personas fueron detenidas en 64 países en una operación a gran escala contra la pornografía infantil en Internet, impulsada por la policía italiana (25 de noviembre de 2004). 14. La Policía detiene a 90 personas en la mayor redada contra la pornografía infantil en España (25 de noviembre de 2004). 15. Quinientos detenidos fue el resultado de una operación internacional coordinada por la policía española que se desarrolló en un total de 13 países (16 de marzo de 2005). 16. La Policía y la Guardia Civil llevan a cabo el mayor golpe contra la distribución de pornografía infantil. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han realizado dos operaciones simultáneas contra la distribución de la pornografía infantil por Internet en las que ha detenido a 186 personas en casi todo el territorio nacional, en el mayor golpe en España contra el intercambio de este material en la red. 17. Detenidas 42 personas en una operación contra la pornografía infantil en todas las CCAA y en Andorra (05 de julio de 2006). 18. Desmantelada una red internacional de pornografía infantil que incluía «abusos por encargo» (16 de marzo de 2006). 19. Detienen a 33 personas en toda España por comprar pornografía infantil en Internet (18 de enero de 2006). 20. La Policía desmantela una red de violadores de bebés que distribuía las imágenes en la Red. Han sido detenidas cinco personas en Murcia, Barcelona y Orense, una de las cuales se ofrecía como «canguro» para acercarse a los niños. Fuente: Diarios «El Mundo» y «El País».

³ A finales del año 2001, ANESVAD puso en marcha una campaña de investigación y sensibilización sobre la pornografía infantil en Internet denominada «*Nymphasex*». En concreto, se publicó una supuesta página pornográfica en la que se ofrecían una serie de servicios con menores, la cual se promocionó a través de distintos canales gratuitos disponibles para cualquier usuario (*chats*, *foros*, *news* y *alta* en buscadores). En los quince días que duró la campaña, 6.000 personas visitaron el sitio; 542 visitantes accedieron de forma regular con el fin de comprobar si la *web* ofertaba nuevos servicios y cerca de 200 usuarios dejaron incluso su dirección de correo electrónico para que se les informara sobre las novedades. <http://www.anesvad.org/nymphasex> (consultada por última vez el 1-9-2006).

⁴ En primer lugar, la Convención sobre Derechos del Niño obliga a los países que la han ratificado a tomar las medidas necesarias para proteger a los niños de «toda forma de abuso físico o mental, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual» por parte de sus padres u otras personas que los tengan a su cargo. En segundo lugar, tanto en el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños (Estocolmo, 1996), como en el segundo (Yokohama, Japón, diciembre 2001), los representantes de los países participantes declararon la necesidad de poner en marcha una acción concertada a todos los niveles (local,

2. La inicial falta de previsión del Código penal de 1995

El primer supuesto de difusión de pornografía infantil que se juzgó en nuestro país puso de manifiesto la incapacidad del entonces nuevo Código Penal de 1995 para hacer frente a este tipo de conductas. El juzgado de instrucción número 24 de Barcelona se vio obligado a archivar el caso⁵, al no existir en el Código ningún precepto destinado a sancionar los supuestos de venta, exhibición y distribución de pornografía infantil realizados por cualquier medio. Antes de proceder a la absolución, el referido juzgado intentó sin éxito aplicar otros preceptos del Código.

En concreto, el tribunal descartó la tipicidad de dicha conducta sobre la base de que la difusión de pornografía, incluso la infantil, no era delito a menos que se produjese de forma *directa* entre los menores, pues así lo exige el art. 186 CP⁶. Efectivamente, el referido artículo exigía —y exige— un medio directo, lo que a su vez implica la necesidad de una relación directa entre el autor y el sujeto pasivo; esto es, la presencia efectiva del menor o incapaz. Evidentemente a tales efectos, la relación entre el que difunde las imágenes en la Red y el menor que eventualmente pueda acceder a las mismas no es directa. Así, se afirmó en la sentencia aludida que «no se ha podido probar que facilitaran el material a menores». Los suministradores de contenidos a través de la Red no pueden determinar la edad de los usuarios, por lo que si los menores acceden a la información, lo hacen de una forma indirecta y por tanto atípica.

Tampoco pudo ser aplicado el art. 189.1 CP⁷, que sancionaba y sanciona (actual 189.1, a) la utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, debido a que quienes se dedican a difundir las imágenes de pornografía infantil, «no suelen ser los creadores de las mismas» (normalmente son copiadas de otros servidores en la propia Red), «desconocen a quiénes per-

nacional e internacional) frente al número creciente de niños en todo el mundo que son objeto de explotación y abusos sexuales. A nivel europeo la preocupación por este problema es una constante en los últimos años. Así el Consejo Europeo de Viena, celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1998, hizo un llamamiento para que se desarrollaran a escala europea e internacional las iniciativas de protección de los niños, especialmente en el campo de la pornografía infantil en Internet. Expresamente el Consejo de la Unión Europea, el 29 de mayo de 2000, aprobó una decisión relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet. En ese documento se recogen entre otros aspectos, la necesidad de reforzar las medidas de prevención, al tiempo que se pide a los Estados miembros que establezcan una cooperación más amplia y rápida para facilitar la investigación y la persecución de estos hechos, debiendo al mismo tiempo verificar la evolución tecnológica para que la lucha contra la pornografía infantil sea eficaz [Petición del Defensor del Pueblo Q0311860 Área: 03/JCC dirigida al Ministro de Industria, Turismo y Comercio]. Debe también destacarse 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, etc. Puede verse un elenco completo en Morillas Fernández D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, pp. 480-481.

⁵ 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 2000 imágenes obscenas de niños entre 3 y 15 años. También se incautaron disquetes, agendas, cintas de vídeo y fotografías de imágenes pornográficas.

⁶ Art. 186 CP (según redacción de 1995): «El que, por cualquier medio directo, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses».

⁷ Art. 189.1 (según redacción de 1995): «El que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años».

tenecen y quiénes son los menores en ellas impresos». En rigor, lo que se está utilizando es «la imagen» de los menores, pero no a los menores en sí mismos. Dificultades aún mucho mayores se presentaban para hacer uso de otras figuras delictivas como el art. 187 CP (inducción a la prostitución)⁸.

3. La Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril de reforma del Código penal y el nuevo art. 189.1.b

El deseo de sancionar penalmente los supuestos de distribución de pornografía infantil a través de internet fue una de las razones que motivaron la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril⁹. La referida reforma tuvo como principal objetivo, reintroducir en nuestro Código el delito de corrupción de menores, que había sido suprimido por el Código de 1995. Dicha introducción fue a su vez motivada por el contenido de la conocida STS de 16-9-1996, a la que siguieron una serie de iniciativas: Proposición no de Ley presentada por el GPP el 4-11-1996 y la Recomendación del Defensor del Pueblo presentada el 28-11-1997. Según su Exposición de Motivos era deseo de la norma *garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexuales de los menores e incapaces*. Se afirmaba en tal sentido que las normas contenidas en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, no respondían adecuadamente, «*ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la Sociedad nacional e internacional*». Desde un punto de vista doctrinal, la reforma ha sido objeto de severas críticas, al considerar que fue bastante más allá de lo deseable¹⁰.

En concreto y en la materia que nos ocupa, tras la reforma del 99, el número 1 del art. 189 pasó a agrupar dos modalidades típicas delictivas distintas. Se mantuvo, en primer lugar, en la letra a) el delito de utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico. A su vez, esta primera modalidad se escinde en otras dos, según

⁸ La conducta típica descrita en el art. 187 CP consiste en ejecutar actos de favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces y no pudo aplicarse al caso en cuestión, porque con la difusión de pornografía en Internet «*no se induce a la prostitución sino en todo caso a la corrupción*» (no sancionada en ese momento en el CP).

⁹ La Reforma se deriva en parte de las directrices expresadas en la Resolución 1099 (1996) de 25 de septiembre relativa a la Explotación Sexual de los Niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; y de la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de noviembre de 1997 relativa a la Comunicación de la Comisión sobre lucha contra el turismo sexual que afecta a niños y el Memorandum de contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños (DO C 358 de 24-11-1997); así, Morillas Fernández D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, pp. 131 y ss.

¹⁰ Sobre la cuestión, ver en sentido crítico, García Albero R., «El nuevo delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)», en *Delitos contra la libertad sexual*, núm. 21, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 113 y ss.; 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. 244, para quien el nuevo delito de corrupción de menores protege la moral sexual colectiva; vid. también Gómez Tomillo M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), 07-04-2005.

cual sea el fin para el que se utilizan los menores o incapaces (fin de participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, en el primer caso, o fin de servir para la elaboración de material pornográfico, en el segundo). Finalmente, y con el objeto de sancionar los supuestos de distribución de pornografía infantil, se introduce la letra b) del mismo apartado primero¹¹, donde se castiga *al que producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuese de procedencia desconocida*. Seguidamente se castiga también *a quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de esas conductas*.

Precisamente para hacer frente a los supuestos en que la distribución se realiza a través de internet se incluyó en el precepto la doble referencia: «*por cualquier medio*» y «*aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuese de procedencia desconocida*», debido a la frecuencia con que este tipo de distribución se realiza utilizando material que ha sido copiado en la propia Red, siendo desconocido su origen. Más en concreto, si bien en un principio la mayoría de los menores utilizados para elaborar contenidos sexuales provenían del Sudeste Asiático (Tailandia, Filipinas, Camboya o Vietnam fundamentalmente), en la actualidad, como ya apuntamos, esta situación se ha ampliado a países del Este de Europa (Rusia, Ucrania, Rumania, etc.) y de América Latina (México, Repúbli-

¹¹ Sobre la base de una idéntica preocupación, y en la misma línea, se han modificado los textos penales de otros países europeos. Así, por ejemplo, la actual regulación penal italiana en la materia es fruto de la reciente ley núm. 38 de 6 de febrero de 2006 (Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet) que a su vez integra la normativa preexistente contenida en la ley núm. 66 de 15 febrero de 1996 (Norme contro la violenza sessuale) y en la ley de 3 de agosto de 1998, núm. 269 (Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù). La citada ley de 2006 adapta a su vez la legislación italiana a 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. El artículo 3 de la ley modifica el anterior artículo 600 quater del Código Penal; la reforma afecta al aspecto sancionatorio con la sustitución de la actual alternativa entre pena de multa y de prisión por la pena conjunta de ambas. Se sustituye también la referencia a la elaboración de material pornográfico producido *mediante el aprovechamiento sexual* (sfruttamento sessuale) de menores de 18 años por la referencia a material realizado *utilizando* a menores de 18 años. El art. 4 de la ley introduce el art. 600 quater. 1 del Código penal en el que se castiga la producción y difusión de material pornográfico con imágenes virtuales (pornografía virtual) de menores. Se justifica porque la misma tendría capacidad para «*alimentar el fenómeno*» de la pornografía infantil, produciendo efectos criminógenos en quienes disfrutan de tales materiales. La referida normativa considera pornografía infantil el material pornográfico que representa imágenes realistas de un niño inexistente, producidas utilizando imágenes o parte de imágenes de menores realmente existentes. Ya antes de la aprobación de la ley núm. 38 de 6 de febrero de 2006 que, como hemos visto, amplía de modo significativo el elenco de conductas punibles, la regulación penal en la materia había sido calificada por parte de la doctrina como de extrema dureza, tanto por el gran número de conductas sancionadas, como por la gravedad de las sanciones previstas; vid. cadoppi, «*Commento al art. 1.º en Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 2.ª edic., Cedam, 1999, p. 454. Del mismo modo, en el art. 227-23 del CP francés se castiga, en primer lugar, el hecho de tomar, grabar o transmitir la imagen o la representación de un menor con objeto de su difusión, cuando esta imagen o esta representación presenten un carácter pornográfico; en segundo lugar, el hecho de difundir una imagen o representación de ese tipo, por cualquier medio, de importarla o exportarla, o hacerla importar o exportar. Las penas se elevarán cuando, para la difusión de la imagen o de la representación de un menor, destinada a un público indeterminado, se haya utilizado una red de telecomunicaciones. La mera tenencia de tales imágenes o representaciones también será castigado. Tales disposiciones se extienden igualmente a las imágenes pornográficas de una persona cuyo aspecto físico sea el de un menor, salvo si se prueba que esa persona contaba con dieciocho años de edad el día de la toma o de la grabación de su imagen.

ca Dominicana o Ecuador, entre otros). En todo caso, esa última referencia a la procedencia del material no aportaba nada nuevo, al no existir ninguna limitación legal en ese sentido¹².

Finalmente, debe reseñarse como resulta **sorprendente la equiparación punitiva** (prisión de 1 a 4 años) que se prevé para los supuestos típicos contenidos en los apartados a y b del art. 189.1, pues no parece lógico —ni proporcional— que se utilice idéntica respuesta penal frente al que recurre directamente a los menores para elaborar material pornográfico que frente al que, sin haber tenido nada que ver en la elaboración de dicho material, lo venda, distribuya, exhiba o facilite tales conductas o frente a quién únicamente los posea para esos fines. El primer supuesto ostenta una evidente mayor intensidad lesiva, por su nítida aproximación al bien jurídico, en la medida en que supone la utilización en actividades de carácter pornográfico de los menores y no simplemente de su imagen.

4. La Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de reforma del Código penal y las nuevas previsiones del art. 189

La Ley 15/2003 de 25 de noviembre determinó, como es sabido, una muy extensa y relevante reforma de nuestro Código Penal. En el ámbito que nos ocupa, la misma realiza una extraordinaria ampliación del ámbito típico. La propia Exposición de Motivos de la Ley lo describe así: “Respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, *endureciendo las penas*, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la *posesión para el propio uso* del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la denominada *pornografía infantil virtual*”.

Tres son los pilares de la reforma. En primer lugar, se produce una intensificación de las posibilidades de respuesta penal; así, el tipo básico pasa a tener prevista la consecuencia jurídica de prisión de uno a cuatro años frente a la de uno a tres años del texto anterior. También se prevé una pena muy significativa (nada menos que cuatro a ocho años de prisión) para los nuevos tipos agravados. Además, junto al incremento de las penas de prisión se posibilita la imposición de cualquiera de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, cuando el culpable pertenezca a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

¹² En tal sentido Morales Prats F. y García Albero R., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en Quintero Olivares G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 928. Por otra parte, una de las últimas reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial (redacción según Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio) establece una excepción absoluta al principio de territorialidad para determinados delitos y entre ellos el que nos ocupa; art. 23.4: «Será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España, y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

El segundo —y más relevante— pilar de la reforma se concreta en el aumento de las conductas típicas, pasando a ser penalmente sancionables la posesión de material pornográfico infantil para propio uso (al margen de la posesión finalística que se mantiene)¹³ y la difusión (producción, venta, etc.) de la denominada pornografía virtual, esto es material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

Finalmente se introducen nuevos tipos agravados que se unen al preexistente (pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades). En concreto: a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años. b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico. d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual. e) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

Aunque iremos desarrollando las diferentes cuestiones, en conjunto la valoración de la reforma no puede ser positiva. Una vez más, el Derecho penal interviene en ámbitos en los que no resulta sencillo determinar bien afectado alguno. Castigar la posesión de pornografía infantil para autoconsumo o formas de pseudopornografía en las que no se han utilizado menores reales, al margen del reproche moral que las mismas pueden determinar, parece escasamente compatible con principios como el de ofensividad y última *ratio* entre otros y seguramente no es más que consecuencia de la presión de determinados sectores sociales. Debe por cierto advertirse que pese al carácter ampliamente expansivo de la intervención penal, no faltan todavía voces que solicitan, en lo que constituiría una nueva “vuelta de tuerca”, el castigo de la llamada *apología de la pederastia* o la llamada pornografía técnica. Además, las nuevas previsiones se incorporan con una técnica legislativa caótica; así la nueva modalidad típica relativa a la difusión de pornografía infantil virtual se separa del resto de supuestos y se lleva nada menos que al apartado 7, ubicándola tras cuestiones autónomas como los tipos agravados, la corrupción de menores, etc., rompiendo con ello la unidad sistemática.

5. La determinación del interés afectado por las diferentes conductas típicas

Una de las cuestiones más relevantes es la determinación del interés o bien jurídicamente protegido y afectado por las conductas que nos ocupan. Hoy apenas es objeto de discusión la nocividad para la indemnidad sexual de menores de corta edad, que son sometidos a prácticas de índole sexual con el obje-

¹³ Valorado muy positivamente por la Petición del Defensor del Pueblo Q0311860 Área: 03/JCC dirigida al Ministro de Industria, Turismo y Comercio: «Cabe esperar que el nuevo tipo penal que contempla el artículo 189 del Código Penal, permitirá a corto plazo sancionar de manera más eficaz este tipo de conductas ilícitas».

to que sea, incluida la elaboración de material pornográfico¹⁴. Sin embargo, la determinación del bien jurídico afectado ya no resulta tan sencilla si analizamos las conductas de aquellos que, sin haber participado en la elaboración de dichos materiales, los distribuyen o los poseen para su distribución y aún mucho menos cuando se trata de los que simplemente los poseen para autoconsumo. También surgen dudas en este sentido, cuando el objeto sobre el que recae la conducta típica es material pornográfico en el que no han sido utilizados directamente menores o incapaces (se emplea su voz o imagen alterada o modificada).

En tales actuaciones, el objeto de la acción son los citados materiales y no los menores, por lo que no resulta sencillo determinar dónde se encuentra el daño y cual es el concreto bien afectado. Como apuntamos, en ningún caso se sancionaría penalmente la lesión causada a la indemnidad sexual de los menores que aparecen en el material pornográfico que se difunde, y que han sido previamente utilizados para su elaboración, pues el pleno desvalor de esas conductas ya se contiene en el supuesto recogido en el apartado a) del art. 189.1.

Hasta la fecha se han formulado diversas propuestas respecto a cual sea el interés afectado por este tipo de conductas. La posible respuesta a la cuestión planteada podría encontrarse, en primer lugar en la presencia de un delito de **peligro abstracto para la indemnidad y/o libertad sexual de los menores**, peligro para el conjunto de los menores o cuando menos para aquellos que, por encontrarse en determinadas situaciones sociales, económicas o geográficas, sean víctimas potenciales de este tipo de prácticas. Dicho criterio se basaría en que tanto los actos de difusión de pornografía infantil como los relacionados con la misma pueden determinar —en base a la experiencia general— un aumento de la oferta. La puesta en el «mercado» de estos materiales generaría nuevas necesidades estimulando la demanda. Si aumenta la demanda aumentará también la oferta y la oferta sólo puede satisfacerse utilizando a menores «de carne y hueso» en prácticas de naturaleza sexual para tomar las imágenes o realizar grabaciones en otros soportes.

Ahora bien, el mecanismo descrito dista de haber sido demostrado; existe incluso quien sostiene que la prohibición de poseer estos materiales elimina un freno a las inhibiciones sexuales, lo que podría determinar en algunos casos el recurso a menores reales para satisfacer el deseo sexual¹⁵. A lo anterior puede añadirse, que en las conductas de aquél que se hace con el material pornográfico para autoconsumo, sin que el mismo salga de su poder, resulta difícil afirmar

¹⁴ Según el informe de ANESVAD citado, desde el punto de vista psicológico, las conductas sexuales con niños conllevan importantes riesgos de tipo emocional, sufriendo secuelas de este tipo entre el 60 y el 80% de los menores durante los dos años siguientes a la agresión, mientras que entre el 17 y el 40% sufre patologías clínicas. Los trastornos que pueden llegar a sufrir tales menores son también un mayor riesgo de desarrollar problemas interpersonales y psicológicos, como estrés postraumático (hasta el 48% de los casos), estructuración paranoide de la personalidad, desconfianza relacional con los adultos, inestabilidad emocional, vergüenza excesiva, autoestima gravemente dañada, ansiedad, angustia, miedo, estigmatización, culpabilidad, depresión, etc. Su comportamiento también se verá afectado, pudiendo presentar conductas antisociales, agresividad, conflictos con la familia y los amigos.

¹⁵ Morillas Fernández D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., pp. 193 y ss., 323 y 325.

el posible incremento de la demanda de nuevos materiales, dado que precisamente la prohibición de posesión puede fomentar otro tipo de conductas (atípicas), como la mera visualización (sin descarga) que requiere mayores cantidades de material para satisfacer la demanda.

En el caso de la *pornografía virtual* (material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada) el peligro para el referido bien aún se hace más difuso, precisamente porque nunca se han utilizado menores para elaborar los materiales. Salvando las distancias, sería como castigar el consumo o tráfico de sustancias lícitas e inocuas para la salud por el hecho de que las mismas puedan parecer o simular droga¹⁶.

En segundo lugar, y ya respecto a los menores cuya imagen aparece recogida en los distintos soportes, existe una probable lesión de su **intimidad personal**, en la medida en que se ponen a disposición de múltiples personas aspectos relativos a la imagen o intimidad sexual protegidos constitucionalmente. Como variante de la propuesta anterior, hay autores que localizan el bien afectado por este tipo de conductas en la **dignidad** de los menores o incapaces que aparecen representados en los materiales¹⁷.

Sin embargo, por lo que respecta a la intimidad, en la línea apuntada por el profesor Díez Ripollés, no puede desconocerse que nada impide subsumir estos casos en el art. 197.3, párrafo 1 y 2, en relación con el art. 197.1, apreciando incluso las figuras agravadas de los números 5 (por afectar a la vida sexual) y 6 (si existen fines lucrativos) del art. 197¹⁸. Prácticamente lo mismo puede decirse respecto a la dignidad, dado que como expresa manifestación de la integridad moral aparece protegida a través de los tipos contenidos en el art. 173.1 del Código penal.

La gran expansión penal en el castigo de toda conducta relacionada con la pornografía infantil parece determinar el castigo, en algún caso, del mero hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, lo que en definitiva queda dentro de la **moral sexual** de cada uno. En esta línea ya entendía Díez Ripollés, a raíz de la reforma de 1999, que varias de las conductas descritas en los tipos se castigan por tratarse de prácticas que se apartan de las «sexualmente mayoritarias»¹⁹.

¹⁶ En otro sentido, D. L. Morillas Fernández (*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 185) y F. Morales Prats y R. García Albero («Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», op. cit., p. 372) consideran que la pseudopornografía afecta a la dignidad de los menores. M. A. Boldova Pasamar («Art. 189», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Vol II* (Coord. Díez Ripollés y Romeo Casabona), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 531) estima que tal conducta supone un peligro abstracto para la libertad e indemnidad sexual de los menores.

¹⁷ Considera, sin embargo, E. Gimbernat Ordeig (Código penal, 9.ª edición, tecnos, p. 18) que el bien protegido en este caso es la dignidad de los menores o incapaces, dado que el consumo de material pornográfico «contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria».

¹⁸ Díez Ripollés J. L., «Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española», en *Revista Penal*, núm. 2, 1998, p. 19.

¹⁹ Díez Ripollés J. L., «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», *loc. cit.*, p. 229.

6. La sanción penal de los supuestos de distribución y posesión de pornografía infantil a través del art. 189 CP

6.1. Cuestiones previas

Analizamos desde ahora las posibilidades reales de subsunción en este nuevo precepto de los supuestos de distribución de pornografía infantil a través de internet. Estudiaremos para ello conceptos como el de «pornografía» y su adaptación a las conductas que se pretenden sancionar. También haremos referencia a las dificultades que plantea la prueba del dolo y, entre otras cuestiones, a la posibilidad de sancionar la que podríamos llamar distribución *pasiva* de pornografía infantil. También nos ocuparemos de las nuevas modalidades que pueden ser objeto de sanción penal a partir de la reforma del año 2003.

6.2. La fijación del límite de protección en la mayoría de edad

Al igual que sucede con el resto de figuras delictivas referidas a la corrupción y prostitución de menores (Capítulo V, Título VIII) se prevé la sanción penal en aquellos supuestos en que el sujeto pasivo de la conducta sea un menor de edad, esto es, aquel que aun no ha cumplido los 18 años (o un incapaz), y ello independientemente de que dicho menor (de 18 años) haya prestado su consentimiento para realizar los actos de carácter pornográfico, para su plasmación en cualquier soporte audiovisual, o para su posterior distribución. Este límite de edad no se corresponde, sin embargo, con el de 13 años, fijado por la reforma de 1999, por debajo del cual las relaciones de carácter sexual mantenidas con adultos se consideran, en todo caso, no consentidas (art. 181.2). Consecuentemente, no habrá delito de abusos sexuales si el sujeto que ha alcanzado los trece años decide libremente, y sin nada que invalide su consentimiento, mantener relaciones sexuales con adultos. Existiría entonces una aparente contradicción entre lo dispuesto en el Capítulo II, donde se regulan los abusos sexuales y las modalidades delictivas contenidas en el Capítulo V, referido a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Así, al sujeto que ha alcanzado los 13 años de edad y aún no ha cumplido los 18, se le reconoce capacidad de autodeterminación en materia sexual y consiguientemente capacidad para mantener cualquier tipo de relación sexual con adultos, mientras que se le niega esa misma autonomía para autorizar su participación en actos pornográficos, en la elaboración de material de ese tipo y en su ulterior distribución.

Esta dualidad de edades (edad de consentimiento en actividades sexuales y edad para participar lícitamente en actos de pornografía infantil) no está presente en varias de las legislaciones de los países de nuestro entorno; así por ejemplo en Francia el límite está en 15 años para ambos casos; en Alemania en 14 y en Reino Unido en 16. Sin embargo, en Italia en el primer caso se ha fijado en 16 años y 18 en el segundo²⁰. Por cierto, esta disparidad de edades (para participar en actos

²⁰ Vid. cuadro expositivo, en Morillas Fernández D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 72.

o elaboración de materiales de pornografía infantil) entre los diferentes estados, planteará limitaciones a la persecución penal policial y judicial española. Pensemos, por ejemplo, que las autoridades españolas detectan una web alojada en un servidor alemán, en la que aparecen imágenes o videos de un joven de 15 años en actitud pornográfica. La licitud penal de esa conducta en Alemania y el principio de doble incriminación impedirá activar los mecanismos de cooperación y persecución penal.

Volviendo a la cuestión principal, no resulta sencillo determinar las razones por las que el legislador penal español reconoce autonomía al mayor de trece años para autodeterminarse en materia sexual (excluyendo el castigo como abuso sexual) y sin embargo no se la reconoce para autorizar la plasmación de conductas de tal naturaleza (sexual) en diversos soportes. Aunque es ésta una cuestión de más amplio alcance, a mi juicio este distinto tratamiento podría explicarse aparentemente si excluyésemos el automatismo en la aplicación del precepto ahora analizado, cuando el menor que participa en los actos de naturaleza pornográfica tenga menos de 18 años. Dicha posibilidad podría deducirse de la expresión verbal descriptora de la acción típica (*utilizaren*). Así, sólo sería «utilizado» el menor cuando pudiera probarse que el mismo no está capacitado para consentir libremente. Sin embargo, esta hipótesis tampoco parece viable en coherencia con la selección del bien jurídico antes efectuada, pues no solo hay un peligro de lesión en aquellos casos en los que el menor no ha prestado su consentimiento válidamente, sino que facilitar o distribuir imágenes o videos donde aparece un menor realizando actos pornográficos libremente consentidos también generaría el mismo peligro, porque también contribuiría a aumentar la demanda del mercado respecto a este tipo de materiales. Siguen, en definitiva, sin estar claras las razones por las que para el legislador español, el proceso de formación sexual (indemnidad sexual) soportaría el mantenimiento de relaciones de carácter sexual, pero no la participación en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, ni la participación en la elaboración de material de carácter pornográfico²¹.

6.3. Los incapaces como sujeto pasivo del delito

Junto a los menores son objeto de protección los llamados incapaces, categoría a la que pertenecen según el art. 25 CP todos aquellos, haya sido declarada o no su incapacitación, que padezcan una enfermedad de carácter persistente que les impida gobernar su persona o bienes por si mismos. La referida previsión en abstracto resultaría 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 (pornográfica) en el que participan. Sin embargo, esta previsión carece de sentido y en la práctica resulta inoperante y de

²¹ Entiende D. L. Morillas Fernández (*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., pp. 215 y ss.) que la dualidad de tratamiento se explica porque existe un riesgo de difusión a más personas lo que lleva consigo un daño de mayor dimensión en el concreto proceso de formación del menor en materia sexual; considera en todo caso que fijar la edad en los 18 años es excesivo.

hecho, otros ordenamientos como el italiano o el francés han renunciado a su tipificación. No existe en la actualidad un mercado de producción, distribución y consumo de pornografía de adultos incapaces y además, las posibilidades de probar que el dolo del autor abarca tal elemento son muy escasas. El precepto español parece haber incluido esta previsión más por inercia, ya que aparece también en el art. 187 —prostitución— y en todos los supuestos del art. 189.

6.4. Objeto material: a) El concepto de «material pornográfico»

El precepto describe el contenido del objeto material del delito utilizando la expresión «material pornográfico». Se plantea con ello la clásica y difícil pregunta acerca de lo que es y lo que no es pornográfico. La respuesta normalmente varía según el momento, el lugar y la persona u órgano que se pronuncia sobre la cuestión²². En los últimos años diversos organismos han tratado de delimitar el concepto. Citamos a continuación alguno de los más relevantes.

El Consejo de Europa la ha definido como «cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual» (Recomendación R(91) 11 e Informe del Comité Europeo de Problemas Delictivos (1993). En un sentido similar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía (Asamblea General —Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000—), entiende por pornografía infantil «toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales».

Estos conceptos contienen, a mi juicio, el elemento esencial definidor de lo pornográfico (en este caso de carácter infantil) y que es la representación en los materiales de conductas de menores reales en un contexto sexual, excluyéndose del concepto de lo «pornográfico» la mera desnudez.

Sin embargo, algunas otras definiciones han ampliado de un modo significativo los elementos conformadores del referido concepto. Por ejemplo la más reciente y descriptiva **Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil** (2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003). En concreto su art. 1 la define como *cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño, o ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)*. Vemos por tanto como amplía el

²² Como afirma F. Morales Prats («Pornografía infantil e internet: La respuesta en el Código penal español», en *Problemática jurídica en torno al fenómeno de internet*, CDJ, Madrid, 2000, pp. 178-9), «depende de múltiples factores de tipo cultural, de creencias de tipo moral, de pautas de comportamiento sexual, así como de las ideas religiosas imperantes en cada comunidad». (Vid. también del mismo autor («La intervención penal en la Red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular», en *Derecho, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, 2001, pp. 111 y ss.).

concepto a supuestos en los que realmente no intervienen menores reales (adulto que parezca menor o imágenes ficticias de menores).

Nuestro **Tribunal Supremo** ha puesto el acento en el *ánimo de excitación* fomentado por los materiales, si bien también extiende notablemente el objeto del mismo: «las descripciones literarias o gráficas de actos sexuales que no vengan justificadas por propósito artístico o científico alguno y cuya exclusiva finalidad sea el excitar la lascivia de quien los lea o contemple» [STS de 2-3-1983 (RJ 1983\1749)]²³. La inclusión de la descripción literaria determina nuevamente una ampliación a supuestos en los que no ha habido contacto ilícito con menor real alguno. Apoyándose en esta amplia definición desde determinados ámbitos se promueve, en lo que constituiría una nueva «vuelta de tuerca», el castigo de textos pornográficos referentes a menores (la llamada *pornografía literaria*).

En la línea restrictiva antes apuntada, consideramos que por pornografía infantil debe entenderse la *representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas*²⁴. A partir del mismo debe exigirse, en primer lugar, la plasmación en un elemento visual (foto o video), en el que, en segundo lugar, intervengan menores reales, quedando excluidos los mayores de edad (pornografía técnica) y representaciones ficticias de menores (pornografía infantil artificial: dibujo animado de un menor y pseudopornografía o pornografía infantil virtual: imágenes ficticias con fotos de menores reales). La conducta sexual explícita requeriría la presencia de actos de carácter sexual o cuando menos gestos o representaciones de claro contenido sexual y desde luego no será suficiente la mera desnudez.

6.5. Objeto material: b) «en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces»

Hasta la modificación establecida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, el precepto exigía que se trate de material pornográfico «en cuya elaboración **hayan sido utilizados** menores o incapaces». El legislador español había seguido con ello un criterio restrictivo, si lo comparamos con la fórmula adoptada por otros ordenamientos²⁵. La exigencia de que hayan sido utilizados menores o incapaces impedía la inclusión, dentro del ámbito de referencia de la acción típica, de las llamadas pseudopornografía (pornografía infantil virtual), pornografía infantil técnica, pornografía artificial y pornografía literaria. Sin embargo, la aludida reforma 15/2003 integra en el ámbito típico el primero de estos supuestos (pseudopornografía infantil), cuestión a la que nos referiremos a continuación.

²³ Más reciente y en base al criterio amplio del Tribunal Supremo, puede verse entre otras la ST AP Sevilla de 28-1-2003 (JUR 2004\65626): «(...) lejos de contribuir a la confección de fotografías «artísticas» —como arguye el recurrente—, contienen una explícita carga sexual al mostrar poses y actitudes palmariamente impúdicas».

²⁴ Concepto elaborado por M. A. Boldova Pasamar («Art. 189», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Vol II*, op. cit., pp. 531).

²⁵ Así, por ejemplo, el precepto francés castiga tanto el uso de la «imagen» como de la «representación» de un menor; Pansier F. J. y Jez E., *La criminalité sur l'internet*, Puf, 2000, p. 82.

6.6. *Objeto material: c) La pseudopornografía infantil (pornografía infantil virtual): El uso de la voz o imagen alterada o modificada de los menores o incapaces*

Con un criterio expansivo difícilmente justificable en términos de ofensividad, el legislador del 2003 ha ampliado los límites del precepto, incluyendo entre las conductas punibles (art. 189.7) el mero uso de la voz o imagen reales de los menores alteradas o modificadas (*se emplee su voz o imagen alterada o modificada*) [morfing]. De esta manera se penaliza la llamada *pseudopornografía infantil o pornografía infantil virtual*, que consiste precisamente en realizar fotomontajes con imágenes de menores y escenas sexuales (vg. colocar de la cara de un menor sobre imagen de un adulto, añadir la imagen (o voz) de un niño o una niña a una fotografía (o video) de sexo, etc.).

Tal y como antes apuntamos, la ausencia de un menor real sometido a cualquier tipo de conducta sexual o pornográfica hace que sea más que discutible lo correcto de la decisión de incorporar esta conducta a un tipo, que aparece ubicado en un Título referido a la libertad y/o indemnidad sexuales, bienes jurídicos que no se han visto afectados²⁶.

6.7. *Otras formas atípicas: las llamadas pornografía infantil técnica, artificial y literaria*

En la denominada *pornografía infantil técnica* se altera la imagen de adultos que participan en actos de contenido sexual para que parezcan menores de edad (un adulto se hace pasar por menor). Por su parte la *pornografía infantil artificial* consiste en la creación de una imagen de un menor, sin partir de menores reales (patrón irreal); por ejemplo un dibujo animado. Se trata de la creación de imágenes no reales de menores involucrados en actos sexuales, con la particularidad de que ni existen las personas ni las situaciones reproducidas. Tampoco es típica la *pornografía infantil literaria* consistente, según definición del Tribunal Supremo (STS de 2-3-1983, antes citada) en «*las descripciones escritas de actividades sexuales que, careciendo de valores literarios, artísticos, científicos o pedagógicos, que tengan por finalidad exclusiva excitar sexualmente a quienes las lean o contemplen*»²⁷.

Si bien alguna de estas modalidades se castigan en determinados países de nuestro entorno, debemos insistir en la idea central que a nuestro juicio deslegitima tal intervención: en ningún momento participan menores reales en actividad sexual o pornográfica alguna; no hay ser humano (menor de edad) que se vea afectado por tales conductas; no existe por tanto indemnidad sexual afectada. El rechazo social a tales desviaciones no justifica por sí sólo la intervención del

²⁶ Desde otro punto de vista, se aduce la conveniencia de castigar este tipo de conductas, si bien con una pena inferior, por la dificultad —cuando no imposibilidad— de diferenciar los supuestos en los que realmente ha participado un menor de aquellos otros en que simplemente se ha distorsionado su imagen (Morales Prats, F. y García Albero R., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», op. cit., p. 982).

²⁷ En esta línea, la Petición del Defensor del Pueblo Q0311860 Área: 03/JCC dirigida al Ministro de Industria, Turismo y Comercio insiste en la conveniencia del castigo de este tipo de conductas.

Derecho penal, que debe ocuparse de proteger bienes jurídicos esenciales. La eventual afectación a otros bienes jurídicos —dignidad o intimidad— debería ser subsumida, tal y como apuntamos, en el marco de las figuras típicas que se encargan de la protección de dichos bienes.

6.8. *Distribución de pornografía: distribución activa y pasiva*

Los *espacios virtuales* donde se desarrolla actualmente la difusión de pornografía infantil dentro del ámbito internet se encuentran en permanente evolución; así, por razones de «seguridad» de quienes intercambian este tipo de materiales, la distribución a través de *webs* personales ha ido perdiendo peso en beneficio de las comunidades, foros, programas de intercambio, correo electrónico, FTP, BBS, IRC, *news* y Redes P2P. Estas últimas tienen la gran ventaja para el usuario de que resulta muy compleja su localización, ya que no hay identidades individualizadas, sino equipos que comparten información. Las *comunidades de intercambio* son sitios en los que el administrador suele restringir la entrada a determinados usuarios, lo que también limita 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 permite renovar los archivos comunes. Los usuarios que no comparten material en el tiempo que establezca el administrador serán normalmente expulsados. Esta situación provoca que el *consumidor* de pornografía infantil se convierta, al mismo tiempo, en *distribuidor* de este tipo de material²⁸.

Veamos las posibilidades de subsunción de ese tipo de conductas en la primera parte del apartado b del art. 189, el cual describe la acción típica con las expresiones «**producere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare**» (tales conductas). En principio, de entre todas ellas 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 la misma significa «repartiere entre varios». Cuando media precio, la conducta es subsumible en la modalidad típica «*vendiere*». El concepto «*exhibiere*» es útil a efectos de aquellos supuestos en que se permite la visualización del material, sin que tenga lugar el envío del mismo. Finalmente 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

²⁸ Un ejemplo de este modo de distribución, lo encontramos en la ST AP Cáceres de 17-6-2004 (JUR 2004\188070): «*Que Germán, como miembro de la Comunidad de Internet MSN «DIRECCION000» con dirección Web http://DIRECCION001 I, y empleando el «nick» «Miguel» como miembro de número de la referida comunidad creó el álbum «DIRECCION002», conteniendo numerosas fotografías con contenido pornográfico protagonizadas en su mayoría por menores de edad, y «colgó» gran número de dichas fotografías en la página de la Comunidad de referencia en fechas distintas entre las cuales se encuentran el 15 y el 24 de enero de 2002, facilitando así el acceso a las mismas de cualquier usuario de la red que conociese la URL. Que, asimismo, el meritado Germán, recibía a través de su correo electrónico Miguel DIRECCION003 fotografías de contenido pornográfico igualmente protagonizadas por menores de edad, incluyéndose entre los remitentes el también encausado Braulio utilizando el «nick» «Morro» correspondiente a las direcciones de correo electrónico lemdmad@hotmail.com y wismad@hotmail.com el cual remitió a Germán al menos cinco fotografías de la naturaleza antes descrita».*

permite sancionar la práctica totalidad de las conductas posibles de favorecimiento de la difusión.

Precisamente la presencia de la última expresión reseñada [*facilitare* (...)] va a permitir considerar típicas peculiares modalidades comisivas lo que, de otro modo, resultaría improbable. Se trata, en primer lugar, de aquellos supuestos en los que el **intercambio se produce entre sujetos determinados** (no es por tanto una puesta a disposición de cualquiera que acceda al canal). En principio el concepto de «distribución» —onerosa o lucrativa— parece requerir que se ponga la información al alcance de un número más o menos amplio e indeterminado de personas. En efecto, «distribuir» significa *repartir una cosa entre varios*, en el sentido que le ha dado la jurisprudencia en relación con el delito de tenencia y tráfico de drogas o *reparto entre potenciales clientes* [STS de 23-9-1998 (RJ 1998\6463)]²⁹. Sin embargo, la tipicidad de tal supuesto no ofrece dudas; primero porque ya se castiga lo menos (la mera posesión) y en segundo lugar, como apuntamos, porque en todo caso quedará comprendido en la expresión «facilitaren».

En segundo lugar, la referida modalidad (*facilitare*), va a permitir hacer frente a otro teórico problema. Se trata de los supuestos que denomino de *distribución pasiva*; esto es aquellos en los que, mediante una serie de programas, los usuarios de los mismos comparten archivos en tiempo real y en numerosos formatos con otros usuarios (redes de distribución P2P (*peer to peer* —punto a punto o de igual a igual—)³⁰). La principal peculiaridad es que estos programas no necesitan un servidor central ya que usan una estructura descentralizada. Gracias a este sistema, los interesados pueden acceder al material (en este caso al material pornográfico) que el resto tiene en sus discos duros, como si se tratase de una enorme base de datos. El que lo descarga y ejecuta en su PC establece qué archivos propios quiere compartir con el resto de los usuarios del programa, los cuales inmediatamente pasaran a formar parte de una base de datos global, accesible a todos los que en ese momento estén conectados. El supuesto plantearía dudas de subsunción en la expresión *distribuyeren* por su evidente connotación activa; sin embargo, al igual que en el caso anterior, no habrá problemas para incardinar tal conducta en la acción típica «*facilitare la difusión*»³¹.

6.9. La posesión del material pornográfico para su distribución

En una notable ampliación del radio de protección penal el legislador, en el segundo inciso del art. 189.1 b, sanciona también a quien poseyera dicho mate-

²⁹ 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 el mismo venga propagado entre un número indeterminado de destinatarios.

³⁰ Aunque la evolución es frenética, alguno de los programas de este tipo más populares en internet han sido y son: Gnutella, Filetopia, Audiogalaxy, Cute-Mx, Spinfrenzy, SongSpy, I-Mesh, Scour, Morpheus, Kazaa, Aimster, BearShare, Overnet, Emule, Edonkey, Bit Torrent, etc.

³¹ Pese a la presencia de una conducta típica de tan amplio contenido, D. L. Morillas Fernández (*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 472) considera precisa la inclusión de otras modalidades típicas: «vendere, distribuyere, difundiere, cedere, exhibiere, publicitare o facilitare por cualquier medio la producción, venta, difusión, cesión, intercambio, anunciación o exhibición de material (...)».

rial para la realización de cualquiera de esos fines (la venta, distribución, etc.)³². Se castiga por lo tanto 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 o exhibición del material³³.

Nos encontramos ante una previsión paralela a la posesión de drogas para traficar con ellas, castigada en el art. 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 termina³⁴. Las posibilidades de entender probado este elemento subjetivo acudiendo a criterios objetivos, de un modo similar a como ha hecho la jurisprudencia con el delito del art. 368 (cantidad de droga incautada, condición de drogodependiente del sujeto, etc.) aquí son mucho menores. Pensemos que 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 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 útil³⁵. Se trata además de una conducta con escasas manifestaciones hacia el exterior. La ausencia de prueba de la posesión con la finalidad descrita determinará en todo caso la aplicación subsidiaria del tipo referido a la posesión para autoconsumo.

Ejemplo del tipo de indicios que pueden ser utilizados a los efectos descritos lo encontramos en la ST AP Sevilla de 28-1-2003 (JUR 2004\65626): «*tampoco cabe albergar dudas razonables respecto al destino que el acusado pretendía dar al material pornográfico de menores que contenía el CDR incautado en su domicilio, cual es el de incluirlo en su página web para la difusión indiscriminada entre los restantes usuarios de la red. Por un lado, su título, 24 de junio 2001. «Programa» sugiere que el CDR fue gravado (sic) sólo dos días antes del registro domiciliario (fs. 56-57), impidiéndose así indudablemente que el Sr. Carlos Jesús tuviera ocasión de introducirlo en su página web. Por otro, el hecho de que extrajera tales archivos del disco duro de su ordenador no sugiere que careciera de voluntad de hacerlo llegar a terceros, sino, bien al contrario, que intentaba evitar el borrado o deterioro de ese material con motivo de la reparación del ordenador. Y finalmente, disponiendo de una página web donde ya había distribuido imágenes pedófilas, lo más razonable es*

³² La exigencia de que el material se posea finalísticamente no aparece en el CP italiano, que castiga la posesión incondicionada: Art. 600-quater CP italiano (Detenzione di materiale pornografico): Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 600-ter, consapevolmente si procura o dispone di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto. Vid. ampliamente sobre esta cuestión, Romano B., *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 166; Seminara S., *Riflessioni penalistiche sulla legge 3 agosto 1998, núm. 269, in tema di prostituzione e pornografia minorile*, en <http://agora.stm.it/pedofilia-internet/seminara.htm> (consultada por última vez el 15-2-2006).

³³ F. Morales Prats y R. García Albero («Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», op. cit., p. 374) califican esta modalidad delictiva como «delito mutilado en dos actos».

³⁴ En sentido similar, vid. Morales Prats F., «La intervención penal en la Red», *loc. cit.*, p. 129.

³⁵ Sobre esta cuestión, vid. Morillas Fernández D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 291.

inferir que pretendía hacer lo mismo con esos otros archivos, y no conservarlo para su exclusivo uso personal. Por todo cuanto antecede, en definitiva, satisfaciéndose íntegramente los elementos configuradores del tipo penal aplicado por la Juzgadora a quo, procede confirmar su sentencia con desestimación del recurso que se resuelve».

También puede citarse la ST AP Córdoba de 7-10-2003 (ARP 2003\748): «(...) en el antepenúltimo párrafo del fundamento de derecho tercero de la sentencia apelada se resaltan una serie de indicios, de entre los cuales, sin rechazar ninguno, es de resaltar el propio reconocimiento que el acusado ha efectuado de haber intercambiado material pornográfico «normal» del que previamente ya tenía archivado en su ordenador, la circunstancia de que todo el material pornográfico almacenado estuviese perfectamente clasificado en carpetas y subcarpetas de un mismo directorio, el común denominador nada aleatorio que presentaban las cinco imágenes pedófilas guardadas en la subcarpeta «niños», el contenido de claro intercambio que presenta el chat al que era aficionado el acusado a través del cual ya remitió, al menos, una imagen de claro contenido pornográfico. Por todo ello, y siendo los indicios antes referidos varios, simultáneos y complementarios entre sí desde un punto de vista lógico, es de todo punto razonable inferir la conclusión de que el apelante, aparte de poder satisfacer su peculiar curiosidad o deleite personal (hecho extramuros del Código Penal, tenía perfectamente clasificadas y ubicadas en el disco duro de su ordenador imágenes de contenido pedófilo para en un momento dado, dada su innegable afición a la comunicación interactiva, poder realizar su intercambio o difusión».

6.10. La posesión de material pornográfico para autoconsumo

Tal y como ya ha sido apuntado la reforma 15/2003 introdujo entre los supuestos punibles la posesión de material pornográfico de menores para autoconsumo³⁶: «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». Se trata sin duda de una decisión de política legislativa, ya adoptada en otros países (vg. Francia, Alemania o Inglaterra), que —a mi juicio— en todo caso es cuando menos discutible por las razones que citamos al intentar localizar cual puede ser el interés afectado por tal conducta³⁷.

La exigencia de posesión excluye la tipicidad de la mera visualización de pornografía infantil por lo que, en realidad, no se sanciona penalmente el con-

³⁶ Advierte sin embargo E. Gimbernat Ordeig (*Código penal*, op. cit., pp. 18-19) rechazando la comparación de la posesión de drogas para autoconsumo, que en el caso del poseedor de droga nos encontramos precisamente ante la víctima del delito, cosa que obviamente no sucede en el caso de la posesión finalística de pornografía infantil.

³⁷ 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*, op. cit., p. 111; Orts Berenguer E. y Roig Torres M., «Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *CPC*, 2004, núm. 83, p. 129.

sumo, sino la acumulación de estos materiales. Será 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 Red. Puede plantearse un supuesto límite relacionado con la carpeta «cache» o «temporary internet files», que proporciona acceso rápido a la información visualizada en la Red, pues en la misma se encuentran todas las páginas e imágenes que se han visualizado durante la navegación. De este modo el usuario sin haber realizado ningún acto de descarga o *download* puede sin embargo acceder a los materiales ilícitos. ¿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 de la referida carpeta.

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 será suficiente la mera posesión sino que esta 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 quedarían excluidos otros supuestos como la acumulación de material por mera curiosidad.

A mi juicio debe concluirse la atipicidad de la posesión de pseudopornografía ya que la regulación de la misma aparece en el apartado 7, en el que se hace referencia a las restantes conductas típicas (*produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio*) y por lo tanto no queda afectado por las disposiciones del art. 189.1 b (o lo poseyere para estos fines) ni del 189.2 (el que para su propio uso posea material pornográfico)³⁸.

6.11. El elemento subjetivo del delito y su prueba

El sujeto que distribuye o posee las imágenes pornográficas debe ser consciente de que quienes aparecen en las mismas son menores o personas incapaces, siendo suficiente que el mismo acepte dicha posibilidad, pues no existen en el tipo razones para excluir el dolo eventual. Resulta, sin embargo, muy complicado probar que el dolo del autor abarca la minoría de edad, al no existir, salvo en márgenes de edad bastante inferiores a los 18 años, parámetros de desarrollo físico que permitan asegurar con total certeza la minoría de edad con la simple contemplación de las imágenes³⁹.

³⁸ En el mismo sentido negativo, D. L. Morillas Fernández *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 320, si bien para este autor se suscitan serias dudas; E. Orts Berenguer y Roig Torres M., «Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», op. cit., p. 131. Tamarit Sumallá J., *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual*, op. cit., p. 129.

³⁹ El precepto francés, antes enunciado, resuelve parcialmente el problema de un modo expeditivo, aunque quizá discutible, extendiendo la aplicación del precepto a «las imágenes pornográficas de una persona cuyo aspecto físico sea el de un menor de 18 años». Por su parte, el art. 609-sexies CP italiano establece una dura y sorprendente presunción *iuris et de iure*, al disponer que «el culpable no puede invocar, en su defensa, la ignorancia de la edad de la persona ofendida».

Los criterios utilizados por la jurisprudencia en el resto de los delitos de este Capítulo para probar el conocimiento de la edad de la víctima (la previa relación del autor con la víctima, el aspecto físico del menor, el lugar donde los hechos se desarrollan) serán de escasa utilidad en el supuesto de distribución (a través de internet) o posesión de materiales con pornografía infantil, pues en ambos casos se pierden las posibilidades que ofrece la percepción física, al no existir un contacto siquiera visual con el menor. Los criterios por tanto aquí han de ser otros y así, en la práctica, suelen ayudar a la prueba de este elemento subjetivo, la presencia de determinados datos, como que el sujeto haya reclamado en la Red y por escrito ese tipo de materiales o que existan alusiones a la condición de menor en el texto que acompaña a muchos de los envíos (especialmente en los canales IRC). La situación fáctica radicalmente distinta, determina que no deba ser necesariamente aplicable el criterio jurisprudencial establecido para el resto de los delitos homogéneos al analizado, según el cual el sujeto activo está obligado a cercionarse de la edad de la víctima.

Sirva de ejemplo sobre esta cuestión, la ST AP Sevilla de 28-1-2003 (JUR 2004\65626): «(...) aun siendo verdad que no se ha practicado pericia alguna para determinar la edad de las personas que aparecen en las imágenes unidas a las actuaciones, no es menos cierto que la misma hubiera resultado a todas luces superflua, pues **no es preciso probar hechos notorios**. Basta examinar los citados folios, sin ser necesariamente un observador experto, para alcanzar la plena convicción de que un buen número de esas persona, por su incipiente o nulo incluso desarrollo de los denominados caracteres secundarios (pechos o vello pubiano), son inequívocamente menores de edad (...)».

La creencia errónea de que los sujetos reflejados en las imágenes son mayores de edad constituye un error de tipo que excluye el castigo penal, tanto si es invencible (excluye la responsabilidad criminal) como vencible (al no estar castigadas las formas imprudentes).

Si difícil resulta probar el conocimiento de la minoría de edad, la cuestión resulta poco menos que quimérica en el caso de los incapaces. Sería necesaria una verificación pericial —que normalmente resulta imposible— para constatar la incapacidad, ya que, como sabemos y el propio precepto así lo prevé, con frecuencia el material tiene su origen en el extranjero o es de procedencia desconocida. Cuando excepcionalmente pueda probarse dicha incapacidad, el sujeto podrá alegar un error de tipo generalmente invencible con las consecuencias antes descritas.

7. Modalidades agravadas

La reforma 15/2003 introdujo en el tercer apartado del art. 189 diversos tipos agravados (pena de prisión de cuatro a ocho años) que complementan al único preexistente, referido a la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Las nuevas modalidades son por tanto las siguientes: 1. Cuando se utilicen a niños menores de 13 años. 2. Cuando los hechos revistan un carácter particular-

mente degradante o vejatorio. 3. Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico. 4. Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual. 5. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

De todas ellas, la que tiene un específico interés en base a las conductas cometidas en el ámbito internet es precisamente la referida a la pertenencia del sujeto a una organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades. Tal y como ha expresado la STS de 10-12-2004 (RJ 2005\879), el fundamento de este incremento punitivo se encuentra en una evidente mayor facilidad de comisión del delito y simultáneamente en una mayor capacidad de lesión del bien jurídico protegido, añadiendo especiales dificultades tanto para la prevención como para la persecución del ilícito. Para que pueda hablarse de pertenencia a organización o asociación, a estos efectos delictivos, será precisa la puesta en relación de los diferentes sujetos intervinientes con el propósito de difusión de las imágenes con una atribución de concretos cometidos. «Por contra no es necesaria la presencia de un conocimiento personal, directo y recíproco de los diferentes integrantes del grupo, ya que el mismo se produce precisamente por medio de la Red, alcanzándose el concierto mutuo, la distribución de «papeles» y la coordinación potenciadora de la incrementada agresividad lesiva de las conductas, a través del acatamiento y cumplimiento, por cada uno de los partícipes, de las reglas que así mismo se dan los grupos constituidos en torno a los «lugares de encuentro» que constituyen las direcciones y páginas «web» de la propia red».

El concepto jurídico, único válido a los efectos que nos ocupan, de organización o asociación dedicada a la realización de actividades de difusión de pornografía no debe confundirse con el concepto, mucho más amplio e indeterminado, que se usa en los medios de comunicación, pues en este ámbito la mera participación de una pluralidad de personas, aún sin cohesión entre ellos, es calificada automáticamente como «red».

8. Consecuencias accesorias

A raíz de la Reforma 15/2003, el apartado 8 del art. 189 atribuye al juez la posibilidad de imponer las medidas previstas en el artículo 129 CP⁴⁰, cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Se trata de las

⁴⁰ Artículo 129. 1. «El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiem-

llamadas *consecuencias accesorias*, un conjunto de medidas destinadas a ser aplicadas de modo preferente, aunque no exclusivo, a las empresas, pudiendo recaer, en algún supuesto sobre espacios físicos.

Tal y como dispone el tercer apartado del art. 129 las consecuencias accesorias *estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma*. Es un criterio basado en la peligrosidad del ente o espacio físico y en el uso peligroso que del mismo hace el sujeto. Consiguientemente, el factor central que debe tener en cuenta el juez para proceder o no a su imposición es si la medida contribuye (o no) a evitar que continúen reproduciéndose las conductas lesivas para el bien jurídico (criterio de adecuación material).

Algunas de ellas, y específicamente las que ahora más nos interesan, pueden ser impuestas cautelarmente durante la tramitación de la causa; se trata en concreto de la *clausura* de la empresa, sus locales y establecimientos y la *disolución* de la sociedad.

Son cinco las medidas que puede imponer el juez. La **clausura** de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal (por un máximo de cinco años) o definitivo; la **disolución** de la sociedad, asociación o fundación; la **suspensión de las actividades** de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la **prohibición de realizar en el futuro actividades**, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (con carácter temporal por un máximo de cinco años o definitivo) y finalmente la **intervención de la empresa** para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario (sin que exceda de un plazo máximo de cinco años).

De todas ellas la más relevante en el ámbito que nos ocupa es la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; si bien también algunas de las otras podrán ser impuestas en determinadas situaciones. La **clausura**, supone el cierre *físico* de los espacios donde la entidad desarrolla su actividad. Se trata de una actuación para cuya ejecución puede ser preciso el auxilio de los cuerpos y fuerzas de seguridad. Frente a la clausura, la **disolución**⁴¹ supone el cierre *jurídico* de la sociedad. Esta medida debe articularse cuando menos a través de la remisión del oficio al Registro Mercantil, en donde se practicará de un modo equivalente al utilizado con los restantes testimonios judiciales por los que se puede decretar la disolución judicial (vg. la resolución judicial que declara la quiebra —Real Decreto 1784/1996, de 19 julio por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y especialmente los arts. 238 y ss.).

Las dos medidas siguientes —**suspensión y prohibición**— recaen sobre las *actividades* de la sociedad. A diferencia de las anteriores, no implican la clausura física o jurídica de la misma, sino que determinan la imposibilidad de desarrollar deter-

po necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

⁴¹ Calificada por K. Tiedemann (*Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 104) como la pena de muerte de la sociedad.

minadas actividades. A mi juicio ambas pueden referirse sólo a algunas o a todas las actividades⁴². Entiendo que la diferencia entre los dos conceptos estriba en que la suspensión de actividades sólo puede referirse a aquellas que la entidad se encuentra realizando *en el momento de imposición de la medida* y que precisamente la motivan, mientras que la prohibición se refiere a todas aquellas que eventualmente el ente *podiera realizar en el futuro*, por lo que ambas medidas son perfectamente compatibles y pueden ser impuestas conjuntamente.

La **intervención** de la empresa es la medida más novedosa e interesante de todas las que aparecen en el elenco. Plantea sin embargo serios problemas interpretativos en cuanto a su contenido, pues históricamente la intervención de empresas ha sido considerada una potestad administrativa, careciendo por completo de precedentes en el ámbito penal y ni siquiera con su previsión se le ha dotado en este ámbito de un mínimo contenido. En tanto no se incorpore un Derecho de ejecución de estas medidas, estimo que el juez penal deberá acudir a la detallada regulación administrativa y hacer uso de la misma siempre que su concreto contenido resulte compatible con los presupuestos recogidos en el precepto penal. Es en todo caso la medida con menores posibilidades de ser acordada en el ámbito que nos ocupa, relativo a la distribución de pornografía infantil a través de internet.

⁴² Sin embargo, entiende R. De Vicente Martínez, («Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», en *AP*, núm. 6, febrero de 1998, pp. 105 y ss.) que la suspensión afecta sólo a algunas porque lo contrario supondría la disolución de la persona jurídica.

Daniel S. NAGIN y Raymond PATERNOSTER. <i>Sobre la relación entre la participación pasada y futura en la delincuencia</i>	421
Bram OROBIO DE CASTRO y Marianne JUNGER. <i>Origen étnico y delincuencia juvenil en los Países Bajos</i>	447
Neal SHOVER. <i>El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva</i>	457
Richard E. TREMBLAY. <i>El desarrollo de la violencia juvenil: del nacimiento a la primera edad adulta</i>	475
Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ. <i>La influencia de la alarma social en el nuevo rumbo de la Justicia penal juvenil en occidente</i>	487
Per-Olof H. WIKSTRÖM. <i>Personas, entornos y actos delictivos: mecanismos situacionales y explicación del delito</i>	509

III. ESTUDIOS DE DERECHO Y DERECHO PENAL

Alejandro APONTE. <i>Gustav Radbruch: ¿constituye hoy el positivismo una condición del pluralismo liberal?</i>	555
Silvina BACIGALUPO SAGESSE. <i>Derecho penal y Constitución europea</i>	575
Enrique BACIGALUPO ZAPATER. <i>La reforma del sistema de recursos en el proceso penal</i>	597
Francisco BUENO ARÚS. <i>Introducción al lenguaje jurídico de don Quijote y de Sancho Panza</i>	611
Dino Carlos CARO CORIA. <i>El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	655
Raúl CERVINI. <i>Los elementos clásicos de la estructura del secreto y el elemento estatutario como instrumento de efectiva realización de las garantías</i>	685
Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO. <i>La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de internet y otras modalidades afines tras la Reforma 15/2003</i>	703
Manuel GALLEGO DÍAZ. <i>Los procedimientos para la determinación de la pena superior e inferior en grado y la división de la pena en dos mitades. Un análisis sistemático del artículo 70 del Código Penal</i>	727
Luiz Flávio GOMES. <i>Infracciones de bagatela y principio de insignificancia</i>	753
José Luis GUZMÁN DÁLBORA. <i>La pena de muerte en la Filosofía jurídica y en los Derechos penal militar e internacional</i>	767
Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO. <i>Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno</i> ...	785
Juan-Felipe HIGUERA GUIMERA. <i>Penados con deficiencias psíquicas en establecimientos «no psiquiátricos» penitenciarios</i>	815
Kurt MADLENER. <i>Celeridad y eficacia en el proceso penal alemán</i>	837
José Luis MANZANARES SAMANIEGO. <i>Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al «caso Parot»)</i>	857
Miguel Ángel MARTÍN HERNÁNDEZ. <i>¿Cabe la sustitución de la pena de privación de libertad por una medida de seguridad en el caso de concurrencia de la atenuante de grave drogadicción?</i>	883
Norberto J. DE LA MATA BARRANCO. <i>El proceso de determinación de la pena en el Código penal español vigente: síntesis de la nueva normativa</i>	895