



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/ 2017
Convocatoria: Marzo

LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA LESIÓN DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

Child pornography and the injury of sexual freedom and indemnity

Realizado por la alumna D. Anira Martínez Ortega

Departamento: Disciplinas jurídicas básicas

Área de conocimiento: Derecho penal

ABSTRACT

With the last reform of the Penal Code operated by Organic Law 1/2015, of March 30, among others, the article 189 is changed of said legal body, which relating to the crimes of child pornography, the concept of the child pornography is introduced for the first time. In this work, in spite of having the regulation of this matter numerous issues, first we will focus on carrying out brief evolution by the international, European and national regulations for we understand how this matter has advanced. Second, we will analyze the law concept of the child pornography, the concept gives a greater juridical security but also this concept, how we will see in the present work, the legal assumptions which integrate in the concept it can become a little repetitive and we can appreciate some lagoons. Third, we will study the protected legal assets in the article 189 of the Penal Code, well if the main protected legal assets in the sexuals freedom or indemnity, the doctrine appreciate other protected legal assets in each one of the different conducts of the legal precept. Finally, after the examination of protected legal assets, we will make a confrontation with the legal concept of child pornography.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Con la última reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se modifica, entre otros, el artículo 189 de dicho cuerpo legal, relativo a los delitos de pornografía infantil, introduciéndose por primera vez el concepto legal de *pornografía infantil*. En este trabajo, a pesar de poseer la regulación de esta materia cuantiosas cuestiones, nos centraremos en primer lugar, en realizar una breve evolución por la normativa internacional, europea y nacional, para así comprender como se ha ido avanzando en esta materia. En segundo lugar, analizaremos el concepto legal de pornografía infantil, el cual otorga mayor seguridad jurídica en este ámbito pero que, también, como veremos en el presente estudio, los supuestos legales que en él se integran pueden llegar a resultar un tanto repetitivos, igualmente en el mismo pueden

apreciarse algunas lagunas. En tercer lugar, trataremos de examinar el bien o bienes jurídicos protegidos en el artículo 189 del Código Penal, pues si el principal bien jurídico protegido es la libertad o indemnidad sexuales, la doctrina aprecia la existencia de otros bienes jurídicos en cada una de las distintas conductas del precepto legal. Finalmente, tras el examen de los bienes jurídicos protegidos, realizaremos una confrontación de los mismos con el concepto legal de pornografía infantil.

ÍNDICE

I. Introducción.....	4
II. Puntos de partida y evolución del concepto de pornografía infantil.....	5
III. Concepto de pornografía infantil tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.....	12
a) Representación visual de un menor o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección.....	13
b) La representación de órganos sexuales de un menor o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección.....	16
c) El material visual que represente a una persona que parezca ser un menor.....	17
d) Las imágenes realistas de un menor.....	19
IV. ¿Qué interés se protege en la lucha contra la pornografía infantil?.....	22
a) La libertad sexual o indemnidad sexual.....	23
b) El derecho a la intimidad y a la propia imagen.....	26
c) La dignidad de la persona y la dignidad de la infancia en general.....	28
V. Conclusiones.....	34
VI. Bibliografía.....	37

I. INTRODUCCIÓN

La pornografía infantil no es un problema reciente. Desde hace ya mucho tiempo esta ha sido considerada un gran problema a nivel mundial y, aún más, desde la aparición de las nuevas tecnologías, sobre todo con la llegada de internet, red informática que solemos usar cada día, casi imprescindible en la actualidad pero que, dentro de ella, también encontramos un lado oscuro en el que circula material pornográfico elaborado con menores.

La pornografía infantil puede integrarse dentro del ámbito de la explotación sexual y, también, dentro de los abusos sexuales, con efectos devastadores sobre la infancia. Se trata de un crimen que afecta a la vida y al desarrollo de los niños y niñas víctimas de esta práctica atroz. Por ello, se ha intentado proteger a estos sujetos tan vulnerables a través de las normas jurídicas tanto internacionales como nacionales, otorgándoles numerosos derechos.

Como un primer acercamiento, 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 la pornografía, del 25 mayo de 2000, define en su artículo 2.c) la pornografía infantil como “...*toda representación, por cualquier medio, de un niño -o niña- dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”.

En las últimas décadas, ha aumentado la preocupación por salvaguardar la seguridad de los menores, siendo estos sujetos de derechos muy vulnerables e inocentes necesitados de protección. Por esta razón, puede decirse que han surgido diversas discusiones en torno a los bienes jurídicos protegidos en el delito de pornografía infantil, en los que me centraré en el presente estudio al resultar un tanto controvertidos.

En nuestro país, el Código Penal de 1995 tipificó por primera vez la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Posteriormente y, como consecuencia de la aparición de las nuevas tecnologías, que han dado lugar a nuevos delitos y actividades que afectan directamente a los menores de edad, se han producido diversas reformas a lo largo del tiempo en el delito tipificado en el artículo 189 del Código Penal, evolución que será el punto de partida de este trabajo. Además, con la nueva redacción de este precepto se introduce por primera vez el concepto de pornografía infantil, que también centrará nuestra atención posteriormente.

En el presente trabajo, por tanto, trataremos de delimitar el nuevo concepto legal de pornografía infantil, introducido tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ejecutando con ello la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y confrontarlo con los bienes jurídicos que la doctrina considera que vienen protegidos en los diferentes tipos penales que castigan conductas de pornografía infantil, en el artículo 189 del Código Penal.

II. PUNTOS DE PARTIDA Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

En el ámbito internacional, *la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989* fue el resultado de 10 años de negociaciones con gobiernos de todos los países del mundo, algunas ONG y demás instituciones¹. *La Convención de*

¹ Anteriormente solo se contaba con una insuficiente Declaración de los Derechos del Niño aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre en 1959, que únicamente incluía 10 principios y no eran de carácter obligatorio, incluía la referencia genérica “*el derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación*”.

los *Derechos del Niño de 1989, de 20 de noviembre*, recoge todos los derechos², siendo de obligatorio cumplimiento para todos aquellos países que ratificasen el texto, previendo por primera vez la obligación de los Estados parte de tomar las medidas que fueran necesarias para evitar “*la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos*”. Esta norma internacional ha sido el tratado más ratificado de la historia por 195 Estados y actualmente ha sido aceptada por todos los países del mundo excepto –paradójicamente– Estados Unidos. Fue este tratado el punto de partida de una numerosa normativa para proteger a los menores, como el posterior *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000*, que en su artículo 2.c) define la pornografía infantil como “*toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”. Aquí ya se apuntan algunas de las características que, como veremos, contiene nuestra actual regulación penal.

Importancia también debemos darle al llamado *Convenio de Budapest del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, hecho en esa ciudad el 23 de noviembre de 2001*, que resulta significativo en el tema que estamos tratando, pues fue consecuencia de la preocupación general que existía sobre la utilización de las redes informáticas y electrónicas para cometer delitos. Además, con este Convenio se perseguía una mayor cooperación entre los Estados parte³ y ofrecía un concepto de pornografía infantil⁴.

² Entre los cuales interesa mencionar el previsto en el artículo 19.1, que más bien constituye una obligación para que los Estados parte se comprometan a tomar las medidas que sean necesarias “*para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*”. También el artículo 34 recoge el derecho del niño de ser protegido por los Estados para impedir “*a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos*”.

³ Su artículo 9.1. dispone: “*Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los*

Dentro de la Normativa Europea es importante también 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*. Esta primera Decisión fue relevante en materia de pornografía infantil para hacer frente a la misma y determinar con uniformidad las conductas delictivas, siendo sustituida por la *Directiva 2011/93/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*, la cual también constituye el precedente para articular la reforma del artículo 189 del Código Penal mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo. También debe tenerse en cuenta la *Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, conocida como Convenio de Lanzarote*, instrumento significativo porque engloba la prevención y la protección de los niños contra el abuso y la explotación sexual, y además se encarga también de establecer medidas para prestar asistencia a las víctimas⁵.

Terminado el repaso por las normas internacionales y europeas principales, nos centraremos en las distintas reformas que se han producido en nuestro país con relación

siguientes actos: a) La producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático, d) la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.”

⁴ El art. 9.2 establece: “a los efectos del anterior apartado 1, por «pornografía infantil» se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.”

⁵ Entre otros, el artículo 4 otorga potestad a las partes del Convenio para adoptar medidas de cualquier tipo para prevenir la explotación y el abuso sexual de los niños y para proteger a los mismos. El artículo 5 da potestad para establecer medidas consistentes en promover la sensibilización en cuanto a la protección y los derechos de los niños por parte de las personas que mantienen un contacto habitual con ellos como pueden ser las personas trabajadoras la educación, la sanidad, la protección social, la justicia entre otros; también, la adopción de las medidas necesarias para que las personas en contacto con menores tengan conocimientos sobre la explotación y el abuso sexual a menores y, medidas para restringir el acceso, a profesiones en las que se está en contacto con niños, si los aspirantes al cargo han sido condenados por explotación o abuso sexual. El artículo 11 establece la facultad de los Estados parte para establecer programas de apoyo a las víctimas y a las personas cercanas a las mismas.

a los delitos de pornografía infantil, sobre las cuales han tenido influencias las anteriores normas internacionales y europeas.

En nuestro país fue el Código Penal de 1995 el que introdujo el novedoso, por aquel entonces, artículo 189, el cual en su redacción originaria castigaba la utilización de un menor en espectáculos exhibicionistas o pornográficos con la pena de prisión de uno a tres años. Sin embargo, contenía un gran vacío legal, pues no tipificaba como delito el tráfico de pornografía infantil ni su uso⁶. Así, el Código Penal sólo castigaba a los sujetos que utilizaban a menores directamente para espectáculos exhibicionistas o pornográficos, dejando sin castigo a quienes solamente traficaban con material pornográfico sin haber colaborado en la elaboración ni en la producción del mismo, lo que suponía en aquel tiempo una inadmisibles laguna que debía ser subsanada. Dicha laguna se hizo notar en 1996 con el llamado “*asunto de los pornonautas de Vic*”⁷, que desveló el vacío legal, pues resultó que la ley no castigaba el uso que le dieran los adultos a la pornografía. Desde entonces aumentó la preocupación entre los juristas⁸ por tipificar como delito el tráfico de pornografía infantil para así acabar con dicho vacío existente en aquel momento produciéndose diversas discusiones en torno a ello⁹. En poco tiempo fue necesaria una reforma del citado artículo, concretamente en 1999, ya que dicho artículo quedaría escaso de contenido debido a la circulación masiva de pornografía infantil en internet.

⁶ Núñez Paz en “*Consideración crítica en torno al Código Penal español*”, ADPCP, VOL. 1,11, 1999, p. 25, criticó que el legislador de 1995 no previera o no abordara la comercialización de pornografía infantil en el Código Penal de 1995, estando satisfecho en aquel entonces con la reforma de 1999 que introdujo como delito la comercialización, otorgándose una mayor protección a la indemnidad y dignidad de los menores. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298272.pdf>.

⁷ Diario El Periódico de 26 de octubre de 1996: http://archivo.elperiodico.com/ed/19961020/pag_079.html

⁸ José María Mena, fiscal jefe de Cataluña, fue el primero en percatarse de la existencia del vacío en el sistema penal de protección del menor. Mostrándose a favor de una Ley del menor para subsanarlo y darle una adecuada protección al menor. Muchos juristas estaban de acuerdo con el fiscal jefe, como el abogado Francesc Abellanet que, además de estar de acuerdo, manifestó la poca claridad del Código Penal y la falta de dureza de las penas en estos delitos. La abogada M^a José Varela llegó a afirmar que, el aquel entonces Código Penal, contenía penas positivas para los autores de ese tipo de delitos.

⁹ También otra parte consideraba que no existía ninguna laguna ni vacío legal, caso es el de Blanca E. Ruiz Ungo, presidenta de una asociación, que afirmaba que lo que debía hacerse era interpretar la norma correctamente.

A partir de la publicación del Código Penal de 1995 se han producido cuatro reformas fundamentales: la primera con la LO 11/1999, de 30 de abril; la segunda la LO 15/2003, de 25 de noviembre; la tercera con la LO 5/2010, de 22 de junio y, por último la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Con la LO 11/1999, de 30 de abril, se le da una nueva redacción al artículo 189 del CP, lo cual fue consecuencia de 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 del propósito del Consejo de la Unión Europea de que todos los Estados parte se comprometieran a imponer penas más duras y a tipificar determinadas conductas delictivas que tenían que ver con la explotación sexual, los abusos sexuales cometidos con menores y con la trata de los mismos. Así, aquel precepto castigó, además de la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, el tráfico de pornografía infantil, la elaboración de material pornográfico, la financiación de estas actividades y tipificó como delito la producción, la venta, la distribución, exhibición y la facilitación de estas cuatro actividades cuando para ello se hubieran utilizado menores, independientemente de que el material fuera elaborado en el extranjero o incluso si no se conociera el origen del mismo. También se castigaba con la pena en su mitad inferior la mera posesión del material pornográfico para posteriormente realizar alguna de las actividades citadas.

La siguiente reforma mediante la LO 15/2003, del Código Penal, fue fruto de la transposición del Convenio de Budapest de Cibercriminalidad, que obligaba a los Estados parte a castigar algunas conductas relativas a la corrupción de menores contenidas en él, muchas de ellas ya recogidas en la reforma de 1999. Aun así, se introduce una nueva conducta no prevista anteriormente como es la posesión para uso propio de material pornográfico realizado con menores, castigada con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años. La Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica dejó claro cuál era la finalidad de la reforma del delito

de pornografía infantil, consistente, por un lado, en dar una mayor protección a los menores, endureciendo la pena del tipo básico que pasa de castigarse con pena de uno a tres años de prisión a otra de uno a cuatro años, y, por otro, tratar de mejorar la descripción de las conductas tipificadas, pero a la vez introduciendo nuevos tipos como la posesión para el propio uso y la llamada *pseudopornografía*, aquella en la que se emplea la voz o imagen de menores modificada a través de artilugios¹⁰.

Por su parte la LO 5/2010, de 22 de junio, también endureció las penas de prisión, pasando el tipo básico a ser castigado con pena de prisión de uno a cinco años y, los tipos agravados pasaron de cuatro a ocho años de prisión a castigarse de cinco a nueve años. Además, con esta reforma de 2010 se introduce en el tipo básico junto con la conducta de *“utilizare a menores de edad...con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos”* la de *“captare”* a los mismos y, también, se tipificó como delito en el tipo básico la conducta de lucrarse con tales espectáculos o actividades y la de ofrecer material pornográfico.

Hasta la última reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que es una de las reformas más notables desde la aprobación en 1995 del Código Penal, el legislador penal ha estado operando con los delitos relativos a la pornografía infantil sin haber tipificado su concepto, operándose con los conceptos doctrinales¹¹ y jurisprudenciales¹². Con esta reforma el artículo 189 sufre importantes cambios en su

¹⁰ Asimismo, se incorporan nuevos tipos agravados con la pena de cuatro a ocho años de prisión, manteniendo el de la pertenencia a organización o asociación dedicadas a las conductas que castiga el artículo 189, se introdujeron como tipos agravados la utilización de niños menores de 13 años, los hechos que fueran degradantes o vejatorios, también los que fueran graves según el valor económico del material, el material pornográfico en el que aparezcan niños o incapaces víctimas de violencia física o sexual y, el último caso, cuando el responsable de cualquier tipo de estas actividades fuera ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

¹¹ Boldova Pasamar, *“Derecho Penal, Parte Especial”* (coords. Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar), Comares, 2015, p. 224, considera que en las anteriores reformas del art. 189 del CP se podían observar dos tipos de pornografía con menores o con incapaces, la pornografía real y la virtual.

¹² La STS 1058/2006, de 2 de noviembre, plasma la dificultad que podía darse en algunos casos relacionados con los delitos de pornografía infantil, pues considera que distinguir la pornografía de lo erótico depende de diversos factores como son el tipo cultural, la carencia de tipo moral, o las pautas de comportamiento. Así, en aquel entonces, no existiendo en nuestro ordenamiento jurídico un concepto

redacción, y ello se debe a la necesidad del legislador español de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/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, en sustitución de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Se incorpora, por primera vez, la expresión *pornografía infantil* siguiéndose la definición que ofrece la citada Directiva Europea¹³, la cual estudiaremos en el siguiente apartado. Además, dentro del art. 189.2 se suprime la agravación de la conducta que castigaba los hechos de especial gravedad según el valor económico del material pornográfico. Finalmente, se prevé un nuevo tipo, el de asistir a espectáculos pornográficos a sabiendas de que intervienen menores, fruto también de la citada Directiva y se suprime el apartado séptimo sobre el delito de pseudopornografía introducido con la reforma de 2003, aunque tal supresión no impide que estos casos se puedan castigarse como pornografía infantil virtual o técnica (en la que no se representan menores reales), aunque para que sea penalmente relevante el material debe ser realista, es decir, debe acercarse a la realidad¹⁴.

legal de la pornografía infantil, se atendió a la definición del Consejo de Europa "*cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual*". Asimismo, en dicha STS se cita la STS. 10.10.2000 en la que se advierte que la Ley penal no ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal. También, alude a la Sentencia de la misma sala de 5 de febrero de 1991, la cual disponía que la pornografía infantil era aquel material que pudiera perturbar sexualmente el desarrollo normal de la personalidad de los menores o adolescentes. Además, manifiesta el Tribunal que "*tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico*". Concluye el Tribunal en que la pornografía correspondería con aquello que traspasara "*los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas*". Esta sentencia fue la base a seguir para sentencias sobre el mismo asunto posteriores.

¹³ Por otro lado, se añaden nuevos tipos agravados a la vez que se suprimen otros en el artículo 189.2, manteniéndose como no, el relativo a la pertenencia a organización o asociación y el caso en el que el responsable del delito sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, con algunos matices. Así, por un lado, se pasa a castigar con la pena de prisión de cinco a nueve años a los que utilicen menores de dieciséis años, en el texto anterior la edad fijada eran trece años, se introduce como hecho agravante el haber puesto en peligro la vida o la salud víctima, ya sea con dolo o imprudencia, también se agravaría la pena cuando el material en cuestión tuviera una relevancia importante y cuando existiera reincidencia.

¹⁴ Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por la LO 1/2015. Apuntándose también en la misma que el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 manifestaba que la supresión de la pseudopornografía "*obedece a que tal material*

III. CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

Con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se incorporan por primera vez el término *pornografía infantil*, así como la definición de lo que debe entenderse por tal expresión, reproduciendo el legislador lo dispuesto en el artículo 2.c) de la Directiva 2011/93/UE, incluyéndose éste en su artículo 189.1, b), párrafo segundo. El concepto integra cuatro supuestos legales de lo que ha de entenderse por *pornografía infantil*.

Antes de abordar cada uno de ellos, haremos una consideración general respecto de la expresión utilizada por el legislador para englobar en ella a los sujetos pasivos del delito. Y así, del concepto legal de *pornografía infantil* previsto en el artículo 189.1 b), segundo párrafo, observamos, en primer lugar, que va referido a las conductas en las que se utiliza a menores de 18 años, incluyendo por tanto la *pornografía juvenil*¹⁵, o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección en el caso de los apartados a) y b). Llama la atención que dentro del concepto de *pornografía infantil* se incluyan a estas personas discapacitadas. Y a estos efectos, el artículo 25 del Código Penal en su apartado segundo establece lo que ha de entenderse por persona con discapacidad necesitada de especial protección¹⁶. De este modo, en principio, la expresión *pornografía infantil* da a entender que dentro de la misma se recogerán conductas relativas solo a personas menores de edad, pero no resulta ser así, pues

pornográfico debe reconducirse ahora a los supuestos de pornografía virtual que el Anteproyecto considera material pornográfico infantil relevante penalmente”.

¹⁵ Boldova Pasamar, “El nuevo concepto de *pornografía infantil*: una interpretación realista” (Ferre Olive), Revista penal, nº 38, Julio 2016.

¹⁶ “se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

contiene la definición también aspectos relativos a estas personas con discapacidad, por lo que, de una simple lectura del apartado, llega a comprenderse que da igual la edad que tenga la persona discapacitada necesitada de especial protección para considerarse *pornografía infantil*. Ello resulta, desde nuestro punto de vista, algo controvertido ya que el adjetivo “infantil” suele utilizarse para referirse a los menores, si bien observando las distintas definiciones de “infantil” de la Real Academia de la Lengua Española podríamos suponer que lo que llevó al legislador a introducir a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección dentro del concepto de *pornografía infantil* es su semejanza a los menores, pues una de las definiciones de la RAE dice así: “*dicho de una persona que no está en la infancia: que se asemeja a un niño por su ingenuidad o inmadurez*”.

Veamos a continuación cada uno de los supuestos legales que integran ese concepto de *pornografía infantil*:

a) Representación visual de un menor o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección

El primer supuesto del art.189.1, b), segundo párrafo, del CP, considera *pornografía infantil* “*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*”.

Se alude así a la representación visual de un menor o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección en conductas sexuales que sean explícitas, reales o simuladas y, por tanto, no haría falta probar que la realización de las mismas se corresponde con conductas sexuales realmente llevadas a cabo¹⁷. Así, en una

¹⁷ Así Boldova Pasamar, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 225.

primera aproximación, cabría entender que la representación visual a la que se refiere el citado precepto, en este primer supuesto, no abarcaría los casos de representación de menores por medio de la voz -la pseudopornografía, que también abarcaba las imágenes alteradas o modificadas de menores, castigada hasta la Reforma de 2015 por el Código Penal-, ni la representación escrita –relato de conductas sexuales-; tales supuestos quedarían excluidos del concepto de pornografía infantil¹⁸. No obstante, se estima ello como una gran deficiencia, al no tipificarse dentro del concepto de pornografía infantil los materiales pornográficos de audio o escritos, aludiendo a lo sucedido en otros países en los que se ha condenado a personas que retransmitían, por audio o por escrito, relaciones sexuales con menores¹⁹. Sin embargo, con respecto a la utilización de la voz, considera la Fiscalía General del Estado que el material de audio podría llegar a ser de gran ayuda para delimitar el contenido pornográfico del video²⁰, es decir, como elemento que complementarí­a el sentido de la representación visual de la pornografía infantil.

En relación con lo anterior, algún autor²¹ también observa que en este apartado podría existir una laguna legal, considerando que habrían quedado sin regular determinadas conductas, concretamente aquellas en las que la víctima menor de edad, aún sin poderse observar sus órganos sexuales, aparece en una actitud sexual o

¹⁸ Como Boldova Pasamar, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, p. 225; Gómez Tomillo, *“Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233”*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, p. 591; Muñoz Conde, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 224.

¹⁹ Gómez Tomillo, *“Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233”*, p. 591; De la Rosa Cortina, *“Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013”*, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores”*, (coord. Villacampa Estiarte), Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, p.306, entiende excluido el material escrito de lo que pueda considerarse pornografía infantil, apuntando que en las definiciones doctrinales de pornografía infantil solía incluirse el material escrito.

²⁰ Véase Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015. Apoya a la FGE De la Rosa Cortina, *“Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013”*, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores”*, p.308, que considera que aunque el tipo de la pseudopornografía infantil haya sido suprimido (la cual incluía la voz), el audio puede ser de gran ayuda para delimitar el carácter pornográfico del material en cuestión.

²¹ Gómez Tomillo, *“Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233”*, p. 592.

realizando una acción sexual que es incuestionable. Y así pone de ejemplo la masturbación y, también, se pregunta si debe considerarse pornografía infantil el caso en el que alguna parte del cuerpo del menor aparezca sobre el cuerpo de un adulto, refiriéndose por ejemplo a que solamente la mano de un menor aparezca sobreimpuesta en el cuerpo de un adulto, apuntando que el legislador ha dejado esta cuestión sin resolver.

No obstante, parece que el CP en este primer apartado, más que a desnudos se refiere a representaciones visuales de conductas sexuales explícitas, sin que lo visual ineludiblemente requiera observar los órganos genitales, a lo que se refiere el siguiente apartado.

Con respecto a la palabra “representación”, contenida en este supuesto a) y en del siguiente apartado b), considera Orts Berenguer²² que el legislador al utilizar dicha palabra no describe la conducta típica clara, siendo estos supuestos a la hora de interpretarlos un tanto flexibles, afectando así, al principio de legalidad, el cual obliga a ceñirse a los términos de los preceptos. Asimismo, llega a la conclusión de que en muchos casos podrían caber en las conductas típicas consistentes en “representar” ciertos supuestos sin carga lesiva para la indemnidad sexual, el bienestar o los procesos de formación de menores o personas con discapacidad. Además, a su parecer, después de analizar las definiciones, estima que “representar” conductas sexuales u órganos sexuales no implica que las mismas sean necesariamente reales.

²² Orts Berenguer, “*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*”, (dir. González Cussac), (coords. Matallín Evangelio/Górriz Royo), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 650 y 655.

b) La representación de órganos sexuales de un menor o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección

En segundo lugar, el art. 189.1, b) incluye dentro del concepto de pornografía infantil *“toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales”*. Se entendería, por ejemplo, una representación en la que el menor aparece desnudo en una fotografía. Este supuesto tiene su origen en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, ratificado por nuestro país en el año 2002, el 31 de enero. Un sector doctrinal²³ ha llegado a apuntar que a veces es difícil considerar un desnudo como material pornográfico, e incluso el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que la imagen de una persona desnuda, menor o adulta, no podría ser estimada, en sentido estricto, como material pornográfico, debiéndose observar el uso posterior que se diera a dichas imágenes para conocer si es idónea para la realización del delito. Y así, en el caso de la pornografía de menores existiría delito si, tomadas las fotografías de desnudos, éstas se utilizaran posteriormente para contemplarlas²⁴. Por ello, en estos casos, deberá atenderse al

²³ Gómez Tomillo, *“Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233”*, p. 592.

²⁴ Véase SSTs 1342/2003, de 20 de octubre y 782/2007, de 3 de octubre. La primera de estas sentencias resuelve un recurso de casación interpuesto por el condenado contra la sentencia del 11 de noviembre de 2002 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante en la que se condenaba al procesado como autor de delitos continuados de abusos sexuales y delitos continuados de corrupción de menores. el procesado engañaba a diversos menores, víctimas de los delitos, para que a cambio de dinero y otros tipos de regalos, los menores le practicasen o se dejaran hacer diferentes aberraciones sexuales, así como, que dejaran al procesado tomar fotografías de sus cuerpos y grabaciones. El recurso de casación fue interpuesto por diversos motivos, dentro de los cuales nos interesa el referido a la aplicación indebida del artículo 189.1.a) del CP, en aquel entonces el llamado delito de corrupción de menores. El Tribunal Supremo estima ese motivo de casación en el fundamento de derecho tercero. El Tribunal apunta que los actos en los que el acusado realizaba fotografías y grabaciones fueron sentenciados con la figura de elaboración de material pornográfico. En palabras del Tribunal *“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 y que no consta cuál fuese en la ocasión de autos, aunque sí se dice, por cierto, que algunas grabaciones de niños desnudos en cámara digital fueron borradas después por el propio acusado.”* Por esta razón, falla el Tribunal absolviendo al recurrente de los delitos de corrupción de menores por los que fue condenado en la Sentencia de instancia, ya que a vista del Tribunal los hechos no se corresponden con la figura de elaboración de material pornográfico. Por su parte la STS 782/2007, de 3 de octubre, resuelve también un recurso de

carácter pornográfico del material, el contexto en el que se enmarque el mismo, siendo penalmente relevante si se desprende un carácter lascivo del mismo. Por supuesto, queda excluido de este concepto legal todo material de contenido médico, artístico o científico²⁵.

Realmente, la constatación en estos casos de lo que sea material pornográfico no puede realizarse sin atender a la concreta conducta tipificada en el Código Penal y que se le impute al autor, pues a priori, un material de uso médico podría para un tercero considerarse posesión de material pornográfico para uso propio.

c) El material visual que represente a una persona que parezca ser un menor

El tercer supuesto legal previsto en la letra c) del apartado segundo del artículo 189.1, b), se refiere a los mismos supuestos de los apartados anteriores pero, en este caso, bastaría con que la persona que realice los actos tipificados parezca ser un menor de edad. El citado precepto señala: *“todo material que represente de forma visual a una*

casación interpuesto por el condenado como autor de un delito de difusión de pornografía infantil, de imágenes que eran grabadas en lugares públicos con una cámara escondida, siendo la policía la que se percató de lo que estaba haciendo el condenado en una playa pública procediendo posteriormente a la incautación de la cámara y, viendo las imágenes que contenía esta, a la posterior detención de este, el recurrente no era español ni tenía permiso de residencia en el país y había estado en los últimos años en países en los que se practica la explotación de menores. El recurrente se basa en que la grabación de imágenes no es constituyente de delito apoyando su fundamento en la anterior STS de 20 de octubre de 2003 y otra de 8 de marzo de 2006, creyendo que según estas una imagen de un desnudo, sea de un menor o adulto no puede ser considerada material pornográfico. Así, el Tribunal Supremo vuelve a reiterar en el fundamento de derecho primero que *“la imagen de un desnudo, aunque sea de un menor de edad, por sí misma y aisladamente considerada, no permite afirmar que en todo caso se trate de material pornográfico. Pero también lo es que esas imágenes pueden ser utilizadas con esa finalidad, especialmente si se emplean conjuntamente con otras de menores en explícitas actitudes sexuales, lo cual, en función de las circunstancias concurrentes, puede justificar el inicio de una investigación rodeada de las necesarias cautelas que tiendan a asegurar sus resultados”*. El Tribunal considera “desenfocada esta cuestión” y apunta que el recurrente fue sorprendido grabando en un lugar público.

²⁵ Escudero García-Calderón, *“Comentario a la Reforma Penal de 2015”*, (dir. Gonzalo Quintero Olivares), Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, p. 452; Muñoz Conde, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, p. 226.

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”.

Este tipo de pornografía es también denominada por la Fiscalía General del Estado como *pornografía técnica*, variante de la *pseudopornografía*²⁶. En relación con este precepto, algunos autores consideran que el impedimento principal del mismo radica en lo difícil que resulta determinar con exactitud la edad de los sujetos que intervienen en esas conductas, así como a quién le corresponderá la carga de probar la minoría de edad de los sujetos, llegándose a la conclusión de que la acusación tendría que demostrar la minoría de edad de la víctima; se objeta, no obstante, que aunque el legislador se decantara en algunos casos por la inversión de la carga de la prueba, demostrando la defensa la mayoría de edad de los sujetos que aparezcan en el material, no podría permitirse ya que supondría una vulneración al principio de presunción de inocencia²⁷. Debemos objetar que lo dispuesto en este apartado resulta a simple vista un tanto difuso, pues bastaría con que los sujetos pasivos sean menores y lo parezcan; pero este supuesto no añade nada a los anteriores, dado que si los sujetos parecieran menores, pero fueran mayores, no existiría material pornográfico, y si fueran menores y parecieran mayores, los supuestos de las letras anteriores podrían ser de aplicación.

Por ello, la Fiscalía General del Estado ha querido dar ciertas pautas para que, ante estos casos, no existan confusiones con lo que deba considerarse pornografía infantil. Así, estima que los supuestos que pueden integrarse dentro de este concepto sería todo aquel material en el que aparezcan personas que o bien aparenten ser menores

²⁶ Véase Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, página 8; Boldova Pasamar, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 225.

²⁷ Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233*”, pp. 592 y 593.

o bien el material retocado haga que personas adultas se vean como niños. En este caso, lo importante sería determinar la edad del sujeto, pues si resulta que el sujeto es mayor de edad en el momento en el que se elaboró el material no existiría conducta típica alguna y no se perseguiría penalmente. Al contrario, sí se hablaría de pornografía infantil si se demuestra que el sujeto es menor de edad en la fecha de la elaboración. Relevante resulta el caso en el que no se pueda saber la edad del sujeto ya que, si en el material la persona se muestra como menor de edad, dicho material se encuadraría dentro del concepto de pornografía infantil²⁸. Algunos autores apoyan la impunidad de las personas intervinientes en el material que, aun pareciendo menores de edad, no lo son en absoluto, manifestando la posibilidad de la existencia de un delito contra la intimidad y el derecho a la propia imagen cuando *“la imagen obtenida y posteriormente manipulada proceda de una base de datos reservados protegidos por el derecho a la intimidad, como un ordenador privado”*²⁹.

d) Las imágenes realistas de un menor

En cuarto y último lugar, se considera también pornografía infantil la denominada pornografía realista de menores, calificada así por algunos autores³⁰, o *pornografía virtual*, como la denomina la Fiscalía General del Estado, recogida en la letra d) del apartado segundo del artículo 189.1, b) del Código Penal: *“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”*.

La pornografía virtual ha sido introducida en el Código Penal a raíz de las exigencias europeas, pero a la vez que se incorpora esta figura se elimina la del apartado

²⁸ Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

²⁹ Gómez Tomillo, *“Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233”*, p. 593.

³⁰ Boldova Pasamar, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, p.226.

7 del art. 189 de la redacción dada por la reforma del CP de 2010, en el que se castigaba la pseudopornografía. Sin embargo, la supresión de este apartado no implica la impunidad de las conductas relativas a este tipo de pornografía, ya que quedan integradas en el concepto de pornografía virtual³¹. El material de esta última conducta se centra en aquellas imágenes realistas donde se observen menores participando en conductas sexuales o de los órganos sexuales de aquellos. En este supuesto, debemos preguntarnos qué ha de entenderse por imágenes realistas, pues la expresión *realista* no significa que la imagen represente al menor realmente tal cual es, como por ejemplo puede ser una fotografía –supuesto ya incluido en la letra a)-, donde se observa al menor como es realmente, sino que aquí por realista debe entenderse todo aquello que se aproxime a la realidad pudiendo confundirse con la misma. Como bien apunta Boldova Pasamar “*el menor no tiene por qué ser real, basta con que su representación sea realista*”; por lo tanto, se trata de imágenes que no llegan a ser reales pero que lo parecen, como podrían ser imágenes creadas por ordenador, recreaciones informáticas o, incluso imágenes de menores reales pero alteradas por cualquier tipo de sistema que lo permita. Además, debemos tener en cuenta que estas imágenes deben tener un alto grado de similitud con un menor real, o con sus órganos sexuales, excluyéndose del concepto de imágenes realistas aquellas que no estén cerca de la realidad como pueden ser los dibujos manga, los dibujos animados, los comics y cualquier otro similar³². Al tratarse de imágenes que no llegan a ser del todo reales los jueces y tribunales para no menoscabar la seguridad jurídica a la hora de evaluar la posible existencia de esta conducta penal, deberán realizar una valoración de las imágenes basada en su experiencia para poder determinar el carácter pornográfico de las imágenes.

³¹ Sánchez Domingo, “*La cooperación judicial penal y el Tratado de Lisboa. El ejemplo de la Directiva 2011/92/UE en materia de pornografía infantil.*” Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 44, Madrid, 2013, págs. 279-305.

³² Muñoz Conde siguiendo la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado en “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 225; García Albero, “*Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito*”, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*”, (coord. Villacampa Estiarte), Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, p.291.

Con respecto a la conducta anterior, algún autor observa que en estos supuestos no podría afirmarse la existencia de bienes jurídicos personales lesionados al no existir en muchos casos sujetos reales, por lo que se trataría de una especie de “*bienes jurídicos aparentes pero irreales*”. Por el contrario, se considera lesionado por la Fiscalía General del Estado en este tipo de pornografía virtual el bien jurídico de la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en su conjunto, pero no la indemnidad sexual de menores en concreto ni su derecho a la propia imagen –de ello nos ocuparemos en el siguiente epígrafe-. También, lo anterior, en relación con el bien jurídico, es de aplicación a lo casos en el que la persona parezca o aparente ser un menor, la conducta de la letra c), estudiada anteriormente³³. Por su parte Escudero García-Calderón³⁴ estima que este apartado d) resulta un tanto repetitivo; sin embargo, hay que tener en cuenta que los apartados anteriores se refieren a representaciones visuales, mientras que aquí estamos ante imágenes realistas –no visuales-, sin perjuicio de que la técnica legislativa pudiera ser mejorable.

Una vez examinado el concepto legal de pornografía infantil en sus diversos supuestos, debemos apuntar que la nueva definición de pornografía infantil contenida en nuestro Código Penal, consecuencia de la trasposición de la Directiva 2011/93/UE, no ha resultado satisfactoria para cierta parte de la doctrina. Así, un sector considera que el concepto en sí de pornografía infantil sigue teniendo deficiencias y que no es más que una descripción de cuatro posibilidades que, además, están muy unidas entre sí³⁵. Otro sector plantea que algunas de las definiciones que se consideran pornografía se encontrarían faltas de bienes jurídicos que proteger, afirmando también que las mismas poseen un contenido altamente moral³⁶. El problema reside aquí en que si esas definiciones tienen un contenido moral estaríamos ante la moral de cada persona por lo

³³ Boldova Pasamar, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 226; Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado.

³⁴ Escudero García-Calderón, “*Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, p. 452 y 453.

³⁵ Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233*”, p. 591

³⁶ Orts Berenguer, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, (coord. González Cussac), 5ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, pp. 222 y ss.

que cada una decidiría si cumple o no los principios morales. Por último, Morillas Fernández es claro al afirmar que la definición contenida en el artículo 189.1, b) del CP supone un retroceso en el tema de la pornografía infantil, tildando de repetitivas tales definiciones, repetición que apoya también otro sector doctrinal³⁷.

IV. ¿QUÉ INTERÉS SE PROTEGE EN LA LUCHA CONTRA LA PORNOGRAFÍA INFANTIL?

En el caso que nos ocupa, el delito de pornografía infantil tiende a proteger por encima de todo a sujetos tan vulnerables de la sociedad como son los menores y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Como bien sabemos, el hecho de ser menor de edad lleva aparejada consigo una especial protección en el ámbito normativo, también a las personas con discapacidad; por ello se les intenta proteger penalmente de aquellas conductas que los pongan en peligro. La importancia de esta protección ya estaba plasmada desde hace tiempo, y como dijo el filósofo y profesor estadounidense John Rawls en la Teoría de la Justicia, exigencia del máximo grado de protección para los menos aventajados³⁸.

El problema surge a la hora de determinar qué bien jurídico es el que el legislador intenta proteger al tipificar las conductas relacionadas con la pornografía infantil. Así, existe diversidad en la doctrina acerca del bien o bienes jurídicos protegidos en este delito, que para una mejor comprensión veremos separadamente.

³⁷ Morillas Fernández, “*Estudios sobre el Código Penal reformado*”, (dir. Morillas Cueva), Dykinson, 2015, p. 476; Escudero García-Calderón, “*Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, p.452; V. Ampliamente Boldova Pasamar en la Revista Penal nº 38, Julio, 2016, Juan Carlos Ferre Olive, Tirant Lo Blanch, pp. 49 y ss.

³⁸ Citado por De la Rosa Cortina, “*Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*”, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 52.

a) La libertad o indemnidad sexual

Autores como Boldova Pasamar³⁹ y Muñoz Conde defienden que la libertad o indemnidad sexuales es el bien jurídico protegido por excelencia en el artículo 189 del Código Penal, afirmando que se trata de una presunción legal indisputable, ya que en estos casos, los menores de edad son privados de su libertad sexual, no tienen libertad de elección. Muñoz Conde considera que las conductas reguladas en general en el Título VIII del Código Penal, dentro del cual se encuentra el precepto que nos ocupa, pueden afectar de tal forma a la indemnidad o libertad sexuales de los sujetos pasivos hasta el punto de incidir en el desarrollo de la personalidad del menor o de la persona discapacitada; por ello, en este último caso, se refiere a “*excitar indebidamente su sexualidad*”⁴⁰. Por su parte Begué Lezaun coincide en que la libertad sexual es el bien jurídico protegido⁴¹, pero llega a manifestar que algunas conductas, no encuadradas en la elaboración del material pornográfico, -como puede ser la tenencia del mismo antes de su distribución o incluso la tenencia para uso propio, para consumir el material-, implican la intromisión en el desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo, aunque la persona que posea el material no haya sido la misma que mantuvo un contacto con las víctimas, pues anteriormente el menor o discapacitado tuvo que haber soportado órdenes de los sujetos activos para la realización de las conductas sexuales que aparecerían en el material que finalmente se posee, produciéndose así una lesión a la libertad o indemnidad sexuales antes de la tenencia.

Es necesario al hablar de libertad sexual e indemnidad sexual entender cada una de ellas, si bien la jurisprudencia se decanta por estos bienes jurídicos protegidos en el delito del artículo 189 del Código Penal. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 10/2015, del 3 de marzo de 2015, explica a la perfección cada figura. En primer lugar, se entiende por libertad sexual, “*la capacidad de determinación*

³⁹ Boldova Pasamar, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 233.

⁴⁰ Muñoz Conde, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, pp. 213, 228 y 231.

⁴¹ Begué Lezaun, “*Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, Revista del Ministerio Fiscal N.º. 13, 2005, p. 67-187.

espontánea en el ámbito de la sexualidad”, y dentro de ella se han distinguido dos aspectos, uno positivo y otro negativo. El primer aspecto va referido a la libertad que ostentan las personas sobre su cuerpo y sobre el ejercicio de su sexualidad. El aspecto negativo corresponde al derecho de cualquier persona de no implicarse sin que ella consienta en ningún tipo de entorno sexual. Por su parte, la indemnidad sexual de los menores, es equiparada al bienestar psíquico de los mismos, considerando que este bienestar es necesario para el correcto desarrollo sexual de los menores. Apunta también el tribunal que en el caso de los menores la indemnidad sexual prevalece sobre la libertad sexual, debido a la minoría de edad o incapacidad, ya que “estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas”.

Sobre la libertad e indemnidad sexuales Díez Ripollés⁴² considera que cuando fue modificada la rúbrica del Título VIII del Código Penal, con la reforma de 1999, pasando de denominarse “*de la libertad sexual*” a “*delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, no quedó del todo justificada la necesidad del concepto de indemnidad sexual como objeto de protección en algunos delitos sexuales en los que está claro que el bien jurídico protegido no es la libertad sexual por las características del sujeto pasivo (edad o discapacidad). Con respecto a la libertad sexual, el mismo autor estima que este bien jurídico permite actuar desde un punto jurídico-penal en las prácticas sexuales de las personas. También, considera que la libertad sexual garantiza a las personas que posean la suficiente capacidad de elección sexual el ejercicio libre de la misma, suponiendo ello que la tutela de la libertad sexual implica que la persona pueda estar en condiciones efectivas para ejercerla. Asimismo, distingue también entre una libertad sexual positiva y negativa. Entiende que la positiva es aquella que permite a las

⁴² Díez Ripollés, “*Comentarios al Código Penal, Parte Especial II, Títulos VII- XII y faltas correspondientes*”, (coords. Díez Ripollés/Romeo Casabona), Tirant lo Blanch, 2004, pp. 221 y ss.

personas elegir libremente con quién y qué relación sexual mantener y consentir los actos sexuales que la persona desee. La negativa opera como un mecanismo de protección, protege a las víctimas frente a los actos sexuales no deseados por ellas mismas. En este aspecto, Díez Ripollés manifiesta que el legislador lo que intenta proteger, en mayor medida, es la vertiente negativa de la libertad sexual. Por lo que respecta a la indemnidad sexual, expone que este bien jurídico tiene por finalidad proteger a los menores e incapaces (discapacitados) de los daños que puedan ocasionarles cualquier tipo de acto sexual, tutelando a estas personas tan vulnerables. Asimismo, apunta que la indemnidad sexual en su concepto negativo es definida como *“el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad”* equiparándose con el bienestar psíquico de estos sujetos. Así, podría decirse que la libertad sexual en su plenitud no se obtiene hasta la mayoría de edad pero con algunos matices, pues si bien, considera el mismo autor que se puede llegar a apreciar el reconocimiento parcial para el ejercicio de la libertad sexual tanto a los menores de la edad fijada por el Código Penal para prestar el consentimiento sexual como los menores mayores de esa edad (fijada en 16 años tras la reforma de 2015) y las personas discapacitadas *“cuando se atribuye relevancia punitiva al vencimiento de su voluntad contraria a mantener determinadas relaciones sexuales”*, tachando esto de incongruente ya que se renuncia a la libertad sexual hablando de indemnidad en estos casos. En relación con el artículo 189 del Código Penal, también, considera Díez Ripollés que en tal precepto se intenta proteger la moral sexual colectiva o social⁴³.

Así, como bien sabemos, una de las novedades de la reforma del Código Penal es la elevación de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años -antes era a los trece-, lo que significa que los mayores de dicha edad tendrían, en principio⁴⁴, plena libertad sexual⁴⁵. Por ello debe tenerse en cuenta que la edad para consentir es

⁴³ También de esta opinión Muñoz Conde, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, p. 213.

⁴⁴ Cfr. art. 182 CP.

⁴⁵ El art. 9.3 del Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad de 2001 estipula que *“a los efectos del anterior apartado 2, por «menor» se entenderá toda persona menor de dieciocho años. No obstante, cualquier Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de dieciséis años.*

importante aquí, ya que el bien jurídico protegido en este apartado sería la libertad sexual si el menor, que no consienta un comportamiento sexual de tercero es mayor de dieciséis años y, en cambio, sería la indemnidad sexual el bien jurídico protegido si el sujeto fuera menor de esa edad, consienta o no en realizar algunas de las conductas del artículo 189, pues tal consentimiento resulta siempre irrelevante.

b) El derecho a la intimidad y a la propia imagen

No toda la doctrina estima como prevalente el bien jurídico de la libertad o indemnidad sexuales, otorgando mayor importancia al derecho a la intimidad. Y así, se asegura⁴⁶ que el legislador desde hace ya tiempo lo que ha intentado perseguir con este tipo de delitos es proteger diversos bienes jurídicos respecto de los menores, concretamente “*los adecuados procesos de formación y socialización y su intimidad*”. Por su parte Muñoz Conde⁴⁷ relaciona la protección de la intimidad con el hecho de que este tipo de delitos sea perseguible si existe denuncia de la persona agraviada, del representante legal de esta o querrela del Ministerio Fiscal, bastando en el caso de los menores de edad la denuncia del Ministerio Fiscal, según el art. 191 del Código Penal. La razón de ello estriba en que el derecho a la intimidad junto con el derecho a la propia imagen y la dignidad tiene mayor importancia en el caso de la difusión de pornografía infantil por los severos efectos que se le producen a estos bienes cuando las imágenes son difundidas por medio de la red o subidas a la misma⁴⁸.

⁴⁶ Orts Berenguer/Roig Torres, “*Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*”, Tirant lo Blanch, 2001, p. 129.

⁴⁷ En efecto, Muñoz Conde, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, pp. 230 y 231, considera que “*esta «privatización» de la acción penal no sólo es coherente con la conceptualización del bien jurídico protegido en estos delitos como delitos contra la libertad sexual, sino también con el derecho a la intimidad, que puede verse afectado cuando los hechos trascienden. Sin embargo, este carácter privado no debe ser un obstáculo para la persecución penal cuando dichos delitos afectan a menores, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o personas desvalidas*”.

⁴⁸ Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por la LO 1/2015.

Por otro lado, Morillas Fernández⁴⁹ defiende que la intimidad del menor junto al derecho a la propia imagen son los bienes jurídicos protegidos cuando se comercializa con imágenes del menor obtenidas ilegalmente, apoyándose en el art. 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor. Le lleva a este razonamiento que en estos casos las imágenes pornográficas se obtendrían en contra de los intereses del menor, no siendo válido el consentimiento de los progenitores o representantes del mismo.

Según García Valdés⁵⁰, en los casos en los que a partir de imágenes sin contenido sexual se llega a obtener material pornográfico, transformando las imágenes originales a través de medios informáticos, no se produciría ninguna lesión al bien jurídico de la indemnidad sexual. Asimismo, apunta que en el supuesto de estar ante material pornográfico proveniente de fotografías reales se estaría lesionando la intimidad, la propia imagen y el honor del sujeto pasivo. Y, en los casos en los que a partir de recreaciones virtuales se llega a obtener material pornográfico, no habría bien jurídico que proteger, manifestado el autor que no hay duda aquí de la irrelevancia penal.

Gómez Tomillo expresa su apoyo a la existencia de diversos bienes jurídicos protegidos en el artículo 189.1 CP; no solo la indemnidad sexual del menor, en la que coincide la doctrina, sino también, el derecho a la intimidad, a la propia imagen⁵¹. Y como vimos anteriormente, Boldova Pasamar si bien defendía como principal bien jurídico la libertad o indemnidad sexual, también considera que, en el delito de

⁴⁹ Morillas Fernández, *“Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil”*, Dykinson, 2005, p. 26

⁵⁰ García Valdés, *“Acerca del delito de pornografía infantil”*, *“Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón”*, (coord. Octavio de Toledo y Ubieta/Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli), Tirant lo Blanch, 2004, p. 415.

⁵¹ Gómez Tomillo, *“Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233”*, p. 588. También en algún caso lo estima así Sánchez Domingo, *“La cooperación judicial penal y el Tratado de Lisboa. El ejemplo de la directiva 2011/92/UE en materia de pornografía infantil”*, p. 297.

pornografía infantil, el derecho a la propia imagen del menor también es lesionado cuando existe captación de imágenes en sistemas informáticos entre otros⁵².

c) La dignidad de la persona y la dignidad de la infancia en general

Otra parte de la doctrina considera la dignidad de la persona como el bien jurídico protegido principal y también la dignidad de la infancia en general. Así, García Valdés⁵³ expone que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en este tipo de delitos si no que a ella va unida la dignidad de la persona y los derechos inherentes a la misma. Como bien sabemos, la dignidad de la persona recogida en el artículo 10 de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Podemos citar algunas características que nos interesan de este derecho personal siguiendo a Merino Norberto⁵⁴, quien bien señala que *“la dignidad humana no admite grados, por lo tanto todos los seres humanos, por el hecho de ser personas, son iguales en dignidad, no se puede considerar a nadie más digno que a otro, ni devaluar la dignidad de grupos de personas y considerarlos de inferior condición con respecto a los demás; ... la dignidad humana es irrenunciable, las personas no pueden disponer de ella y se conserva hasta el mismo momento de la muerte”*.

La Fiscalía General del Estado, haciendo referencia al informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013⁵⁵, manifiesta que en los supuestos de pornografía virtual o

⁵² Boldova Pasamar, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, p. 233; De la Rosa Cortina, *“Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, 2013, p. 19. https://fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%C3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14

⁵³ García Valdés, *“Acerca del delito de pornografía infantil”*, *“Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón”*, p. 414.

⁵⁴ Merino Norberto, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>

⁵⁵ Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

técnica, la prevista en el apartado d) del artículo 189.1, párrafo segundo del Código Penal, el bien jurídico protegido se corresponde con el de la dignidad de la infancia en su conjunto, entendido como un bien jurídico supraindividual, protegiéndose también en estos casos la indemnidad sexual de la infancia al igual que la imagen. Pues bien, tiene lógica que se protejan bienes jurídicos supraindividuales y no individuales del menor, según lo que dispone el citado apartado d): “*imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor...*”, ya que la expresión imágenes realistas la podemos equiparar al realismo, entendiendo que serían aquellas imágenes que, aun no siendo reales, se asemejen fielmente con la realidad. Por ello se protege a los menores en general, y no a un menor determinado en tanto que no se conoce con exactitud la identidad real de las personas que aparecen en las imágenes. En este sentido, Orts Berenguer también considera que el legislador intenta proteger los procesos de formación y socialización, el bienestar psíquico, la intimidad, la dignidad, la libertad y la indemnidad sexuales de los menores y personas discapacitadas. No obstante, observa el autor la existencia del problema que supone, en relación con el concepto de pornografía infantil, delimitar el bien jurídico protegido cuando se utilizan representaciones de menores de edad o de personas discapacitadas, no de personas reales. Pues bien, manifiesta desde su punto de vista que, en estos casos, sin menor o persona discapacitada real, no habría sujeto pasivo y, por ello, no habría ningún bien jurídico para proteger, apoyándose en los principios de proporcionalidad y ofensividad. Además, apunta, que para él solo hay legitimidad constitucional cuando se castigan conductas en las que se habla de personas reales⁵⁶.

Una vez expuestos los distintos bienes jurídicos que el artículo 189.1 del Código Penal puede proteger, se podrían confrontar con ellos los diversos tipos delictivos que castigan la pornografía infantil. Apuntar que el mencionado precepto del Código Penal se compone de tres tipos penales básicos -artículos 189.1, 189.4 y 189.5-; ocho subtipos

⁵⁶ Orts Berenguer, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 222; Orts Berenguer, “*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*”, (dir. González Cussac), (coords. Matallín Evangelio/Górriz Royo), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 651-654.

agravados -artículo 189.2; un subtipo hiperagravado -artículo 189.3, que castiga con la pena superior en grado los hechos de la letra a) del párrafo primero del apartado 1 si se cometieron con violencia o intimidación-; un delito de omisión pura -artículo 189.6-, que castiga al sujeto que teniendo los medios para impedir el estado de prostitución o corrupción de menores de edad o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, no lo haga⁵⁷. Para Muñoz Conde, no parece lógico seguir manteniendo este precepto en el Código Penal porque con la reforma de 2015 desapareció el anterior art. 189.4, la corrupción de menores en sentido estricto, apuntando que para él podrían tipificarse nada más que los casos en los que el menor de dieciséis años, no mayores de esta edad, mantiene “*relaciones sexuales jurídico-penalmente ilícitas*”⁵⁸.

Por otro lado, y como vimos anteriormente se considera pornografía infantil aquel material que represente visualmente a una persona que parezca un menor participando en aquellas conductas sexuales que se consideran pornografía infantil, así como, la representación de órganos sexuales de la persona que se parezca a un menor. De la lectura del último inciso de este apartado c) del párrafo segundo del artículo 189.1. b) se puede entender que, si en el momento en el que se captaron las imágenes la persona que parece ser un menor no lo es, por ser esta mayor de edad (tener dieciocho años en adelante), quedaría impune la acción no se consideraría pornografía infantil. Pues bien, en este caso, si la persona resulta ser mayor de edad la conducta queda impune, ya que si se castigara a estas personas adultas nacería el problema de delimitar qué bien jurídico se estaría protegiendo aquí, porque si se sancionara la conducta esta no atendería contra la indemnidad sexual del menor, ya que en realidad la persona es mayor de edad. Por ello, Sánchez Domingo⁵⁹ estima que los posibles bienes jurídicos lesionados podrían ser el derecho del menor a la propia imagen, el derecho a la intimidad o, palabras textuales “*un supuesto bien jurídico general de moral sexual colectiva, o de bienestar general de la infancia*”.

⁵⁷ Boldova Pasamar, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 232.

⁵⁸ Muñoz Conde, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 604.

⁵⁹ Sánchez Domingo, “*La cooperación judicial penal y el Tratado de Lisboa. El ejemplo de la directiva 2011/92/UE en materia de pornografía infantil*”, p. 297.

En cuanto a los tipos penales básicos, en el art. 189.1 observamos, por un lado, que en el apartado a) se castiga la captación o utilización de menores o de personas con discapacidad necesitadas de protección para fines pornográficos. Pues bien, en este supuesto, aparte de protegerse la propia imagen del menor y la dignidad de la infancia en general⁶⁰, según la opinión de parte de la doctrina el bien jurídico protegido principal es la libertad e indemnidad sexuales, pues se les trata de involucrar en comportamientos de naturaleza sexual que no pueden consentir por cuanto no tienen el grado de madurez necesario para comprender el alcance de esos actos de naturaleza sexual.

En el apartado b) del art. 189.1 del Código Penal se recoge el tipo penal de la producción, venta, difusión o exhibición de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Aquí aparecerían otros bienes jurídicos afectados, no solo la indemnidad o libertad sexuales del menor, pues también se verían afectados por la difusión de imágenes algunos derechos fundamentales de la persona como son la dignidad, la integridad moral, la intimidad, la propia imagen, e incluso el libre desarrollo de la personalidad del menor. En la misma línea, aquellos supuestos en los que los menores son los que transmiten imágenes de su cuerpo a otras personas conocidas, como ha ocurrido en casos reales, no se estaría frente a una lesión de la indemnidad sexual del menor, ya que las imágenes han sido libremente transmitidas por aquel; el problema residiría en la posesión para uso propio o en la posterior difusión sin consentimiento de esas imágenes a otras personas, y si fuera así estaríamos ante una lesión de derechos fundamentales, concretamente a la intimidad y a la propia imagen⁶¹. El otro tipo básico, art. 189.4 CP, no previsto con anterioridad siendo introducido con la Reforma del Código Penal, tipifica la asistencia a espectáculos pornográficos sabiendo que en esos espectáculos

⁶⁰ De la Rosa Cortina en su artículo “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, p. 22.

⁶¹ Referencia a Tamarit Sumalla por Esquinas Valverde, “*El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): razones para su destipificación.*” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º. 18, 2006, p. 183, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2006-18-3110&dsID=pdf>

participan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, también podría afectar a la intimidad del menor o persona discapacitada.

Otro aspecto interesante reside en la dificultad de precisar el bien jurídico protegido en el supuesto de la posesión de pornografía infantil para uso propio, figura prevista en el artículo 189.5 CP. Un amplio sector doctrinal observa en el castigo de la posesión de pornografía “*un delito de peligro abstracto para el bien jurídico de la libertad o indemnidad sexual de los menores*”, por la existencia de la amplia oferta de este tipo de material que hace que la demanda siempre este ahí, lesionando la libertad e indemnidad sexual de los menores. En este supuesto los bienes jurídicos protegidos, según parte de la doctrina⁶², son la dignidad, la intimidad, la propia imagen del menor, la indemnidad sexual de los menores en su conjunto y la dignidad de la infancia en general. En relación con la posesión, se ha apuntado también que a través del castigo de esta conducta lo que se pretende, como fin político-criminal, es apartar a los consumidores o poseedores de la pornografía infantil para así conseguir que las personas productoras de dicho material detengan la producción del mismo⁶³. No obstante, para otra parte, la posesión no sería el problema, pues la demanda de pornografía infantil sería la principal causa de este mercado tan cruel. Gómez Tomillo⁶⁴ hace referencia a la doctrina alemana exponiendo que, según una parte de esta, lo que se pretende con el tipo de la posesión sería “*castigar al sujeto sólo en aquellas escasas ocasiones en que haya adquirido la tenencia de forma directa, porque haya él mismo fabricado el material; o bien, cuando no se le pueda sancionar por «facilitarse la posesión», ya sea porque tal acto no fue consciente, ocurrió de buena fe, y fue sólo después de adquirir cuando el individuo se percató del contenido ilícito del material, o porque no pueda demostrarse el hecho en sí de la adquisición*”.

⁶² V. por todos De la Rosa Cortina, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, p.24.

⁶³ Orts Berenguer, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 230.

⁶⁴ V. Gómez Tomillo, “*Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal*”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2005, núm. 07-04, p. 04:1-04:35.

Finalmente, por un lado, podemos afirmar que en las figuras en las que se involucra a los menores de edad en actividades sexuales donde se ve afectado su desarrollo personal, tanto a nivel físico, psíquico o moral, como ocurre por ejemplo en la conducta del apartado a) del artículo 189.1 CP, consistente en captar o utilizar a menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o, su utilización para elaborar pornografía infantil, se protegen bienes jurídicos personalísimos, por producir esas conductas efectos directamente sobre el menor, por lo que la indemnidad sexual del menor, la libertad sexual y, también, la intimidad y la propia imagen serían bienes personalísimos del menor afectado. Entendemos, sin embargo, que directamente la dignidad de la infancia en general que protege a todos los menores en un sentido moral no podría considerarse como bien jurídico, por no cumplir adecuadamente con la función de delimitación de lo ilícito penal en el ámbito de la pornografía infantil. Por otro lado, otras conductas como la posesión para el uso propio de pornografía infantil o su difusión, acciones que, ocurrirían después de haber atentado ya contra la indemnidad o libertad sexual del menor, ya que se estaría comercializando con un material elaborado anteriormente, serían conductas en las que se intenta proteger principalmente la intimidad de los menores y su propia imagen.

V. CONCLUSIONES

Para concluir, en primer lugar, podemos destacar la falta de uniformidad normativa y de colaboración en el ámbito internacional, ya que hasta hace poco no existía normativa que plasmara lo que ocurría en la realidad con el problema de la pornografía infantil, pues las normas internacionales no regulaban la materia de forma decidida, a pesar que ya se producían crímenes de este tipo, no dispensándose suficiente protección. Pues si bien, en los años 90 del pasado siglo, cuando ya Internet era centro de distribución y producción de pornografía infantil, no se contaba con una normativa

uniforme en este ámbito, como por ejemplo recordemos el caso de “*los pornonautas de Vic*”, citado al comienzo de este trabajo.

En segundo lugar, hasta la reforma del Código Penal de 2015 los jueces han tenido que operar con un concepto de pornografía infantil no definido legalmente, pues tampoco existía hasta muy recientemente una definición legal a nivel europeo. La jurisprudencia española se mostraba reacia a dar un concepto de pornografía, lo que podría entenderse si consideramos que la pornografía puede ser un concepto cambiante por la influencia de las costumbres de cada lugar y por los diversos valores o criterios sociales. Asimismo, podemos apuntar que el legislador español en las distintas reformas del artículo 189 del Código Penal ha intentado mejorar este precepto a medida que evolucionaba la dinámica de las conductas que podían incluirse en el mismo. Con la transposición de la Directiva 2011/93/UE, se introduce en el Código Penal el concepto legal de pornografía infantil que, aunque en sí puede resultar un tanto controvertido, debemos admitir que la incorporación del mismo otorga una mayor seguridad jurídica, no teniendo el juzgador que interpretar a su juicio lo que debiera considerarse por pornografía infantil.

En tercer lugar, con respecto al concepto de pornografía infantil, por un lado, el primer supuesto legal, previsto en el art. 189.1, b), segundo párrafo, letra a) del Código Penal, el referido al material que represente de manera visual a un menor o persona con discapacidad participando en alguna conducta sexual explícita, sea real o simulada, implica que la expresión *conducta explícita* equivale a que la misma ya de por sí sea inequívoca al subsumirse en el supuesto legal, considerándose que está de más la añadidura “*real o simulada*” de la conducta, pues es irrelevante tanto lo uno como lo otro, y siendo lo determinante estar ante “*conductas sexualmente explícitas*”.

En cuarto lugar, el segundo supuesto legal, del art. 189.1, b), segundo párrafo, letra b) del Código Penal, considera pornografía infantil la representación de los

órganos sexuales de menores o personas discapacitadas con fines primordialmente sexuales. Aquí podríamos apuntar que el problema residiría en las representaciones con finalidad médica, científica o artística que, siguiendo la Circular 2/2015 de la FGE, quedarían excluidas del ámbito de lo que debe considerarse pornografía infantil aunque el legislador no haya incorporado esta excepción dentro del concepto, dejando en el mismo un vacío. Pues bien, podríamos apuntar que este supuesto no resulta del todo claro, ya que los sujetos activos podrían poseer representaciones de este tipo con fines sexuales, por ejemplo para uso propio, en vez de con fines médicos o profesionales. En este caso, la conducta a imputar al sujeto podría encontrarse más bien en el artículo 189.5 del CP, donde se castiga la adquisición o posesión de pornografía infantil para uso propio, ya que, si bien, no sabemos de donde proviene el material pornográfico, pudiendo tener este fines profesionales puede, finalmente, acabar en manos de otros sujetos.

Asimismo, cabe concluir con respecto a los dos últimos supuestos de pornografía infantil del art. 189.1, b), segundo párrafo, apartado c), que resulta un tanto repetitivo, ya que encontraríamos implícitas en los apartados anteriores -a) y b)- las conductas que se describen en él. En realidad, lo que diferencia este supuesto a los anteriores es que la persona de la representación debe parecer un menor de edad, pero si en el momento de obtenerse las imágenes tuviera 18 años o más, ya no se hablaría de pornografía infantil. De esta forma, es reiterativo señalar que *“parezca ser un menor”* cuando las personas mayores de edad no se encuadrarían en el supuesto. Y por su parte, el apartado d), del referido precepto, recoge como pornografía infantil las imágenes realistas de un menor o de sus órganos sexuales, siendo también innecesaria la expresión *“imágenes realistas”* ya que podría haberse añadido a los dos primeros supuestos al tratarse de las mismas conductas pero en vez de representaciones aquí se habla de imágenes.

Por último, con respecto al bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil y, según lo visto anteriormente, por un lado, nos percatamos de una clara pluralidad de posibles bienes jurídicos a proteger. La doctrina estima afectados diversos bienes jurídicos, pero consideramos que resultaría difícil delimitar las conductas típicas del delito pues, el objeto de la protección sería un tanto amplio y difuso. Por otro lado, se habla en algunos casos de la dignidad de la infancia en general y de la seguridad de la infancia como bienes jurídicos protegidos, con ellos lo que ocurre, desde mi punto de vista, es que no se estaría delimitando lo que se protege, pues con la expresión “en general” se estaría atendiendo a todos los aspectos referidos a menores y, si bien, en este tipo de delitos estos son sujetos pasivos del delito, no teniendo funcionalidad jurídico-penal los bienes jurídicos de la dignidad de la infancia en general y la seguridad de la infancia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, *“Derecho Penal Español. Parte Especial”*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2011.
- Begué Lezaun, *“Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, Nº 13, Revista del Ministerio Fiscal, 2005, pp. 67-187.
- Boldova Pasamar, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, (coords. Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar), Comares, 2016.
- Boldova Pasamar, *“El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”* (Ferre Olive), Revista penal, nº 38, Julio 2016, pp.
- De la Rosa Cortina, *“Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos”*, Tirant Lo Blanch, 2011.
- De la Rosa Cortina, *“Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, 2013.
https://fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%C3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14.
- De la Rosa Cortina, *“Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013”*, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores”*, (coord. Villacampa Estiarte), Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.
- Díez Ripollés, *“Derecho penal, parte general”*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, 2016.
- Díez Ripollés, *“Comentarios al Código Penal, Parte Especial II, Títulos VII- XII y faltas correspondientes”*, (coords. Díez Ripollés/Romeo Casabona), Tirant lo Blanch, 2004.
- Escudero García-Calderón, *“Comentario a la Reforma Penal de 2015”*, (dir. Gonzalo Quintero Olivares), Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.

- Esquinas Valverde, “*El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): razones para su destipificación.*”, nº 18, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2006, pp. 171- 228.
- García Albero, “*Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito*”, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*”, (coord. Villacampa Estiarte), Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.
- García Valdés, “*Acerca del delito de pornografía infantil*”, “*Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*”, (coords. Octavio de Toledo y Ubieto/Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli), Tirant lo Blanch, 2004.
- Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233*”, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.
- Gómez Tomillo, “*Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal*”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2005, núm. 07-04, pp. 04:1-04:35.
- Marco Marco, “*Menores, ciberacoso y derecho de la personalidad*”, “*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*” (coord. García González), Tirant Lo Blanch, 2010.
- Merino Norberto,
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&ti po=2>
- Morillas Fernández, “*Estudios sobre el código penal reformado*”, (dir. Morillas Cueva), Dykinson, 2015.
- Morillas Fernández/David Lorenzo, “*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*”, Dykinson, Monografías de Derecho Penal, 2005.
- Muñoz Conde, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, 20ª ed., Tirant lo Blanch, 2015.
- Núñez Paz, “*Consideración crítica en torno al Código Penal español*”, 1999, p. 251.

- Orts Berenguer, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, (coord. González Cussac), 5ª ed., Tirant lo Blanch, 2016.
- Orts Berenguer/Roig Torres, *“Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática”*, Tirant lo Blanch, 2001.
- Orts Berenguer, *“Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015”*, (dir. González Cussac), (coords. Matallín Evangelio/Górriz Royo), Tirant lo Blanch, 2015.
- Queralt Jiménez, *“Derecho penal español Parte especial”*, Tirant Lo Blanch, 2015.
- Sánchez Domingo, *“La cooperación judicial penal y el Tratado de Lisboa. El ejemplo de la Directiva 2011/92/UE en materia de pornografía infantil.”*, núm. 44, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Madrid, 2013, pp. 279- 305.