



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El nuevo concepto de pornografía infantil en el
Código Penal

Autor

María Ramos Blanco

Director

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho

Año 2016

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS	0
I. INTRODUCCIÓN	1
II. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA PREVIA	3
III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	5
IV. PORNOGRAFÍA INFANTIL REAL	6
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	6
1.1 Utilización de menores para la elaboración de material pornográfico	8
1.2 Producir, vender, distribuir y ofrecer pornografía infantil	9
1.3 Posesión para propio uso.....	10
2. DEFINICIONES TIPIFICADAS	14
2.1 Menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada	14
2.2 Representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales	17
3. INFLUENCIA DE LA EDAD Y CONSENTIMIENTO DEL MENOR	19
3.1 Edad del menor.....	19
3.2 Consentimiento del menor	20
4. CAPTACIÓN SUBREPTICIA DE IMÁGENES	23
V. PORNOGRAFÍA INFANTIL SIN MENORES REALES INVOLUCRADOS	25
1. DEFINICIONES TIPIFICADAS	25
1.1 Pornografía técnica.....	25
1.2 Pornografía artificial y virtual	28
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	30
VI. DERECHO COMPARADO	34
1. ESTADOS UNIDOS	34
2. CANADÁ	35
3. UNIÓN EUROPEA	36
VII. CONCLUSIONES	38

BIBLIOGRAFÍA	40
INFORMES, CONSULTAS Y CIRCULARES	43
SENTENCIAS	44
ANEXO I	46

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

CE Constitución Española de 1978

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

CPPA Child Prevention Pornography Act

FGE Fiscalía General del Estado

LO Ley Orgánica

NNUU Naciones Unidas

RJA Referencia Jurídica Aranzadi

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TS Tribunal Supremo

UE Unión Europea

UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo voy a tratar la reforma introducida en el artículo 189 del Código Penal por 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, y, en concreto, la inclusión en nuestro Derecho de una definición del concepto «pornografía infantil», hasta ahora de valoración jurisprudencial. Dentro de dicha definición se incluye tanto la pornografía de menores de 18 años como la de personas necesitadas de una especial protección (discapaces). Dado que no es posible juzgar la adecuación del concepto sin tener en cuenta las conductas típicas y el bien jurídico protegido en cada uno de los delitos, ambos conceptos también van a ser examinados si bien de forma subordinada a la comprensión de la utilidad de la definición.

Esta reforma viene exigida por la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, instrumento con fuerza vinculante para los Estados miembros de la Unión que pretende reprimir la explotación sexual de los menores, ya que ésta vulnera derechos fundamentales de los mismos. La Directiva parte del interés superior del menor¹, queriendo dotarles de la protección y los cuidados necesarios para su bienestar establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea², los cuales se han visto aún más amenazados por el uso de las nuevas tecnologías e internet³.

La Directiva sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo para aproximar la legislación de los Estados miembros de una forma aún más omnicompreensiva y rigurosa que la Decisión, que ya fue tildada de «severa» por el Consejo Fiscal⁴. Cabe destacar la obligatoriedad de la Directiva a alcanzar el resultado que prevé, recogida en el artículo 288 TFUE, pudiendo abordar la materia penal en aquellos ámbitos delictivos transfronterizos de mayor gravedad, que son los recogidos en el artículo 83.1 TFUE, entre los cuales se encuentra la explotación sexual de los niños. En lo referente a la definición de pornografía infantil, la Directiva pretende

¹ Considerando 2 y Considerando 6 Directiva 2011/93/UE.

² Considerando 1 Directiva 2011/93/UE.

³ Considerando 3 Directiva 2011/93/UE

⁴ *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*, 8 de enero de 2013, p. 163.

acercar éstas a la recogida en los instrumentos internacionales⁵, como el Convenio de Budapest o de Lanzarote.

En este campo se está produciendo la comunitarización del Derecho Penal, con origen en el Tratado de Lisboa de 2007. Dado que nuestro legislador se ha limitado a copiar la normativa europea, hemos de plantearnos si desde las unidades supranacionales se respetan los principios garantistas inherentes al Derecho Penal, o si se está vaciando al mismo de garantías. Este tema es de suma importancia, ya que afecta a principios y derechos constitucionales básicos en los procesos de internacionalización, razón por la cual lo elegí.

Para la elaboración del trabajo me informé sobre la regulación previa y posterior a la reforma mediante la lectura de diferentes artículos doctrinales, de libros de Parte Especial de Derecho Penal y otros libros especializados en la materia, además de jurisprudencia tanto nacional como internacional; la búsqueda de estos materiales fue tanto propia como con la ayuda o facilitación de mi director. Cuando tuve claro cuál era la problemática y supe cómo iba a estructurar el trabajo comencé a redactarlo bajo la supervisión de mi director, el cual me ha ayudado a entender muchos de los problemas derivados de la regulación a lo largo de las diferentes tutorías concertadas.

⁵ Considerando 12 Directiva 2011/93/UE.

II. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA PREVIA

Antes de entrar a explicar la evolución legislativa y el concepto actual de pornografía infantil en nuestro Derecho voy a hacer referencia a los diferentes tipos de «pornografía infantil» que la doctrina ha deslindado, dado que utilizaré esta terminología a lo largo del trabajo⁶:

- Pornografía infantil expresa o real. Se elabora mediante la utilización directa y efectiva de un menor. Morillas Fernández la define como «toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas».
- Pornografía infantil simulada. Aquí el menor o incapaz no es tal, y puede ser por dos razones:
 - Pornografía técnica. Está protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores haciendo uso de aspectos como la vestimenta o la suavización de facciones.
 - Pornografía infantil artificial. El menor o incapaz que participa en la representación pornográfica ha sido creado íntegramente a partir de un patrón irreal. Es decir, no hay ningún menor real tras la manipulación informática, porque si no hablaríamos del siguiente tipo⁷.
- Pornografía infantil virtual. Como he comentado, es el híbrido, ya que son imágenes ficticias creadas parcialmente con rasgos o características de un patrón real, el menor o incapaz, que es identificable.

No existe acuerdo doctrinal total sobre estos aspectos, ya que el concepto «pseudopornografía» es utilizado por algunos como sinónimo de «pornografía virtual»⁸ y, por otros, como sinónimo de «pornografía simulada»⁹. La FGE¹⁰ diferencia la pornografía virtual (que sería la que aquí llamo artificial) de la pseudopornografía (o

⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Monografías de Derecho Penal, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 65-70.

⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE», en *Revista Penal*, nº 30, Julio 2012, p. 40.

⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 108 Época II, diciembre 2012, p. 78.

⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Nuevas obligaciones...», *cit.* n. 7, p. 40.

¹⁰ *Circular FGE 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015*, 19 de junio de 2015, pp. 7, 11.

morphing), que define como la manipulación de la imagen o voz de un menor real, esto es, la que aquí llamaré virtual.

La nueva reforma identifica todos estos tipos como «pornografía infantil», desapareciendo entonces la diferencia teórica y, por tanto, no diferenciándose penológicamente cuando se utiliza o no a un menor. La base de esta unificación y la punición de pornografía en la cual no hay menores reales involucrados tiene su fundamento en instrumentos internacionales.

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En un primer momento, en el Código Penal de 1995, solamente se castigaba a quien utilizase a un menor o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos en el artículo 189.1, lo cual derivó en una Proposición no de Ley por la que el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso instaba al Gobierno a modificar parcialmente el Título VIII del Código Penal. En ella se proponía la tipificación del delito de «corrupción de menores», así como la penalización de «al que por cualquier medio vendiere, difundiere, exhibiere o facilitare la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos, cuando en ellos aparezcan menores». Para ello, se basaban en el reproche social que produce y la gravedad del delito. Ésta fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 26 de noviembre de 1996, y complementada el 6 de mayo de 1997; el resultado, junto con una recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida al Ministerio de Justicia con fecha 28 de noviembre de 1997, deriva en la reforma de estos delitos mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, como se explica en su Exposición de Motivos.

Tras ésta se produjo otra reforma por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que endureció las penas, sobre todo para los casos de posesión, introduciendo como típica la posesión para propio uso. Como reforma más importante introdujo en el apartado 7 el uso de la voz o imagen alterada o modificada de menores o incapaces en material pornográfico, si bien con una pena sustancialmente menor a los delitos de pornografía en los que el menor era utilizado de forma directa.

Posteriormente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con base en la Decisión Marco 2004/68/JAI, volvió a incrementar el nivel de protección.

La última reforma es la ya comentada, la llevada a cabo por la LO 1/2015 que traspone la Directiva 2011/93/UE, y que vuelve a mostrar que, entre todos los instrumentos posibles, para reaccionar contra la pornografía¹¹ (Derecho Penal, otras ramas del Derecho, prevención, tratamiento de personas afectadas por trastornos de la personalidad, información, educación...), el legislador vuelve a optar por el Derecho Penal, que no tiene por qué ser el instrumento más eficaz.

¹¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red: fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal», en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, Armaza (coord.), Comares, Granada, 2010, pp. 385-386.

IV. PORNOGRAFÍA INFANTIL REAL

Es la pornografía infantil típica, la que involucra a menores reales y que se tipifica en los apartados a) y b) de la definición recogida en el artículo 189.1 del Código Penal.

«a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales».

Este tipo de pornografía responde al criterio con el que NNUU define la pornografía infantil en el artículo 2.c del 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: «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».

También puede ser sujeto pasivo de este tipo de pornografía un discapaz mayor de edad, pero no existe un mercado de pornografía de adultos incapaces y es complicado probar el dolo del sujeto activo del delito respecto a este elemento¹². Además, será difícil probar la discapacidad en según qué materiales, como voy a exponer.

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Junto con las reformas legislativas también ha ido evolucionando la visión en la doctrina del bien jurídico protegido en estos delitos, aunque sigue sin ser una cuestión pacífica.

Los delitos sexuales, tras comenzar protegiendo la «honestidad», sufrieron un cambio con la reforma del Código Penal de 1973, llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, mediante la cual se sustituye este término en la rúbrica del Título IX del Libro II por el de «libertad sexual».

¹² BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red...», *cit.* n. 11, p. 411.

Posteriormente, comienzan las dudas en la doctrina sobre la titularidad del mismo por parte de menores e incapaces, ya que, en su vertiente positiva, la libertad sexual supone el «derecho a autodeterminarse en el ámbito sexual», significando consentir «comprender el alcance y significado de los actos de naturaleza sexual»¹³, mientras que a los menores e incapaces se les caracterizaba por su falta de autonomía para decidir en materia sexual, al «carecer de capacidad de comprender el significado y trascendencia de los actos sexuales y, consecuentemente, de autodeterminarse»¹⁴. Por ello, se empiezan a acuñar los términos «intangibilidad» o «indemnidad» sexuales, inspirados, en palabras del TS¹⁵, por el derecho de menores e incapaces a estar exentos o libres de cualquier daño de orden sexual.

Es la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril la que introduce en la rúbrica del Título VIII del Libro II la expresión «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». La misma Ley, en su Exposición de Motivos, hace referencia a otros posibles bienes jurídicos protegidos: «los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexuales de los menores».

Para la FGE¹⁶, el bien jurídico de intangibilidad o indemnidad sexuales protege, en aquellas personas que por edad o incapacidad no han culminado su proceso de maduración, el derecho al libre desarrollo de su personalidad en su dimensión de proceso de aprendizaje en libertad del comportamiento sexual.

Otros autores, como Orts Berenguer¹⁷, se han inclinado por remarcar especialmente como objeto de protección «los adecuados procesos de formación y socialización, a su bienestar psíquico, a su intimidad, a su dignidad, incluso a su libertad allí donde se les reconoce».

¹³ CARUSO FONTÁN, V., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor», en *Revista Penal*, nº 28, julio 2011, p. 32.

¹⁴ STS 7 diciembre 1989 RJA 1989\9511.

Lo mismo en MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis...* cit. n. 6, p. 153.

¹⁵ STS 7 diciembre 1989 RJA 1989\9511.

¹⁶ *Consulta FGE 3/2006 sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil*, 29 de noviembre de 2006, pp. 24-25.

¹⁷ ORTS BERENGUER, E., «Determinación a la prostitución (arts. 187, 188, 189 y 192 CP)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 651-652.

Por su parte, el TS¹⁸ entiende que la intangibilidad e indemnidad sexuales deben ser protegidas para salvaguardar la futura libertad sexual del menor. Estaríamos hablando, para Díez Ripollés, de personas sexualmente intocables que deben permanecer al margen de experiencias sexuales¹⁹ con la finalidad de que no se perturbe el desarrollo de su personalidad, aunque no está comprobado que así sea e incluso los hay que defienden que favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones sexuales futuras²⁰.

Además, hay autores que identifican la intimidad como bien jurídico protegido en algunos de estos delitos; y otros que hacen referencia a la moral sexual colectiva, que vendría definida por aquella parte del orden moral que limita por razones éticas las manifestaciones del instinto sexual contrarias a una pacífica convivencia dentro de una colectividad²¹.

También los hay que defienden la dignidad de la persona, consagrada en el artículo 10 CE, si bien estaríamos hablando de un bien jurídico tan amplio que resultaría ineficaz, además de estar en la base de casi todos los delitos recogidos en el Código Penal.

Hoy parece claro que no podemos hablar de un bien jurídico unívoco, dada la complejidad del artículo 189 tanto en conductas como en tipos de pornografía.

1.1 Utilización de menores para la elaboración de material pornográfico

Desde la FGE se defiende, atendiendo a la postura mayoritaria²², que siempre que se utilice a un menor para elaborar el material pornográfico el bien jurídico protegido va a ser su indemnidad sexual, dado que tales experiencias pueden afectar de forma negativa al desarrollo de su personalidad y su adecuado proceso de formación, además de a su integridad física, psíquica y espiritual. Pero tampoco podemos olvidar que hay otros bienes jurídicos involucrados, como la dignidad de la infancia y el derecho a la intimidad y la propia imagen del menor, los cuales quedan en un segundo plano tras el bien jurídico personalísimo de la indemnidad sexual del menor.

¹⁸ STS 8 febrero 1995 RJA 1995\712.

¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 21, 1999, p. 232.

²⁰ DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, p. 17.

²¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Derecho penal Español Parte Especial*, 18ª edic., Dykinson, Madrid, 1995, p. 388.

²² *Consulta FGE 3/2006*, cit. n. 15, p. 13.

Frente a esta concepción, Orts Berenguer²³ duda que el ataque a este bien jurídico se produzca siempre, poniendo como ejemplo el del menor de 17 años que mantiene relaciones sexuales habituales con su pareja y acepta un día tenerlas ante varios espectadores a cambio de un precio.

Cabría en estos casos incidir sobre el concepto «utilizar», intentado defender que las personas en este tipo de casos no son utilizadas. También se podría argumentar, con base en la teoría general de la antijuridicidad defendida, entre otros, por Muñoz Conde²⁴, que en estos casos nos encontraríamos ante conductas que formalmente contradicen la norma pero, que al no ofender al bien jurídico protegido, carecen la antijuridicidad suficiente para ser castigadas.

Sin embargo, incluso desde estas concepciones críticas se admite razonable entender que, siempre que haya un menor utilizado con esta finalidad, hay un bien jurídico que proteger.

1.2 Producir, vender, distribuir y ofrecer pornografía infantil

En cambio, la FGE²⁵ argumenta que, el resto de conductas punibles, recogidas en el artículo 189.1.b) (producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer, facilitar todas ellas o poseer con intención de realizarlas), no protegen el bien jurídico personalísimo de indemnidad sexual, al producirse después de que la ésta se haya lesionado. En primer lugar cabe advertir que aquí estamos haciendo referencia a conductas que requieren la previa existencia del material, por lo que son actos de agotamiento del delito de utilización²⁶ que están penados.

El argumento de la FGE es que estas conductas perpetúan el ataque a la dignidad de los niños²⁷, además de estar contribuyendo quien las lleva a cabo a la realización de futuras actividades criminales contra menores concretos para satisfacer la demanda. Por ello, estaríamos ante un tipo de peligro que protege un bien jurídico colectivo, la indemnidad sexual de los menores en general, ya que estas conductas favorecen futuras agresiones o abusos a menores mediante la banalización y el fomento de la pedofilia. Lo

²³ ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 652.

²⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Teoría general del delito*, 4ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, p. 103.

²⁵ *Consulta FGE 3/2006*, *cit.* n. 15, pp. 15-16.

Al igual que gran parte de la doctrina. Entre otros, CABRERA MARTÍN, M. «La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal» en *Jornadas sobre Derecho de los menores. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas*, 2003, p. 402.

²⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Art. 189», en *Comentarios al Código Penal*, Díez y Romero (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 536.

²⁷ En la misma línea, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Art...», *cit.* n. 26, p. 525.

que se hace es adelantar las barreras de protección penal, debiendo considerar un solo delito independientemente del número de menores involucrados²⁸.

Orts Berenguer²⁹ advierte que la defensa de este bien jurídico congenia con el hecho de que las conductas se sancionen aunque su origen estuviera en el extranjero o fuera desconocido, por lo que podría suceder que el país de origen no fuera delito o que la persona tuviera edad suficiente para prestar el consentimiento para participar en actos pornográficos.

Al defender este bien jurídico colectivo, la FGE se aparta de la idea de que se lesione el honor, la intimidad y la propia imagen de los menores que aparecen en el material, pero esto va a generar una serie de problemas. El primero es que se deberá aplicar en concurso ideal un delito del artículo 197 cuando dicho honor, intimidad y propia imagen se dañen, para abarcar la totalidad de lo injusto, al entender que no se van a dañar siempre³⁰, olvidando aquí la FGE que nos encontramos ante derechos individuales universales³¹. Pienso que el verdadero sujeto pasivo central de la conducta son personas reales y existentes, las que aparecen en el material, y no los futuros menores que podrían ser utilizados; forzar un bien jurídico colectivo cuando existe uno individual protegido por la norma no me parece adecuado.

Es cierto que de esta manera se equipara la antijuridicidad de la difusión del material al de la utilización de menores, ya que habría que considerar tantos delitos como menores involucrados. Esto no es correcto para la FGE³², pero creo que olvidan la posibilidad de aplicar en concurso, en el caso de utilizar menores para elaborar pornografía infantil, los artículos correspondientes al abuso sexual para captar la totalidad de lo injusto de la conducta.

1.3 Posesión para propio uso

En cuanto a las conductas que castigan la posesión, la cuestión es más discutida. La incriminación de la mera posesión, sin tener en cuenta las finalidades ulteriores, proviene del Convenio de Budapest, que ha sido criticado por duro, represivo y

²⁸ Consulta FGE 3/2006, cit. n. 15, p. 18

²⁹ ORTS BERENGUER, E. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores», en *Derecho Penal Parte Especial*, González (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 259.

³⁰ Consulta FGE 3/2006, cit. n. 15, p. 17

³¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red...», cit. n. 11, pp. 381-427.

³² Consulta FGE 3/2006, cit. n. 15, p. 19.

moralizante³³, dando lugar a que numerosos autores hayan hablado de una intolerable invasión de la privacidad, del derecho constitucional a la intimidad y de Derecho penal de autor³⁴. Hasta 2003 solamente era punible la posesión con finalidad de difusión; una respuesta tardía teniendo en cuenta que durante los años 80 y 90 se tipificó en países como Estados Unidos, Canadá o Inglaterra; y, ya en 1998, en Italia y Alemania³⁵.

En Estados Unidos dio lugar en 1969 a la Sentencia de Stanley v. Georgia donde se concluyó que la tenencia privada de material lascivo no lesionaba ningún tipo de bien jurídico, incluyéndose dentro de la libertad individual protegida en la primera enmienda. Se señalaba que con su criminalización simplemente se utilizaría la Ley para controlar la moralidad pública mediante la instrumentalización de la mente de las personas. En Osborne v Ohio, en 1990, se produjo un cambio jurisprudencial al aceptar la criminalización de la posesión para proteger a la infancia frente a la explotación y el daño producido por la elaboración del material necesario para satisfacer la demanda. Se construye así un tipo de peligro para disuadir a los poseedores a destruir el material.

La doctrina mayoritaria³⁶ entiende que no existe riesgo alguno para la indemnidad sexual del menor, aunque los hay que defienden una perpetuación del ataque a la misma cuando el poseedor hace uso de las imágenes³⁷.

La FGE³⁸ defiende un objetivo de política criminal basado en la tolerancia cero, en el ataque a todas las fases de la pornografía infantil³⁹. La justificación de su punición tiene dos pilares⁴⁰:

³³ ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Explotación sexual y pornografía infantil», en *La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al núm. 2015, de 15 de junio de 2006, p. 95.

³⁴ OXMAN, N., «Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica», en *Política criminal*, Vol. 6, nº 12, diciembre 2011, pp. 270-271.

³⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis...* cit. n. 6, p. 316.

³⁶ GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones fundamentales de Derecho Penal Parte Especial*, v. I, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 2015, p. 317.

³⁷ DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico...*, cit. n. 19, p. 25.

³⁸ *Consulta FGE 3/2006*, cit. n. 15, p. 14.

³⁹ Preámbulo de Propuestas de Decisión Marco del Consejo de la UE elaborada por la Comisión de las Comunidades Europeas en fecha 22 de diciembre de 2000.

Resolución del Parlamento europeo relativa a la protección y derechos del niño de 20 noviembre de 1997.

⁴⁰ CARR, J., *Child abuse, child pornography and the internet*, NCH, Londres, 2003, p. 7.

WOLAK, J., FINKELHOR, D. y MITCHELL, K., *Child-Pornography Possesors Arrested in Internet-Related Crimes: Findings From the National Juvenile Online Victimization Study*, National Center for Missing & Exploited Children, 2005, p.32.

- La idea de que la posesión llevará a los poseedores a abusar de niños al estimularles, ya que les hace creer que es una opción sexual válida al banalizar la pornografía infantil.
- La posesión lleva a más abusos a menores porque crea demanda de más pornografía infantil, contribuyendo a que para su producción se utilicen menores reales en el último eslabón de la cadena⁴¹.

Además, estaríamos según algunos investigadores ante un abuso indirecto⁴² por parte del poseedor, ya que al trauma potencial de haber sido parte de material pornográfico infantil se añade que los menores sepan que sus imágenes están accesibles para el público siendo muy improbable que sean eliminadas de la circulación *online*⁴³.

A) *Relación entre poseer pornografía infantil y abusar de menores*

No existe ninguna investigación que revele que aquel que posee pornografía infantil es porque quiere mantener relaciones sexuales con niños y acabará abusando de ellos, aunque algunos investigadores lo afirmen⁴⁴ y otros lo justifiquen en la razonabilidad de pensar que el riesgo es alto⁴⁵. Un estudio del año 2000 del Servicio de Inspección postal estadounidense concluyó que hay alguna relación, pero con poca precisión, dando un rango de probabilidad del 10 al 70%⁴⁶ por la existencia de riesgo potencial, ya que el estudio se basa en que el acceso a material estimula las fantasías sexuales de sus poseedores, convirtiéndolos en pedófilos. Pero estas conclusiones asentadas en la razonabilidad también pueden ser entendidas en sentido contrario, como que aquella persona que posea pornografía infantil para su propio uso no va a necesitar abusar de menores, ya que le valdría con la autosatisfacción.

En 2005 se publicó el estudio de Seto y Eke⁴⁷, llevado a cabo en Canadá con una muestra de 200 personas condenada por pornografía infantil, siendo 13 (un 6,6%) las que cometieron un delito sexual de contacto en el periodo de seguimiento, que ascendió a 3,5 años; y 14 las que volvieron a delinquir por pornografía infantil.

⁴¹ Es la razón principal defendida en la *Circular FGE 2/2015...*, cit. n. 10, pp. 6-7.

⁴² CARR, J., *Child...*, cit. n. 40, pp. 9, 16-19.

⁴³ WOLAK, J., FINKELHOR, D. y MITCHELL, K. *Child-Pornography...*, cit. n. 40, p.32.

⁴⁴ CARR, J., *Child...*, cit. n. 40, pp. 7-9

⁴⁵ WOLAK, J., FINKELHOR, D. y MITCHELL, K. *Child-Pornography...*, cit. n. 40, p.32

⁴⁶ CARR, J., *Child...*, cit. n. 40, pp. 8-9.

⁴⁷ OXMAN, N., «Aspectos...», cit. n. 34, pp. 285-288.

Ya en 2009, el Estudio Butner⁴⁸, llevado a cabo en Estados Unidos con 155 condenados tanto por pornografía infantil como por abusos, concluyó, tras sesiones de terapia y polígrafo, que la mayoría de los condenados por pornografía infantil son abusadores no descubiertos, existiendo una interacción «compleja y recíproca» entre consumo de pornografía infantil y abuso sexual de menores. Este estudio ha generado mucha polémica por entender sesgada la muestra utilizada, e incluso sus investigadores principales han advertido que no se puede generalizar⁴⁹.

Por tanto, dependiendo del estudio utilizado, hay defensores de que existe un peligro real e inmediato contra la infancia⁵⁰; y otros que niegan tal riesgo, afirmando que con las normas que castigan la posesión se persiguen finalidades morales y utilizando el Derecho penal de forma inmoral⁵¹. En mi opinión, esta razón, al carecer de demostración, no podría ser la base en torno a la cual girase un tipo delictivo, ya que la relación no es lo suficientemente directa ni dañina con el bien jurídico. En este caso el ataque a un bien jurídico digno de protección es remoto y, además, se está instrumentalizando un tipo penal basado en posibles hechos futuros del autor (abuso de menores) y no en conductas pasadas (posesión), ya que éstas son inocuas para el bien jurídico.

B) *Relación entre posesión y producción*

Tampoco es unánime la teoría de que la posesión favorece la producción, entendiendo parte de la doctrina que el único reproche a esta conducta es moral, un afán pancriminalizador por el desvalor social de la pederastia⁵² que lleva a castigar el obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores.

Por ello, se defiende por parte de la doctrina que no debería ser protegido por el Derecho Penal⁵³, ya que supone hacer de la moral sexual el objeto protegido⁵⁴. Gómez

⁴⁸ URIARTE VALIENTE, L. M., «Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas», en *Diario La Ley*, nº 7372, año XXXI, 30 de marzo de 2010, pp. 1842-1844.

⁴⁹ HAMILTON, M., «The child pornography crusade and its net-widening effect», en *Cardozo Law Review*, Abril 2012, pp. 1706-1707.

⁵⁰ URIARTE VALIENTE, L. M., «Pornografía infantil...», *cit.* n. 49, p. 1843.

⁵¹ OXMAN, N., «Aspectos...», *cit.* n. 34, p. 288.

⁵² SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., «Delitos contra libertad e indemnidad sexual» en *Sistema de Derecho Penal Parte especial*, Morillas (dir.), 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2016, p. 287.

⁵³ Entre otros, GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones...*, *cit.* n. 36, p. 317.

ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, pp. 653, 658-659.

⁵⁴ OXMAN, N., «Aspectos...», *cit.* n. 34, p. 274.

GARCÍA ALVAREZ, P., «La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013» en *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Muñoz (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 180-181.

Rivero tilda la punición de la posesión como una intromisión inaceptable en la vida privada de los ciudadanos adultos, y otros critican el hecho de que se apunte «a la punta del iceberg»⁵⁵.

Esta parte de la doctrina entiende entonces que el bien jurídico alegado se pone en peligro de una forma muy remota: defienden que el problema real sería que una persona encargara expresamente el material a quien lo elabora, en cuyo caso sí que habría una cooperación necesaria de la modalidad de producir⁵⁶. Por ello se habla de un Derecho penal de autor, de ánimo o tendencia sexual, para prevenir personalidades potencialmente peligrosas, más que conductas peligrosas, lo cual resta legitimidad a la intervención penal por castigar el mero pensamiento⁵⁷.

En mi opinión, esta segunda justificación tiene una base mayor que la primera para justificar la punición siempre que aparezcan menores reales, aunque se trata evidentemente de una conducta menos grave que las anteriores al no estar directamente involucrada con la instrumentalización sexual de los menores.

2. DEFINICIONES TIPIFICADAS

2.1 Menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada

Es el recogido en la letra a):

«Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada».

Voy a analizar cada uno de estos requisitos, exponiendo los problemas que pueden suscitar.

A) Visual

En primer lugar cabe apreciar la exigencia de que el material sea «visual». La consecuencia es que se descarta la posibilidad de entender punibles la elaboración de material de audio o escrito⁵⁸. La restricción supone una de las diferencias con el

⁵⁵ OXMAN, N., «Aspectos...», *cit.* n. 34, p. 274.

⁵⁶ ORTS BERENGUER, E. «Delitos...», *cit.* n. 28, p. 259.

⁵⁷ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red...», *cit.* n. 11, p. 418.

⁵⁸ GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 19, octubre 2014, p. 108. *Circular FGE 2/2015...*, *cit.* n. 10, p. 4.

GARCÍA ALVAREZ, P., «La reforma...», *cit.* n. 54, p. 176.

GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones...*, *cit.* n. 36, p. 311.

concepto de pornografía infantil manejado por UNICEF en instrumentos como el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Nueva York, 25 de mayo del 2000), el cual hace referencia a «toda representación». Esto generó declaraciones de diversos países durante su ratificación por existir posibilidad de conflicto con la libertad de expresión⁵⁹, solicitando que se sustituyera esta expresión por «representación visual».

Respecto al material de audio, hasta la reforma, aunque existía debate, se consideraba incluido dentro del concepto por aplicación del antiguo artículo 189.7⁶⁰.

Ambas exclusiones son, en general, destacadas como aspecto positivo por la doctrina⁶¹, pero existen defensores de su inclusión⁶², basándose en que la literatura pedófila también puede estimular la fantasía sexual de la persona llevándole a abusar de menores reales, al igual que las imágenes⁶³. Dado que en derecho comparado encontramos ejemplos de punibilidad de estas elaboraciones, seguramente es sólo cuestión de tiempo que en nuestro país llegue también a serlo⁶⁴.

En concordancia con lo alegado anteriormente, no pienso que una tipificación de materiales más allá de lo visual sea adecuada, ya que no van a suponer la explotación de ningún menor en su elaboración, por lo que su inclusión solamente podría justificarse por fomentar la pedofilia. Teniendo cuenta que para elaborar más literatura no se van a utilizar menores, el peligro abstracto carecería de posibles víctimas, por lo que nos encontraríamos ante una regulación basada únicamente en cuestiones morales.

B) *Representar*

Estos términos han creado discusión por su poca precisión, derivando en que autores como Orts Berenguer⁶⁵, ateniéndose al tenor literal de los mismos en aras del principio de legalidad, entiendan que se pueden incluir pinturas, dibujos o elaboraciones

⁵⁹ RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», en *Derecho y Proceso Penal*, nº 32, Septiembre – Diciembre 2013, p. 249.

⁶⁰ *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, de 24 de noviembre, del Código Penal, 20 de diciembre de 2012, p. 169.

⁶¹ RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva...», *cit.* n. 59, p. 249.

⁶² DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico...*, *cit.* n. 19, p. 30.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 189», en *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. II, Gómez (dir.), Aranzadi, Navarra, 2015, p. 591.

⁶³ CARR, J., *Child...*, *cit.* n. 40, p. 9.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico...*, *cit.* n. 19, pp. 29-30.

⁶⁴ GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía...», *cit.* n. 58, p. 108.

⁶⁵ ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, pp. 650, 655.

virtuales, ya que una representación es una imitación o copia, una idea que sustituye a la realidad. El mismo autor advierte que éstos carecen de carga lesiva para para la indemnidad o el bienestar o los procesos de formación y/o socialización de menores y personas con discapacidad. Además, incluir dentro de este apartado a imágenes sin personas reales daría lugar a la inexistencia de un sujeto pasivo y al vacío de contenido del apartado d)⁶⁶, pero los hay que así lo entienden, como Gómez Tomillo⁶⁷.

Incluso el CGPJ⁶⁸ hace referencia a la dificultad para diferenciar lo que actualmente es b) y d). En la fecha en que este informe fue emitido era importante diferenciar, ya que se recogía una excusa absolutoria para el caso de que se poseyera pornografía infantil de lo que hoy es la letra d) para uso propio.

En mi opinión no existe tal dificultad interpretativa, ya que en todos los instrumentos internacionales y en legislación comparada se hace uso de esta palabra para referirse en todo momento a imágenes reales en las que aparecen menores reales. Cuando el legislador quiere incluir dentro del tipo materiales sin involucración de menores reales lo hace de forma explícita, como en los casos de pornografía virtual, por lo que interpretar de manera amplia este concepto es incorrecto.

C) *Participar*

Gómez Tomillo⁶⁹ defiende que se requiere que el menor no esté solo en la conducta sexual (no puede participar, tomar parte, si protagoniza el hecho en su totalidad y no en una parte), por lo que concluye que quedan fuera hipótesis como masturbaciones del menor, una actitud inequívocamente sexual, solo, sin que se aprecien visualmente sus órganos sexuales (caso en el cual se incluiría en b)).

No estoy de acuerdo con esta interpretación ya que, en la misma línea que la anterior, me parece forzar las expresiones utilizadas por la norma. En todo caso, aunque se excluyera la aplicación del artículo 189.1.a), quedaría el apartado b). Si no se muestran los órganos sexuales del menor no podríamos hablar de pornografía infantil del artículo 189, sino en todo caso de delitos contra la intimidad del 197.

⁶⁶ ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, pp. 655-659.

⁶⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo...», *cit.* n. 62, p. 593.

⁶⁸ *Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 16 de enero de 2013, pp. 178 y 292.

⁶⁹ GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo...», *cit.* n. 62, p. 592

D) *Conducta sexualmente explícita*

Orts Berenguer⁷⁰ alude a que hay numerosas variantes sexuales y no está claro si la práctica de todas ellas se incluiría dentro del concepto. Para ello, se remite a actos muy placenteros para ciertas personas recogidos entre las parafilias del DSM 5 que pueden no entrañar perturbación para el menor. En su opinión, a la conducta inequívocamente sexual se le ha de exigir que pueda ocasionar desasosiego, para que tenga la capacidad de afectar al bien jurídico indemnidad sexual.

Gómez Tomillo⁷¹ expone que queda por resolver si la aparición de una parte del cuerpo del menor, por ejemplo sólo la mano sobreimpuesta al cuerpo de un adulto es suficiente. De nuevo me parece una interpretación que lleva la norma al extremo, ya que no estaríamos ante una conducta sexual explícita ni se muestran los órganos sexuales del menor.

E) *Real o simulada*

Aunque estos términos se utilizan en la mayoría de definiciones de pornografía infantil, sigue habiendo autores que encuentran dificultades en precisar qué es⁷². Se trata, de nuevo, una técnica utilizada para referirse a aquellas conductas sexuales que no son reales pero lo emulan, no por cualidades de los sujetos pasivos, sino por la naturaleza de la propia conducta sexual.

2.2 Representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales

Es la segunda definición, la de la letra b):

«Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales».

En primer lugar cabe destacar que también utiliza la palabra «representación», por lo que serían trasladables los problemas ya planteados en el punto anterior y que, en mi opinión, no lo son tales, ya que tienen que ser imágenes reales de menores reales.

⁷⁰ ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 655.

⁷¹ GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo...», *cit.* n. 62, p. 592

⁷² ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 651.

Además, este tipo de pornografía infantil tiene un problema inherente: discernir que los órganos genitales son de un menor o de un discapaz, lo cual será complicado en caso de adolescentes⁷³ y muy complicado en caso de discapaces.

Pero lo más problemático del precepto es que, si los órganos sexuales son fotografiados o filmados sin actividad sexual alguna involucrada, como exige este apartado, estaremos ante un desnudo⁷⁴, que nuestra jurisprudencia, de forma acertada, no consideraba pornográfico *per se*⁷⁵. Mucha jurisprudencia exigía que fueran obscenos⁷⁶ por la diferencia existente entre erotismo y pornografía⁷⁷.

Para no incluir todo tipo de desnudos dentro del concepto se incluye la expresión «fines principalmente sexuales», objeto de críticas porque una imagen de un desnudo carece de tal finalidad; la finalidad solamente puede tenerla el creador o el espectador de la imagen al ser un elemento subjetivo del tipo⁷⁸.

Los hay que se plantean que los fines puedan depender del soporte en el cual esté la imagen⁷⁹. Es decir, que una imagen en un libro serio sobre sexualidad infantil no sea considerada pornografía pero sí si está en una revista pornográfica.

Queralt Jiménez defiende que estos fines hacen referencia a que la pornografía, para ser considerada como tal, debe tener algún tipo de referencia a la satisfacción sexual, razón por la que excluiría las láminas educativas que muestran una evolución de los órganos y señales sexuales en el desarrollo de la infancia a la pubertad⁸⁰. Pero, ¿cómo entendemos esa referencia a la satisfacción sexual? Orts Berenguer⁸¹ se pregunta si consiste en que la representación esté hecha para excitar a quien lo contemple, o si implica que la imagen tenga una evidente connotación sexual. En este segundo caso, dice el autor, no bastaría con que se reprodujera el pene de un menor orinando, pero se plantea qué sucedería si hay gente que se excita viendo el Manneken pis, por ejemplo.

⁷³ ORTS BERENGUER, E. «Delitos...», *cit.* n. 28, p. 259.

⁷⁴ ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 655.

⁷⁵ STS 8 marzo 2006 RJA 2006\1827, entre otras.

⁷⁶ STS 10 octubre 2000 RJA 2000\9151, STS 30 enero 2009 RJA 2009\331.

⁷⁷ STS 2 noviembre 2006 RJA 2006\8165, STS 12 noviembre 2008 RJA 2009\167.

⁷⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II», en *Derecho Penal Parte Especial*, Casabona, Sola y Boldova (coords.), Comares, Granada, 2016, pp. 225-226.

⁷⁹ ORTS BERENGUER, E. «Delitos...», *cit.* n. 28, p. 257.

⁸⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 284.

⁸¹ ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 656.

El mismo autor concluye⁸² determinando que lo exigido por los tipos es una conducta con «fines principalmente sexuales» del autor, lo cual se muestra en que la representación sea de por sí excitante desde el punto de vista sexual o pretenda serlo⁸³, esto es, que tenga una connotación libidinosa⁸⁴; pero no en los fines del productor, distribuidor, vendedor... que buscarán lucrarse.

En el caso de fines médicos, científicos y similares está claro, atendiendo a la Directiva, que no se pueden considerar pornografía infantil, ya que el artículo 5.1 hace referencia a la comisión «de forma ilícita» que, según el Considerando 17, «permite a los Estados miembros establecer una excepción respecto de las conductas relacionadas con “material pornográfico” en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares». Aunque en nuestra legislación no se hace referencia a esto, muchos son los que entienden que este tipo de representaciones estarían excluidas al no concurrir en ellas los «fines principalmente sexuales» exigidos⁸⁵. Y, en mi opinión, para el resto de imágenes se deberá atender al contexto en el que se inserten.

3. INFLUENCIA DE LA EDAD Y CONSENTIMIENTO DEL MENOR

3.1 Edad del menor

Otra de las críticas que ha generado este concepto es que en ningún momento se distinguen consecuencias penológicas según la edad del menor, incluyendo dentro del concepto «pornografía infantil» tanto la pornografía infantil propiamente dicha como la de adolescentes y preadolescentes. Sin embargo, es evidente que, si se trata de proteger su adecuado proceso de formación, la consecuencia lesiva de la conducta no va a ser la misma para un infante que para un adolescente⁸⁶. De todos modos, se han producido ciertos avances en este aspecto, ya que los instrumentos internacionales han pasado de referirse a «niños» a referirse a «menores».

La forma de trasladar la mayor antijuridicidad de la conducta derivada de una edad temprana del menor (ahora menos de 16 años, que es la edad de consentimiento sexual en España) es mediante la agravante del artículo 189.2.a, y que sigue

⁸² ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 660.

⁸³ Lo mismo, en GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones...*, *cit.* n. 36, p. 319.

⁸⁴ ORTS BERENGUER, E. «Delitos...», *cit.* n. 28, p. 261.

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 226.

⁸⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, pp. 84-85.

discutiéndose si debe aplicarse objetivamente⁸⁷ o si el dolo del sujeto activo debe abarcar la edad del menor⁸⁸.

Es muy importante destacar que, de acuerdo con la doctrina del TS⁸⁹, dado que el tenor literal de la agravación es «cuando se utilicen a niños menores de 16 años», ésta solamente será aplicable en caso de utilización directa de los menores, lo cual únicamente se produce con la elaboración y producción de las mismas. Por tanto, aunque se remita a las conductas del artículo 189.1 de modo general, se dejarían fuera de la agravación la venta, distribución, exhibición, etc.

En mi opinión, la influencia de la edad del menor debería ser mayor en la regulación, de tal forma que se diferenciara, tal y como en otras legislaciones de nuestro entorno, entre la verdadera pornografía infantil y la pornografía juvenil. La afección de verse involucrado en un contexto pornográfico no va a ser la misma para un menor cuya personalidad está en formación y que debería ser totalmente ajeno al mundo sexual; que para un menor al que se le reconoce cierta autodeterminación en lo que respecta a conductas sexuales por haber alcanzado una edad y, supuestamente, una madurez determinada.

Una regulación diferenciada de ambas, además de para diferenciar consecuencias penológicas basadas en la diferente afección al bien jurídico protegido y en el mayor desvalor de la conducta, también debería dar lugar a la consideración del consentimiento del menor en la pornografía juvenil.

3.2 Consentimiento del menor

La Directiva incluía en su artículo 8.3 la siguiente disposición, cuyo criterio es alabado por Morillas Fernández al entender una manifestación de la libertad sexual de la persona que no afecta al bien jurídico protegido, siempre que exista consentimiento directo no viciado⁹⁰:

«Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 5, apartados 2 y 6, será aplicable a la producción, adquisición o posesión de material pornográfico en el que intervengan menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya

⁸⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, pp. 84-86.

⁸⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Art...», *cit.* n. 26, p. 540.

⁸⁹ STS 16 de noviembre 2009 RJA 2010\177, STS 16 de febrero 2010 RJA 2010/559.

⁹⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, p. 86.

sido producido y se posea con el consentimiento de estos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos».

Entiendo que este artículo es consecuencia del Considerando 10 de la Directiva, el cual establece que ésta no regula las políticas de los Estados miembros respecto «a los actos de carácter sexual consentidos en que puedan participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación».

Dicha excusa absolutoria no ha sido traspuesta por el legislador español. La irrelevancia del consentimiento en este tipo de delitos ha sido justificada por el TS por el hecho de que los menores carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual y, por tanto, para usar la libertad sexual, siendo el fin último que, al llegar a la mayoría de edad (y alcanzar la madurez humana) su decisión sea responsable⁹¹. Pero esto no está libre de polémica, ya que se genera la contradicción de que una persona con 17 años pueda consentir mantener relaciones sexuales pero no ser fotografiado para uso privado, sin existir entonces utilización del menor ni riesgo para su dignidad o posterior desarrollo de su personalidad⁹². Es decir, se pueden castigar conductas tales como la posesión de imágenes de sexting enviadas libremente por un adolescente entre 16 y 18 años.

Es por esta razón que la FGE⁹³ entiende que estos supuestos carecen de antijuridicidad material si el menor de 16 años ha consentido y no hay riesgo de difusión, no lesionándose el bien jurídico protegido y no debiendo entonces castigarse. Esta interpretación, aunque pienso que lleva a la conclusión correcta, me parece inadecuada ya que el legislador español ha decidido deliberadamente no incluir tal excusa absolutoria.

⁹¹ STS 21 marzo 2000 RJA 2000\2385.

⁹² ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Explotación...», *cit.* n. 34, pp. 95-96.

CARUSO FONTÁN, V., «Delitos...», *cit.* n. 12, p. 40.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, p. 113.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva...», *cit.* n. 59, p. 250.

GARCÍA ALVAREZ, P., «La reforma...», *cit.* n. 54, pp. 178-179

⁹³ Circular FGE 2/2015..., *cit.* n. 10, p. 26.

La contradicción comentada es para otra parte de la doctrina sólo aparente, ya que defienden que el artículo, además de la indemnidad sexual, protege un bien jurídico del que los menores de edad no pueden disponer: su derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, indisponibles en un contexto pornográfico. Dotar a estos derechos personalísimos de la virtualidad suficiente como para ser el bien jurídico objeto de protección en los delitos de tráfico de pornografía infantil explicaría la impunidad de la conducta de un menor que se fotografía o filma a sí mismo realizando un acto sexual y lo difunde por Internet: autor y víctima coincidirían en la misma persona, ya que se protege su propia intimidad sexual personal; en cambio, si el bien jurídico protegido es colectivo, la conducta dicha sería típica, siendo los sujetos pasivos del delito todos aquellos menores que en el futuro puedan ser instrumentalizados para producir más pornografía⁹⁴.

Por lo que si el menor se fotografía a sí mismo no está cometiendo el delito del artículo 189.1 Código Penal, ya que nadie le está utilizando en la producción del material, y, en todo caso, se estaría utilizando a sí mismo, siendo sujeto activo y pasivo del delito. Una vez que el menor lo poseyera podríamos preguntarnos si cometería el delito de posesión de pornografía infantil, ya que en este caso el sujeto activo sería el menor y el sujeto pasivo la seguridad de la infancia y la dignidad en su conjunto; pero dado que la finalidad del castigo de la posesión es acabar con la pornografía infantil mediante el ataque a todas sus fases, en este caso nos encontraríamos ante un ciclo de la pornografía infantil inexistente en el que ningún menor ha sido utilizado. Si lo difundiese tampoco cometería el delito, debido a que el delito de tráfico o difusión protege bienes jurídicos personalísimos del menor que, aunque indisponibles, confundirían en la misma persona a autor y víctima⁹⁵.

Si consideramos que el sujeto pasivo del delito de tráfico no es el propio menor, sino que estamos ante la puesta en peligro de la seguridad de la infancia y su dignidad en su conjunto, el menor cometería el delito de tráfico⁹⁶.

Pero hemos de tener en cuenta que se le aplicaría la Ley 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores y, en aplicación su artículo 9.2 sólo sería

⁹⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red...», *cit.* n. 11, pp. 395-397.

⁹⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red...», *cit.* n. 11, pp. 395-396.

⁹⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual: análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª edic., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 69.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Art...», *cit.* n. 26, pp. 538-539.

aplicable la medida de internamiento en régimen cerrado si el delito cometido fuera grave, lo cual sólo sucederá si es de aplicación alguna de las agravantes del artículo 189.2, en aplicación de los artículos 13 y 33 del Código Penal.

Si fuera otra persona la que lo poseyese, al no tipificarse la excusa absolutoria, se volvería a crear el absurdo de que el poseedor cometería el delito, ya que el menor no puede consentir tal posesión: si el bien jurídico protegido es individual, porque es indisponible; y si es colectivo, porque no es propio de él.

El problema del consentimiento se manifiesta con efectos más graves cuando hay más de un menor involucrado en las imágenes. Al no incluirse la excusa absolutoria, tanto la producción como la posesión de ese tipo de imágenes debe ser considerada delictiva, desde mi punto de vista de forma desacertada dada la situación y el contexto social en el que nos hallamos.

A pesar de ser también partidario de la excusa absolutoria, Morillas Fernández critica la expresión «exclusivamente para el uso privado», que supone un miedo al destino final del material que se establece como elemento delimitador de la incriminación, lo cual no cree correcto ya que siempre existe un riesgo futuro de difusión que debe entenderse asumido. Por ello piensa que si llega a ser difundido no podríamos hablar de un delito contra la libertad o indemnidad sexuales (el menor ha consentido) sino contra la intimidad⁹⁷. En mi opinión es una expresión adecuada, ya que el menor nunca puede consentir la difusión al afectar a bienes jurídicos indisponibles para él (el honor, la intimidad y la propia imagen), por lo que aquella pornografía que se permitiría que éste protagonizara tendría que ser para uso privado. En caso de que se difunda se estaría cometiendo un delito del artículo 189 al estar ante un material calificable de pornografía infantil; por eso pienso que la excusa absolutoria que recoge la Directiva solamente afecta a la producción, adquisición y posesión de las personas involucradas y no de terceros.

4. CAPTACIÓN SUBREPTICIA DE IMÁGENES

Es un supuesto controvertido importante que considero importante tratar en este momento, una vez vista la regulación referente a menores reales en su conjunto. Cuando las imágenes son captadas de forma subrepticia el menor no es utilizado y no resulta dañado el desarrollo de su personalidad, su adecuado proceso de formación, ni su

⁹⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, pp. 87, 107.

integridad física psíquica y espiritual. Por ser una conducta inocua para el bien jurídico protegido no se está cometiendo el delito del artículo 189⁹⁸, sino que se daña el derecho del menor a la intimidad y propia imagen genéricamente recogido en el artículo 197. Como estamos ante un delito que afecta a un menor o a una persona necesitada de especial protección, el artículo 197.5 establece que la pena de 1 a 4 años debe imponerse en su mitad superior.

Para la difusión lo primero que nos tendríamos que plantear es si cualquier captación subrepticia de imágenes de la vida privada de un menor puede ser considerada pornografía. Por ejemplo, el caso de un menor que es fotografiado en la playa por un tercero o imágenes captadas por una cámara en un vestuario donde los menores se cambian de ropa. En estos casos nos estaríamos refiriendo, en la gran parte de los casos, a representaciones de las incluidas en el artículo 189.1.b), a las cuales se les exigen «fines principalmente sexuales», que se van a dar en función del contexto en el que la imagen se involucre⁹⁹. Si se distribuye tal imagen dentro de un contexto lúbrico, nos encontraríamos ante la difusión de un material calificable de pornografía infantil subsumible en un delito del artículo 189, cuya pena es de 1 a 5 años, sin poder aplicar el agravante por edad, según la jurisprudencia del TS antes comentada.

La FGE aplicaría para la distribución en concurso real el artículo 197 con el artículo 189.1.b) del Código para captar la totalidad de lo injusto: la lesión de la intimidad y la propia imagen y la puesta en peligro de los menores en general¹⁰⁰. Pero se llegaría al absurdo de que se castigaría con una pena mayor la difusión de aquellas imágenes de cuya captación el menor no fue consciente, que aquellas en las cuales participó de forma activa o pasiva en una conducta sexual (siempre que no mediaran abusos sexuales u otros delitos). Pienso que el la pena del artículo 189 ya recoge la totalidad de lo injusto de la conducta al proteger la intimidad y propia imagen del menor y que, en todo caso, estaríamos ante un concurso medial y no real.

⁹⁸ Consulta FGE 3/2006, cit. n. 15, p. 24.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis...* cit. n. 6, p. 168.

⁹⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Delitos...», cit. n. 78, pp. 225-226.

¹⁰⁰ Consulta FGE 3/2006, cit. n. 15, pp. 24-25.

V. PORNOGRAFÍA INFANTIL SIN MENORES REALES INVOLUCRADOS

La introducción dentro del concepto de pornografía infantil de imágenes en las cuales no hay menores reales involucrados es la principal novedad derivada de la trasposición de la Directiva. Se recoge en los apartados c) y d) y en este caso sólo se refiere a menores y no a discapaces:

«c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales».

Voy primero a analizar qué tipo de material se incluye en ellos para posteriormente tratar la controvertida situación del bien jurídico protegido.

1. DEFINICIONES TIPIFICADAS

1.1 Pornografía técnica

Su introducción, no incluida en el Anteproyecto original, circunstancia destacada positivamente por parte de la doctrina¹⁰¹, procede de la recomendación de la FGE, donde también instaba a incluir la excusa absolutoria que voy a comentar¹⁰².

Se ha de advertir que en este apartado se vuelve a utilizar la palabra «representar», aunque en este caso entiende Orts Berenguer¹⁰³, el más crítico con este término, que debemos estar hablando de personas reales por el inciso final que exceptúa los supuestos en que la persona que parece ser menor sea mayor en el momento de tomar las imágenes. De nuevo, creo que esta palabra no debe ser interpretada de forma tan estricta, y que exige la existencia de personas reales.

¹⁰¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, p. 111.

¹⁰² *Informe del Consejo Fiscal, 2013*, *cit.* n. 4, pp. 167-168.

¹⁰³ ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 656.

La inclusión de este tipo de pornografía infantil ha generado multitud de críticas, dado que al decirse que el sujeto pasivo es una persona que «parece» ser un menor se está dando por sentado que no lo es, es decir, que es mayor. Un menor no parece ser un menor, sino que lo es, y como tal está incluido en alguno de los apartados precedentes. De aquí deriva su dificultad interpretativa, que hace que para muchos sea innecesario, redundante y perturbador al excluirse del tipo si se demuestra que la persona resulta ser mayor, lo cual se entiende que va a suceder siempre¹⁰⁴.

Las dificultades interpretativas se intentan solventar por la FGE en una Circular¹⁰⁵ que concluye que es aplicable si se dan simultáneamente dos requisitos:

- No es posible determinar la mayoría o minoría de edad de la persona tras agotar las posibilidades razonables de determinación de la misma.
- Y a la persona se le «presenta» como un menor de edad. Esta presentación puede provenir de rasgos añados, maquillaje, retoque de signos de madurez sexual, peinados, vestidos, de hacer referencia a su minoría de edad, etc.

Estaríamos entonces ante un tema de prueba más de conceptualización del tipo¹⁰⁶, invirtiendo la carga de la misma en casos dudosos al ser las cuestiones probatorias bastante complicadas en estos casos, sobre todo si se trata de material proveniente del extranjero¹⁰⁷, dando lugar a la prueba diabólica¹⁰⁸. Así, las dudas no van a jugar en beneficio del acusado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo cual ha sido criticado por violentar la presunción de inocencia¹⁰⁹. Por ello los hay que defienden que deber seguir entendiéndose que la acusación carga con la prueba de acreditar la menor edad de los intervinientes en los hechos, lo cual es un presupuesto imprescindible de la pena.

Esto no es lo que entiende la FGE, para la cual se excluirían todos aquellos casos en que no se den los dos requisitos dichos, siendo entonces impunes en virtud de este apartado:

¹⁰⁴ CARUSO FONTÁN, V., «Delitos...», *cit.* n. 12, p. 40.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva...», *cit.* n. 59, p. 250.

¹⁰⁵ Circular FGE 2/2015..., *cit.* n. 10, pp. 9-11.

¹⁰⁶ GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía...», *cit.* n. 58, p. 108.

¹⁰⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo...», *cit.* n. 62, p. 592.

¹⁰⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Delitos...», *cit.* n. 78, p. 226.

¹⁰⁹ GARCÍA ALVAREZ, P., «La reforma...», *cit.* n. 54, p. 182.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo...», *cit.* n. 62, pp. 592-593.

- La representación de personas menores que parecen mayores, a la cual se aplicaría a) o b).
- La representación de personas de cuya edad se duda pero a las cuales no se les representa como menores, que no es punible.
- La representación de mayores haciéndose pasar por menores, que tampoco es punible.

Esta última es la verdadera «pornografía técnica», por lo que, estrictamente, este artículo no la recogería¹¹⁰ lo cual se alaba por parte de la doctrina¹¹¹, ya que incluirla como pornografía infantil, que no lo es, supondría adoptar una moral sexual determinada que vulneraría la neutralidad del Estado en este campo de forma inconstitucional; y además comprometería el principio de ofensividad¹¹².

Sin embargo, los hay que abogan por su penalización, junto con la pornografía virtual, por las razones expuestas: banaliza el abuso a menores y puede ser estímulo del deseo sexual hacia los menores, incrementando el riesgo de ataque a su libertad e indemnidad sexual¹¹³.

En mi opinión, con este artículo se intenta introducir en el Derecho europeo la pornografía técnica, pero, al ser un concepto desconocido que ha generado problemas en diferentes ordenamientos jurídicos, se incluye con la cautela de que si es mayor de edad se excluye del tipo. Sin embargo, ha servido para que la FGE entienda invertida la carga de la prueba facilitando la acusación y resultado así inoperativo el principio *in dubio pro reo*, de manera poco respetuosa con principios constitucionales como el de la presunción de inocencia. Me parece un primer paso que llevará a la inclusión de la pornografía técnica en sentido estricto. Además, si el propio juzgador tiene dudas sobre la edad de la persona que aparece en las imágenes, es probable que tal duda o desconocimiento también concurra en el presunto delincuente, pudiendo ser de aplicación los errores de tipo.

¹¹⁰ GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones...*, cit. n. 36, p. 311

GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía...», cit. n. 58, p. 110.

¹¹¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», cit. n. 8, pp. 78-79, 87, 111, 250.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva...», cit. n. 59, p. 250.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo...», cit. n. 62, pp. 592-593.

¹¹² GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía...», cit. n. 58, p. 110.

¹¹³ DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico...*, cit. n. 19, p. 31

1.2 Pornografía artificial y virtual

Antes de la reforma se tipificaba en el artículo 189.7 Código Penal lo que los autores denominaban «pseudopornografía infantil», introducida en 2003. Este artículo fue criticado y parte de la doctrina abogó por su eliminación¹¹⁴. Pero hay que dejar clara una diferencia clave con la regulación actual: exigía la existencia de un menor real, utilizándose su voz o imagen al ponerla artificialmente en un contexto sexualmente explícito¹¹⁵. Ahora no se exige que el menor exista, y esos tipos de pseudopornografía deberán reconducirse a pornografía virtual (imágenes alteradas de personas existentes) o artificial (imágenes generadas íntegramente mediante ordenadores)¹¹⁶.

La Decisión Marco del año 2003, ignorada por el legislador español, ya recogía ambos tipos¹¹⁷, por lo que no se trata de una tipificación novedosa.

El problema principal de este artículo es la interpretación que se ha de hacer del adjetivo «realista», criticando parte de la doctrina que por ejemplo pueda castigarse con ello imágenes trucadas que parecen ser los órganos sexuales de un menor¹¹⁸. La FGE exige una interpretación estricta y restrictiva, como algo que no es real pero que lo parece, excluyendo entonces los dibujos animados, el manga y las representaciones similares, además de los montajes toscos¹¹⁹. Pero esta interpretación, aunque correcta, no es unánime, ya que los hay que interpretan el adjetivo de forma laxa. Esto se podría haber evitado desde un principio utilizando otro término, como «ser indistinguible de», que cumpliría la finalidad principal de la norma, esto es, que no se tenga que demostrar para acusar que la imagen no es un montaje, circunstancia cada vez más complicada dados los avances tecnológicos existentes.

Por otro lado, como he explicado, una parte minoritaria de la doctrina integra dibujos o cómics dentro del concepto de «material» que «representa de una manera visual» o «representación», de tal manera que vacían de contenido este apartado d) al incluirse este tipo de material en lo que he denominado «pornografía real»¹²⁰, en mi opinión de forma incorrecta.

¹¹⁴ CARUSO FONTÁN, V., «Delitos...», *cit.* n. 12, p. 41.

¹¹⁵ GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía...», *cit.* n. 58, p. 109.

¹¹⁶ *Circular FGE 2/2015...*, *cit.* n. 10, pp. 3-4, 8.

¹¹⁷ CARUSO FONTÁN, V., «Delitos...», *cit.* n. 12, p. 41.

¹¹⁸ GARCÍA ALVAREZ, P., «La reforma...», *cit.* n. 54, pp. 176-177.

¹¹⁹ *Circular FGE 2/2015...*, *cit.* n. 10, pp. 8, 12.

¹²⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo...», *cit.* n. 62, pp. 591, 593.

Otro problema deriva de determinar la edad de la representación si es un adolescente de edad avanzada y no un niño¹²¹; y algunos autores hablan de percibir la discapacidad si no existe ningún signo externo de la misma¹²², pero en este apartado no se hace referencia a las personas discapacitadas, por lo que pienso que las imágenes realistas de los mismos no serían típicas.

A) *Excusa absolutoria*

Recogida en el artículo 5.8 de la Directiva:

«Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si los apartados 2 y 6 del presente artículo serán aplicables a los casos en que se determine que el material pornográfico definido en el artículo 2, letra c), inciso iv), ha sido producido y está en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico al que se refiere el artículo 2, letra c), incisos i), ii) e iii), y que el acto no implique riesgo de difusión del material»

Esta excusa absolutoria estaba recogida en el artículo 189.6 del Anteproyecto del Código Penal, pero no está incluida en la Ley actualmente vigente. Tal supresión puede tener su justificación en el Informe del CGPJ de 2013¹²³, que advertía que la decisión de política criminal de no tipificar esas conductas no se avenían con el espíritu de la Directiva y, por tanto, con la lucha contra la pornografía infantil llevada a cabo desde la UE y NNUU, pidiendo su supresión para una mejor salvaguardia del bien jurídico protegido.

Cabe comparar esta opinión del CGPJ de la dada en 2003¹²⁴, cuando criticaba la inclusión del apartado 7 por anticipar de manera exagerada la tutela penal de la indemnidad sexual de los menores, dando lugar a la «prevención de personalidades desviadas». Decía el CGPJ que aquellos comportamientos no encontraban necesariamente una relación de causa-efecto con la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, castigando comportamientos éticamente reprobables pero sin trascendencia penal para otros. Estamos entonces ante un cambio de opinión radical que parece

¹²¹ ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 660.

¹²² ORTS BERENGUER, E. «Delitos...», *cit.* n. 28, p. 258.

¹²³ *Informe del CGPJ al Anteproyecto...*, *cit.* n. 68, p. 180.

¹²⁴ *Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, de 26 de marzo de 2003, p. 69.

justificarse con la finalidad de la Directiva, pero también hace referencia al «bien jurídico protegido» (sin decir cuál es); además, tal cambio de opinión es aún más chocante si tenemos que cuenta que ahora no se exige que el menor exista, por lo que la relación con la puesta en peligro del bien jurídico es aún más remota y la trascendencia en terceros de la conducta de la persona que produce o posee este tipo de material, nula.

Sin embargo, fueron bastantes los autores que estaban a favor de la excusa absoluta¹²⁵, alegando los principios de ofensividad, proporcionalidad e intervención mínima, e incluso la inexistencia de lesividad y sujeto pasivo. E incluso la FGE¹²⁶ anima a sobreseer las actuaciones, a pesar de no incluirse la excusa, por carecer las conductas de antijuridicidad material. El problema de esta interpretación, que para mí es la más correcta en caso de que fuera necesario tipificar este tipo de pornografía, es que el legislador, de nuevo, ha decidido no incluir la excusa absoluta, siendo entonces el fin de esta norma que este tipo de conductas sean también típicas.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al no existir un menor real victimizado que aparezca en el material como sujeto interviniente, el bien jurídico no puede ser la libertad o indemnidad sexual de los menores; no existe un sujeto pasivo, por lo que la conducta no es lesiva para la mayoría de la doctrina¹²⁷, atentando su tipificación contra los principios de proporcionalidad y ofensividad¹²⁸.

Por ello parte de la doctrina¹²⁹ ve en la inclusión de la pornografía de personas que parecen menores la tipificación de un material que puede considerarse inmoral o de mal gusto. Es decir, estaríamos ante la confusión de los planos ético y jurídico que no se fundamenta jurídica ni constitucionalmente, además de carecer de racionalidad político-criminal para Morillas Fernández.

En cuanto a la definición que incluye las imágenes realistas, los hay que la tildan de «despropósito» por no casar los bienes jurídicos protegidos ni concurrir elementos

¹²⁵ GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía...», *cit.* n. 58, p. 110.

ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 658.

¹²⁶ *Circular FGE 2/2015...*, *cit.* n. 10, pp. 25-26.

¹²⁷ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red...», *cit.* n. 11, pp. 410-411.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, pp. 78, 87.

GARCÍA ALVAREZ, P., «La reforma...», *cit.* n. 54, p. 176.

ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, pp. 650-654, 660.

¹²⁸ STC 8 abril 1981 RJA RTC 1981\11, y STC 15 octubre 1982 RJA RTC 1982\62.

¹²⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, pp. 78, 87

necesarios o suficientes para castigar el hecho¹³⁰. En lo referente a la pornografía virtual, algunos autores ven sólo justificado el castigo si la imagen está basada en un menor al cual se le reconoce¹³¹.

En defensa de la tipificación de ambos tipos de pornografía se alega sobre todo que ésta banaliza, legitima e incita la explotación sexual de los niños, contribuyendo a la producción de la misma¹³². La FGE justifica la existencia de un bien jurídico supraindividual, la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en su conjunto, que podría ser puesto en peligro con estas modalidades pornográficas. Es decir, las razones para su defensa se basan en que van a terminar promoviendo la producción de material pornográfico en el que participen menores reales y abusos sexuales, si bien tal conexión no se puede deducir ni existen estudios que la demuestren¹³³. Orts Berenguer se muestra muy crítico con estas ideas, al entender el símil de que quien empieza viendo pornografía infantil acabará encarcelado por abusos a niños reales como aquel que dice que del consumo de «drogas blandas» se pasa al de «drogas duras»¹³⁴.

Dicho peligro potencial no es justificación suficiente para parte de la doctrina, que ven desbordados hasta extremos intolerables los límites de peligro abstracto¹³⁵ al anticipar la tutela penal a un estadio anterior a la puesta en peligro del bien jurídico¹³⁶. Esto ha llevado a algunos autores a hacer referencia a un Derecho penal de autor que no casa con la función del Derecho Penal: defender los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves.

Realmente la inclusión de ambos tipos de pornografía carece de racionalidad, si bien la virtual indistinguible de la pornografía real es interesante a efectos criminológicos y probatorios, por la dificultad de probar en cada caso que los menores son reales y existentes para justificar la pena, que con los avances tecnológicos existentes es más una imposibilidad. Sin embargo, pienso que puede llegarse a tal

¹³⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, p. 78.

GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía...», *cit.* n. 58, pp. 112-113.

¹³¹ CARUSO FONTÁN, V., «Delitos...», *cit.* n. 12, pp. 41-42.

¹³² RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva...», *cit.* n. 59, p. 248.
Circular FGE 2/2015..., *cit.* n. 10, p. 5.

¹³³ CARUSO FONTÁN, V., «Delitos...», *cit.* n. 12, p. 41.

¹³⁴ ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 653.

¹³⁵ CARUSO FONTÁN, V., «Delitos...», *cit.* n. 12, pp. 41-42.

GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía...», *cit.* n. 58, p. 110.

¹³⁶ GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones...*, *cit.* n. 36, p. 311.

consecuencia con términos más certeros como «ser indistinguible de» y no ambiguos como «realista».

La cuestión probatoria no creo que sea tan sencilla en lo referente a la pornografía técnica, ya que en esa tipificación sí que estamos ante una vulneración del principio *in dubio pro reo* por considerar inmoral la conducta del sujeto. Si lo que se duda es si el sujeto es mayor o menor la conducta debería resultar impune; y, además, si se duda por parte del juzgador es posible que también haya dudado el propio sujeto, por lo que habría que considerar los errores de tipo. Que se presente a los mayores como menores debería resultar indiferente en el ámbito penal, aunque moralmente nos parezca una conducta reprochable por lo que emula¹³⁷. Como dice Orts Berenguer¹³⁸, «el derecho se ocupa de ordenar la coexistencia en paz de los seres humanos, no de acercarlos a la santidad».

Pero lo más grave de todo es que ambos tipos de pornografía se incluyen en un concepto unitario junto con la pornografía real. Es decir, la razón principal para la penalización de ambos tipos de conductas es que incitan a la pedofilia con menores reales e incluso a la pederastia; pero se castigan con la misma pena que la pedofilia con menores reales, al incluirse ambos tipos de pornografía dentro del concepto «pornografía infantil». Esto es un factor criminógeno que puede llevar a la creación de pornografía infantil con menores reales, la verdaderamente dañina, en lugar de la técnica o virtual por la igualdad de penas. Por esta razón hay autores que defienden correctamente que se debería permitir técnica o, al menos, no prohibirla o equipararla a la expresa, ya que existe una imposibilidad natural de erradicar la pedofilia y es preferible a la pornografía que utiliza menores reales¹³⁹.

Por todo esto se advierte que con la reforma se ha perdido de vista la importancia del objeto de protección, que no es otro que la libertad o indemnidad sexual de un menor de edad real y determinado¹⁴⁰, dando lugar para algunos a un concepto de pornografía infantil irracional¹⁴¹. Estoy de acuerdo con estas críticas a la reforma, ya

¹³⁷ STC 8 abril 1981 RJA RTC 1981\11, entre otras.

¹³⁸ ORTS BERENGUER, E., «Concepto de material pornográfico en el ámbito penal» en *Delitos Sexuales Contra Menores Abordaje Psicológico, Jurídico y Policial*, Lameiras y Orts (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 114.

¹³⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices...», *cit.* n. 8, pp. 79-80.

ORTS BERENGUER, E., «Determinación...», *cit.* n. 16, p. 652.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva...», *cit.* n. 59, p. 250.

¹⁴¹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., «Delitos...», *cit.* n. 52, p. 285.

que lo que se ha hecho es volver a hacer del bien jurídico protegido la moral sexual colectiva.

Además, al equipararse en todo a la pornografía infantil real, se castigan todas las conductas relacionadas con la misma, incluida la posesión. Como he comentado, el delito de posesión es de peligro abstracto para un bien jurídico supraindividual cuando las imágenes son de un menor real; pero cuando el menor no existe no puede hablarse de atacar a la demanda para disminuir la oferta que utiliza a menores, por la sencilla razón de que para su producción no se utiliza a menores; por lo que la tipificación de la posesión de este tipo de pornografía es del todo inadecuada.

La mayor dificultad es que estamos ante regulaciones provenientes del ámbito internacional, donde, como voy a explicar, aún se utilizan conceptos más amplios y se hace referencia a tipos menos lesivos. Sin embargo, no todo es consecuencia de los compromisos internacionales, ya que el legislador tampoco ha traspuesto las excusas absolutorias que habrían dotado de unos principios garantistas mínimos a la regulación, a pesar de incluirlos en el Anteproyecto.

VI. DERECHO COMPARADO

No existe uniformidad en la legislación de la pornografía infantil, aunque es de esperar que en la Unión Europea se llegue a una aproximación bastante elevada por el uso de instrumentos como Directivas, que recogen ideas plasmadas en Tratados y Acuerdos Internacionales que suelen ser impulsadas desde Estados Unidos¹⁴². Por ser los precursores de este tipo de regulación, voy a comenzar haciendo referencia a la legislación estadounidense. Tras hacer referencia a la canadiense, ya que tiene algunos rasgos distintivos interesantes, me centraré en cómo han traspuesto la Directiva diferentes países de la Unión Europea, si es que lo han hecho. Todas las legislaciones extranjeras se incluyen en el Anexo I.

1. ESTADOS UNIDOS

La inclusión de la pornografía infantil virtual generó controversia por afectar a la libertad de expresión, llegando incluso a ser declarada inconstitucional por la Corte Suprema estadounidense en la Sentencia 00-795 Ashcroft, Attorney General v. *Free Speech Coalition* del año 2002¹⁴³. La Sentencia trae colación de la Ley de Prevención de la Pornografía Infantil (CPPA) de 1996, que utilizaba los términos «que parezca ser un menor», «que dé la impresión de que es un menor» para dar cabida a la pornografía técnica y virtual.

La doctrina anterior a esta sentencia era la resultante de *Miller v. California* y *New York v. Ferber*¹⁴⁴. La primera Sentencia dice que, de forma general, la pornografía solamente puede ser prohibida si es «obscena»; la segunda se refiere a la pornografía infantil, añadiendo que aquella que utilice a niños reales puede ser prohibida sean o no obscenas las imágenes porque existe un interés del Estado en proteger a los niños explotados durante el proceso de producción, y también en condenar a aquellos que promocionen la explotación sexual de niños. La CPPA prohibía un contenido en el que no se utilizaban niños y que no era obsceno.

La Corte Suprema argumentó que estas imágenes no involucran a niños en el proceso de producción, por lo que no les causan daño, pero que el Congreso decidió que amenazan a los niños de manera menos directa: los pedófilos pueden utilizar los

¹⁴² OXMAN, N., «Aspectos...», *cit.* n. 34, p. 254.

¹⁴³ Recurso electrónico, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/535/234/case.html>.

¹⁴⁴ Sentencia 00-795 Ashcroft, Attorney General v. *Free Speech Coalition*, *cit.* n. 143, pp. 239-240.

materiales para animar a los niños a participar en actividades sexuales; y además pueden alimentar el apetito sexual de los pedófilos, incrementando la creación y distribución de pornografía infantil y los abusos y explotación sexual de menores reales. Por ello, decía que el daño deriva de su contenido y no de su producción. Además, el Congreso consideró que las imágenes generadas por ordenador parecen tan reales que a veces es difícil probar que una imagen fue producida utilizando niños reales, haciendo más difícil condenar a pedófilos que utilicen a niños reales.

A pesar de ello, la Corte Suprema declara la norma contraria a la Primera Enmienda por utilizar términos poco precisos, lo cual es corregido con la *PROTECT Act* del año 2003, que superó este problema con una regulación que sigue vigente (§ 1466A) y que se basa en:

- Para la pornografía virtual utiliza la expresión «ser indistinguible de».
- Tipifica cualquier representación visual, incluyendo dibujos, esculturas y pinturas, de:
 - Un menor en una conducta sexualmente explícita que se considere obscena.
 - Lo que es o parece ser un menor, involucrado gráficamente en conductas masoquistas, sadistas o zoofílicas, ya sea por abuso o en una relación sexual, incluyendo contacto genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal, entre personas de mismo o diferente sexo, siempre que carezca de valor literario, artístico, político o científico.

Y, al igual que nuestro Código Penal, abarca toda la cadena, siendo los verbos típicos producir, distribuir, recibir y poseer con o sin intención de distribuir.

2. CANADÁ

En Canadá también se introduce dentro del concepto de pornografía infantil, en el artículo 163.1 de su Código Penal, cualquier representación visual, aunque fuera realizada mediante medios electrónicos, de pornografía técnica, de la representación con propósito sexual de órganos sexuales de menores; y también la literatura pedófila y las grabaciones de audio que describan, presenten o representen actividades sexuales con menores. Además, incluye la apología de la pederastia mediante medios escritos,

visuales o de audio, un delito que no encontramos en otras legislaciones, siendo lo más cercano en nuestro derecho la conducta tipificada mediante el verbo «ofrecer».

3. UNIÓN EUROPEA

En Francia se tipifican estos delitos en el artículo 227-23 del Código Penal, reconociéndose como delito la distribución, grabación o transmisión de la imagen o representación pornográfica de un menor de edad con una pena de cinco años de prisión y multa, castigándose la posesión sin fines ulteriores de difusión solamente si la imagen o representación es de un menor de 15 años. Se eleva la pena a siete años si se difunde ante un público no restringido, por ejemplo en internet. Se castiga con dos años la adquisición o la consulta habitual o a cambio de un precio. Y se aplican también si la persona parece un menor, a menos que se demuestre que era mayor de edad en el momento de la grabación.

En Alemania se diferencia entre pornografía infantil (artículo 184b, la de menores de 14 años) y juvenil (artículo 184c, entre 14 y 18 años). La pornografía infantil recoge la práctica de actos sexuales, la representación de todo o parte de un niño desvestido de forma no natural o sexualmente explícita y los genitales o las nalgas desnudas de forma sexualmente «provocativa». La juvenil lleva aparejadas penas menores (hasta tres años, mientras la infantil es hasta cinco años, en general). En ambos tipos se recoge a pornografía real y también la realista.

En Italia, el artículo 600 ter, recoge la pornografía infantil real como toda representación de menores de 18 años que participen en actividades sexualmente explícitas, reales o simuladas, o la representación de sus órganos sexuales con fines sexuales. Se castiga la posesión en el artículo 600 quater y también la pornografía virtual si parece verdadera (desde 2006), cuya pena se reduce en un tercio.

En Reino Unido la legislación es similar a las comentadas. La diferencia clave es que desde 2009¹⁴⁵ la posesión de dibujos pornográficos que involucren menores está prohibida si es ofensiva, repugnante u obscena, sean o no realistas, terminando con la interpretación anterior de que era necesario que fueran indistinguibles de imágenes reales.

En Reino Unido se distingue el propio material que una persona posee, disuadiendo de poseer o producir las imágenes más graves porque requieren actos más

¹⁴⁵ The Coroners and Justice Act of April 2009.

graves de abuso contra menores para ser producidas¹⁴⁶ aunque tampoco existe evidencia sobre la influencia de tener imágenes más (Categoría A) o menos (Categoría C) graves en la posibilidad de abusar de niños en el pasado o en el futuro¹⁴⁷.

¹⁴⁶ SENTENCING COUNCIL, *Sexual Offences Definitive Guideline*, pp. 75-81.

¹⁴⁷ CARR, J. *Child...*, *cit.* n. 40, p. 15.

VII. CONCLUSIONES

La reforma impuesta desde la Unión Europea a través de la Directiva proviene de compromisos adquiridos internacionalmente, normalmente siguiendo la legislación norteamericana. Por ello, inclusiones de pornografía con menores no reales, novedosa en nuestro Derecho, no lo es tanto en Derecho comparado.

Está claro que la pornografía infantil involucrando a menores reales debe ser castigada, ya que afecta a bienes jurídicos propios de los mismos y dignos de protección. Con el adelantamiento de las barreras de protección penal al incluir cada vez más verbos típicos, el daño se convierte en peligro y los bienes jurídicos individuales en colectivos, asomando en realidad tras la regulación una moral sexual colectiva inconcebible en un Estado de Derecho. Si compromisos internacionales obligan al legislador a incluir este tipo de delitos, tal inclusión debe hacerse con cautela, ya que se está confundiendo el ámbito jurídico y moral.

Respecto a la definición de pornografía infantil real, debe conceptualizarse de forma más sencilla haciendo girar el concepto en torno de la «conducta sexual explícita» y excluyendo los desnudos no incluidos en un contexto lúbrico, tal y como hacía hasta ahora nuestra jurisprudencia. Habrá que ver como interpretan la nueva norma y los «fines sexualmente explícitos» que se exigen al material.

Una regulación similar a la alemana, donde se diferencia entre pornografía infantil y juvenil, ayudaría en este tipo de delitos, ya que se tendrían en cuenta las diferentes consecuencias que pueden tener en los sujetos pasivos en función de su edad. Además, permitiría otorgar cierta libertad a los menores con autodeterminación en materia sexual para que también puedan consentir determinados actos relacionados con la pornografía, teniendo en cuenta el devenir de los tiempos y las formas normales de entablar relaciones entre los mismos, para no llegar a situaciones absurdas.

Cuando no hay menores involucrados ya nos encontramos con construcciones sobre bienes jurídicos irreales, que no deberían castigarse: no tienen consecuencias para terceros y el único reproche a las conductas es moral. En caso de tipificarse por compromisos internacionales, se ha de restringir lo más posible el ámbito de este tipo de delitos, haciendo uso de las excusas absolutorias que permitieran las legislaciones; e interpretando los conceptos de forma estricta. Además, se deberían diferenciar las conductas típicas respecto a este material, excluyendo aquellas que ya son dudosas y

requieren de un bien jurídico colectivo aun cuando hay menores reales. Me estoy refiriendo a, por ejemplo, la razón de penar la posesión, cuyo principal argumento es que genera demanda y, con ella, utilización de menores, si en este caso en su elaboración no interviene ningún menor.

Y, por supuesto, la pornografía que no involucra a menores reales nunca debería ser castigada con la misma pena que aquella que sí lo hace, que es la verdaderamente dañina. Por ello, no debería formar parte de un concepto amplio de pornografía infantil, porque no lo es, sino castigarse de forma separada con penas mucho menores, para no constituir un factor criminógeno que lleve a la creación de pornografía con niños reales por no haber diferencia en las penas. Carece de sentido castigar con la misma pena la pornografía que no involucra a menores reales, por miedo a que los menores reales se vean inmersos en conductas pornográficas, que aquella que los implica de forma directa.

La vista al Derecho comparado nos muestra cuál es el camino que va a seguir nuestro Derecho en este tipo de delitos: a) la ampliación de conductas y tipos de pornografía infantil, sobre todo de aquellas que no implican la participación de menores reales; b) el incremento de los materiales susceptibles de ser considerados pornográficos: esculturas, relatos, dibujos, etc., aunque no supongan la utilización de menores en ningún momento de la cadena. Ello vendría a demostrar que estamos ante tipos basados en aspectos morales por tratarse de conductas éticamente reprochables, pero solo éticamente reprochables.

Por último, cabe advertir que la inclusión de un concepto de pornografía infantil tan amplio no es tampoco necesario, ya que los sujetos que trafican o poseen este tipo de materiales no lo hacen como conductas aisladas, sino que en su poder se halla material lo suficientemente incriminatorio como para tener que crear tipos penales basados en aspectos morales contrarios a los principios del propio Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Explotación sexual y pornografía infantil», en *La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al núm. 2015, de 15 de junio de 2006, pp. 89-97. Recurso electrónico <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/documentacion-publicaciones/boletin-ministerio-justicia/historico-boletines-ministerio/2015-15062006>.

Última visita 15 de mayo de 2016.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Art. 189», en *Comentarios al Código Penal*, Díez y Romero (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 519-571.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II», en *Derecho Penal Parte Especial*, Casabona, Sola y Boldova (coords.), Comares, Granada, 2016, pp. 211-236.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red: fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal», en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, Armaza (coord.), Comares, Granada, 2010, pp. 381-427.

CABRERA MARTÍN, M. «La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal» en *Jornadas sobre Derecho de los menores. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas*, 2003, pp. 401-418.

CARR, J., *Child abuse, child pornography and the internet*, NCH, Londres, 2003. Recurso electrónico, old.safe.si/ul/1149589931pornographyreport.pdf, última visita 15 de mayo de 2016.

CARUSO FONTÁN, V., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor», en *Revista Penal*, nº 28, julio 2011, pp. 29-41.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Delitos de pornografía infantil: otra vuelta de tuerca», en *Diario La Ley*, nº 7817, Año XXXIII, 13 de marzo de 2012, ref. D-117, pp. 1762-1770.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Recurso electrónico, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%C

3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14, última visita 15 de mayo de 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 21, 1999, pp. 215-260.

GARCÍA ALVAREZ, P., «La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013» en *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Muñoz (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 19, octubre 2014, pp. 105-116. Recurso electrónico, <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n19-garcia>, última visita 15 de mayo de 2016.

GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones fundamentales de Derecho Penal Parte Especial*, v. I, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 310-319.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 189», en *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. II, Gómez (dir.), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 583-605.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-04, 2005. Recurso electrónico, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>, última visita 15 de mayo de 2016.

GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE», en *Revista Penal*, nº 30, Julio 2012, pp. 35-59.

HAMILTON, M., «The child pornography crusade and its net-widening effect», en *Cardozo Law Review*, Abril 2012, pp. 1679-1732. Recurso electrónico, <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/33-4/Hamilton.33-4.pdf>, última visita 15 de mayo de 2016.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 108 Época II, diciembre 2012, pp. 67-117.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Monografías de Derecho Penal, Dykinson, Madrid, 2005.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 223-226.

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 4ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, pp. 98-99.

ORTS BERENGUER, E., «Concepto de material pornográfico en el ámbito penal» en *Delitos Sexuales Contra Menores Abordaje Psicológico, Jurídico y Policial*, Lameiras y Orts (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 107-123.

ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores», en *Derecho Penal Parte Especial*, González (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 241-263.

ORTS BERENGUER, E., «Determinación a la prostitución (arts. 187, 188, 189 y 192 CP)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 646-662.

OXMAN, N., «Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica», en *Política criminal*, Vol. 6, nº 12, diciembre 2011, pp. 253-295. Recurso electrónico, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992011000200002&script=sci_arttext, última visita 15 de mayo de 2016.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 283-289.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Derecho penal Español Parte Especial*, 18ª edic., Dykinson, Madrid, 1995, p. 388.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», en *Derecho y Proceso Penal*, nº 32, Septiembre – Diciembre 2013, pp. 227-267.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., «Delitos contra libertad e indemnidad sexual» en *Sistema de Derecho Penal Parte especial*, Morillas (dir.), 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 471-485.

SENTENCING COUNCIL, *Sexual Offences Definitive Guideline*, pp. 75-81. Recurso electrónico, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/sexual-offences-definitive-guideline/>, última visita 15 de mayo de 2016.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual: análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª edic., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 69.

URIARTE VALIENTE, L. M., «Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas», en *Diario La Ley*, nº 7372, año XXXI, 30 de marzo de 2010, ref. D-109, pp. 1841-1844.

WOLAK, J., FINKELHOR, D. y MITCHELL, K., *Child-Pornography Possesors Arrested in Internet-Related Crimes: Findings From the National Juvenile Online Victimization Study*, National Center for Missing & Exploited Children, 2005. Recurso electrónico, www.unh.edu/ccrc/pdf/jvq/CV81.pdf, última visita 15 de mayo de 2016.

INFORMES, CONSULTAS Y CIRCULARES

Circular FGE 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, 19 de junio de 2015. Recurso electrónico, www.reicaz.org.es/portalReicaz/archivos/ficheros/1435829234980.pdf, última visita 15 de mayo de 2016.

Consulta FGE 3/2006 sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, 29 de noviembre de 2006, pp. 231-247. Recurso electrónico, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338960247?blobheader=>, última visita 15 de mayo de 2016.

Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 16 de enero de 2013, pp. 176-182, 292. Recurso electrónico, [http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20130116%20Informe%](http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20130116%20Informe%20)

[20Anteproyecto%20de%20modificaci%C3%B3n%20CP.pdf](#), última visita 15 de mayo de 2016.

Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 26 de marzo de 2003, pp. 66-69. Recurso electrónico, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-reforma-de-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>, última visita 15 de mayo de 2016.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 20 de diciembre de 2012, pp. 163-172. Recurso electrónico, <http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20CONSEJO%20FISCAL.pdf>, última visita 15 de mayo de 2016.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 8 de enero de 2013, pp. 162-168. Recurso electrónico, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623, última visita 15 de mayo de 2016.

SENTENCIAS

TRIBUNAL SUPREMO

STS 7 diciembre 1989 RJA 1989\9511.

STS 8 febrero 1995 RJA 1995\712.

STS 21 marzo 2000 RJA 2000\2385.

STS 10 octubre 2000 RJA 2000\9151.

STS 8 marzo 2006 RJA 2006\1827.

STS 2 noviembre 2006 RJA 2006\8165.

STS 12 noviembre 2008 RJA 2009\167.

STS 30 enero 2009 RJA 2009\331.

STS 16 de noviembre 2009 RJA 2010\177

STS 16 de febrero 2010 RJA 2010/559.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 8 abril 1981 RJA RTC 1981\11.

STC 15 octubre 1982 RJA RTC 1982\62.

SENTENCIAS EXTRANJERAS

Sentencia US Supreme Court 394-557 Stanley v. Georgia del año 1969. Recurso electrónico, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/case.html>, última visita 24 de mayo de 2016.

Sentencia US Supreme Court 495-103 Osborne v. Ohio del año 1990. Recurso electrónico, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/103/case.html>, última visita 24 de mayo de 2016.

Sentencia US Supreme Court 00-795 Ashcroft, Attorney General v. *Free Speech Coalition* del año 2002. Recurso electrónico, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/535/234/case.html>, última visita 24 de mayo de 2016.

ANEXO I

1. ESTADOS UNIDOS

1.1. CPPA

«“child pornography” means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where--

(A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;

(B) such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct;

(C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct; or

(D) such visual depiction is advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that conveys the impression that the material is or contains a visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct».

1.2. U.S. Code § 1466A - Obscene visual representations of the sexual abuse of children

«(a)In General.—Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly produces, distributes, receives, or possesses with intent to distribute, a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that—

(1)

(A) depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and

(B) is obscene; or

(2)

(A) depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or

oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex;
and

(B) lacks serious literary, artistic, political, or scientific value;

or attempts or conspires to do so, shall be subject to the penalties provided in section 2252A(b)(1), including the penalties provided for cases involving a prior conviction.

(b) Additional Offenses.—Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly possesses a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that—

(1)

(A) depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and

(B) is obscene; or

(2)

(A) depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex;
and

(B) lacks serious literary, artistic, political, or scientific value;

or attempts or conspires to do so, shall be subject to the penalties provided in section 2252A(b)(2), including the penalties provided for cases involving a prior conviction.

(c) Nonrequired Element of Offense.—

It is not a required element of any offense under this section that the minor depicted actually exist.

[...]

(e) Affirmative Defense.—It shall be an affirmative defense to a charge of violating subsection (b) that the defendant—

(1) possessed less than 3 such visual depictions; and

(2) promptly and in good faith, and without retaining or allowing any person, other than a law enforcement agency, to access any such visual depiction—

- (A) took reasonable steps to destroy each such visual depiction; or
- (B) reported the matter to a law enforcement agency and afforded that agency access to each such visual depiction.

(f) Definitions.—For purposes of this section—

(1) the term “visual depiction” includes undeveloped film and videotape, and data stored on a computer disk or by electronic means which is capable of conversion into a visual image, and also includes any photograph, film, video, picture, digital image or picture, computer image or picture, or computer generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means;

[...]

(3) the term “graphic”, when used with respect to a depiction of sexually explicit conduct, means that a viewer can observe any part of the genitals or pubic area of any depicted person or animal during any part of the time that the sexually explicit conduct is being depicted.»

2. CANADÁ

163.1 Criminal Code

«(1) In this section, child pornography means

(a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years;

(b) any written material, visual representation or audio recording that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

(c) any written material whose dominant characteristic is the description, for a sexual purpose, of sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act; or

(d) any audio recording that has as its dominant characteristic the description, presentation or representation, for a sexual purpose, of sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act».

3. FRANCIA

227-23 Code Pénal

«Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsque l'image ou la représentation concerne un mineur de quinze ans, ces faits sont punis même s'ils n'ont pas été commis en vue de la diffusion de cette image ou représentation.

Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines.

Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques.

Le fait de consulter habituellement ou en contrepartie d'un paiement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation, d'acquérir ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

Les infractions prévues au présent article sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée.

La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image».

4. ALEMANIA

Strafgesetzbuch (StGB)§ 184b Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften

«(1) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer

1. eine kinderpornographische Schrift verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht; kinderpornographisch ist eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie zum Gegenstand hat:

a) sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind),

b) die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung oder

c) die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes,

2. es unternimmt, einer anderen Person den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen,

3. eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, herstellt oder

4. eine kinderpornographische Schrift herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder 2 oder des § 184d Absatz 1 Satz 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu

ermöglichen, soweit die Tat nicht nach Nummer 3 mit Strafe bedroht ist.

(2) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, und gibt die Schrift in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1, 2 und 4 ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wieder, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu erkennen.

(3) Wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) Der Versuch ist strafbar; dies gilt nicht für Taten nach Absatz 1 Nummer 2 und 4 sowie Absatz 3.

(5) Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 3 gelten nicht für Handlungen, die ausschließlich der rechtmäßigen Erfüllung von Folgendem dienen:

1. staatliche Aufgaben,
2. Aufgaben, die sich aus Vereinbarungen mit einer zuständigen staatlichen Stelle ergeben, oder
3. dienstliche oder berufliche Pflichten.

(6) In den Fällen des Absatzes 2 ist § 73d anzuwenden. Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 Nummer 2 oder 3 oder Absatz 3 bezieht, werden eingezogen. § 74a ist anzuwenden».

§ 184c Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften

«(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. eine jugendpornographische Schrift verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht; jugendpornographisch ist eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie zum Gegenstand hat:

- a) sexuelle Handlungen von, an oder vor einer vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person oder

- b) die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung,
2. es unternimmt, einer anderen Person den Besitz an einer jugendpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen,
3. eine jugendpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, herstellt oder
4. eine jugendpornographische Schrift herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder 2 oder des § 184d Absatz 1 Satz 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen, soweit die Tat nicht nach Nummer 3 mit Strafe bedroht ist».

5. ITALIA

600 ter - Pornografia minorile

«(1) E' punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque:

- 1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico;
- 2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto.

(2) Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645.

(3) Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164.

Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità.

(4) Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto e' punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000.

(5) Ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali.»

600 quater - Pornografia virtuale

«Le disposizioni di cui agli articoli 600-ter e 600-quater si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo.

Per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali.»

6. REINO UNIDO

Possession of prohibited images of children

«(1) It is an offence for a person to be in possession of a prohibited image of a child.

(2) A prohibited image is an image which—

(a) is pornographic,

(b) falls within subsection (6), and

(c) is grossly offensive, disgusting or otherwise of an obscene character.

(3) An image is “pornographic” if it is of such a nature that it must reasonably be assumed to have been produced solely or principally for the purpose of sexual arousal.

(4) Where (as found in the person’s possession) an image forms part of a series of images, the question whether the image is of such a nature as is mentioned in subsection (3) is to be determined by reference to— (a) the image itself, and (b) (if the series of images is such as to be capable of providing a context for the image) the context in which it occurs in the series of images.

(5) So, for example, where—

(a) an image forms an integral part of a narrative constituted by a series of images, and

(b) having regard to those images as a whole, they are not of such a nature that they must reasonably be assumed to have been produced solely or principally for the purpose of sexual arousal, the image may, by virtue of being part of that narrative, be found not to be pornographic, even though it might have been found to be pornographic if taken by itself.

(6) An image falls within this subsection if it—

(a) is an image which focuses solely or principally on a child’s genitals or anal region, or

(b) portrays any of the acts mentioned in subsection (7).

(7) Those acts are—

(a) the performance by a person of an act of intercourse or oral sex with or in the presence of a child;

(b) an act of masturbation by, of, involving or in the presence of a child;

(c) an act which involves penetration of the vagina or anus of a child with a part of a person’s body or with anything else;

(d) an act of penetration, in the presence of a child, of the vagina or anus of a person with a part of a person's body or with anything else;

(e) the performance by a child of an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive or imaginary);

(f) the performance by a person of an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive or imaginary) in the presence of a child.

(8) For the purposes of subsection (7), penetration is a continuing act from entry to withdrawal».

Exclusion of classified film etc

«(1) Section 62(1) does not apply to excluded images.

(2) An “excluded image” is an image which forms part of a series of images contained in a recording of the whole or part of a classified work.

(3) But such an image is not an “excluded image” if—

(a) it is contained in a recording of an extract from a classified work, and

(b) it is of such a nature that it must reasonably be assumed to have been extracted (whether with or without other images) solely or principally for the purpose of sexual arousal.

(4) Where an extracted image is one of a series of images contained in the recording, the question whether the image is of such a nature as is mentioned in subsection (3)(b) is to be determined by reference to—

(a) the image itself, and

(b) (if the series of images is such as to be capable of providing a context for the image) the context in which it occurs in the series of images; and section 62(5) applies in connection with determining that question as it applies in connection with determining whether an image is pornographic.

(5) In determining for the purposes of this section whether a recording is a recording of the whole or part of a classified work, any alteration attributable to—

(a) a defect caused for technical reasons or by inadvertence on the part of any person, or

(b) the inclusion in the recording of any extraneous material (such as advertisements), is to be disregarded.

(6) Nothing in this section is to be taken as affecting any duty of a designated authority to have regard to section 62 (along with other enactments creating criminal offences) in determining whether a video work is suitable for a classification certificate to be issued in respect of it.

(7) In this section— “classified work” means (subject to subsection (8)) a video work in respect of which a classification certificate has been issued by a designated authority (whether before or after the commencement of this section); “classification certificate” and “video work” have the same meaning as in the Video Recordings Act 1984 (c.39); “designated authority” means an authority which has been designated by the Secretary of State under section 4 of that Act; “extract” includes an extract consisting of a single image; “pornographic” has the same meaning as in section 62; “recording” means any disc, tape or other device capable of storing data electronically and from which images may be produced (by any means).

(8) Section 22(3) of the Video Recordings Act 1984 (effect of alterations) applies for the purposes of this section as it applies for the purposes of that Act».

64 Defences

«(1) Where a person is charged with an offence under section 62(1), it is a defence for the person to prove any of the following matters—

(a) that the person had a legitimate reason for being in possession of the image concerned;

(b) that the person had not seen the image concerned and did not know, nor had any cause to suspect, it to be a prohibited image of a child;

(c) that the person—

(i) was sent the image concerned without any prior request having been made by or on behalf of the person, and

(ii) did not keep it for an unreasonable time.

(2) In this section “prohibited image” has the same meaning as in section 62».

65 Meaning of “image” and “child”

«(1) The following apply for the purposes of sections 62 to 64.

(2) “Image” includes—

(a) a moving or still image (produced by any means), or

(b) data (stored by any means) which is capable of conversion into an image within paragraph (a).

(3) “Image” does not include an indecent photograph, or indecent pseudophotograph, of a child.

(4) In subsection (3) “indecent photograph” and “indecent pseudophotograph” are to be construed—

(a) in relation to England and Wales, in accordance with the Protection of Children Act 1978 (c. 37), and

(b) in relation to Northern Ireland, in accordance with the Protection of Children (Northern Ireland) Order 1978 (S.I. 1978/1047 (N.I. 17)).

(5) “Child”, subject to subsection (6), means a person under the age of 18.

(6) Where an image shows a person the image is to be treated as an image of a child if—

(a) the impression conveyed by the image is that the person shown is a child, or

(b) the predominant impression conveyed is that the person shown is a child despite the fact that some of the physical characteristics shown are not those of a child.

(7) References to an image of a person include references to an image of an imaginary person.

(8) References to an image of a child include references to an image of an imaginary child».