



**Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2014/2015**

**PORNOGRAFÍA INFANTIL Y CRIMINALIDAD
INFORMÁTICA**

CHILD PORNOGRAPHY AND COMPUTER CRIME

Realizado por la alumna Dña. Amaia Senén Arrillaga

Tutorizado por la Profesora Dña. Isabel Durán Seco

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	6
RESUMEN DEL TRABAJO	10
PALABRAS CLAVE	10
<i>ABSTRACT</i>	11
<i>KEYWORDS</i>	11
OBJETO DEL TRABAJO	12
METODOLOGÍA UTILIZADA	14
<u>CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL</u>	17
<u>1. CUESTIONES PREVIAS</u>	17
<u>2. INTERNET Y SU CONTRIBUCIÓN EN LA COMISIÓN DE DELITOS</u>	18
<u>CAPÍTULO 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE LAS REFORMAS DEL CP ESPAÑOL</u>	21
<u>1. INTRODUCCIÓN</u>	21
<u>2. REFORMAS DEL CP ESPAÑOL SOBRE LOS DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL (ARTS. 185 Y 186 CP)</u>	22
<u>3. REFORMAS DEL CP ESPAÑOL SOBRE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL (ARTS. 189 Y 189 BIS CP)</u>	25
<u>CAPÍTULO 3. CUESTIONES GENERALES</u>	28
<u>1. CONCEPTO DE “OBSCENO”</u>	28
<u>2. CONCEPTOS DE “PORNOGRAFÍA” Y DE “PORNOGRAFÍA INFANTIL”</u> ...	30

3. TIPOS DE PORNOGRAFÍA	36
4. CONCEPTO DE “MATERIAL PORNOGRÁFICO”	38
5. CONCEPTO DE “ESPECTÁCULO PORNOGRÁFICO”	43
6. DERECHO DE EDUCACIÓN DE LOS PADRES Y AL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PEDAGÓGICA DE LOS MAESTROS.....	44
<u>CAPÍTULO 4. EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL.....</u>	45
1. DELITO DE EXHIBICIONISMO (ART. 185 CP).....	45
• Tipo Positivo Objetivo.....	45
• Tipo Positivo Subjetivo.....	51
• Tipo Negativo.....	53
• Culpabilidad.....	53
• Concursos y delito continuado.....	54
• Pena.....	55
2. DELITO DE PROVOCACIÓN SEXUAL (ART. 186 CP)	56
• Tipo Positivo Objetivo.....	56
• Tipo Positivo Subjetivo.....	62
• Tipo Negativo.....	63
• Antijuricidad.....	64
• Concursos y delito continuado.....	64
• Pena.....	65
<u>CAPÍTULO 5. PORNOGRAFÍA INFANTIL. PARTICIPACIÓN DE LOS MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN (ART. 189 CP).....</u>	65
1. INTRODUCCIÓN Y REGULACIÓN GENERAL DEL ART. 189 CP.....	65
2. ART. 189.1 CP: TIPOS BÁSICOS	68

<u>2.1 Conductas o modalidades típicas del art. 189.1 CP [Apartados a) y b)]</u>	68
<u>2.1.1 Apartado a) del art. 189.1 CP</u>	68
<i>a) Captación de menores de edad o discapacitados necesitados de especial protección en espectáculos pornográficos</i>	69
<i>b) Utilización de menores o discapacitados necesitados de especial protección para la elaboración de material pornográfico</i>	70
<i>c) Financiación de actividades pornográficas</i>	71
<i>d) Lucro a través de actividades pornográficas</i>	71
<u>2.1.2 Apartado b) del art. 189.1 CP</u>	72
<u>2.2 Concepto de pornografía infantil conforme al art. 189.1 b) CP</u>	74
<u>2.3 “Pornografía simulada” o “Pseudo-pornografía”</u>	74
<u>3. ART. 189.2 CP: TIPOS AGRAVADOS GENÉRICOS DEL ART. 189.1 CP</u>	76
<u>3.1 Las víctimas son menores de dieciséis años [art. 189.2 a) CP]</u>	77
<u>3.2 Los hechos son particularmente degradantes o vejatorios [art. 189.2 b) CP]</u> ..	77
<u>3.3 Los menores o discapacitados son víctimas de violencia física o sexual [art.189.2 c) CP]</u>	78
<u>3.4 Puesta en peligro por conducta dolosa o imprudente, la vida o la salud de la víctima [art. 189.2 d) CP]</u>	79
<u>3.5 El material pornográfico es de notoria importancia [art. 189.2 e) CP]</u>	80
<u>3.6 El culpable pertenece a organización o asociación dedicada a la realización de actividades pornográficas [art. 189.2 f) CP]</u>	81

3.7 El autor es la persona encargada del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección [art. 189.2 g) CP].....	82
3.8 El autor es reincidente [art. 189.2 h) CP]	82
4. ART. 189.3 CP: TIPO AGRAVADO ESPECÍFICO DE USO DE VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LOS HECHOS DEL ART.189.1 a) CP	83
5. ART. 189.4 CP: TIPO AUTÓNOMO DE ASISTENCIA A ESPECTÁCULOS EXHIBICIONISTAS O PORNOGRÁFICOS.....	84
6. ART. 189.5 CP: TIPO AUTÓNOMO DE ADQUISICIÓN, POSESIÓN SIMPLE Y MERO ACCESO A PORNOGRAFÍA INFANTIL	86
7. ART. 189.6 Y 7 CP: TIPO AUTÓNOMO DE OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR LA CONTINUACIÓN DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	88
8. ART. 189.8 CP: ADOPCIÓN DE MEDIDAS RELATIVAS A INTERNET	89
<u>CAPÍTULO 6. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y DE DISCAPACITADOS (ART. 189 BIS CP)</u>	90
CONCLUSIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	99
ANEXO 1. LEGISLACIÓN.....	105
ANEXO 2. OTRAS FUENTES.....	108
ANEXO 3. JURISPRUDENCIA UTILIZADA.....	109

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
APA	American Psychological Association
Art. (s)	Artículo (s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil Español
CE	Constitución Española de 1978
Cfr.	Confróntese/Compárese
CIRCAMP	Cospol Internet Related Child Abusive Material Project
CONAPO	Consejo Nacional de Población
Coord. (s)	Coordinador (es)
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dir. (s)	Director (es)
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española

DVD	Digital Versatile Disc
EE.UU	Estados Unidos
Ed.	Edición
Edit.	Editorial
Et al	Y otros
Etc.	Etcétera
EUROPOL	European Police Office
INTERPOL	International Criminal Police Organization
JP	Juzgado de lo Penal
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Nº. (s)	Número (s)
OMS	Organización Mundial de la Salud
Págs.	Páginas
RAE	Real Academia Española

RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RECRIM	Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDU	Revista Digital Universitaria
RIDP	Revista de Internet, Derecho y Política
RLCS	Revista Latina de Comunicación Social
RPC	Revista de Política Criminal
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEGOB	Secretaría de Gobernación
SS.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
ULE	Universidad de León
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
US Code	Código Federal de los Estados Unidos

USB

Universal Serial Bus

UV

Universidad de Valencia

Vid.

Véase

Vol.

Volumen

WWW

World Wide Web

RESUMEN DEL TRABAJO

Con el presente trabajo se lleva a cabo una explicación detallada y renovada de los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía infantil, regulados en los artículos 185, 186, 189 y 189 bis CP, puesto que se analizan teniendo en cuenta la última Reforma efectuada sobre el Código Penal en este mismo año 2015.

Además, también se hace especial referencia a las nuevas tecnologías, puesto que con su llegada al ámbito cotidiano doméstico, de trabajo o de ocio en las dos últimas décadas, la pornografía infantil ha conseguido proliferar de un mayor modo que si el medio Internet no hubiera surgido, lo que en consecuencia ha supuesto la aparición de la mencionada Reforma del Código Penal de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

Por todo ello se analizan las diferentes conductas delictivas de carácter exhibicionista o pornográfico destinadas a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, en las que se puede incurrir en la actualidad, señalando su regulación actual y las penas que se impondrían.

PALABRAS CLAVE

Delitos sexuales, política criminal, exhibicionismo, provocación sexual, pornografía, pornografía infantil, material pornográfico, menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, indemnidad sexual, intangibilidad sexual, Internet.

ABSTRACT

This study carries out a detailed and renewed explanation of exhibitionism, sexual provocation and child pornography offenses, according to articles 185, 186 and 189 of the Spanish Penal Code, given that they have been analysed taking into account the last reform made on the Spanish Penal Code in this 2015.

In addition, this study is also referred to new technologies, given that since their arrival at daily domestic sphere, at work environment or at field of leisure in the last two decades, child pornography has managed to proliferate even more that if Internet had not arisen, what consequently has meant the creation of the Spanish Penal Code Reform of 2015 (Organic Law 1/2015, 30th of March).

Due to all of this, the different criminal behaviors of exhibitionist or pornographic nature aimed at minors or people with disabilities in need of special protection, that anyone can currently commit, have been analysed pointing out its current policy and penalties to be imposed.

KEYWORDS

Sexual offenses, criminal policy, exhibitionism, sexual provocation, pornography, child pornography, minors, people with disabilities in need of special protection, sexual indemnity, sexual inviolability, Internet.

OBJETO DEL TRABAJO

El **objeto de este estudio** está orientado a lograr que el lector obtenga una comprensión completa de la regulación penal española actual de los delitos de exhibicionismo (art. 185 CP), provocación sexual (art. 186 CP) y de pornografía infantil (arts. 189 y 189 bis CP).

Es por ello que, *en primer lugar*, se realiza una pequeña introducción con una serie de cuestiones previas que lo que pretenden es explicar la tipificación de estos delitos en el Código Penal español y las diferencias entre los mismos, en especial entre la conducta contenida en el artículo 186 y las conductas contenidas en el artículo 189 CP puesto que ambos artículos van dirigidos específicamente a castigar la pornografía infantil, pero se distinguen, tal y como veremos, en el hecho de que mientras que en el art. 186 CP se regulan conductas pornográficas destinadas a menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, en el art. 189 CP dichos menores y discapacitados ya participan en tales conductas. A su vez, se realiza una breve explicación de cómo Internet con su incesante desarrollo y las oportunidades de anonimato que ofrece consigue que los delitos proliferen aún más, y entre ellos y en concreto el delito de pornografía infantil.

En segundo lugar, se tienen en cuenta las diversas reformas que han afectado y modificado nuestro Código Penal en esta materia, ofreciéndose una breve explicación de la evolución que han experimentado los delitos tratados en los arts. 185, 186, 189 y 189 bis CP con dichas reformas efectuadas sobre el Código Penal.

En tercer lugar, se analizan los conceptos de “obsceno”, “pornografía”, “material pornográfico”, “espectáculo pornográfico”, así como los tipos de pornografía y el derecho a la educación de los padres y al ejercicio pedagógico de los maestros. Se trata de cuestiones de vital importancia que están vinculadas a este estudio y que nos ayudarán a comprender los delitos que se analizan tras dichos conceptos.

Y en último lugar, se procede al análisis completo de los delitos de los arts. 185, 186, 189 y 189 bis CP. Dichos delitos son el de *exhibicionismo* (art. 185 CP), que a pesar de

no tratarse por lo tanto de un delito de pornografía infantil, dada su conexión con el tema y de que se trata de un delito también destinado a menores y discapacitados, se considera necesario su análisis; el de *provocación sexual* (art. 186 CP), con el que conoceremos que se trata de un delito de pornografía infantil denominado así porque el autor de este delito lo que pretende es obtener una respuesta sexual de los menores y discapacitados necesitados de especial protección, es decir, pretende provocarles sexualmente; y por último, los *delitos relativos a pornografía infantil en los que los menores o discapacitados se ven involucrados* puesto que ya participan en las conductas y no son meros destinatarios de las mismas (art. 189 CP). Todo ello se complementa con el art. 189 bis, precepto que se encarga de imponer las penas a las *personas jurídicas* que hayan participado en las conductas pornográficas.

El art. 189 CP, en concreto, probablemente se trate del precepto de mayor dificultad de estudio de todos dada su extensión y la complejidad de las conductas descritas en el mismo. Por ello se lleva a cabo una introducción y regulación general del mismo en orden a que el lector alcance una perfecta comprensión, y posteriormente ya se realiza el análisis específico de cada uno de los ocho apartados con los que cuenta este precepto tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la cual se reforma el Código Penal, y que afecta especialmente a dicho precepto.

METODOLOGÍA UTILIZADA

Para poder lograr los objetivos que se pretenden alcanzar en este Trabajo de Fin de Grado resulta necesario seguir un riguroso método de investigación científico¹. Es por ello que a la luz de los objetivos que se pretenden conseguir, donde prima el factor jurídico y especialmente el jurídico-penal, se ha de seguir una investigación científica.

La investigación jurídica es la actividad intelectual que pretende descubrir y mostrar soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que puedan plantear la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aún cuando formalmente parezca anticuado².

Existen varios modelos de investigación jurídica, de entre los cuales se utilizarán como metodología en el presente trabajo de investigación el *método histórico-jurídico*, referente al seguimiento histórico de una institución jurídica; el *método jurídico-comparativo*, consistente en tratar de establecer las semejanzas y/o diferencias que puedan existir entre instituciones jurídicas o sistemas jurídicos de distintos países; el *método jurídico-descriptivo*, que trata de explicar de una forma sistemática y analítica un tema jurídico exponiendo sus principales características y el funcionamiento de la norma; y por último, el *método jurídico-propositivo*, que se caracteriza por evaluar y criticar los posibles fallos de los sistemas o normas, con la finalidad de aportar o proponer soluciones³. Asimismo, es necesario destacar que la investigación jurídica contiene tres aspectos esenciales que son: la *factividad*, aspecto fáctico del Derecho; la *normatividad*, aspecto normativo del Derecho; y la *axiología*, aspecto valorativo del Derecho.

Para lograr mostrar los resultados obtenidos mediante la elaboración del trabajo

¹ La metodología de la investigación científica se concibe como el estudio y la aplicación del conjunto de métodos, técnicas y recursos en el proceso de la investigación, ÁLVAREZ UNDURRAGA, Metodología de la investigación jurídica, 2002, 28.

² FIX-ZAMUDIO, Metodología, docencia e investigación jurídicas, 4ª ed., 1995, 416.

³ Sobre ello puede verse <http://www.monografias.com/trabajos85/derecho-investigacion-juridica/derecho-investigacion-juridica.shtml#modelosdea>

siguiendo la investigación jurídica descrita, se han ido desarrollando las fases⁴ que a continuación se detallan:

1. Elección y delimitación del tema objeto de estudio y elaboración del índice provisional: Teniendo en cuenta el Área de conocimiento de la tutora del Trabajo de Fin de Grado se le propone un tema relacionado con la materia jurídico-penal, discutiéndose las posibilidades del mismo. Tras la elección definitiva del tema y las explicaciones pertinentes de la tutora en relación a cómo iniciar y redactar el trabajo, se procede a la elaboración de un índice provisional teniendo en cuenta la descripción de las conductas que se pretenden analizar en el Código Penal, para encuadrar así la investigación jurídica, procediendo asimismo al planteamiento, formulación, y sistematización de los objetivos y problemas que el tema escogido pueda plantear.
2. Recopilación de información y documentación: Tras las indicaciones de la tutora consistentes en la lectura inicial de los artículos del Código Penal correspondientes al tema a tratar, se procede a la búsqueda y recopilación de información para obtener así una comprensión adecuada sobre el tema escogido y poder comenzar a elaborar el trabajo. La asistencia al curso “*Trabajo Fin de Grado: Cómo buscar la información que necesitas*”, celebrado el 5 de marzo de 2015 en la ULE, fue útil a este respecto dado que se nos enseñó a utilizar las distintas bases jurídicas en la búsqueda de material para la elaboración del presente trabajo.

Para la obtención de información y el desarrollo de este estudio se han empleado las siguientes fuentes: manuales de Derecho Penal, revistas jurídicas y monografías académicas relativas a los temas tratados a lo largo de este trabajo, es decir, la pornografía infantil y de discapacitados y las nuevas tecnologías especialmente; jurisprudencia penal; portales jurídicos (tales como dialnet, noticias jurídicas, cendoj, etc.) o relativos a la materia objeto de la consulta realizada en su momento; y por supuesto el análisis directo de los textos legales vinculados al presente trabajo, fundamentalmente el Código Penal (Ley

⁴ ÁLVAREZ UNDURRAGA, Metodología de la investigación jurídica, 2002, 35, hace referencia a las fases que se han de seguir en la elaboración de un trabajo de investigación.

Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), y las diversas Reformas que modifican el mismo, Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, teniendo en especial consideración esta última dada su reciente aparición.

3. Análisis, interpretación y crítica de la información obtenida: Una vez realizada la lectura de los materiales y obtenidas las ideas necesarias para el conocimiento y comprensión del tema, se lleva a cabo el análisis, entendimiento y crítica de las mismas. A su vez se plantean y valoran los problemas que conllevan el estudio del tema escogido y se empieza a formar una opinión sobre todo ello para así posteriormente plasmarlo en el trabajo.

4. Síntesis, redacción y corrección del trabajo: Finalmente se recoge en el trabajo una síntesis de toda la información obtenida, aportando valoraciones y críticas propias así como las posturas y opiniones de diversos autores y de la jurisprudencia penal. Se ha procurado llevar a cabo una redacción clara, comprensible y completa sobre los delitos de exhibicionismo (art. 185 CP), de provocación sexual y de pornografía infantil y de discapacitados (arts. 189 y 189 bis CP) y su regulación en la actualidad, teniendo en cuenta asimismo las relativamente nuevas tecnologías de la información y comunicación. La redacción del trabajo se ha realizado por capítulos, apartados y subapartados, por lo que cada vez que algún capítulo o apartado se redactaba, se le entregaba a la tutora para su corrección. Una vez finalizada la redacción final del trabajo e incluidas las conclusiones obtenidas, se le entrega el mismo a la tutora para su corrección final.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

1. CUESTIONES PREVIAS

La pornografía infantil se configura como una serie de conductas delictivas castigadas por nuestro Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) a través de los “delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, recogidos en el Capítulo IV del Título VIII bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. En concreto nos referimos a los **artículos 185 y 186**, ambos con antecedentes en el Código Penal de 1973 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) recogidos entonces bajo la rúbrica “De los delitos contra la libertad sexual”, artículos que describen conductas vinculadas al exhibicionismo o al material pornográfico en el que no han intervenido en su producción los menores o las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, sino que son **meros espectadores** del exhibicionismo o del material pornográfico.

A pesar de que el art. 185 CP se refiere al exhibicionismo y no a la pornografía infantil propiamente dicha podría entenderse, en principio, que no tiene cabida aquí hacer mención al mismo, sin embargo, dado que el exhibicionismo que se tipifica en el art. 185 CP está dirigido a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se ha de considerar que es importante también desarrollar el mismo, dada su conexión con el resto de conductas pornográficas que serán tratadas.

La pornografía infantil no solo se refiere a las conductas delictivas de los arts. 185 y 186 CP, sino también a las conductas delictivas recogidas en el **art. 189 CP** en las que los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección ya **participan activamente** en esas conductas pornográficas, y no son meros observadores como ocurre en los arts. 185 y 186 CP. Junto al art. 189 CP, se recogen en el art. 189 bis CP las penas para las personas jurídicas⁵ que cometan cualquier actividad pornográfica

⁵ De acuerdo con el art. 2 f) de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, una **persona jurídica** es “cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas”.

dirigida a menores o a personas necesitadas de especial protección. Los arts. 189 y 189 bis CP se ubican también en la actualidad en el Título VIII del CP bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, pero a diferencia de los arts. 185 y 186 CP que se regulan en el Capítulo IV, estos se regulan en el Capítulo V bajo la rúbrica “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”.

Como introducción, podemos señalar que la pornografía infantil se refiere a conductas en las que el autor trata de involucrar a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección en actos de naturaleza sexual que pueden incidir negativamente en su “indemnidad sexual”, es decir, perjudicar la evolución o el desarrollo de su personalidad, en el caso del menor; o excitar indebidamente su sexualidad, en el caso de la persona con discapacidad necesitada de especial protección⁶.

2. INTERNET Y SU CONTRIBUCIÓN EN LA COMISIÓN DE DELITOS

El incesante desarrollo y expansión de Internet como vía de comunicación y transmisión masiva de datos le ha otorgado en los últimos años una extraordinaria trascendencia social, adquiriendo con ello un rol esencial para el desarrollo de todo tipo de actividades de carácter lúdico, cultural, financiero o comercial. Sin embargo, dicha expansión también ha determinado la inevitable entrada de un porcentaje de actividades nocivas para los ciudadanos, algunas de las cuales producen la lesión de bienes jurídicos relevantes⁷.

A día de hoy, además de por el uso extensivo de Internet, los adolescentes⁸ han sido calificados como “grupo de riesgo” ya que son considerados como el grupo de edad más

⁶ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 234.

⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, Ciberdelitos, 2007, 13 y 14.

⁸ En este sentido, PIFARRÉ DE MONER, en: PIFARRÉ DE MONER/SALVADORI/MIRÓ LLINARES/PICOTTI, RIDP, nº16, 2013, 41, señala que la entrada de los menores en este mundo constituye un ulterior problema de grandes dimensiones, porque son sujetos todavía no enteramente capaces de comprender el alcance actual y futuro de sus actos, lo que plantea el interrogante de cómo afrontar la natural desprotección de los menores en Internet, entorno que a menudo sus padres y educadores conocen de manera insuficiente y en el que no son capaces de protegerles ni de enseñarles a autoprotgerse, creando así un espacio de riesgo de especial relevancia en un medio del que tanto podrían beneficiarse.

vulnerable de desarrollar comportamientos conflictivos en torno a la Red o de verse afectados por ellos en base a la conceptualización común que se hace de los mismos como seres inmaduros, emocionalmente inestables e irresponsables. En esta etapa de transición hacia la edad adulta, Internet se ha convertido para los menores en un espacio en el que explorar su propia identidad y sexualidad, experimentar con nuevas emociones y relaciones sociales y mejorar su autoconocimiento, lo que a menudo conlleva la exposición a situaciones que son consideradas amenazantes y peligrosas para su seguridad física y mental o el desarrollo de comportamientos que pueden ser valorados como problemáticos⁹.

De hecho, en el momento en el que comienzan a utilizar Internet surgen una serie de riesgos activos asociados a comportamientos problemáticos en los que incurren los menores de forma voluntaria¹⁰, y son el acceso a contenidos inadecuados como información sobre drogas, pornografía o apuestas y casinos online y comportamientos delictivos como bajarse archivos de música o películas; las peticiones de contacto a otros menores; el acoso en la Red, incluyendo el acoso sexual; y poner a disposición de terceros información o imágenes privadas que pueden ser mal utilizadas y generar comportamientos en terceros que les sitúen en situaciones que pongan en riesgo su integridad física o mental¹¹.

El problema principal que supone Internet viene dado por el hecho de que con la aparición de este medio, los organismos que hasta el momento se encargaban de castigar las conductas delictivas tipificadas en nuestra legislación, se han tenido que enfrentar a nuevos modos de ejecutar los delitos, lo que además de entrañar nuevas dificultades, implica que se cuestionen muchos de los principios vigentes. Un ejemplo de esas nuevas dificultades a las que debemos enfrentarnos con la aparición del medio Internet lo encontramos especialmente a la hora de detectar y perseguir el delito

⁹ CATALINA GARCÍA/LÓPEZ DE AYALA LÓPEZ/GARCÍA JIMÉNEZ, RLCS, nº69, 2014, 463 y 464.

¹⁰ Esto se debe al hecho de que nos encontramos en una “sociedad de riesgos”. Esto significa que convivimos en una sociedad post-industrial en la que asumimos riesgos exigidos por la propia modernización e industrialización de la sociedad, riesgos que sin duda alguna plantean y seguirán planteando nuevas necesidades al Derecho Penal, y un fenómeno claro asociado a estos “nuevos riesgos” es el abuso de instrumentos modernos de la vida económica, como es el caso de las nuevas tecnologías y entre ellas, Internet, JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, La Reforma Penal de 2015, 2015, 98 y 99.

¹¹ CATALINA GARCÍA/LÓPEZ DE AYALA LÓPEZ/GARCÍA JIMÉNEZ, RLCS, nº69, 2014, 463 y 464.

cometido, debido a las posibilidades de anonimato¹² que ahora se ofrecen, a la escasa concienciación de los usuarios en relación a la necesidad de mantener una serie de medidas preventivas de seguridad, o al carácter internacional de algunas de las conductas delictivas¹³.

Por ello, los poderes públicos tratan de reaccionar ante esta situación con medidas que adoptan de manera urgente, muchas veces con intención de que sean provisionales en tanto la “alarma social” producida se mantenga¹⁴. Uno de los instrumentos más utilizados por los poderes públicos ante estas “emergencias” es el Derecho Penal¹⁵, y un claro ejemplo es la reciente LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la cual es una muestra de la rapidez y profundidad con que se están sucediendo los cambios legislativos en este campo¹⁶.

En consecuencia, este traslado de la vida cotidiana a Internet ha supuesto una enorme cantidad de destinatarios potenciales de las acciones delictivas, que alcanza prácticamente al mundo entero, y que las convierte en más peligrosas y lesivas. Un ejemplo de nuevos comportamientos surgidos a raíz de esta “emigración” a Internet nos lo da el perfil criminológico del acosador, que en general es distinto cuando su actividad de acoso se desarrolla solo en la red, ya que mientras que en el mundo real se enfrenta a su víctima de manera directa y por tanto se suele tratar de una persona con un perfil fuerte, la persona que solo acosa a través de la red suele obedecer a un patrón más

¹² El uso de Internet no debe impedir el derecho al respecto de la vida privada, lo que conlleva la protección de los datos personales y el respeto de la confidencialidad de la correspondencia y de las comunicaciones. Solo en el marco de una investigación penal, con arreglo a los requisitos establecidos en el art. 18.3 CE, la LECrim. y la jurisprudencia constitucional, es posible quebrantar la privacidad de las personas.

¹³ FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos*, 2007, 13 y 14.

¹⁴ JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, *La Reforma Penal de 2015*, 2015, 99, señalan que en un futuro próximo habrá de existir una auténtica Administración judicial electrónica, en cumplimiento de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

¹⁵ PIFARRÉ DE MONER, en: PIFARRÉ DE MONER/SALVADORI/MIRÓ LLINARES/PICOTTI, *RIDP*, n°16, 2013, 42.

¹⁶ Además de sancionarse el acceso voluntario a pornografía infantil en Internet y a quien en este ámbito contacte con menores o discapacitados necesitados de especial protección con fines sexuales, ya se prevé una norma de extensión de aplicación de la ley penal española a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores cometidos en Internet siempre que los contenidos en cuestión sean accesibles desde territorio español, independientemente del lugar donde estas actividades tengan su base. Por otra parte, para muchos de estos delitos también se prevé la retirada de contenidos y la posibilidad de bloqueo del portal de acceso.

acobardado, que sería incapaz de realizar la misma conducta en el mundo real, y se ampara en el anonimato y la distancia que le proporciona la red¹⁷.

CAPÍTULO 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE LAS REFORMAS DEL CP ESPAÑOL

1. INTRODUCCIÓN

Lo relativo a la pornografía infantil, tal y como ya se ha señalado, se regula en la actualidad en los arts. 185, 186, 189 y 189 bis de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Código Penal es la fuente de legislación penal por excelencia, y dada la constante evolución de Internet y su influencia en la materia que regula el mismo, este se ha visto reformado en numerosas ocasiones, y en concreto por lo que respecta a la materia que nos ocupa, con la LO 11/1999, de 30 de abril; la LO 15/2003, de 25 de noviembre; la LO 5/2010, de 22 de junio y la LO 1/2015, de 30 de marzo¹⁸.

Son importantes todas las reformas que se han llevado a cabo sobre el CP, pero en esta ocasión nos interesa especialmente la última reforma efectuada sobre el mismo, la Reforma de 2015¹⁹, reforma que entró en vigor el 1 de julio de este 2015. Esta Reforma de 2015 surgió como un “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley

¹⁷PIFARRÉ DE MONER, en: PIFARRÉ DE MONER/SALVADORI/MIRÓ LLINARES/PICOTTI, RIDP, nº16, 2013, 41.

¹⁸ En adelante nos referiremos a las mismas como las Reformas del CP de 1999, 2003, 2010 y 2015.

¹⁹ Respecto a la materia que nos interesa, el art. 189 CP (delitos relativos a la pornografía infantil) ha experimentado una importante ampliación con esta Reforma del CP de 2015, la cual en su apartado XII de la Exposición de Motivos ya adelanta que “Se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil. En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida.

En relación con la pornografía infantil, se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía. Por esta misma razón, se faculta expresamente a los jueces y tribunales para que puedan ordenar la adopción de medidas necesarias para la retirada de las páginas web de internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a dichas páginas”.

Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal” el 4 de Octubre de 2013, y la aprobación de su elaboración se produjo en enero de 2015.

2. REFORMAS DEL CP ESPAÑOL SOBRE LOS DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL (ARTS. 185 Y 186 CP)

Acerca de los **arts. 185 y 186 CP, delitos de exhibicionismo y provocación sexual**, es imprescindible mencionar que ya se regulaban en el CP de 1973 y en el Proyecto de CP de 1994, antecesores de los actuales arts. 185 y 186 CP, y que tras su redacción en el CP de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre), se han visto modificados por las Reformas de 1999 (LO 11/1999) y de 2003 (LO 15/2003), aunque es cierto que no se han visto afectados de ningún modo por la de 2010, por lo que esta Reforma de 2010 (LO 5/2010) mantuvo la redacción de los mismos tal y como se estableció tras la Reforma de 2003. La Reforma de 2015 (LO 1/2015) de hecho tampoco ha realizado modificación alguna salvo la de sustituir el concepto de “incapaz” por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”²⁰.

En primer lugar, respecto al **art. 185 CP, delito de exhibicionismo**, ha de mencionarse que tanto el *art. 431 del CP de 1973*²¹ como el *art. 176 del Proyecto de 1994*, antecesores de nuestro actual art. 185 CP, tal y como se ha señalado, se referían al exhibicionismo “ante menores de dieciséis años o deficientes mentales”, sin embargo, finalmente en el texto original del CP de 1995²² se optó por acudir al concepto de “menor de edad”, entendiéndose como tal, al menor de dieciocho años tal y como determina el art. 12 CE²³, y al concepto de “incapaz”, conforme a la definición auténtica

²⁰ La citada modificación terminológica proviene de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención de las personas en situación de dependencia, la cual, a su vez, tiene su origen en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006.

²¹ “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otro actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

Se impondrá la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada”.

²² “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses”.

²³ “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

del art. 25 CP inciso segundo²⁴. En las sucesivas reformas el concepto de “menor de edad” no se ha modificado, pero sin embargo el de “incapaz” sí, ya que con la *Reforma de 2015* se sustituye por el concepto de “personas con discapacidad necesitadas de especial protección” tal y como ya se ha mencionado.

Este art. 185 CP, salvo por los conceptos de “menor de edad” e “incapaz”, desde su regulación en el texto original de 1995 no se ha visto muy alterado en realidad. Únicamente ha de mencionarse el hecho de que el *texto original de 1995* castigaba a “el que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces”, mientras que el *texto vigente* castiga a “el que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”. El “otros” se ha convertido desde la *Reforma de 1999* en “otra persona”, o sea, un cambio absolutamente gratuito, que en realidad es considerado como innecesario puesto que no supone ninguna modificación trascendental²⁵.

Respecto a la *Reforma de 2003*²⁶, la redacción del art. 185 CP únicamente se vio modificada en relación a la Reforma de 1999²⁷ en que se amplió la pena de multa, que pasó de ser “de seis a doce meses” a ser de “doce a veinticuatro meses”.

En relación a la **pena**, la pena inicial del *CP original de 1995* era de “multa de tres a diez meses”, la cual se elevó en el texto de 1999 a “**prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses**”, que tal y como se acaba de hacer referencia, se amplió de nuevo en la Reforma de 2003 y se ha mantenido hasta la actualidad (incluyendo en la Reforma de 2015) a “prisión de seis meses a un año o **multa de seis a doce meses**”.

²⁴ “Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

²⁵ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 261.

²⁶ “El que ejecutare o hiciere ejecutar a **otra persona** actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o **multa de doce a veinticuatro meses**”.

²⁷ “El que ejecutare o hiciere ejecutar a **otra persona** actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o **multa de seis a doce meses**”.

En segundo lugar, de acuerdo con el **art. 186 CP, delito de provocación sexual** (difusión, venta o exhibición del material pornográfico), hay que señalar que éste es heredero del *art. 432 del CP de 1973*, haciendo alusión este último al “que por cualquier medio difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de dieciséis años o deficientes mentales”. Al igual que ha ocurrido con el art. 185, en el art. 186 CP, en la redacción del Código Penal en 1995 y en sus posteriores reformas, se incluyó el concepto de “menores de edad” y el de “incapaces” en vez de “menores de dieciséis años o deficientes mentales” como inicialmente se pretendió, y con la llegada de la *Reforma de 2015*, tal y como se ha señalado ya, se mantiene el concepto de “menores de edad²⁸” pero el de “incapaces” se sustituye por el de “personas con discapacidad necesitadas de especial protección²⁹”.

Además, ya desde la *redacción original del CP de 1995*³⁰ se exige que el medio de difusión, venta o exhibición sea siempre “directo”, una condición ausente en el ya mencionado art. 432 CP de 1973, aunque ya adelantada en el art. 177 del Proyecto de 1994³¹.

Por lo tanto, podemos señalar que una vez redactado el art. 186 CP en 1995, apenas se vio alterado por las posteriores reformas. De hecho, la única modificación que se efectuó en 1999 y posteriormente en 2003, fue en relación a la **pena**, que se amplió. De manera que si en el texto original de 1995 este delito se castigaba con “multa de tres a diez meses”, en el texto de 1999³² con “**prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses**”, y en 2003³³ con “prisión de seis meses a un año o **multa de doce a veinticuatro meses**”³⁴, pena que se ha mantenido con las Reformas de 2010 y de 2015.

²⁸ Interpretándose tal y como ya se ha señalado conforme al art. 12 CE.

²⁹ Interpretándose tal y como ya se ha señalado conforme al art. 25 CP segundo inciso.

³⁰ “El que, por cualquier medio **directo**, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la **pena de multa de tres a diez meses**”.

³¹ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 262.

³² “El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses”

³³ “El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses”

³⁴ Ocurrió en relación a la pena por lo tanto, lo mismo que con el art. 185 CP.

3. REFORMAS DEL CP ESPAÑOL SOBRE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL (ARTS. 189 Y 189 BIS CP)

El **art. 189 CP**, relativo a supuestos en los que los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección participan activamente en conductas pornográficas se ha visto afectado por diversas reformas del CP.

El *Código Penal de 1995* para este art. 189 CP, en su redacción originaria, limitaba el castigo con relación a la pornografía de menores a los comportamientos de quienes los utilizaban con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Sin embargo, desde el asunto de los “pornonautas de Vic”³⁵ en 1996³⁶ y la extensión de la pornografía en la red, surgió un debate relativo a las lagunas punitivas del CP, ya que entonces no se castigaba expresamente a aquellos que se limitaban a traficar con la pornografía infantil sin haber intervenido en su elaboración o producción previa³⁷.

Desde entonces se han llevado a cabo diversas reformas sobre el CP y sobre los delitos de pornografía infantil por lo tanto, tal y como ya se ha señalado. De hecho, la *Reforma de 1999* modificó la redacción del art. 189.1 CP, de manera que el precepto pasó a incriminar la producción, venta, distribución, exhibición de material pornográfico o la facilitación de tales actividades, siempre que se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, aunque el material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido. La mera posesión de este tipo de material para realizar alguna de las conductas mencionadas, es decir, poseer el material pornográfico para posteriormente venderlo,

³⁵ De acuerdo con MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1232, la difusión de pornografía infantil en la Red, y en particular el conocido asunto de los “pornonautas de Vic” en 1996, famoso caso de explotación sexual y tráfico sexual de menores, abrió un amplio debate sobre el nuevo Código Penal de 1995 y las carencias de protección penal, del menor, advertidas por algunos. Este asunto de los “pornonautas de Vic” consistió en la detención de varios pornonautas en Vic, asunto con el que hubo quejas en relación a que el CP no abordara correctamente la pornografía infantil ya que poseía vacíos legales en relación a la materia, y debido a ello existía la posibilidad de que los detenidos fueran absueltos. Sobre ello vid. http://archivo.elperiodico.com/ed/19961020/pag_079.html

³⁶ MORALES PRATS, *Pornografía Infantil e Internet*. Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet, organizadas por la UOC y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001. Vid. <http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/20056.pdf>

³⁷ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, 2015, 447.

difundirlo, exhibirlo, etc. también se castigaba, en este caso con la pena impuesta en su mirad inferior³⁸.

La *Reforma de 2003* modificó el texto de 1999, obedeciendo a lo dispuesto en el Convenio sobre Ciberdelincuencia (o Cibercriminalidad) de Budapest³⁹, de 23 de Noviembre de 2001. En concreto, el Título III de este Convenio Internacional contemplaba las infracciones relativas a contenidos en el ámbito de la criminalidad informática, y en particular el art. 9 obligaba a los Estados firmantes a adoptar las medidas que consideraran oportunas para prever como infracción penal una serie de conductas⁴⁰ que en realidad, en su mayoría, ya se habían incluido en nuestro CP mediante la Reforma de 1999⁴¹.

La única conducta que aún no se había incriminado era la posesión de pornografía infantil para uso propio, conducta que finalmente se recogió a través de la Reforma de 2003, con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años⁴². Asimismo, con la Reforma de 2003 se eleva la pena del tipo básico de uno a cuatro años de prisión, se produce el abandono del tipo agravado único relativo a la pertenencia a organización o asociación, dedicada a actividades relacionadas con la venta, producción, distribución, exhibición o facilitación de tales actividades, ampliándose los tipos agravados con la incorporación de nuevas circunstancias y se incriminan las conductas de producción, venta, distribución, exhibición o facilitación por cualquier medio de material pornográfico en el que hubiera sido utilizada la voz⁴³ o

³⁸ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 447.

³⁹ Se trata por lo tanto del antecedente de la Reforma del CP de 2003.

⁴⁰ “**a)** La producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático.

b) El ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático.

c) La difusión o la transmisión e pornografía infantil por medio de un sistema informático.

d) El hecho de procurarse o procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático.

e) La posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio que posibilite el almacenamiento de datos informáticos”.

⁴¹ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 449.

⁴² ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 449.

⁴³ Con la Reforma del CP de 2015 la referencia a la voz desaparece, de manera que ahora ya solo se consideran pseudo-pornografía (pornografía simulada) las imágenes alteradas de menores o discapacitados.

imagen alterada de menores o incapaces, tipificándose así la denominada “pseudoponografía”⁴⁴.

Con la *Reforma de 2010* se aumentaron también las penas, tanto del tipo básico, que pasa a estar castigado con pena de prisión de uno a cinco años, como de los tipos agravados, que pasaron a estar castigados con prisión de cuatro a ocho años, a prisión de cinco a nueve años⁴⁵. Y respecto a la *Reforma de 2015*, los cambios producidos en este art. 189 CP son muy variados y numerosos, por lo que he de remitirme a la explicación que se lleva a cabo más adelante, puesto que en ella se hace expresa referencia a esas modificaciones introducidas por esta Reforma del CP de 2015⁴⁶.

Por otra parte, el **art. 189 bis CP** surgió con la propia Reforma del CP de 2010, precepto con el que desde entonces se recogen las penas para las personas jurídicas⁴⁷ cuando sean éstas las responsables de este tipo de delitos, cuestión que hasta entonces no se contemplaba en nuestro CP y que no se ha visto modificada de ningún modo con la Reforma del 2015.

De este modo, las personas jurídicas implicadas en los delitos relativos a la exhibición y difusión de material pornográfico, también van a ser castigadas. El legislador, de acuerdo con este art. 189 bis CP ha dispuesto una pena de multa en función de las penas que reciban las personas físicas y la posibilidad de imponer alguna de las medidas del art. 33.7 b) a g) CP de acuerdo a lo establecido en el art. 66 bis CP⁴⁸, cuestión que se desarrollará con mayor precisión más adelante.

⁴⁴ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 450.

⁴⁵ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 450.

⁴⁶ Tal y como se ha señalado, el art. 189 CP es el precepto más modificado respecto de las cuestiones que se están tratando. La justificación de las modificaciones relativas a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (y por lo tanto de los delitos del art. 189 CP), introducidas en el CP en virtud de la Reforma de 2015, obedecen simple y llanamente a llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 433.

⁴⁷ Sobre todo lo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas vid. BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2014, donde se ofrece una visión completa, exhaustiva y clara y un estudio sistemático de la reciente entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁴⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 248.

CAPÍTULO 3. CUESTIONES GENERALES

Para concretar los actos relativos al exhibicionismo (art. 185 CP), a la provocación sexual (art. 186 CP) y a las conductas pornográficas en las que están involucrados tanto menores como personas con discapacidad necesitadas de especial protección⁴⁹ (art. 189 CP), utilizamos conceptos como el de “pornografía” u “obsceno”, los cuales son difíciles de interpretar dado su carácter abstracto, y la exigencia de no referirse a criterios culturales o sociales impregnados de contenidos morales⁵⁰. Además, recae en lo que se conoce como “moral sexual social”⁵¹.

Es por ello imprescindible analizar y explicar lo que se entiende por “obsceno”, “pornografía”, “pornografía infantil”, “material pornográfico” y “espectáculo pornográfico”, ya que se tratan de cuestiones generales, es decir, conceptos siempre conectados a las conductas pornográficas ya que están presentes en las mismas. Asimismo se explican los distintos tipos de pornografía ante los que podemos encontrarnos y el derecho de educación de los padres y al ejercicio de la actividad pedagógica de los maestros como causa de justificación en este tipo de delitos.

1. CONCEPTO DE “OBSCENO”

El concepto de “obsceno” puede entenderse como “contrario al pudor o a las buenas costumbres”⁵², lo cual reafirma la consideración de que se trata de un concepto abstracto y difícil de explicar. La Real Academia Española también lo define como “impúdico⁵³, torpe, ofensivo al pudor”⁵⁴, lo que tampoco esclarece mucho el concepto.

⁴⁹ La expresión “personas con discapacidad necesitadas de especial protección” ha sido introducida por la Reforma del CP de 2015. Hasta entonces se utilizaba el concepto “incapaces”. Dada la longitud de la expresión a menudo se utilizarán también los conceptos de “incapaces”, “incapacidad”, “discapacitados” o “discapacidad”.

⁵⁰ Sobre el problema de la indeterminación de estos conceptos habla OSSANDÓN WIDOW, La formulación de tipos penales, 2009, 72 y 73; RPC, vol. 9, nº18, 2014, 305 y ss.

⁵¹ Podría definirse como un bien jurídico supraindividual, que podía ser entendido como algo impuesto. En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 23.

⁵² MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 235.

⁵³ En el antiguo Código penal español se sustituyó la expresión “escrito impúdico” por “escrito pornográfico”, modificación que fue calificada como una gran modernización por DÍEZ RIPOLLÉS, Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras, 1982, 277.

⁵⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 349, señala que la obscenidad es para el Diccionario de la Lengua, lo indecente y contrario al pudor, consistiendo su desvalor en el ámbito penal, en ser exhibida a menores (art. 315 CC) e incapaces (art. 200 CC) lo que conduce a la afirmación de que el adjetivo obsceno tiene un contenido valorativo que debe ser completado por el juez, por la propia

En mi opinión, cuando hablamos de obsceno⁵⁵ nos referimos a algo que nos resulta repulsivo y chocante en el terreno sexual, puesto que ofende nuestro decoro.

Por eso y en todo caso, en el delito de exhibicionismo, art. 185 CP, por ejemplo, la mera exhibición del cuerpo humano total o parcialmente desnudo, en reposo o movimiento, en cualquier lugar y momento, podrá resultar chocante, molesto o incluso, grotesco⁵⁶, pero para que sea punible, siempre ha de perjudicarse de algún modo la indemnidad sexual de menores o discapacitados necesitados de especial protección⁵⁷, y ha de estar presente el carácter obsceno o lúbrico⁵⁸. Por lo que los actos de exhibición obscena pueden consistir en mostrar otras partes del cuerpo dotadas de carga erótica, siempre y cuando concurra en el autor la tendencia a involucrar a la víctima en un contexto sexual⁵⁹.

Por esta razón, aunque para la OMS el exhibicionismo consista en una tendencia persistente o recurrente a exponer los órganos genitales a extraños o a gente en lugares

índole del comportamiento que se describe. Esto viene a demostrar de un modo u otro, que el concepto de obsceno requiere un juicio de valor para ser incluido en el tipo de injusto.

⁵⁵BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 20, señala que: RODRÍGUEZ RAMOS, Compendio de derecho penal, 1985, 173, se refiere a la realización de actos sexuales ante alguien, como por ejemplo, masturbación, coitos de cualquier índole y tocamientos en genitales o mamas; CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (Dir.)/CARMONA SALGADO/DEL ROSAL BLASCO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/QUINTANAR DÍEZ/SEGRELLES DE ARENAZA, Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial, 2000, 343, interpreta el término “obsceno” como equivalente a erótico, entendido según el criterio medio de un espectador objetivo, como susceptible de excitar o despertar el deseo sexual en el espectador; y QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Parte Especial, 6ª ed. 2010, 247 y ss. como a sobrepasarse en la función educativa o ilustrativa de la sexualidad, buscando la agitación interna de menores o discapacitados ante sensaciones cuya comprensión desconoce por falta de formación o información.

⁵⁶ De acuerdo con lo descrito, a pesar de que esta conducta generalmente se base en la exhibición de los órganos genitales, esta no tiene por qué ser más desaprobada que el exhibir otras partes de la anatomía, salvo que se realicen en un contexto sexual susceptible de afectar a algún bien jurídico de carácter individual, en este caso la “indemnidad sexual” de menores o incapaces, tal y como señala ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed., 2010, 279 y ss. Con esto se quiere decir que se ha de afectar algún bien jurídico protegido para que la exhibición de órganos sexuales encaje en la conducta típica del delito de exhibicionismo del art. 185 CP, puesto que si no estaríamos ante una exhibición no castigada en este precepto penal (como por ejemplo ocurre al enseñar una pierna).

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 235.

⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 248.

⁵⁹ ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed., 2010, 249 y ss.

públicos, o en el mismo sentido, aunque para la APA la característica esencial del exhibicionismo consista en la exposición de los propios genitales a una persona extraña, no podrá considerarse como el exhibicionismo regulado en el art. 185 CP si no se manifiesta el carácter obsceno.

Por todo ello, los actos de exhibición obscenos deben tener siempre un cierto contenido sexual que en ningún caso deben llegar al contacto físico porque entonces entraríamos en el ámbito de los abusos y las agresiones sexuales⁶⁰.

2. CONCEPTOS DE “PORNOGRAFÍA” Y DE “PORNOGRAFÍA INFANTIL”

Según el Diccionario de la RAE “pornográfico” es lo perteneciente o relativo a la pornografía, definida a su vez como carácter obsceno de obras literarias o artísticas, siendo obsceno lo “impúdico, torpe y ofensivo al pudor”. De nuevo aquí se manifiesta el carácter abstracto de obsceno, pero tal y como ya se ha señalado y conforme a lo analizado, implica perjudicar o causar molestias en nuestra sensibilidad por encontrarnos ante situaciones que resultan de modo general repulsivas y desagradables. Obviamente, el concepto vulgar de pornografía se extiende más allá de tales obras, y siempre habrá de valorarse la realidad social en ese momento⁶¹. El Tribunal Supremo⁶² considera material pornográfico aquel “capaz de perturbar en los aspectos sexuales el normal curso de los menores o adolescentes (personalidades en formación)”.

La problemática fundamental a este respecto viene dada por el hecho de que hay quien considera que no es necesario que concurra en el tipo penal del art. 185 CP (exhibicionismo) o del art. 186 CP (provocación sexual) un especial elemento subjetivo del injusto (carácter obsceno o lúbrico), sino sencillamente que concurra dolo o voluntad en la actuación cualquiera sea la motivación última que tuviese el autor al realizar la acción descrita en el tipo⁶³.

⁶⁰ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, nº 07-04, 2005, 13.

⁶¹ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 262.

⁶² Sentencia nº1553/2000 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 10 de octubre de 2000. A su vez, la Sentencia nº264/2012 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de abril de 2012 señala que el contenido del material pornográfico ha de ser exclusivamente libidinoso y tendente a la excitación sexual de forma grosera y carente de valor artístico o educativo.

⁶³ Sentencia nº1553/2000 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 10 de octubre de 2000. Esta sentencia señala que “siendo evidente que una clase de dibujo técnico no justifica por sí misma tal emisión por desbordar los cauces pedagógicos de la asignatura que el acusado impartía, no siendo el ofrecimiento de la

A pesar de ello, la opinión generalizada de la doctrina considera que efectivamente ha de manifestarse en el tipo penal el ánimo lúbrico, lascivo u obsceno, además de la voluntad o el dolo⁶⁴, lo cual es siempre discutible. Sin embargo, hay que aclarar que siempre que se tenga en cuenta ese carácter obsceno o pornográfico junto al dolo, además de tratarse de una cuestión discutida, también será una cuestión que habrá de valorarse conforme al caso concreto y la realidad social del momento.

Se entiende, por lo tanto, por pornografía, aquello que es obsceno, que está dirigido exclusivamente a la excitación sexual, y que carece de valor artístico, literario, científico o educativo, y en este caso concreto, al hablar de pornografía infantil, hay que añadirle a la definición de pornografía el hecho de que esta pueda perjudicar el normal desarrollo y formación de la personalidad de los menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección en el ámbito de la sexualidad⁶⁵.

Ahora bien, hay que hacer referencia a que una de las novedades incorporadas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, es la relativa a que en el **apartado b) del art. 189.1 CP**, tras hacer referencia a las conductas típicas de producción, venta, distribución, etc. del material pornográfico, detalla en cuatro apartados [a), b), c) y d)] lo que ha de considerarse pornografía infantil (y por lo tanto material pornográfico también) o en cuya elaboración hayan intervenido personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Así que a través de la definición de pornografía infantil se están tipificando nuevas conductas, pero como también sigue tratándose de una definición, se ha considerado conveniente que su desarrollo se lleva a cabo en este apartado.

Esta definición de pornografía infantil del art. 189.1 CP queda, por lo tanto, condicionada a una variedad de circunstancias y además se trata de una definición que

visualización y posterior reproducción de la cinta videográfica en cuestión entre sus alumnos, menores de edad compatible con su finalidad educadora”. En este caso, se conforma con la existencia de dolo, y no se exige el ánimo lúbrico o libidinoso mencionado, por lo que se condena al acusado y no ha lugar al recurso de casación por infracción de ley. En mi caso, soy de la opinión de que debería existir ese ánimo lúbrico o lascivo puesto que si no se corre el riesgo de condenar conductas no pornográficas.

⁶⁴ LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 230 y 231, señala que se trata del conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, lo que supone un mayor desvalor subjetivo de la acción, pero también generalmente una mayor peligrosidad (superior desvalor objetivo de la acción) que en la correspondiente acción imprudente.

⁶⁵ ORTS BERENQUER/ROIG TORRES, RECRIM, nº2, II semestre 2009, 116.

ha sido directamente tomada del art. 2 c) de la **Directiva 2011/93/UE⁶⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011**, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁶⁷, que abarca **lo siguiente**:

En la **letra a)** se habla de todo material que represente⁶⁸ de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita⁶⁹, real o simulada.

La diferencia entre estos actos está en que en el primer caso el acto reviste de realidad respecto de lo que está siendo representado, mientras que en la simulación estamos ante una puesta en escena ficticia llevada a cabo con expertos en actuar en esta clase de

⁶⁶ Esta Directiva 2011/93/UE en su exposición de motivos hace referencia a la pornografía infantil y en el **art. 2 c)** señala que la **pornografía infantil** es: “**a)** todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, **b)** toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, **c)** todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o **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”.

⁶⁷ Tal y como señala, JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, La Reforma Penal de 2015, 2015, 93, las novedades en esta materia son consecuencia de la transposición de la Directiva 2011/93/UE que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

⁶⁸ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 650 y 655, señala que es necesario interpretar el significado de “representar” y de “representación” para conocer la conducta típica, y critica el hecho de que no parezca imprescindible que los participantes en la conducta sexual tengan que ser personas reales. Añade que el legislador ha descrito la conducta típica de forma tan difusa que es posible encajar en ella comportamientos sin la menor carga lesiva para la indemnidad o el bienestar o los procesos de formación y/o socialización de menores y personas con discapacidad. Al proceder a la lectura de este art. 189.1 CP cada uno tendrá una opinión individualizada al respecto, por lo que yo no comparto el punto de vista de este autor. Considero que la intención del legislador al incluir estas definiciones es la de evitar la impunidad de los autores de este tipo de delitos por la existencia de vacíos legales, y por ello quizás se haya pasado de repetitivo. Además considero que el hecho de que puedan castigarse conductas en las que no participen personas reales también puede suponer perjuicio en los procesos de formación y socialización de los menores y discapacitados.

⁶⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 474, señala se trata de la definición estricta de pornografía infantil y critica que no se recoja la definición de **actividades sexualmente explícitas**, entendiendo por estas, conforme al criterio de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y principales legislaciones internacionales: **a)** Contacto sexual, incluyendo el genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-genital,; entre menores o entre un adulto y un menor, del mismo u opuesto sexo; **b)** brutalidad; **c)** masturbación; **d)** desarrollo de conductas sádicas o masoquistas; y **e)** exhibición lasciva de los genitales o el área púbica de un menor.

espectáculos⁷⁰. Ahora bien, podemos encontrarnos con que de las numerosas variantes sexuales que pueden surgir, no la práctica de todas ellas pueden suponer perturbación para el menor o el discapacitado necesitado de especial protección, por lo que sería oportuno exigir que la conducta en la que un menor o discapacitado necesitado de especial protección participa, además de ser inequívocamente sexual, ocasione desasosiego⁷¹.

En la **letra b)** se incluye también el concepto de pornografía infantil y se alude a toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales, quedando excluidas por lo tanto las imágenes que posean un contenido artístico, científico o médico⁷².

Se trata de una conducta similar a la de la letra a), con la única diferencia de que la representación se limita a los órganos sexuales⁷³. Es por ello, que nos encontramos con que la representación de los órganos sexuales también puede ser real o simulada, y el problema surge a la hora de señalar que ante imágenes reales, ya sean fotografías o filmaciones, sin actividad sexual alguna, estaríamos ante un desnudo, lo cual, tal y como ya se ha explicado, por sí solo no es pornográfico, sino que requiere algo más, el ánimo lúbrico o lascivo⁷⁴.

En la **letra c)**, y continuando con qué se entiende por pornografía infantil conforme al art. 189.1 CP, se hace referencia a todo el 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

⁷⁰ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 357.

⁷¹ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 655.

⁷² ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 452.

⁷³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 357, recalca también que ha de estar presente la finalidad sexual puesto que si se fotografian los genitales del menor o discapacitado sin más, es decir, simplemente para llevar a cabo un estudio científico, artístico o médico la conducta no sería punible.

⁷⁴ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 655; OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol. 9, nº18, 2014, 308.

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.

Esta letra c) en realidad está repitiendo lo que se dice en las letras anteriores, con el añadido de que no se puede considerar pornografía infantil si la persona que parece ser menor tiene dieciocho años o más en el momento de tomarse las imágenes, lo cual resulta superfluo puesto que si el menor tuviera dieciocho años ya no sería menor⁷⁵. Hay quien además considera que este apartado c) carece de valor y no debería de haber entrado a formar parte de la definición de pornografía infantil ya que lo que integra es la pornografía técnica o virtual⁷⁶, la cual no puede considerarse pornografía infantil por no figurar en ella ningún menor de edad. No obstante, lo preocupante de la definición viene dado por la cuestión de que para que estemos ante pornografía infantil es necesario que la persona que parezca ser menor sea efectivamente menor, lo que plantea la pregunta de ¿cómo alguien puede hacerse pasar por menor sin ser un adulto?⁷⁷. La única forma es a través de lo que se conoce como “pornografía infantil artificial”⁷⁸ y la “pseudo-pornografía”⁷⁹.

Finalmente, en la **letra d)** se habla de imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

Con esta letra d) podría pensarse que el legislador está haciendo referencia a las imágenes realistas de un niño inexistente, inclusión prevista en la Decisión marco

⁷⁵ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 452; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 357.

⁷⁶ Tal y como veremos a continuación es aquella protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores a través de diversos medios o procedimientos.

⁷⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 473 y ss.

⁷⁸ Tal y como veremos a continuación, se trata de toda representación pornográfica en la que participa un menor creado íntegramente a partir de un patrón irreal, como puede ser, por ejemplo, un dibujo animado, lo cual sería absurdo puesto que no habría bien jurídico que proteger, MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 475.

⁷⁹ La pseudo-pornografía, tal como veremos a continuación, es la pornografía simulada, esto es, la representación de imágenes ficticias creadas con rasgos o características de un patrón real (un menor identificable), en cuyo caso sí podría vulnerarse el bien jurídico protegido, MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 473 y ss.

2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, y aconsejada por el Informe del Consejo Fiscal acerca del Anteproyecto de Ley de 14 de noviembre de 2008. Ahora bien, dado que en ambos tipos de imágenes están presentes adultos con apariencia de niños e imágenes realistas de un niño inexistente, estamos también ante “pornografía infantil simulada” o incluso también ante “pornografía infantil técnica”⁸⁰.

Así que *en conclusión*, conforme lo establecido en estos cuatro apartados, podría sostenerse que cometen el delito quienes pintan, dibujan o elaboran virtualmente a través del ordenador y del correspondiente programa la imagen de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, reales o imaginadas, presentes o recordadas, participando en una conducta sexualmente explícita, real⁸¹ o simulada, y los que pintan, dibujan o elaboran virtualmente en el ordenador los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales, o preparan material en el que, visualmente, aparezca 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 imágenes⁸².

Aunque hay quien critica estas nuevas definiciones de pornografía infantil introducidas

⁸⁰ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 452.

⁸¹ La pornografía realista se sanciona en todo caso, ya que se ha decidido no incorporar la cláusula de exención de pena permitida por la Directiva 2011/93/UE en su art. 5.8 que dice que “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”, JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, La Reforma Penal de 2015, 2015, 97.

⁸²MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 473 y 474, critica esta nueva redacción realizada por el legislador señalando que la redacción de cada categoría deja mucho que desear ya que se podría decir lo mismo con menos prosa, palabras y un lenguaje más comprensible. A su vez, ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 650, también critica esta nueva redacción ya que considera que al ser estas conductas tan elásticas (al ser posible encajar en ellas varios comportamientos sin la menor carga lesiva para el bien jurídico protegido de menores y discapacitados) lo que suele ocurrir es que el principio de legalidad salga malparado, salvo para aquellos que quieran proteger a toda costa el bien jurídico protegido.

por la LO 1/2015 considerándolas demasiado difusas, complejas e incluso repetitivas⁸³, hay que tener en cuenta que la intención del legislador al incorporar estos nuevos conceptos no ha sido otra que la de evitar posibles vacíos legales en tales conductas pornográficas, además de que en realidad no ha de apreciarse que sean repetitivas puesto que aunque los cuatro apartados puedan parecer similares, al analizarlas detenidamente nos daremos cuenta de que se tratan, en realidad, de conductas distintas. Sin embargo, sí que es cierto que podrían haberse conseguido definiciones más sencillas y comprensibles, y haberse distinguido claramente entre pornografía infantil expresa y simulada, no recogiendo todo como pornografía infantil. Aún con todo ello, al menos ahora tenemos definiciones aportadas por el propio Código Penal y se siguen contemplando como conductas pornográficas las conductas de pseudo-pornografía.

3. TIPOS DE PORNOGRAFÍA

Doctrinalmente se suele distinguir varias clases de pornografía infantil dada la vaguedad existente en el propio concepto de “pornografía”⁸⁴. En primer lugar, nos encontramos la denominada *pornografía clásica* que se refiere a aquellas representaciones en las que han intervenido menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección reales, sin que haya ninguna manipulación de la imagen y en un contexto pornográfico real, aunque la representación de la actividad sexual pueda ser simulada. En segundo lugar, la llamada *pornografía alusiva a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección* que puede definirse como aquella en cuya elaboración no se utilizan realmente a menores de edad o discapacitados o, utilizándolos, se hace solo de manera indirecta⁸⁵.

Dentro de la alusiva a menores, con la incorporación de nuevas tecnologías y la apertura de “Internet” en la comunidad internacional donde puede circular cualquier tipo de contenido, han surgido a su vez dos clases de pornografía: la *“pornografía técnica,*

⁸³ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 452 y 453; MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 476; ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 308, 650 y 655.

⁸⁴ Etimológicamente la palabra “pornografía” proviene de “Pornographos”, con las raíces de “porne” (prostituta) y “grapho”, entendiéndose por “GRAF”, “Obscenidad”.

⁸⁵ OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol. 9, nº18, 2014, 282, es la que recoge esta distinción entre pornografía clásica y pornografía alusiva a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

artificial o virtual” y la “*pseudo-pornografía*” o “*pornografía simulada*”. La *pornografía técnica, artificial o virtual* consiste en la alteración de imágenes por ordenador, de modo que los adultos que participan en actos pornográficos o de contenido sexual, parezcan menores de edad⁸⁶. Por lo que la imagen es alterada para que esos adultos parezcan menores de edad, y para ello les suavizan las facciones, eliminan el vello púbico o facial, usan ciertas vestimentas, etc. La pornografía será estrictamente virtual o artificial cuando la alteración de las imágenes se lleva a cabo íntegramente mediante el uso de un ordenador⁸⁷.

La *pseudo-pornografía o pornografía simulada* se puede definir como aquella en la que se insertan voces, fotogramas o imágenes de menores reales en contextos o escenas pornográficas (animadas o no), en las que no intervienen realmente⁸⁸. Conviene destacar respecto a la misma, que el Convenio de Budapest de 23 de noviembre de 2001 sobre Cibercriminalidad recoge en su art. 9.2 el concepto de este tipo de pornografía señalando que es la alusiva a imágenes realistas que representen a un menor en los referidos comportamientos sexuales.

Por otro lado, también tenemos que distinguir entre “*pornografía blanda*” y “*pornografía dura*”⁸⁹. La *pornografía blanda* se define como la exhibición de personas en distintas posturas eróticas, pero que no participan en ningún comportamiento explícitamente violento y/o sexual. La *pornografía dura*⁹⁰ consistiría entonces en la representación de actos sexuales que utilizan la violencia, el bestialismo o las relaciones sexuales con menores, entre otros⁹¹.

⁸⁶ PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 7 y 8.

⁸⁷ ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, RECRIM, nº2, II semestre 2009, 84 la definen como aquella que incluye toda representación pornográfica en la que participa un menor o discapacitado creado íntegramente a partir de un patrón irreal, ya sea un dibujo u otra clase de animación; OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol. 9, nº18, 2014, 282.

⁸⁸ PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 7 y 8; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, RECRIM, nº2, II semestre 2009, 84; OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol. 9, nº18, 2014, 282.

⁸⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras, 1982, 81 y ss.

⁹⁰ PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 7 y 8.

⁹¹ Tanto la pornografía blanda como la pornografía dura tendrían encaje en las conductas pornográficas contempladas en nuestro CP (arts. 186 y 189 CP). La distinción entre el uso o no de violencia viene dada por el hecho de que en caso de que se utilizara violencia, la conducta pornográfica podría plantearse en concurso con lesiones, abusos o agresiones sexuales. Ahora bien, hay que destacar que en el caso de que la violencia o intimidación se hubieran utilizado en la captación o utilización de menores o personas con

4. CONCEPTO DE “MATERIAL PORNOGRÁFICO”

La cuestión fundamental y problemática que entraña el art. 186 CP, delito de provocación sexual, y el art. 189 CP en varias de sus modalidades delictivas⁹², reside en la determinación de qué debe entenderse por “**material pornográfico**”⁹³, acudiéndose doctrinal⁹⁴ y jurisprudencialmente⁹⁵ a un doble criterio⁹⁶, por un lado al carácter libidinoso u obsceno de la obra que pretende la excitación del receptor y de otro, a la ausencia de valor, literario, artístico, científico o pedagógico⁹⁷. De ahí que el carácter porno del material deba probarse en el juicio y de ordinario visionarse⁹⁸.

discapacidad necesitadas de especial protección, entonces nos encontraríamos expresamente ante la conducta del art. 189.3 CP.

⁹² “La utilización de menores de edad o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o la financiación de alguna de estas actividades; así como producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo posea para estos fines, aunque el material tenga su origen en el extranjero o sea desconocido”.

⁹³ Debe precisarse el sentido de los términos “pornografía” y “material” pues así se delimitará correctamente la aplicación de la norma. El término “pornografía” ya ha sido descrito y analizado en la página anterior, mientras que el término “material” se analiza a continuación.

⁹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras, 1982, 277 y ss. y 391 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/ECHANO BASALDÚA/LOZANO MIRALLES/MENDOZA BUERGO/PÉREZ MANZANO/ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/LASCURAÍN SÁNCHEZ, Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, vol. II, 1998, 128; CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (Dir.)/CARMONA SALGADO/DEL ROSAL BLASCO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/QUINTANAR DÍEZ/SEGRELLES DE ARENAZA, Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial, 2000, 238 y 239; BOLDOVA PASAMAR, en: DÍEZ RIPOLLÉS (Coord.)/ROMEO CASABONA (Coord.)/LAURENZO COPELLO/BOLDOVA PASAMAR/HERNÁNDEZ PLASENCIA/MUÑOZ SÁNCHEZ/SOLA RECHE/GARCÍA PÉREZ, Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, 2004, 458 y ss.; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, RECRIM, nº2, II semestre 2009, 82 y ss. expresamente y que recoge las posturas de diversos autores.

⁹⁵ Algunos ejemplos son la Sentencia nº604/2005 de la AP de Sevilla, 30 de noviembre de 2005, que define material pornográfico como “toda representación que posea una tendencia objetivada de excitar sexualmente y que, además, resulte apta de modo general para involucrar intensamente a las personas que entren en contacto con ella en su contexto sexual” o la Sentencia nº633/2004 de la AP de Tarragona, 18 de junio de 2004, que indica que la calificación de un material como pornográfico depende de la moral social de cada época.

⁹⁶ ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, 2010, 252 y ss.

⁹⁷ La Sentencia nº604/2005 de la AP de Sevilla, 30 de noviembre de 2005, señala que: “Una obra es pornográfica cuando en una consideración conjunta o global la pornografía se encuentra presente, con una ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de información sexual seria y responsable”.

⁹⁸ ESCRHUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed., 2011, 701.

El término “material pornográfico”, a pesar de su ambigüedad siempre ha de ser interpretado como un medio de provocación sexual, siendo indiferente, en principio, la forma que adopte, ya sea un escrito, una estampa o un dibujo, o una imagen⁹⁹. Por lo que puede ser visual o sonoro, si bien parece no haber obstáculos para admitirlo en forma de objetos también¹⁰⁰. La única exigencia del tipo es que esté incorporado a un soporte¹⁰¹, que puede ser de cualquier clase, no sólo los soportes tradicionales, como papel (libros, revistas), audiovisuales (películas, cintas de video o casete, compact-disc o DVD), sino también soportes digitales como el disco duro de un ordenador, la memoria de un teléfono móvil, o las memorias extraíbles (por ejemplo, las memorias USB denominadas “pendrive”). La delimitación del término es relevante en la medida en que permite excluir las representaciones en vivo, como puede ser un espectáculo pornográfico¹⁰².

Usualmente cuando se habla de material pornográfico se suele hacer referencia también a los términos “**representación**”, “**actividades sexuales**” y “**finés primordialmente sexuales**”. La *representación* según el diccionario de la RAE se trata de la “figura, imagen o idea que sustituye a la realidad”¹⁰³, un concepto bastante amplio referido a cualquier captación que se haga de un menor o persona con discapacidad necesitada de

⁹⁹ En concreto la Sentencia nº264/2012 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de abril de 2012, señala que es válido como material pornográfico “tanto fotografías como vídeos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiendo por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos”.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 237.

¹⁰¹ OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol. 9, nº18, 2014, 306, hace expresa referencia a la necesidad de que exista un soporte o medio por el cual se entregue un determinado contenido, para que se pueda hablar de material pornográfico.

¹⁰² ESCRIBUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed. 2011, 701. Desde la Reforma del CP de 2015 ya se castiga también al que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, con la pena de seis meses a dos años de prisión (art. 189.4 CP). Por lo que para lo relativo a los espectáculos exhibicionistas acudimos a la conducta de este art. 189.4 CP.

¹⁰³ ORTS BERENQUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 650, señala que los diccionarios de la lengua castellana definen “representar” y “representación” como ser imagen de una cosa o imitarla, ser imitación o copia, estar una cosa destinada a suscitar la imagen o la idea de otra, imaginar algo como real, imagen o idea que sustituye la realidad, etc. De manera que sin esfuerzo, se conectan ambos términos con la idea de imitación, caracterización, o tomar a otro por modelo.

especial protección¹⁰⁴. La referencia a *actividades sexuales* alude a un núcleo evidente y relativo a las conductas que impliquen acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por las mismas vías¹⁰⁵, y la referencia a *fines primordialmente sexuales* viene dada por la exigencia de que exista una finalidad de carácter sexual para aquellas hipótesis que no consistan en una actividad sexual, y que alude a que las representaciones se realicen con un carácter primordialmente lúbrico o libidinoso¹⁰⁶.

Además, hay que dejar claro que el material pornográfico siempre debe ser, de algún modo, idóneo para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad de personas inmaduras o discapacitados necesitados de especial protección de un cierto control de sus instintos sexuales, y en todo caso, la determinación del concepto de “pornografía” debe hacerse en función del contexto, teniendo en cuenta entre otros factores la edad y el nivel cultural del destinatario¹⁰⁷.

Ahora bien, con la LO 1/2015, ya se recoge expresamente lo que se entiende por material pornográfico en el art. 189.1 CP¹⁰⁸, lo cual ha sido fruto de la **Directiva 2011/93/UE¹⁰⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011**, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la *Decisión marco 2004/68/JAI del*

¹⁰⁴ OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol. 9, nº18, 2014, 306; ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 650, 651 y 655. Este último señala que es necesario interpretar el significado de “representar” y de “representación” para conocer las conductas típicas del art. 189 CP y especialmente del art.189.1 CP, y critica el hecho de que no parezca imprescindible que los participantes en la conducta sexual tengan que ser personas reales.

¹⁰⁵ OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol. 9, nº18, 2014, 307.

¹⁰⁶ OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol. 9, nº18, 2014, 308, quien además añade que no queda claro si ese ánimo constituye un requisito subjetivo referido a un especial ánimo del autor de la conducta típica de procurar la excitación sexual de terceros con el material en cuestión, si eso ha de juzgarse desde la perspectiva de la persona que realiza un determinado uso de una imagen, o si debe exigirse “que la captación de la imagen del menor se efectúe en forma tal que el menor participe en la misma con un comportamiento sexualmente provocador”, en cuyo caso estas hipótesis prácticamente podrían quedar subsumidas en la primera.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 237.

¹⁰⁸ Definiciones descritas y analizadas en el Apartado 2 “Conceptos de pornografía y pornografía infantil” del mismo Capítulo 3 “Cuestiones Generales” de este trabajo.

¹⁰⁹ Esta Directiva se complementa con la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, ya que algunas víctimas de la trata de seres humanos también han sido menores víctimas de abusos sexuales o explotación sexual. A este respecto, JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, La Reforma Penal de 2015, 2015, 93.

Consejo, en donde se afirma en la Exposición de Motivos y en el art. 2 c)¹¹⁰ que: “La pornografía infantil a menudo incluye imágenes que recogen los abusos sexuales a menores perpetrados por adultos. También puede incluir imágenes de menores que participan en una conducta sexualmente explícita, o de sus órganos sexuales, producidas o utilizadas con fines claramente sexuales y explotadas con o sin el conocimiento del menor. Además, el concepto de pornografía infantil también abarca las imágenes realistas de menores en las cuales el menor participa, o se le representa participando en una conducta sexualmente explícita, con fines principalmente sexuales”¹¹¹.

En cualquier caso, con la nueva definición se pone fin a dos cuestiones controvertidas. **En primer lugar**, se adopta una postura menos restrictiva en torno al concepto de material pornográfico, alejándose por lo tanto de definiciones tales como las del *art. 2 c) de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 16*, de 31 de Octubre de 2001, sobre la protección de niños contra la explotación sexual¹¹², o la del *art. 9.2 del Convenio sobre Ciberdelincuencia (o Cibercriminalidad)*, aprobado por el Consejo de Europa en Budapest el 23 de noviembre de 2001¹¹³, y acercándose a la del *art. 2 c) del Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño*, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la

¹¹⁰ Recordamos que este **art. 2 c)** en concreto señala que la **pornografía infantil** es: “**a)** todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, **b)** toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, **c)** todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o **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”.

¹¹¹ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 452; JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, La Reforma Penal de 2015, 2015, 96.

¹¹² “El término **pornografía infantil** incluirá todo material que ofrezca imágenes de un niño realizando explícitamente actos sexuales, de una persona que simule ser un niño realizando explícitamente actos sexuales o imágenes realistas de un niño realizando tales actos. La pornografía infantil incluye los actos siguientes cometidos intencionadamente y sin derecho alguno, a través de cualquier medio: - producir pornografía infantil a los fines de su distribución; - facilitar o poner a disposición pornografía infantil; - distribuir o transmitir pornografía infantil; - conseguir pornografía infantil para sí mismo o para terceros; - estar en posesión de pornografía infantil”.

¹¹³ “Todo material pornográfico que contenga la representación visual de: **a)** un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito, **b)** una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito, **c)** imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito”.

utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000¹¹⁴, y a la del art. 1 b) de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003¹¹⁵, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil¹¹⁶. **Y en segundo lugar**, se cierra el debate surgido en torno a la calificación que merecen los casos de utilización de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la realización de actos sexuales simulados¹¹⁷, que deja de ser considerada atípica para considerarse típica con esta Reforma de 2015¹¹⁸, tipificándose así en el art. 189.1 CP¹¹⁹, y castigándose de este modo una conducta que para muchos ya debía haberse considerado típica¹²⁰.

También podemos encontrar definiciones de material pornográfico¹²¹ en la *Declaración de Río de Janeiro, del Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes*, del 25 al 28 de noviembre de 2008, apartado II sobre “Formas de explotación sexual y sus nuevos escenarios”¹²² y en el *U.S. Code* (Código Federal de los EE.UU), Título 18 “Crimes and Criminal Procedure, and Appendix”, Parte 1 “Crimes”, Capítulo 110 “Sexual exploitation and other abuse of children”,

¹¹⁴ Considera pornografía infantil, no solo la participación del menor en actividades sexuales explícitas, sino también “toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”. Literalmente dice que “por pornografía infantil se entiende 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”.

¹¹⁵ Hace referencia a “cualquier material que represente o describa de manera visual”, y además “incluye la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño”.

¹¹⁶ En concreto dicho **art. 1 b)** señala como **pornografía infantil**, “cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: **i)** a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o **ii)** a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o **iii)** imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)”.

¹¹⁷ “Pornografía infantil o de discapacitados simulada”.

¹¹⁸ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 453 y 454.

¹¹⁹ En el art. 189.1 b) tras hacerse referencia a las conductas típicas que se recogen en ese apartado, se recoge en otros cuatro apartados lo que se entiende por pornografía infantil, y en concreto en la letra a) se hace referencia 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**”.

¹²⁰ A favor de su inclusión se manifestó el Instrumento de Ratificación 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, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000.

¹²¹ Así lo destaca OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol. 9, nº18, 2014, 282 y ss.

¹²² Alude a la necesidad de criminalizar la producción, distribución, recepción y posesión intencional de pornografía infantil, y hace referencia a las “imágenes virtuales y la representación de niños, niñas y adolescentes con fines de explotación sexual”.

Sección 2256 “Definitions for chapter”, que entre varias definiciones incluye la de “child pornography”¹²³, entre otros instrumentos¹²⁴.

En resumen, cabe extraer respecto del material pornográfico, la conclusión de que se trata de todo lo contenido en dicho material, que ha de ser obsceno (pudiéndose deducir de las posturas lascivas, de las zonas del cuerpo, de los actos sexuales, etc. que aparecen en las imágenes), estar ordenado exclusivamente a la excitación sexual, ser carente de valor artístico, literario, científico o educativo, potencialmente perjudicial para el curso normal de la formación sexual de los menores y discapacitados necesitados de especial protección y desbordar los límites de lo ético, de lo estético y de lo erótico, por lo que no puede reputarse tal la mera imagen de un desnudo, con independencia del uso que de ella se haga, requiriéndose un añadido de obscenidad¹²⁵.

5. CONCEPTO DE “ESPECTÁCULO PORNOGRÁFICO”

El concepto de “espectáculo pornográfico” se trata de un concepto también importante por razón de los arts. 189.1 a) CP y 189.4 CP, preceptos que se encargan de castigar con pena de prisión de uno a cinco años la “captación o utilización menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas” [art. 189.1 a) CP], y con pena de prisión de seis meses a dos años a todo “el que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección” (art. 189.4 CP).

¹²³ En concreto viene establecida en el **apartado 8 de dicha Sección 2251** y señala que la **pornografía infantil** se trata de “Cualquier representación visual, incluyendo cualquier fotografía, película, video, dibujos o imagen generada por ordenador, fabricados o producidos por medios electrónicos, mecánicos o de otro tipo, de una conducta sexualmente explícita, cuando: **a)** la producción de tal representación visual implica el uso de un menor participando en una conducta sexualmente explícita; **b)** tal representación visual es una imagen digital, computacional o generada por computador, que es o se confunde con la de un menor participando en una conducta sexualmente explícita, o **c)** como representación visual ha sido creada, adaptada o modificada para mostrar que un menor identificable está participando en una conducta sexualmente explícita”.

¹²⁴ Así, por ejemplo, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000.

¹²⁵ ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, RECRIM, nº2, II semestre 2009, 131.

De acuerdo con la Directiva 2011/93/UE habrá que entender por espectáculo pornográfico la exhibición dirigida a un público¹²⁶ de un menor tomando parte en una conducta sexual real o ficticia, o de los órganos sexuales del menor con fines principalmente sexuales, quedando excluidos de la definición de espectáculo pornográfico la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas¹²⁷.

6. DERECHO DE EDUCACIÓN DE LOS PADRES Y AL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PEDAGÓGICA DE LOS MAESTROS

Debemos tener en cuenta que el derecho de educación que pretendan ejercer los padres, así como el derecho al ejercicio de la actividad pedagógica de los maestros, pueden configurarse como causa idónea de justificación de la comisión de los tipos delictivos¹²⁸.

Si bien es cierto que estos no son en absoluto dueños de los menores o discapacitados necesitados de especial protección, mientras las ideas que les inculquen no contraríen el ordenamiento jurídico, es decir, no sean delito, por más que sean chocantes, habrán de ser respetadas y no puestas bajo represión penal¹²⁹. Por ello el derecho de educación no solo de los padres, sino también de los educadores, conforma el tipo negativo de los delitos de exhibicionismo (art. 185 CP) y de provocación sexual (art. 186 CP), de manera que pueden constituirse como causa de justificación¹³⁰.

¹²⁶ Se trata por lo tanto del exhibicionismo de menores o discapacitados realizado ante varias personas.

¹²⁷ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 450.

¹²⁸ A pesar de estar previsto así en la teoría, en la práctica no se encuentra ningún ejemplo en el que los padres o maestros invoquen esta causa de justificación puesto que siempre está presente desde el principio (y perfectamente demostrada) la intención libidinosa. Es por ello que difícilmente dichos padres o maestros van a poder probar que ha habido otra intención distinta a la lúbrica, como sería en esta ocasión la didáctica.

¹²⁹ BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 23 y 28; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 248 y 250.

¹³⁰ PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 11, señala también que en todo caso los padres o educadores incurrirían en la comisión del delito si su conducta tuviera una finalidad provocadora, no obstante si se ciñeran a la finalidad didáctica, la conducta no podría considerarse típica. Podría invocarse así la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

CAPÍTULO 4. EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL

1. DELITO DE EXHIBICIONISMO (ART. 185 CP)

El **art. 185 CP**¹³¹ regula el **delito de exhibicionismo**¹³², que de acuerdo al **tipo**¹³³ **positivo objetivo**¹³⁴ es un delito que nos evoca generalmente un tipo de autor con problemas de desequilibrio mental, que realiza o hace realizar a otro actos de exhibición de sus órganos genitales a un extraño, con el propósito de alcanzar una excitación sexual, sin ánimo de llegar a tener relaciones sexuales con él. Empleamos, por lo tanto, el concepto de “obsceno” interpretándolo, tal y como ya se ha señalado, como “contrario al pudor o a las buenas costumbres”¹³⁵.

El *sujeto activo o autor de la conducta típica*, por lo tanto, puede ser cualquiera, bien ejecutando el mismo los actos de exhibición, o bien haciendo que los ejecuten otros¹³⁶, pero siempre llevando a cabo los actos con plena conciencia¹³⁷. Se resuelve así la laguna de punibilidad que podría surgir, añadiéndose el inciso “o hiciere ejecutar a otros”¹³⁸. Respecto del *sujeto pasivo o víctima*¹³⁹ *de los actos de exhibición obscena*, nos

¹³¹ “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

¹³² La sentencia nº230/2015 de la AP de A Coruña (Sección 1ª), 4 de mayo de 2015, recoge que según la DRAE, **exhibicionismo** se trata de la perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales; pornografía, obra literaria o artística de carácter obsceno (es decir, impúdico, torpe, ofensivo al pudor); y erotismo, carácter de lo que excita el amor sensual.

¹³³ Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 158 y 162, el tipo de injusto, tipo legal o tipo penal es el elemento del delito que sirve para plasmar el principio de legalidad penal, concretamente la garantía criminal, destacando que entre las diversas acciones antijurídicas, solo son delictivas aquellas seleccionadas por la ley penal. Dicho tipo se clasifica en positivo (objetivo y subjetivo) y negativo.

¹³⁴ Respecto al desarrollo y explicación de los tipos penales a tratar, se ha optado por la Teoría de los elementos negativos del tipo (Teoría de la Ratio Cognocendi). Esta Teoría de la Ratio Cognocendi consiste en separar los juicios de tipicidad y juicios de antijuricidad y tratarlos como dos juicios autónomos y separados; por el contrario, la Teoría de la Ratio Rescendi une en un solo nivel la tipicidad y la antijuricidad. Sobre ello vid. <http://www.monografias.com/trabajos76/derecho-penal-parte-general/derecho-penal-parte-general4.shtml#ixzz3hw2nZ2jf>

¹³⁵ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 234 y ss.

¹³⁶ El delito de exhibicionismo admite todas las formas de autoría; autor-único directo, coautoría y autoría mediata. Estas cuestiones se desarrollan más adelante al analizar la acción.

¹³⁷ Para afirmar la culpabilidad del autor es necesario constatar la conciencia o cognoscibilidad de la antijuridicidad de la conducta, BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 30.

¹³⁸ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 261.

¹³⁹ Sobre los derechos de la víctima en estos delitos y en cualquier otro ha de verse la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, cuya finalidad es la de ofrecer desde los poderes públicos

encontramos con la exigencia de que sean menores de edad en los términos del art. 12 CE¹⁴⁰, o personas con discapacidad necesitadas de especial protección¹⁴¹ en los términos del art. 25 CP inciso segundo¹⁴², por lo que queda claro que para que podamos hablar de tipo delictivo es necesario que los autores de estos delitos dirijan sus conductas delictivas a los menores de 18 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección de manera expresa¹⁴³.

Ahora bien, dado que nos encontramos en el ámbito de los delitos sexuales, la discapacidad (de especial protección en este caso) ha de concretarse en la imposibilidad de autodeterminación sexual del sujeto a causa de una anomalía o alteración psíquica, comprendiendo por lo tanto como personas necesitadas de especial protección¹⁴⁴ no solo a las personas que sufren enfermedades mentales en sentido estricto¹⁴⁵, sino también a las personas con retraso mental¹⁴⁶.

una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.

¹⁴⁰ “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. El límite de los 18 años es el límite cuantitativo aplicable en la mayoría de las legislaciones internacionales.

¹⁴¹ El término “personas con discapacidad necesitadas de especial protección” es el término correcto utilizado por el CP desde su Reforma en 2015, sin embargo, también podría utilizarse el concepto de “incapaces”, puesto que se trata del concepto utilizado tradicionalmente.

¹⁴² Desde la Reforma del CP de 2015 en el art. 25 CP ya se distingue entre “**personas con discapacidad**” y “**personas con discapacidad necesitadas de especial protección**”, siendo esta última expresión la que nos interesa dado el tema que se aborda. “A los efectos de este Código se entiende por **discapacidad** aquella situación en que se encuentra una persona con tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

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

¹⁴³ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 235.

¹⁴⁴ BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 18.

¹⁴⁵ Personas que sufren algún tipo de trastorno mental, ya sean trastornos psicóticos, de personalidad, etc., lo cual no implica que su cociente intelectual sea inferior al considerado como normal, sino que simplemente padecen algún tipo de trastorno que les afecta a la mente y a la manera de ver las cosas. Un ejemplo sería el de aquellas personas que sufren de bipolaridad. Sobre ello vid. <http://www.feafescyl.org/preguntas.htm>

¹⁴⁶ Personas con discapacidad intelectual, por lo que su cociente intelectual es inferior al considerado como normal. Un ejemplo sería el de aquellas personas que padecen Síndrome de Down. Sobre ello vid. http://www.psicoactiva.com/cie10/cie10_43.htm

El consentimiento del sujeto pasivo no desempeña papel alguno como causa de atipicidad, ya que en la descripción legal del delito se omite toda referencia al mismo¹⁴⁷. Sin embargo, hay a quien¹⁴⁸ le parece quedar claro que la conducta para que sea típica no debe ser consentida, puesto que carecería de sentido que no se condenen las relaciones sexuales consentidas de los mayores de trece años y los menores de dieciocho y, sin embargo, se sancionen los actos de exhibición delante de éstos con su consentimiento. No obstante, permanece la duda en los casos en los que el sujeto pasivo es un menor de esa de edad, es decir, menor de trece años, o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es su indemnidad o intangibilidad sexual.

Se exige, además, una participación visual del sujeto pasivo que es mero observador¹⁴⁹, sin contacto corporal alguno, ya que si lo hubiera podría darse lugar a un delito de abuso o agresión sexual, en función de las circunstancias concurrentes, tal y como ya se ha señalado¹⁵⁰. Es indiferente la distancia con la que se lleva a cabo, siempre que exista contacto visual suficiente. Con esto queda puesto de manifiesto, que los actos de exhibicionismo ante mayores de edad son una conducta atípica¹⁵¹, sin perjuicio de la consideración del art. 37.5 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana¹⁵².

¹⁴⁷ La sentencia nº230/2015 de la AP de A Coruña (Sección 1ª), 4 de mayo de 2015, señala que los “menores e incapaces necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual **es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o discapacitado consientan en ser utilizados para este tipo de conductas**”.

¹⁴⁸ ORTS BERENQUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, 184.

¹⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras, 1982, 81 y ss., señala que se trata de un efecto real separable espacio-temporalmente de la acción, que tiene lugar a través de la percepción y subsiguiente procesamiento por el sistema nervioso central del sujeto pasivo del acto exhibicionista, hecho con el que se produce en definitiva la efectiva involucración de la víctima en una acción sexual como partícipe.

¹⁵⁰ BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 24 y 25, determina incluso que si lo producido con el exhibicionismo fuera tan grave como para poder ser calificado de incapacidad mental o de enfermedad psíquica podríamos encontrarlos además ante un delito de lesiones (art. 147 CP) o delito menos grave de lesiones (art. 152.1 CP).

¹⁵¹ ESCRIBUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed., 2011, 699.

¹⁵² “Es infracción leve: La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena, cuando no constituya infracción penal”.

En relación al *bien jurídico protegido*¹⁵³ existen discusiones al respecto, sobre si se trata de la libertad o indemnidad sexual¹⁵⁴ de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección como sujetos pasivos de un delito que no sólo ya no requiere publicidad, sino que se va a cometer generalmente en sitios aislados o apartados¹⁵⁵, en el que tampoco hay duda ya de su carácter puramente individual.

Con carácter general nos referiremos a la libertad e indemnidad sexuales como bienes jurídicos protegidos, tanto para este delito de exhibicionismo, art. 185 CP, como para el de provocación sexual, art. 186 CP; pero sin embargo, lo cierto es que para algunos autores¹⁵⁶ el bien jurídico protegido es la libertad sexual exclusivamente, mientras que hay quien¹⁵⁷ considera que se trata de la indemnidad sexual, también de forma exclusiva. En cualquier caso estos son bienes jurídicos personales, de los que es titular la persona física, y no la sociedad¹⁵⁸.

Al margen de la libertad o de la indemnidad sexuales, también hay quien considera que el bien jurídico protegido lo constituye un conglomerado de intereses, el cual abarca desde el bienestar psíquico de los menores e incapaces hasta su derecho a obtener un adecuado proceso de formación sin interferencias interesadas¹⁵⁹.

Personalmente considero que el bien jurídicamente protegido es exclusivamente la indemnidad o intangibilidad sexual y no la libertad sexual, por la simple cuestión de que los menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección no

¹⁵³ Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 176, el bien jurídico protegido es una categoría elaborada y manejada sobre todo en Derecho Penal, con la que se alude, por una parte a un objeto valioso (de ahí el nombre de “bien”) y por eso merecedor, digno de protección jurídica, y por otra, al objeto que efectivamente es protegido o tutelado por el Derecho.

¹⁵⁴ Tal y como se desarrollará a continuación para algunos autores el bien jurídico protegido es la libertad sexual, para otros autores la indemnidad o intangibilidad sexual y para otros lo son ambos.

¹⁵⁵ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, Vol. II, 2010, 261.

¹⁵⁶ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras, 1982, 560 y 561; TAMARIT SUMALLA, La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual, 2ª ed., 2002, 138; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 349. Para este último, el bien jurídico protegido es la libertad sexual cuando el autor involucra a otra persona en la participación de una actividad sexual que realiza el agente o un tercero sin el consentimiento de la víctima.

¹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 234 y 235.

¹⁵⁸ BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 14.

¹⁵⁹ ORTS BERENQUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENQUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed., 2010, 279 y ss.

tienen reconocida la libertad sexual, y precisamente, si no se les reconoce la libertad sexual no puede configurarse la misma como bien jurídico protegido.

El *concepto de actos de exhibición*¹⁶⁰ suele configurarse conforme a ejemplos frecuentes como son el de la exhibición de los propios órganos genitales¹⁶¹ o el de la masturbación¹⁶². Se trata por ello de un *delito de mera actividad*¹⁶³, tal y como señala la mayor parte de la doctrina¹⁶⁴, y por tanto, de consumación instantánea¹⁶⁵, por lo que en principio no podríamos hablar de tipos de imperfecta ejecución (tentativa)¹⁶⁶, aunque hay quien lo admite¹⁶⁷.

¹⁶⁰ De acuerdo con VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 349, la exhibición es el acto por el que se muestra algo en condiciones favorables para que sea observado por otra u otras personas. Lo que se ejecuta son actos de exhibición que tienen carácter obsceno, excluyéndose los eróticos.

¹⁶¹ Sentencia nº92/2015 de la AP de Albacete, 16 de marzo de 2015. Se trata de un recurso de apelación por el que se recurre la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº1 de Albacete, sobre exhibición y provocación sexual en un parque público ante menores, cuyas edades estaban comprendidas entre los 11 y 13 años de edad. El condenado "**mostró su pene en estado erecto**, lo que fue observado por los menores".

¹⁶² Sentencia nº258/2012 del JP de Málaga, 18 de junio de 2012. Se trata de una sentencia condenatoria por la comisión del delito de exhibicionismo del art. 185 CP, ya que el condenado "al ver pasar a la menor de edad Lina (nacida en 1997) movido por el ánimo de atentar contra su indemnidad sexual, la llamó para en ese momento bajarse los pantalones, mostrándole los genitales y **masturbándose** mientras la miraba".

¹⁶³ Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 164, los delitos de mera (pura) actividad, de acción o de conducta activa son un tipo de delitos de mera conducta que requieren una determinada conducta, activa o pasiva, sin necesidad de un ulterior resultado distinto de aquella.

¹⁶⁴ En este sentido, ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed., 2010, 279 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 248 y 249; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1252. Por el contrario, BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 24 y 25, lo considera delito de resultado material porque para su consumación exige la producción del resultado. Ese resultado típico se trataría de la colocación del sujeto pasivo, sin su voluntad o con una voluntad jurídicamente irrelevante, en una situación de conexión ocular con la que es utilizado como partícipe pasivo del comportamiento sexual del autor del exhibicionismo. En mi opinión, se trata de un delito de simple actividad, tal y como es considerado por la mayoría, de manera que no requiere por lo tanto un resultado para que se consume el delito, ya que la evitabilidad en la continuación de la confrontación sexual visual por parte del sujeto pasivo, pudiendo abandonar el lugar, cerrar los ojos o girar la vista no añade ni quita nada al tipo objetivo, y sólo pone de manifiesto la menor gravedad de la acción sexual.

¹⁶⁵ Esto quiere decir que al ser un delito de actividad no requiere la producción de un resultado para que el delito se consume, es por ello que se consume de forma instantánea en el momento en el que se produzca la exhibición en sí misma y por ello entenderíamos que en principio no cabe la tentativa.

¹⁶⁶ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 261.

¹⁶⁷ Conforme a ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed.,

Con independencia de las posturas a favor o en contra de la posibilidad de apreciar la imperfecta ejecución de este delito, lo cierto es que se dará la tentativa cuando el autor suponga erróneamente que las personas ante las que se exhibe obscenamente son menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o también cuando el que haga ejecutar a otro la acción exhibicionista finalmente no lo consiga (inducción ineficaz). Lo que no resulta admisible es apreciar como actos típicos de ejecución hechos previos a la exhibición obscena, como por ejemplo, empezar a desnudarse, porque el concepto de exhibición no admite un principio de ejecución separable de la exhibición misma¹⁶⁸.

En relación a la *acción típica*¹⁶⁹, han de distinguirse dos modalidades: la ejecución personal o la promoción de la exhibición de terceros. Ambas se dirigen a la realización o fingimiento de realización de actos sexuales de cualquier índole¹⁷⁰. En lo que se refiere al que ejecuta, se está haciendo referencia a la autoría inmediata individual¹⁷¹. Pero cuando se habla de “hacer ejecutar a otro”, expresión que resulta prácticamente superflua, nos referimos a la ejecución del acto utilizando a un tercero. En este segundo supuesto caben dos alternativas:¹⁷² **A)** Si a quien se hace ejecutar es una **persona responsable de sus actos**, estamos en presencia de **inducción**¹⁷³, penada con la misma pena que la autoría¹⁷⁴. El único efecto que tiene el precepto es excluir al inductor del ámbito de la accesoriedad¹⁷⁵. **B)** Si a quien se hace ejecutar **no resulta responsable de**

2010, 279 y ss., se admite generalmente la posibilidad de apreciar tentativa, aunque el verbo típico se expresa en una única acción de exhibición obscena, ya se realice esta en un solo acto o pueda descomponerse en varios.

¹⁶⁸ BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 31.

¹⁶⁹ Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 134, la acción que constituye el tipo delictivo (en este caso el delito de exhibicionismo).

¹⁷⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Parte Especial, 6ª ed. 2010, 248.

¹⁷¹ El concepto de autor abarca al autor inmediato, al autor mediato o al coautor. Autor inmediato individual o directo es el sujeto que ejecuta la acción de forma directa y por sí mismo (Art. 28 CP).

¹⁷² GÓMEZ TOMILLO, RECPC, Nº 07-04, 2005, 13.

¹⁷³ Junto a los autores (inmediatos, mediatos o coautores), podemos hacer referencia a tres formas de participación; inductor, cómplice y cooperador necesario. El inductor es el sujeto que induce o fuerza directa e intencionadamente a otro u otros a ejecutar el tipo delictivo. Por lo que el inductor no participa materialmente en la comisión del hecho delictivo (Art. 28 a) CP). MORILLAS FERNÁNDEZ, Análisis Dogmático y Criminológico de los Delitos de Pornografía Infantil, 2005, 392 y ss.

¹⁷⁴ Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 349, el tercero no sería inductor sino coautor.

¹⁷⁵ El principio de accesoriedad significa que la responsabilidad de los partícipes es dependiente (accesoria) de la responsabilidad del autor.

sus actos, cabría una comprensión amplia de la posibilidad de autoría mediata¹⁷⁶ que conllevaría el mismo efecto¹⁷⁷.

Es por ello, que en principio no cabe exhibirse por omisión, ni hacer mediante una omisión que un tercero se exhiba obscenamente¹⁷⁸, pero sí podría no impedirse el exhibicionismo de otro ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, pudiendo ostentar el omitente una posición de garante con respecto al bien jurídico de la libertad sexual del menor o discapacitado necesitado de especial protección. En este supuesto podríamos estar ante un delito del art. 450 CP¹⁷⁹.

Tales exhibiciones siempre han de ser obscenas¹⁸⁰, ya que sobrepasan, ante los ojos de un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, una función educativa o ilustrativa de la sexualidad, buscando su agitación interna ante sensaciones cuya comprensión desconocen por falta de información o de formación¹⁸¹.

De acuerdo con el **tipo positivo subjetivo**, el carácter provocador de estos comportamientos constituye un elemento subjetivo del injusto consistente en la tendencia¹⁸² del autor a involucrar a la víctima con su acción en un contexto sexual¹⁸³, carácter o ánimo que acompaña al dolo¹⁸⁴ exigido en este tipo penal, ya que no cabe la comisión por imprudencia¹⁸⁵. Y aunque este delito se comete con dolo genérico, es preciso que el autor conozca todos los elementos típicos y voluntariamente encuadre su

¹⁷⁶ Autor mediato es el sujeto que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable o imputable, pero que aun así es autor. El autor mediato por lo tanto realiza el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento (Art. 28 CP). BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 31; MORILLAS FERNÁNDEZ, Análisis Dogmático y Criminológico de los Delitos de Pornografía Infantil, 2005, 392 y ss.; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 349, pone como ejemplo de autor mediato al tercero enajenado o al tercero víctima de coacciones en concurso con agresión sexual.

¹⁷⁷ ESCRIBUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed., 2011, 699.

¹⁷⁸ BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 19.

¹⁷⁹ Delito relativo a la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución.

¹⁸⁰ La doctrina considera que no existen obstáculos serios para interpretar el término “obsceno” de modo acorde con el bien jurídico, BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 19.

¹⁸¹ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 248.

¹⁸² Por eso es denominado por BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 27, como delito de tendencia, ya que requiere además del dolo, el ánimo lúbrico o lascivo, esto es, la tendencia provocadora.

¹⁸³ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 236.

¹⁸⁴ Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 259, conocimiento y voluntad de realizar el delito.

¹⁸⁵ Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 231, en los delitos imprudentes la parte subjetiva se caracteriza por la ausencia de dolo, lo que implica un inferior desvalor de la acción, pero hay al menos inobservancia del cuidado debido.

conducta en ellos, involucrando a la víctima con su acción que tiene contenido sexual. Se descarta el dolo indirecto y el eventual¹⁸⁶.

El *error* sobre la edad del menor o la discapacidad de especial protección del adulto se considera error de tipo vencible¹⁸⁷ y determina la imprudencia, que no es punible en este delito ya que sólo admite la comisión dolosa¹⁸⁸. Por lo que la imprudencia, incluso mediando error vencible siempre queda excluida y supone la impunidad de los hechos¹⁸⁹ y por eso, sólo podemos hablar de *dolo directo*, puesto que se pretende excitar sexualmente al menor o discapacitado necesitado de especial protección. El dolo debe abarcar por lo tanto el conocimiento de aquellas particulares circunstancias del sujeto pasivo (edad, discapacidad, etc.)¹⁹⁰. Si los hechos ocurrieran de manera meramente culposa y no dolosa, como el supuesto en el que los padres o novios realizan el acto

¹⁸⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 349.

¹⁸⁷ Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 260, error atribuible a descuido o imprudencia que implica el desconocimiento de alguno de los elementos que conforman el tipo objetivo del delito y que excluye en todo caso al dolo. A diferencia del error invencible, el error vencible no excluye la culpabilidad del autor. En este delito, el error vencible conlleva la comisión del mismo de manera imprudente, y puesto que no se castiga la imprudencia para este tipo delictivo, finalmente el error vencible también supone en estos casos la exclusión de la culpabilidad.

¹⁸⁸ Este delito por lo tanto solo puede cometerse dolosamente. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras, 1982, 81 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª Ed. 2010, 248. Personalmente considero que solo cabe el dolo directo puesto que la propia naturaleza de la acción exhibicionista excluye la modalidad del exhibicionismo con dolo eventual.

¹⁸⁹ Hay que añadir que la jurisprudencia es reacia a admitir el error en este tipo de delitos de carácter sexual, especialmente si existen dudas, en cuyo caso no apreciarían el error sobre la edad. Un ejemplo de ello es la sentencia nº230/2015 de la AP de A Coruña (Sección 1ª), 4 de mayo de 2015, que señala que “el acusado argumenta en su escrito de recurso que en el momento de los hechos desconocía que la denunciante era menor de edad, ésta nunca se lo dijo y en su perfil no constaba su edad, a lo que añade que en la red social "Tuenti" está prohibido darse de alta a los menores de 14 años, y de la foto incorporada en el perfil de la denunciante no se puede deducir que fuera menor de edad” y posteriormente resuelve determinando que “Cuando se alega el desconocimiento de la minoría de edad de la víctima en los delitos en que dicha minoría de edad constituye un elemento del tipo o de una específica cualificación la jurisprudencia destaca las dificultades que entraña determinar la existencia de ese error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, y pone de relieve la exigencia de su prueba, sin que baste su mera alegación. Dicha prueba no existe en el presente caso fuera de la palabra del acusado, y frente a las alegaciones de su defensa relativas al desarrollo físico de la víctima, las apreciaciones del juzgador de instancia le hacen plasmar en su sentencia que la niña tenía 13 años y su aspecto en las fotos, que el acusado tuvo ocasión de ver, no deja lugar a dudas sobre ello”. Por todo ello finaliza determinando que se trata de una “minoría de edad de la que no cabe confusión”, por lo que no admite el error sobre la edad.

¹⁹⁰ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, Nº 07-04, 2005, 14. Esta no se trata de una postura pacífica puesto que ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, 183 y ss., proponen que cuando el hecho obsceno no haya causado acreditadamente un efecto lesivo en el menor se debe descartar la intervención penal.

sexual en presencia de un menor que no detectan, estaremos también ante un supuesto impune¹⁹¹.

Con la exigencia de un elemento subjetivo específico en el tipo de injusto “tendencia provocadora”, quedan excluidos del ámbito de este delito actos que, objetivamente, pueden ser considerados como exhibición de órganos genitales¹⁹², pero no de “exhibicionismo”, ya que normalmente se realizan sin intención de provocar sexualmente, como por ejemplo orinar en una vía pública, tomar el sol completamente desnudo en un terraza o azotea privada, etc.¹⁹³ Por lo que un elemento subjetivo de esta naturaleza solo se puede deducir de las circunstancias concurrentes, lugar y hora en las que se produce la exhibición, si había en las cercanías algún centro escolar, menores o incapaces, etc.¹⁹⁴

Respecto al **tipo negativo**, en este delito el derecho a la educación de los padres y el ejercicio de la actividad pedagógica de los maestros puede considerarse como causa idónea de justificación en atención a las peculiaridades concretas de cada caso¹⁹⁵, tal y como ya se señaló en la introducción. No obstante, cuando quien realiza los actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces es determinado coactivamente a ello por un tercero, cabe invocar las eximentes de estado de necesidad o de miedo insuperable, pero no como causas de justificación, sino como causas de inculpabilidad¹⁹⁶.

En relación a la **culpabilidad**, como ya se ha dicho, los autores de este tipo de delito suelen estar afectados por alguna clase de desequilibrio mental, constituyendo una

¹⁹¹ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª Ed. 2010, 248.

¹⁹² ORTS BERENQUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, 183 y ss.; LAMARCA PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, 5ª ed., 2010, 149; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 248; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1228; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 235.

¹⁹³ De este modo, ha de estar presente siempre una connotación o contexto sexual ya las acciones exhibicionistas con finalidades distintas a la satisfacción o excitación sexual propia o ajena quedan fuera, tal y como señala BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 27. Las acciones con ánimo de humillación, venganza, etc. podrían acomodarse en los delitos contra el honor o contra la integridad moral, MUÑOZ SÁNCHEZ, Los delitos contra la integridad moral, 1999, 37 y ss.

¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 238.

¹⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 248.

¹⁹⁶ BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 28.

personalidad psicótica¹⁹⁷. Por eso, estas posibles alteraciones deben tenerse en cuenta a la hora de valorar la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto exhibicionista¹⁹⁸, debiendo aplicarse, si procede, la correspondiente medida terapéutica, bien en sustitución de la pena (arts. 101 y ss. CP), bien como complemento de la misma (arts. 99 y 104 CP)¹⁹⁹.

Por otro lado, respecto a la posibilidad de existencia de este delito en **concurso con otros delitos**, hay que señalar que si se ejecuta un solo acto de exhibición obscena ante varios menores o discapacitados, existirá *un solo delito*²⁰⁰, pero si se ejecutan varios actos de exhibición obscena, es admisible el *concurso real*²⁰¹. No obstante, en vez de concurso real, cabría apreciar *delito continuado*²⁰² siempre que se tratase del mismo sujeto pasivo y se dieran los requisitos del art. 74 CP²⁰³. En caso de que no cupiera apreciar delito continuado porque no se dieran los requisitos de ese art. 74 CP, podríamos hablar entonces de concurso real.

Ahora bien, hay quien considera que en el supuesto de una pluralidad de sujetos pasivos²⁰⁴ el carácter personalísimo de los bienes atacados, obliga a apreciar un

¹⁹⁷ La OMS clasifica al exhibicionismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento del adulto, y más concretamente como un trastorno de la inclinación sexual. La Asociación Psiquiátrica Americana a su vez, lo incluye en los trastornos sexuales y de la identidad sexual como una clase de parafilia.

¹⁹⁸ Se podría plantear un problema de imputabilidad en el caso de que el exhibicionista sea un individuo con alguna anomalía psíquica, ya que podríamos encontrarnos ante supuestos de exención o atenuación de la responsabilidad, de acuerdo con los arts. 20 y 21 CP. En este sentido, Sentencia nº 87/2006 de la AP de Sevilla Sección 3ª, 14 de febrero de 2006, en relación con el exhibicionismo vinculado con una causa de disminución de pena debido a la alteración de su capacidad psicológica.

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 236.

²⁰⁰ Delito único, cuando el sujeto pasivo es un solo menor o un solo discapacitado necesitado de especial protección.

²⁰¹ Consiste en la comisión de varios delitos por parte del autor, con el objetivo de obtener un único resultado (Art. 73 CP).

²⁰² Consiste en que el autor comete varios delitos de la misma o similar naturaleza en cortos períodos de tiempo, de manera que finalmente se aprecian los delitos como si únicamente hubiera cometido uno de manera continuada (art. 74 CP).

²⁰³ ESCRIBUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed., 2011, 700.

²⁰⁴ Pluralidad delictiva: **concurso ideal**, cuando el sujeto pasivo de una misma acción exhibicionista es plural (art. 77 CP); **concurso real**, cuando se producen varias acciones exhibicionistas en momentos diversos, sean los sujetos los mismos o distintos (art. 73 CP); y **delito continuado**, supuestos de concurso real en los que además concurren los requisitos expresados en el art. 74 CP. En este caso se atacan los bienes eminentemente personales y hay que señalar que el art. 74.3 CP (delito continuado) en principio prohíbe la continuidad delictiva para las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo

*concurso ideal*²⁰⁵ de delitos conforme al art. 77 CP, en vez de concurso real, aunque la referencia a “menores de edad o discapacitados necesitados de especial protección”, en plural, permite sostener también la existencia de un *delito único*, o incluso que el tipo exija dicha pluralidad de sujetos²⁰⁶.

También podrán producirse *concurso reales o ideales* con los posibles actos sexuales de los Capítulos I y II²⁰⁷, y *concurso de leyes o de normas*²⁰⁸, cuando la exhibición obscena forme parte de una puesta en escena encaminada a conseguir captar o anular la voluntad del menor para cometer un delito de abuso o agresión sexual²⁰⁹ y en tal caso conforme al art. 8 CP el precepto penal más amplio, complejo o grave absorbe a los que castiguen el hecho con pena menor, de forma que la violación absorbe al delito del art. 185 CP que le preceda en una misma dinámica comisiva total y el más grave excluye el castigo por los hechos que tienen señalada pena mayor²¹⁰.

En relación a la **pena**²¹¹, la Reforma de 2015 mantiene la pena de prisión, de seis meses a un año, o la alternativa de multa, de doce a veinticuatro meses, que sin explicaciones, fue duplicada por la Reforma de 2003 y que ya mantuvo también la de 2010²¹².

sujeto pasivo, en cuyo caso, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

²⁰⁵ Hace referencia a que el autor a través de una acción cometa más de un delito (art. 77 CP).

²⁰⁶ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 261.

²⁰⁷ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 261, señala que habrá concurso real o ideal según haya o no solución de continuidad entre el exhibicionismo, de un lado, y la agresión o abuso sexual de otro. Aunque tampoco descarta algunos concursos de leyes que se resolverían conforme al principio de absorción o conjunción.

²⁰⁸ Se hace referencia a que la infracción penal cometida tiene encaje en más de un precepto del CP, de manera que para determinar cual es el precepto que se ha de aplicar, se han de utilizar las normas contenidas en el art. 8 CP.

²⁰⁹ Se denomina **principio de absorción o conjunción**, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1229. Sin embargo, QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 249, defiende que el delito de exhibicionismo en este ámbito de los concursos con otros delitos, puede ser la antesala de otros delitos contra la libertad sexual con los que concurriría realmente, si no hubiera solución de continuidad (art. 74 CP); en tal caso, el concurso medial (cometer dos o más acciones delictivas, siendo una de ellas imprescindible para cometer la/s otra/s, art. 77 CP).

²¹⁰ BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2ª época nº 8, 2001, 32; Sentencia nº21/2008 de la AP de Toledo Sección 1ª, 12 de julio de 2008; ESCRIBUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed., 2011, 700.

²¹¹ La indulgencia de la sanción se debe a que se trata de uno de los delitos menos graves del Título VIII, no exige especiales medios comisivos como ocurre en la mayoría de los delitos sexuales y además, el sujeto pasivo del delito se limita a ser mero espectador.

²¹² QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 249.

2. DELITO DE PROVOCACIÓN SEXUAL (ART. 186 CP)

El **art. 186 CP**²¹³ se encarga de regular el **delito de provocación sexual**²¹⁴, entendido como la difusión, venta o exhibición del material pornográfico a menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

De acuerdo con el **tipo positivo objetivo**, la **conducta típica** de este delito consiste en vender, difundir o exhibir²¹⁵ material pornográfico a menores de edad (art. 12 CE) y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 CP, en su segundo inciso. Por *vender*, debe entenderse la enajenación a cambio de un precio o contraprestación económica; mientras que por *difundir*, divulgar o propagar y por *exhibir*, exponer o mostrar el material pornográfico²¹⁶.

Específicamente, por *difusión del material pornográfico* se entienden las representaciones de carácter sexual a través de escritos, objetos, medios audiovisuales, etc.²¹⁷, que tienden a provocar o excitar sexualmente a terceros²¹⁸.

En este sentido, la utilización de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos

²¹³ “El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

²¹⁴ BOLDOVA PASAMAR, Actualidad Penal, nº35, 2001, 841 y ss. en vez de referirse al delito del art. 186 CP como delito de provocación sexual, hace referencia al mismo como al delito de facilitar pornografía a menores o incapaces.

²¹⁵ Ejemplo de exhibición de material pornográfico es la Sentencia nº540/2014 de la AP de Sevilla, 6 de octubre de 2014, en la que se le condena al acusado al delito de exhibición de material pornográfico por “haber contactado con los menores Pedro Francisco, Horacio, Luis y Silvia y con la finalidad de ganarse su confianza los invitó a caracoles, helados y refrescos que se tomaron en una mesa de la terraza, en la que, con la excusa de enseñarles unas fotografías de sus sobrinas que tenía en su teléfono móvil, les mostró fotografías y vídeos de hombres y mujeres desnudos en actitudes y comportamientos de inequívoco contenido sexual que tenía almacenados en su memoria”.

²¹⁶ ESCRHUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed., 2011, 701. Con palabras similares lo define, PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 6, entendiéndose por **difusión**, la entrega o divulgación del material pornográfico a los menores o incapaces, la **venta** implica el ofrecimiento a cambio de un precio y, por último, la **exhibición** equivale a la exposición o muestra del material en cuestión.

²¹⁷ El material pornográfico puede presentarse en cualquier soporte. De hecho la Sentencia nº315/2013 del JP de Pamplona/Iruña, 11 de diciembre de 2013, hace referencia a la condena del acusado por el hecho de que este poseía y era propietario de “CDs, DVDs y un disco duro de ordenador que contenían imágenes de menores pre-adolescentes exhibiendo sus órganos genitales y/o practicando actos explícitamente sexuales”.

²¹⁸ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 237.

constituye el delito tipificado en el art. 189.1 a) CP²¹⁹, por lo que fuera de estos casos, la pornografía con y entre adultos no está castigada, al igual que ocurría con el delito de exhibicionismo (art. 185 CP)²²⁰. Lo que castiga el art. 186 CP es la venta, difusión o exhibición del material pornográfico entre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

El *sujeto activo o autor* puede ser cualquiera, sin necesidad de reunir cualidades específicas, es por ello que se dice que es un delito común²²¹. El *sujeto pasivo* en cambio sí que ha de reunir alguno de los requisitos previstos en la ley, es decir, que han de ser menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, tal y como ya se ha indicado²²².

Resulta indiferente en principio, tal y como se señalaba del mismo modo para el delito de exhibicionismo, el consentimiento que puedan otorgar los menores o incapaces, puesto que carece de relevancia exculpante²²³. Sin embargo, resulta discutible, al igual que ocurre también en el delito de exhibicionismo, que tratándose de un menor de edad que tenga trece años cumplidos²²⁴, si da su aprobación a una relación sexual con un adulto, sin que medie engaño, ni prevalimiento, no haya delito sexual, como tampoco existiría si la relación se produce con un discapacitado necesitado de especial protección, siempre y cuando no se abuse de su trastorno mental. Por lo tanto al menor y a la persona con discapacidad se les reconoce cierta disponibilidad para mantener relaciones sexuales, pero no para observar una película o revista pornográfica, lo que resulta a todas luces controvertible, como se puede comprobar con el TS que condena a un profesor de secundaria de dibujo técnico al delito de provocación sexual que se está describiendo, por mostrarles a sus alumnos (algunos de ellos menores de edad) con su

²¹⁹ “Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: a) El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas”.

²²⁰ PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 6.

²²¹ Cfr., por todos, PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 6.

²²² Los sujetos pasivos de este delito son, por lo tanto, los mismos que los del delito de exhibicionismo del art. 185 CP, es decir, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y menores de edad. Respecto de los menores, se tiene en cuenta el art. 12 CE, y respecto de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se tiene en cuenta el art. 25 CP segundo inciso, tal y como ya se ha señalado anteriormente.

²²³ PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 6.

²²⁴ Por debajo de esa edad siempre existirá abuso sexual.

pleno consentimiento, una cinta de vídeo en la cual aparecían dos individuos manteniendo una relación sexual²²⁵.

En la TS añade que “a pesar de la deficiente calidad de la imagen y el sonido, todos observaron escenas de sexo entre un hombre y una mujer adultos grabadas desde un pequeño agujero abierto en la pared o en un mueble de la habitación, por lo que el carácter pornográfico del material exhibido y el elemento doloso o intencional del agente son suficientes para condenar al profesor, aún cuando no concurrió el ánimo lúbrico o libidinoso del profesor²²⁶.

La *coautoría*, la *inducción* y la *cooperación*, necesaria o no²²⁷, se configuran según las reglas generales. Respecto de la *autoría mediata* parece que no cabe según ningún sector doctrinal puesto que se ha considerado que el medio directo implica que la acción típica deba realizarse personalmente por el autor²²⁸.

El *bien jurídico protegido* en este delito de provocación sexual, al igual que ocurre con el delito de exhibicionismo, se discute si es la libertad sexual o la indemnidad o intangibilidad sexual²²⁹.

Para un sector el bien jurídico protegido se trata de la libertad sexual²³⁰, entendida como

²²⁵ Sentencia nº 1553/2000 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 10 de octubre de 2000.

²²⁶ El carácter libidinoso es un elemento del injusto que acompaña al dolo. Tal y como se ha señalado, conforme a la opinión mayoritaria de la doctrina y la mía propia, se exige dicho ánimo para que pueda existir condena efectiva. Sin embargo, hay quien considera que no es necesaria su presencia, como es el caso de la ya mencionada sentencia del TS.

²²⁷ Recordamos que la coautoría, la inducción, la cooperación y la autoría mediata son distintas formas de autoría.

²²⁸ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 263. Se hablaría de autoría inmediata personal o directa.

²²⁹ La sentencia nº2092/2014 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 26 de mayo de 2014, no distingue cuál es el bien jurídico protegido, haciendo referencia tanto a la libertad sexual como a la indemnidad sexual como los bienes jurídicos protegidos de este delito.

²³⁰ ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed., 2010, 279. A su vez, la Sentencia nº540/2014 de la AP de Sevilla, 6 de octubre de 2014, considera que el “bien jurídico protegido en los delitos tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal es la libertad sexual, entendida como autodeterminación o libre disposición de la potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual. La libertad sexual se puede considerar como denominador común, sin perjuicio de que cuando el sujeto pasivo sea un menor, se deba valorar el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la esfera de la intimidad y con ello se incida en

el derecho de toda persona a un normal desarrollo de la personalidad y como el derecho a ejercer la actividad sexual en libertad, si bien otros²³¹, aunque también están a favor de la libertad sexual, la definen de distinto modo, entendiéndola como la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y por la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan las de escoger compañero, con su consentimiento por descontento y rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques.

Sin embargo, el principal inconveniente que plantea esta concepción, es el relativo a que en el caso de los menores y discapacitados necesitados de especial protección difícilmente se podrá proteger su libertad sexual ya que no la pueden ejercer efectivamente, ya sea porque carecen de los presupuestos volitivos para ello, o porque aunque los posean jurídicamente no se les reconoce, tal y como ya se ha expresado²³².

Para otro sector el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual del menor o discapacitado necesitado de especial protección²³³, concibiéndolo como un bien autónomo y diferenciado de la libertad sexual que, en definitiva consiste en el derecho de estos sujetos a estar libres de cualquier daño de orden sexual. Hay quien señala que el derecho a estar libres de cualquier daño de orden sexual es un derecho que toda persona tiene y que por lo tanto, carece de aptitud para individualizar el bien jurídico²³⁴.

Otros autores, coincidentes en que el bien jurídico protegido se trata de la indemnidad

su indemnidad o intangibilidad sexual, porque la idea de libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo”.

²³¹ DÍEZ SÁNCHEZ, CPC, nº37, 1989, 86; CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (Dir.)/CARMONA SALGADO/DEL ROSAL BLASCO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/QUINTANAR DÍEZ/SEGRELLES DE ARENAZA, Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial, 2000, 233.

²³² PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 5.

²³³ DÍEZ RIPOLLÉS, Las últimas reformas en el Derecho Penal Sexual, 2003, 622 y ss.; Sentencia nº230/2015 de la AP de A Coruña (Sección 1ª), 4 de mayo de 2015, que defiende que “El bien jurídico protegido por este delito no es otro que el de la indemnidad sexual de los menores, es decir su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o discapacitado consientan en ser utilizados para este tipo de conductas.

²³⁴ ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed., 2010, 279.

sexual, añaden que lo más importante a este respecto es garantizar el “bienestar psíquico” del menor o del discapacitado necesitado de especial protección, es decir, el derecho a un desarrollo y a una formación adecuados, libres de injerencias extrañas a sus intereses, y a un adecuado proceso de socialización²³⁵.

Esta postura es la que a mi modo de ver tenemos que sostener como correcta puesto que a los menores y discapacitados necesitados de especial protección no se les reconoce autodeterminación sexual, ya que se presume que carecen de la formación y madurez suficientes, y en consecuencia lo que realmente se tutela es el derecho que tienen los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección a no sufrir interferencias en su proceso de formación, y no la libertad sexual pues poseen limitado el ejercicio de su sexualidad²³⁶.

La *acción típica* de este delito exige que “por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere” y a su vez requiere una puesta en contacto directo con la víctima, excluyéndose las labores de edición, impresión, grabación o análogas²³⁷. Al exigirse que el *medio de comisión* sea directo, puede interpretarse la exclusión de las conductas a través de intermediarios²³⁸.

Se ha planteado en torno a esta cuestión, si el término “directo” exige una confrontación directa entre sujeto activo y sujeto pasivo, en el sentido de si el menor o discapacitado

²³⁵ LATORRE LATORRE/RAMÓN GOMIS, Exhibicionismo y provocación sexual, en: LATORRE LATORRE (Coord.), *Mujer y Derecho Penal*, 1995, 59 y ss., señala que el objeto de tutela es el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de su personalidad; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/ECHANO BASALDÚA/LOZANO MIRALLES/MENDOZA BUERGO/PÉREZ MANZANO/DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, 1998, 132, sostiene que se protege la libre formación de la voluntad del menor o discapacitado, así como la dignidad de los mismos; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/ GONZALEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., 2010, 279.

²³⁶ Así se deduce de MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 6ª Ed., 2011, 1228 y ss.; ORTS BERENGUER/ALONSO RIMO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Coord.)/MÉNDEZ RODRÍGUEZ (Coord.)/DIEGO DÍAZ-SANTOS (Coord.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, 2001, 42, señala que se tutela que sus procesos de formación sexual y de socialización no se vean afectados por las conductas provocadoras, esto es; que el descubrimiento, conocimiento, aprendizaje y ejercicio de la sexualidad tengan lugar conforme a su interés, sin interferencias extrañas a éste ni traumáticas para ellos, y en el momento o en los momentos en que les convenga.

²³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, 1982, 507.

²³⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 19ª ed., 2013, 238.

debe estar físicamente presente en la conducta de difusión, venta o exhibición del material pornográfico, o si implica una relación personal entre sujeto activo y sujeto pasivo, en el sentido de que el material pornográfico esté dirigido por el sujeto activo a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección, de modo que tendría cabida en el tipo el envío por correo, incluido el correo electrónico. Algún autor por vía interpretativa llega a la conclusión de que todas estas conductas exigen la confrontación directa con el menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección, pero que también pueden incluirse en el tipo, el envío de material pornográfico por correo o correo electrónico²³⁹.

Hay quien considera que la difusión por correo electrónico debe incluirse en las precisiones del tipo dados los verbos nucleares utilizados “difundir, vender, exhibir”, y la referencia a cualquier medio que se establece, lo que supondrá un contacto directo a través de la red, o puesta a disposición de ese material pornográfico²⁴⁰.

Por lo tanto quedan excluidas de este tipo, conductas como la del quiosquero que tiene a la vista del público revistas pornográficas, contraviniendo la obligación de que dicho material esté precintado, o la del adulto que las posee y no adopta medidas de cautela para evitar que lleguen a manos de los niños, puesto que los verbos usados para la descripción de la conducta típica, han de dirigirse a involucrar al menor o a la persona con discapacidad necesitada de especial protección en los planes trazados por el autor con una finalidad sexual²⁴¹.

El tema de la difusión por internet o por los canales de pago de televisión, en la medida que los programas y/o terminales disponen de mecanismos que permiten limitar el acceso, evitan que la llegada sea directa, siempre, pues, será o indirecta o con consentimiento de los padres, tutores o guardadores, por lo que el tipo no llegará a nacer.

Hay quien opina que difundir entre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección material pornográfico significa hacer llegar al colectivo, y no a uno

²³⁹ PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº 1, 2006, 7.

²⁴⁰ ESCRIBUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed., 2011, 701.

²⁴¹ ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, 196 y 197.

sólo, es decir, entregar a varios sujetos, aunque no sean a la vez todas las entregas²⁴², sin embargo hay que tener en cuenta que a pesar de que difundir lleve aparejado la colectividad de sujetos pasivos, se puede deducir de ello que aunque el material pornográfico se haga llegar a un solo sujeto pasivo seguirá habiendo delito puesto que en ese caso estaríamos ante la modalidad de exhibir el material pornográfico, conducta también castigada en este art. 186 CP. Lo que es realmente irrelevante es que la difusión sea a título lucrativo o gratuito²⁴³.

En relación a los tipos de imperfecta ejecución, se trata de un *delito de pura actividad*, por lo que es necesaria la difusión efectiva. Esto dificulta, si no impide, la apreciación de la tentativa, aunque más frecuentes serán los actos preparatorios²⁴⁴. Es además un *delito de peligro abstracto*, porque no requiere la constatación de los efectos que el tipo pretende prevenir²⁴⁵.

De acuerdo con el **tipo positivo subjetivo**, se reclama un dolo directo²⁴⁶ que abarque la condición de menor o discapacitado en el sujeto pasivo con el objetivo de involucrarlos en un contexto sexual²⁴⁷. Mayoritariamente, se requiere expresamente ese “ánimo lascivo o tendencia a involucrar al menor o discapacitado en un contexto sexual”²⁴⁸, puesto que para que la conducta sea típica se necesita algo más que vender o exponer el material pornográfico, lo cual es aportado precisamente por dicho ánimo que mueve al

²⁴² La Sentencia n°63/2015 de la AP de Lleida, 26 de febrero de 2015, es un ejemplo de exhibición de material pornográfico a varios menores de edad, y en concreto “se declara probado, por conformidad de las partes, que el acusado, durante el lapso de tiempo comprendido entre septiembre de 2013 y mayo de 2014, con ocasión de unas clases de repaso escolar que les daba a las menores, Emma, Patricia y Ana, en unas ocasiones en la oficina del acusado, en otras ocasiones en la segunda residencia del acusado con ánimo libidinoso, les mostraba a las menores material pornográfico en su ordenador, y las tocaba en los pechos y sus zonas íntimas”.

²⁴³ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª ed. 2010, 249.

²⁴⁴ Conductas anteriores a la ejecución del delito por parte del autor. En concreto son la proposición, la provocación y la conspiración, tipificados en los arts. 17 y 18 CP.

²⁴⁵ No se requiere la producción del resultado para que el delito se consuma, basta con la existencia de la posibilidad del mismo, tal y como señala MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 263; LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 169, a su vez, señala que los delitos de peligro abstracto se consuman sin necesidad de lesión, con el simple peligro (inseguridad y probabilidad de lesión) del bien jurídico protegido.

²⁴⁶ El dolo directo hace referencia a la producción del delito por parte del autor con plena consciencia y voluntad (de primer grado), o bien en orden a alcanzar el resultado que pretende, aunque no desee la propia producción del delito lo configura como algo necesario para obtener dicho resultado (de segundo grado). En todo caso el dolo es lo contrario a la imprudencia.

²⁴⁷ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 263.

²⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 238.

autor, envolviendo al menor o discapacitado en un contexto sexual y generando el riesgo de lesionar el bien jurídico. Precisamente hay quien también sostiene esta postura señalando además que de no estar presente este ánimo, lo que se estaría sancionando sería una simple distribución susceptible únicamente de una infracción administrativa²⁴⁹, lo que supondría que se desconociera el principio de intervención mínima²⁵⁰.

Cabe además el *error de tipo*²⁵¹ sobre la edad o discapacidad del sujeto pasivo, que determinaría la impunidad, al no ser punible la imprudencia en este delito, en aquellos casos de exhibición de material pornográfico en Internet en los que por ejemplo el menor oculte en foros o chats su condición de menor²⁵². Lo mismo ocurre si el material pornográfico llega a manos del menor o discapacitado necesitado de especial protección por casualidad o imprudencia de alguien.

El **tipo negativo** en este delito se refiere al derecho de educar que les corresponde a los padres como el que profesionalmente les corresponde a los maestros y a otros docentes y que generará efectos de exclusión de la antijuricidad. Para otros, la libertad de expresión habrá de ser tomada en cuenta, con ponderación de los bienes en juego (art. 20.4 CE)²⁵³.

Ahora bien, en todo caso, los padres o educadores incurrirían en la comisión del delito, si la conducta a pesar de ser educadora, tuviera una finalidad provocadora también²⁵⁴. Para que la conducta no se considere típica han de ceñirse siempre a la finalidad didáctica. Además, los padres o educadores tienen la posibilidad de invocar la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

²⁴⁹ PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº1, 2006, 10.

²⁵⁰ Sin embargo, conforme a esto cabe preguntarse ¿Qué ocurre si el menor no experimenta ninguna perturbación en su proceso de formación sexual? Para PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº1, 2006, 12, no se lesionaría el bien jurídico, lo que supondría que no habría delito. Yo considero que si efectivamente se ha producido el delito, aunque finalmente no se vea perjudicado el proceso de formación sexual del menor o discapacitado, puesto que si ha existido verdadero peligro de perjudicar e intención, sí debería haber delito.

²⁵¹ Desconocimiento de alguno de los elementos que determinan el tipo objetivo del delito, como por ejemplo, la edad del sujeto pasivo que lo configura como menor.

²⁵² MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 238.

²⁵³ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Parte Especial, 6ª ed. 2010, 250.

²⁵⁴ PARÉS HIPÓLITO, RDU, vol. 7, nº1, 2006, 11.

En relación a la **antijuricidad**, el concepto de material pornográfico solo puede ser tenido en cuenta como ya se ha mencionado anteriormente, para menores o discapacitados en la medida en que incida negativamente en su desarrollo o comportamiento. De ningún modo puede considerarse que la “educación sexual” constituye este delito. De todas formas, muchos de estos supuestos pueden ser excluidos del ámbito penal si no se demuestra en el tipo subjetivo el ánimo de provocación sexual²⁵⁵.

Por otro lado, respecto a la posibilidad de existencia de este delito en **concurso con otros delitos**, hay que señalar que si la difusión o exhibición del material pornográfico se efectúa ante varios menores o discapacitados necesitados de especial protección en un solo acto, existirá **un solo delito**. Sin embargo, si se efectúa la difusión o exhibición del material pornográfico en varios actos lo que cabría siempre y cuando concurrieran las circunstancias del art. 74 CP, al igual que ocurre en el artículo 185 CP, sería **delito continuado**. En caso de que siguiera habiendo varios sujetos pasivos individualizados, y no se cumplieran las circunstancias del art. 74 CP, no podría haber delito continuado²⁵⁶, sino que lo que se plantearía sería la posibilidad de **concurso real**.

Si el menor o el discapacitado necesitado de especial protección que presencia una escena fotografiada o filmada, se resiste a recibir el objeto, pueden darse coacciones²⁵⁷. Otros problemas concursales pueden plantearse en casos como en los que el acto de exhibición de material pornográfico se añade a un delito sexual, como agresión sexual o abuso sexual, donde existirá un **concurso de leyes o de normas**²⁵⁸ en los mismos términos expuestos al tratar el delito de exhibicionismo (art. 185 CP), de forma que será de aplicación el art. 8 CP conforme al cual el precepto penal más amplio, complejo o grave absorbe a los que castiguen el hecho con pena menor, de forma que la agresión sexual absorberá el delito de difusión de material pornográfico (art. 186 CP), aunque lo

²⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 238.

²⁵⁶ MANZANARES SAMANIEGO, Derecho Penal Parte Especial, vol. II, 2010, 263.

²⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Parte Especial, 6ª ed. 2010, 250.

²⁵⁸ Tal y como ya se ha señalado anteriormente, con el concurso de leyes o de normas se hace referencia a que la infracción penal cometida tiene encaje en más de un precepto del CP, de manera que para determinar cual es el precepto que se ha de aplicar, se han de utilizar las normas contenidas en el art. 8 CP.

cierto es que también podríamos encontrarnos ante algún *concurso de delitos*²⁵⁹.

Puede darse también un concurso de normas entre el art.186 CP y el art. 189.1 b) CP. Este último castiga al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Si el material pornográfico que se ha elaborado utilizando a menores o discapacitados necesitados de especial protección se vende, difunde o exhibe a menores o discapacitados, existirá un concurso de normas, a resolver de conformidad con el art. 8.4 CP, a favor del art. 189.1 b) por estar castigado con pena más grave²⁶⁰.

Respecto a la **pena**, esta es la misma que la del art. 185 CP, alternativa entre prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses.

CAPÍTULO 5. PORNOGRAFÍA INFANTIL. PARTICIPACIÓN DE LOS MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN (ART. 189 CP)

1. INTRODUCCIÓN Y REGULACIÓN GENERAL DEL ART. 189 CP

El **art. 189 CP** se incluye también en el Título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” al igual que los arts. 185 y 186 CP ya analizados. Sin embargo, a diferencia de estos, el art. 189 CP no se regula en el Capítulo IV “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, sino en el Capítulo V “De los delitos relativos a la prostitución y la explotación sexual y corrupción de menores”. A pesar de ello, junto con el art. 189 bis CP, este art. 189 CP se refiere no solo a la corrupción o prostitución de menores, sino también a conductas de pornografía infantil en las que han **intervenido expresamente en la elaboración del material pornográfico los menores**

²⁵⁹ Los **concurso de delitos** son el concurso real, ideal o medial. Recordamos que estamos ante **concurso real** cuando se producen varias acciones exhibicionistas en momentos diversos, sean los sujetos los mismos o distintos con el objetivo de obtener un único resultado (art. 73 CP); ante **concurso ideal** cuando el sujeto pasivo de una misma acción exhibicionista es plural (art. 77 CP); y ante **concurso medial** cuando una de las infracciones cometidas por el autor sea medio necesario para cometer la otra (art. 77 CP).

²⁶⁰ ESCRHUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed., 2011, 702.

o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La diferencia fundamental de las conductas descritas en los arts. 185 y 186 CP, delitos de exhibicionismo y provocación sexual, radica en que en estas no han intervenido en la producción del material pornográfico los menores o las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como ocurre con el art. 189 CP, sino que son meros espectadores del exhibicionismo o del material pornográfico. Es por ello que al analizar el art. 189 CP, nos encontramos con penas mayores²⁶¹ que las establecidas en los arts. 185 y 186 CP²⁶².

Destacada la diferencia entre estas conductas, hay que señalar que el art. 189 CP se ha visto notablemente modificado con la LO 1/2015, 30 de marzo (Reforma de 2015), y actualmente este art. 189 CP se caracteriza por poseer ocho apartados, que a continuación serán desarrollados. Sin embargo, a efectos de una **clasificación general y una mayor comprensión** se resumen en lo que sigue las conductas que van a ser tratadas:

Art. 189. 1 CP: Tipos Básicos que se subdividen en dos apartados, a) y b)²⁶³.

Apartado a): Regula cuatro modalidades típicas.

- ⇒ Captación de menores de edad o discapacitados necesitados de especial protección en espectáculos pornográficos.
- ⇒ Utilización de menores o discapacitados necesitados de especial protección para la elaboración de material pornográfico.
- ⇒ Financiación de actividades pornográficas.
- ⇒ Lucro a través de actividades pornográficas.

Apartado b): Regula dos vertientes relativas al material pornográfico.

- ⇒ Producción, venta, distribución, exhibición o facilitación del material pornográfico.

²⁶¹ Pena de prisión de uno a cinco años.

²⁶² Pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

²⁶³ Después de los apartados a) y b) del apartado 1 del art. 189 CP, en dicho art. 189.1 CP, con la Reforma del CP de 2015 se contempla además el concepto de pornografía infantil y la intervención de personas con discapacidad necesitadas de especial protección a través de otros cuatro apartados.

⇒ Mera posesión del material pornográfico para su utilización con los mismos fines del art. 189.1 CP.

Art. 189.2 CP: Tipos agravados genéricos del art. 189.1 CP.

- a) Las víctimas son menores dieciséis años.
- b) Los hechos son particularmente degradantes o vejatorios.
- c) Los menores o las personas con discapacidad necesitadas de especial protección son víctimas de violencia física o sexual.
- d) Se pone en peligro con la conducta por dolo o imprudencia, la vida o la salud de la víctima.
- e) El material pornográfico es de notoria importancia.
- f) El culpable pertenece a organización o asociación dedicada a la realización de actividades pornográficas.
- g) El autor es la persona encargada del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- h) Reincidencia del autor.

Art. 189.3 CP: Tipo agravado específico cuando los hechos tipificados en el párrafo primero del art. 189.1 a) en los que han intervenido menores o discapacitados necesitados de especial protección se cometen con violencia o intimidación.

Art. 189.4 CP: Tipo autónomo de asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores o discapacitados necesitados de especial protección.

Art. 189.5 CP: Tipo autónomo de adquisición, posesión simple y mero acceso a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

Art. 189.6 y 7 CP: Tipo autónomo de omisión del deber de impedir la continuación de los delitos de pornografía infantil y de pornografía de personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Art. 189.8 CP: Adopción de medidas por los Jueces y Tribunales relativas a Internet y estos delitos.

2. ART. 189.1 CP: TIPOS BÁSICOS

2.1 Conductas o modalidades típicas del art. 189.1 CP [Apartados a) y b)]

Respecto al **art. 189.1 CP**²⁶⁴ nos referimos al delito de captación o utilización de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiar cualquiera de estas actividades o lucrarse con ellas [art. 189.1 **a)** CP]; y al delito de producción, venta, exhibición, ofrecimiento o facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil en cuya elaboración hayan sido utilizados personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o posesión para estos fines, aunque el material *tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido* [art. 189.1 **b)** CP].

Este apartado 1 del art. 189 CP se divide por lo tanto en dos subapartados, a) y b). Mientras que el **apartado a)** hace referencia al delito de exhibicionismo *captando*²⁶⁵ o *utilizando* menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección, así como *financiando* las actividades pornográficas o *lucrándose* con ellas; el **apartado b)** se refiere al delito de *venta, exhibición, distribución, etc. de material pornográfico*, en cuya elaboración se han utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, así como a la *posesión del mismo para cualquiera de esos fines previstos*.

2.1.1 Apartado a) del art. 189.1 CP

El **art. 189.1 a) CP**²⁶⁶ contempla tras la LO 5/2010, de 22 de Junio, cuatro modalidades

²⁶⁴ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1227. Las conductas incluidas en el apartado 1 del art. 189 CP se castigan con pena de prisión de uno a cinco años.

²⁶⁵ Conforme a ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 450, la tipificación de la captación responde al intento de adaptar la normativa española a las exigencias derivadas de la Decisión marco 2004/68/ JAI del Consejo, de diciembre de 2003, hoy derogada, y aunque en principio no debería pasar de ser una tentativa o un acto preparatorio se considera una conducta de suficiente gravedad como para que se constituya como delito consumado.

²⁶⁶ La Sentencia nº705/2003 de la AP de Valencia, 31 de diciembre de 2003, alude a la tutela de la moral social para este art. 189.1 a) y expresamente señala que “El delito contemplado en el artículo 189.1.a) de dicho texto, por el que ha recaído sentencia condenatoria, sanciona una conducta que, aún atentando de forma indirecta la indemnidad sexual de los menores de edad, tiene *por finalidad mostrar la repulsión del*

típicas diversas²⁶⁷:

a) Captación de menores de edad o discapacitados necesitados de especial protección en espectáculos pornográficos

La **primera modalidad típica del art. 189.1 a) CP** criminaliza la *captación*²⁶⁸ de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados. Esta connotación de “privados” ya fue añadida en la Reforma de 1999 (LO 11/1999), y por eso desde entonces ya no se exige la publicidad en la conducta típica²⁶⁹.

Es por ello que esta captación se consuma con dolo específico consistente en utilizar a los menores o discapacitados en espectáculos de exhibición pornográfica, sea de carácter público o privado, lo que significa que el espectáculo puede estar dirigido a unas pocas personas invitadas de modo especial para concurrir a un sitio privado o bien, que la invitación lo sea al público en general²⁷⁰.

No parece suficiente que el menor o discapacitados desarrolle tareas auxiliares en el espectáculo exhibicionista o pornográfico, como por ejemplo sirviendo bebidas a los espectadores, sino que es preciso que intervenga activamente, que su intervención tenga carácter sexual²⁷¹. No obstante, como nada dice el art. 189.1 a) CP del grado de implicación del menor o discapacitado en el espectáculo exhibicionista o pornográfico,

grupo social a las prácticas que el tipo objetivo y descriptivo define, tutelando así una especie de moral social”.

²⁶⁷ Estas cuatro modalidades típicas ya recogidas con la Reforma del CP de 2010 no se han visto alteradas por la Reforma de 2015.

²⁶⁸ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 450, señala respecto de la captación que para evitar elevar la autoría a comportamientos que de otro modo serían de cooperación, es necesario algo más que el simple ofrecimiento a participar en espectáculos de contenido exhibicionista o pornográfico, por lo que se requiere que el autor se gane o atraiga la voluntad del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

²⁶⁹ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1227.

²⁷⁰ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 356.

²⁷¹ BOIX REIG/ORTS BERENGUER, Consideraciones político-criminales sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, 1999, 683. En la hipótesis de que el menor o discapacitado aparezca como mero espectador, pero componiendo la escena, sin que su intervención en sí misma considerada, posea contenido sexual, habrá que concluir que la calificación jurídico-penal se desplaza al delito del art. 185 CP (delito de exhibicionismo).

podría haber quien considerara que resulta indiferente que el menor o discapacitado no tome parte activa en el mismo y se limite a presenciar escenas protagonizadas por mayores de edad²⁷². Ahora bien, la captación tiene que estar orientada a la práctica de estas actividades puesto que si se llevara a cabo para la realización de otros fines como el trabajo esclavizado o el servicio personas, etc., la conducta sería atípica aunque encajara en otras descripciones típicas²⁷³.

Si en la captación de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección se ha utilizado violencia o intimidación, se aplicará la pena superior en grado, tal y como determina el apartado 3 de este mismo art. 189 CP²⁷⁴.

b) Utilización de menores o discapacitados necesitados de especial protección para la elaboración de material pornográfico

La *segunda modalidad típica del art. 189.1 a) CP*²⁷⁵ se refiere a la *utilización* de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección *para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico*. En esta segunda modalidad pueden quedar subsumidas conductas tales como la utilización de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la realización de reportajes fotográficos, filmaciones de vídeo u otro tipo de cintas pornográficas o de cualquier otro tipo de material tanto en soporte magnético, digital o de papel. La Reforma de 2003 (LO 15/2003) añadió una referencia a que el referido material pornográfico pudiese plasmarse en cualquier tipo de soporte, alusión que en realidad era innecesaria puesto que ya se venía entendiendo de ese modo²⁷⁶.

En cualquier caso, tras la Reforma de 1999 la ley prevé que el material pueda tener su origen en el extranjero o lugar desconocido, con lo que se contemplan las disposiciones del art. 23.4.d) LOPJ²⁷⁷ (LO 6/1985, de 1 de julio)²⁷⁸, que extiende el principio de

²⁷² ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 451.

²⁷³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 356.

²⁷⁴ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 451.

²⁷⁵ Figura introducida por la Reforma del CP de 1999.

²⁷⁶ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, Nº 07-04, 2005, 27.

²⁷⁷ “Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española,

justicia universal a estos delitos²⁷⁹.

c) *Financiación de actividades pornográficas*

La *tercera modalidad típica del art. 189.1 a) CP*²⁸⁰, es la relativa a la *financiación* de cualquiera de las actividades hasta hora descritas²⁸¹. Al respecto se puede plantear la duda de si es suficiente con proporcionar medios económicamente evaluables para que tengan lugar tales hechos²⁸² o si, por el contrario, el tipo se refiere tan solo a la aportación dineraria. Nada favorece una interpretación extensiva del tipo, por lo que debería entenderse que tan solo la contribución directamente dineraria integra las exigencias típicas, lo que no impide que en los supuestos descritos se puedan aplicar las reglas de la participación en el delito y las de la complicidad, necesaria o no²⁸³.

d) *Lucro a través de actividades pornográficas*

Finalmente, respecto a la *cuarta modalidad típica del art. 189.1 a) CP*²⁸⁴, *lucrarse* con

como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: **d)** Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte²⁷.

²⁷⁸ La LOPJ se ha visto reformada este 2015 por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Reforma que entra en vigor el 1 de octubre de 2015.

²⁷⁹ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 450.

²⁸⁰ Esta conducta fue introducida por la Reforma del CP de 2003.

²⁸¹ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1227.

²⁸² Prestar la cámara con la que se graban las imágenes, ceder el local, etc.

²⁸³ **A favor de la tipicidad**, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 451 y 452, quien diferencia entre asistencia gratuita y pagada, incluyendo tan solo la segunda. **En contra de la tipicidad, encontramos varios autores:** ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, 249; TAMARIT SUMALLA, La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual, 2ª ed., 2002, 130; BOLDOVA PASAMAR, en: DÍEZ RIPOLLÉS (Coord.)/ROMEO CASABONA (Coord.)/ LAURENZO COPELLO/BOLDOVA PASAMAR/HERNÁNDEZ PLASENCIA/MUÑOZ SÁNCHEZ/SOLA RECHE/GARCÍA PÉREZ, Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, 2004, 22; ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 658. **Ahora**, a pesar de la discusión sobre si es lo correcto o no, ya se condena también con la Reforma de 2015 la asistencia gratuita a espectáculos pornográficos o exhibicionistas (art. 189.4 CP).

²⁸⁴ Esta conducta fue introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio (Reforma de 2010).

cualquiera de estas actividades. Ampliación que tiene su causa en la necesidad de adaptarse de nuevo a la Decisión marco 2004/68/JAI²⁸⁵.

Conforme a la DRAE “lucrar” consiste en “ganar, sacar provecho de un negocio o encargo”, y “lucro” en la “ganancia o provecho que se saca de algo”, por lo que se puede señalar que desde la Reforma del CP de 2010 (LO 5/2010) con esta modalidad típica del art. 189.1 a) CP también se castiga a todo aquel que obtenga beneficios de las conductas pornográficas.

2.1.2 Apartado b) del art. 189.1 CP

El **art. 189.1 b) CP**²⁸⁶ contempla la *producción, venta, distribución, exhibición* de pornografía infantil o la facilitación de tales actividades, por cualquier medio de pornografía infantil²⁸⁷ o en cuya elaboración se hayan utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo *poseyera para estos fines*, aunque el material tuviese su origen en el extranjero o fuere desconocido.

Se hace referencia por lo tanto, por un lado, a la producción, venta, distribución, exhibición o facilitación de pornografía infantil, y por otro, a la mera posesión del mismo para esos fines, indicándose como víctima solamente a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección de cualquier edad o sexo, sin referencia a los menores de edad²⁸⁸. Independientemente del tipo de actividad de las descritas y contempladas en este apartado b del art. 189.1 CP, se entiende que la participación de la persona con discapacidad necesitada de especial protección debe

²⁸⁵ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1227. En concreto, la Decisión marco 2004/68/JAI lo contempla en su art. 2 a) haciendo referencia a “coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos, o *lucrarse con ello* o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines”.

²⁸⁶ Apartado introducido por la Reforma del CP de 1999.

²⁸⁷ La Reforma de 2015 además se sustituir el término “incapaces” por el de “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, sustituye aquí la expresión de “material pornográfico” por la de “cualquier medio de pornografía infantil”.

²⁸⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 356. A su vez, este mismo autor dispone que las acciones son, por lo tanto, muy variadas y recorren todo el ámbito de la actividad de carácter pornográfico. Pone el ejemplo de que la venta o distribución se consuman cuando los contratos se perfeccionan con independencia del pago o del cobro, y el ofrecimiento o la facilitación cuando le llegue el conocimiento de las mismas al receptor sin importar que acepte o no ese ofrecimiento o facilitación, ya que son delitos de pura actividad que no admiten la tentativa.

ceñirse a actividades inequívocamente de contenido sexual, no a labores de carácter secundario, conexas, como por ejemplo, proporcionar bebidas a los actores²⁸⁹.

Hay quien considera que la equiparación punitiva entre quienes utilizan directamente a menores para elaborar material pornográfico frente a quienes simplemente lo venden, distribuyen, exhiben o poseen, no es correcta, ya que quienes lo venden, distribuyen, exhiben o poseen simplemente se aprovechan de delitos cometidos por otros, y por ello deberían merecer una pena rebajada en grado²⁹⁰.

La posesión de material pornográfico donde intervienen menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la realización de cualquiera de las conductas anteriores, debe interpretarse como la mera posesión de material pornográfico, normalmente fotografías, vídeos, cintas magnetofónicas, archivos informáticos, tanto en disquete como en el disco duro de un ordenador²⁹¹, donde intervienen menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, con la intención de proceder a su venta, distribución, exhibición, ya sea a través de internet o de los medios habituales de distribución²⁹². Esta conducta de posesión no ha de confundirse con la del *art. 189.5 CP primer párrafo*²⁹³ que es la que tipifica la mera tenencia de material pornográfico²⁹⁴ en el que intervienen menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Se diferencia de la posesión descrita en este art. 189.1 b) CP en que no se manifiesta la intención de proceder a su venta, distribución, exhibición, etc. ya sea a través de internet o de los medios habituales de distribución, como ocurre en este art. 189.1 b) CP²⁹⁵.

²⁸⁹ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 27.

²⁹⁰ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 452.

²⁹¹ ESCRIBUELA CHUMILLA, Todo Penal, 1ª ed., 2011, 701.

²⁹² BOIX REIG/ORTS BERENGUER, Consideraciones político criminales sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, 1999, 683. Así mismo, MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 19ª ed., 2013, 237.

²⁹³ “El que **para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil** o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años”.

²⁹⁴ Se tipifica lo que comúnmente se conoce como **posesión simple**, la cual se tratará en detalle, más adelante.

²⁹⁵ “El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido

Por último, respecto de este apartado b) del art. 189.1 CP, tal y como ya se ha mencionado anteriormente es indiferente de cara a castigar la conducta, que el material tenga su origen en el extranjero o fuera desconocido²⁹⁶.

2.2 Concepto de pornografía infantil conforme al art. 189.1 b) CP

Lo analizado hasta el momento para este art. 189.1 CP lo cierto es que no se ha visto alterado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, a excepción del término “material pornográfico” que se sustituye por el de “pornografía infantil” y el de “incapaz” que se sustituye por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección” tal y como ocurre también en los arts. 185 y 186 CP, relativos al exhibicionismo y provocación sexual. Sin embargo, a pesar de no verse en sí modificado, sí que resulta ampliado ya que en el **apartado b) de este mismo art. 189.1 CP**, tras hacerse referencia a las conductas típicas de producción, venta, distribución, etc. del material pornográfico, detalla en cuatro apartados [a), b), c) y d)] lo que ha de considerarse pornografía infantil o en cuya elaboración hayan intervenido personas con discapacidad necesitadas de especial protección²⁹⁷. Puesto que todo lo relativo al concepto de pornografía infantil se ha analizado en este trabajo en el apartado 3 relativo a las cuestiones generales, estos conceptos proporcionados por el art. 189 CP no son distintos, por lo que el lector ha de remitirse a dicho apartado.

2.3 “Pornografía simulada” o “Pseudo-pornografía”

En conexión con la “pornografía infantil virtual o técnica” en la que adultos aparentan

utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, **o lo poseyere para estos fines**, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”.

²⁹⁶ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 31. Esto quiere decir, que con independencia de si el material se produjo en España o en un país extranjero, el que realmente lo produzca, venda, distribuya, exhiba, facilite, o posea el mismo para esos fines, será castigado conforme a este art. 189. 1 b) CP.

²⁹⁷ “A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección: **a)** Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. **b)** Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales. **c)** Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes. **d)** Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”.

ser menores, está la “pornografía infantil simulada” o la “pseudo-pornografía” que hasta la Reforma de 2015 (LO 1/2015) estaba tipificada en el art. 189.7²⁹⁸, pero que con esta Reforma de 2015 ha sido trasladada al art. 189.1 CP, donde se contempla en las definiciones de pornografía infantil descritas en cuatro apartados ya analizados en las cuestiones generales.

La pseudo-pornografía surgió con la Reforma del CP de 2003, con la ampliación de la incriminación de “conductas de producción, venta, distribución, exhibición, o facilitación por cualquier medio de material pornográfico, en el que no hubieran sido utilizados directamente menores o incapaces, con empleo, no obstante, de su voz o imagen alterada o modificada”. De esa forma se incriminaba entonces la denominada “pseudo- pornografía o “pornografía simulada”²⁹⁹. Debe aclararse que estas conductas pseudo-pornográficas solo eran proyectables a las conductas previstas en la letra b) del art. 189.1 CP, pero no a las tipificadas en la letra a), por lo que no se incriminaba “tout court”³⁰⁰.

No se captaba por lo tanto toda hipótesis de la denominada “pornografía técnica”. Quedaban excluidos los supuestos denominados de pseudo-pornografía infantil, en la que no se utilizaban a menores o incapaces, ni siquiera indirectamente en la elaboración del material, sino que se recurría a artificios informáticos o de otra índole (maquillaje, disfraz de adultos, etc.) para obtener el resultado³⁰¹. Asimismo, quedaban (y quedan) también fuera del tipo los supuestos en los que las imágenes manipuladas sean las de una persona mayor de edad. En tal caso, cabe tan solo la posibilidad de acudir a los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, concretamente del art. 197.2

²⁹⁸Ahora el apartado 7 de este art. 189 CP simplemente se refiere a la posibilidad del Ministerio Fiscal de imponer ciertas medidas.

²⁹⁹GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 34 y 35.

³⁰⁰ Todo tipo de pornografía técnica o de pornografía simulada. Conforme al Convenio sobre Ciberdelincuencia (o Cibercriminalidad) de Budapest, de 23 de noviembre de 2001, entendemos por pornografía técnica aquella que alude a la aparición de personas mayores de edad, aparentando ser un menor en un comportamiento sexual explícito.

³⁰¹ BOLDOVA PASAMAR, en: DÍEZ RIPOLLÉS (Coord.)/ROMEO CASABONA (Coord.)/LAURENZO COPELLO/BOLDOVA PASAMAR/HERNÁNDEZ PLASENCIA/MUÑOZ SÁNCHEZ/SOLA RECHE/GARCÍA PÉREZ, Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, 2004, 20, 22 y 71, donde se destaca que tampoco se tipifican los casos en los que aparecen mayores de edad aparentando ser menores; asimismo, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Comentarios al nuevo Código Penal, 2004, 992, conforme a GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 35, donde valoran positivamente tal decisión que evita la tutela, en este contexto, de una moral sexual determinada.

CP³⁰², siempre y cuando se den las circunstancias descritas, es decir, que la imagen obtenida y posteriormente manipulada procediera de una base de datos reservados protegidos por el derecho a la intimidad, como puede ser un ordenador privado³⁰³.

La “pseudo-pornografía” o “pornografía simulada” por lo tanto, a grandes rasgos, hacía referencia a aquellos supuestos en los que se utilizaba la voz o imagen alterada de un menor. Ahora bien, con esta Reforma de 2015 del CP aunque sigue estando prevista la misma en el art. 189.1 CP, puesto que se hace constante referencia al castigo de conductas pornográficas en las que se empleen imágenes alteradas o modificadas de menores o discapacitados necesitados de especial protección, la novedad la encontramos en que ya no se castigan las conductas pornográficas en la que se utilice la voz alterada de los menores o discapacitados, lo cual supone que el legislador de así marcha atrás y en contra de lo que aconsejaba el Informe al Anteproyecto del Consejo Fiscal de noviembre de 2008, que entendía que el concepto de material pornográfico empleado respecto a la voz alterada de menores en la Decisión marco 2004/68/JAI³⁰⁴ podía ser demasiado restrictivo, pues podía excluir los anuncios sobre líneas telefónicas atendidas por menores, vuelve a excluir la utilización de la voz de menores, quedando estos supuestos de voz alterada fuera del tipo³⁰⁵.

3. ART. 189.2 CP: TIPOS AGRAVADOS GENÉRICOS DEL ART. 189.1 CP

El **art. 189.2 CP** se encarga de contemplar las modalidades agravadas del apartado 1 de este mismo art. 189 CP, régimen que fue incorporado a través de la Reforma de 2003 (y modificado por la Reforma de 2015), ya que con el texto original del CP de 1995³⁰⁶ no se contemplaba ninguna modalidad agravada y con la Reforma de 1999 solo se contemplaba un exclusivo tipo agravado, relativo a la pertenencia del culpable a organización o asociación dedicada al tráfico de pornografía infantil o a otras conductas relacionadas con la misma, supuesto que en la actualidad se sigue contemplando en el

³⁰² “Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

³⁰³ Sobre esta cuestión, vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, La Ley, nº 4, 1996, 1190-1993.

³⁰⁴ “Cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual”.

³⁰⁵ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 454.

³⁰⁶ Entonces el art. 189 tenía únicamente tres apartados, nada que ver con los ocho que son hoy en día.

apartado f) de este art. 189.2 CP, junto al resto de modalidades agravadas³⁰⁷. En el momento en el que se aprecie la existencia de alguna de las siguientes circunstancias agravantes se impondrá pena de prisión de cinco a nueve años.

3.1 Las víctimas son menores de dieciséis años [art. 189.2 a) CP]

En la **letra a) del referido art. 189.2 CP** se proyecta el tipo agravado a la utilización de niños menores de dieciséis años en alguna de las conductas relacionadas en los tipos básicos [art. 189.1 a) y b)] tal y como ha señalado la jurisprudencia del TS³⁰⁸.

Ante este supuesto, se requiere que el dolo del sujeto activo abarque esta circunstancia agravante especial, por lo que no procede su consideración sobre la base del art. 14.2 CP en los casos en los que se falle sobre la edad del menor, como ocurre en los supuestos de prematuro desarrollo físico³⁰⁹.

La Reforma de 2015 ha elevado la edad a menores de dieciséis años³¹⁰ cuando antes se contemplaba la utilización de menores de trece años, lo que supone una agravación respecto de la regulación anterior dado que ahora forman parte de esta modalidad agravada un mayor colectivo de menores.

3.2 Los hechos son particularmente degradantes o vejatorios [art. 189.2 b) CP]

La **letra b) del art. 189.2 CP** regula lo concerniente al tipo agravado alusivo a que los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, precepto que no se ha visto afectado por la Reforma de 2015. La jurisprudencia³¹¹ viene entendiendo que la circunstancia sólo resulta aplicable a quien utiliza al menor, no al mero traficante³¹², y

³⁰⁷ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1241.

³⁰⁸ Sentencia nº1010/2009 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 6 de noviembre de 2009.

³⁰⁹ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, Nº 07-04, 2005, 32.

³¹⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 477, señala que se eleva el límite de edad a los dieciséis años para hacerlo coincidir con la edad de reconocimiento para consentir la realización de actos y prácticas sexuales.

³¹¹ Sentencia nº592/2009 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 5 de junio de 2009 y Sentencia nº340/2010 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 16 de abril de 2010.

³¹² Esto quiere decir que esta circunstancia agravante en la práctica no suele aplicarse a los que ejerzan la profesión de traficante de material pornográfico en sí, sino que irá destinada a aquellos que utilizan al menor con fines más degradantes y vejatorios de los que ya de por sí están presentes en este tipo de conductas.

su aplicación sólo procede en casos en los que se supera claramente el estándar de normal repugnancia que ya de por sí supone el material pornográfico con menores³¹³.

Sin embargo, sancionar con una pena mayor hechos que ya por sí solos son considerados especialmente trascendentales puede generar cierta problemática social ya que los medios de comunicación no suelen entender que aun cuando toda conducta pornográfica en la que ha estado envuelta la víctima ya es de por sí degradante para ella, cabe la posibilidad de que algunas lo sean en un grado valorativamente superior, sin que se pueda determinar con exactitud cuándo se produce el salto a esa consideración de hechos particularmente degradantes o vejatorios que supone la aplicación de esta modalidad agravada del art. 189.2 letra b) CP³¹⁴.

3.3 Los menores o discapacitados son víctimas de violencia física o sexual [art. 189.2 c) CP]

El tipo agravado de la **letra c) del art. 189.2 CP** se refiere a que el material pornográfico represente a menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual. El precepto pretende así castigar las conductas no directamente necesarias en la elaboración de pornografía infantil, pero frecuentemente relacionadas con la misma, aunque esto no excluye el correspondiente concurso de delitos, con relación a los delitos contra la vida o integridad física que se hubieran podido producir³¹⁵.

Con esta circunstancia se plantea sin embargo el problema de concretar cuándo se manifiesta la existencia de “violencia sexual”. Mientras que con el concepto de “violencia física” no surgen dudas de a lo que nos referimos, con el concepto de “violencia sexual” sí que pueden surgir, pudiendo haber quien considere que la “violencia sexual” va a ser siempre “violencia física”. Por ello, se debe partir de la consideración de que “violencia sexual” no es lo mismo desde un punto de vista legal

³¹³ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1241.

³¹⁴ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 32.

³¹⁵ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1242.

que “violencia física”³¹⁶, y que mientras que la “violencia física” implica el uso de la fuerza para dañar al otro con todo tipo de acciones como empujones, jalones, pellizcos, rasguños, golpes, bofetadas, patadas y aislamiento, pudiendo el agresor utilizar su propio cuerpo o algún otro objeto, arma o sustancia para lograr sus propósitos³¹⁷, la “violencia sexual” se refiere a los hechos que más gravemente atentan contra la indemnidad sexual de menores y discapacitados necesitados de especial protección, es decir, aquellos que, concurriendo el resto de requisitos típicos, constituirían un delito de violación³¹⁸.

Este tipo agravado solo se ha visto alterado por la LO 1/2015 en el sentido de que se sustituye de nuevo el término “incapaz” por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección” al igual que en el resto de preceptos, y se modifica el término “niño” por el de “menor”, el cual había sido muy criticado por el hecho de que no quedaba claro a quién se refería el legislador³¹⁹.

3.4 Puesta en peligro por conducta dolosa o imprudente, la vida o la salud de la víctima [art. 189.2 d) CP]

El tipo agravado de la **letra d) del art. 189.2 CP** se refiere a los supuestos en los que el culpable hubiera puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima, es decir, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Suele estar presente junto al tipo agravado de la letra c)³²⁰, en cuyo

³¹⁶ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES, Comentarios al nuevo Código Penal, 2004, 993, et al, conforme a GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 33.

³¹⁷ http://www.violenciaenlafamilia.conapo.gob.mx/en/Violencia_Familiar/Violencia_emocional_fsica_sexual_y_economica

³¹⁸ BOLDOVA PASAMAR, en: DÍEZ RIPOLLÉS (Coord.)/ROMEO CASABONA (Coord.)/LAURENZO COPELLO/BOLDOVA PASAMAR/HERNÁNDEZ PLASENCIA/MUÑOZ SÁNCHEZ/SOLA RECHE/GARCÍA PÉREZ, Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, 2004, 34.

³¹⁹ La expresión “niños” podía entenderse de dos maneras distintas, como equivalente a menor de trece años, o conforme al concreto desarrollo del menor, de modo que se aplicaría siempre que físicamente el menor no hubiera traspasado el umbral de la adolescencia, con independencia de la concreta edad que poseyera. A pesar de que el legislador no concretara entonces el concepto, la doctrina española se decantaba por la expresión “niños” en el sentido de menores de 13 años. No podía aceptarse la segunda opción porque si no se daba lugar a una enorme inseguridad jurídica. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 32 y 33.

³²⁰ “Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual”.

caso estaríamos ante filmaciones denominadas “*snuff*”³²¹, y podríamos de nuevo estar ante un concurso de delitos con relación a los delitos contra la vida o integridad física³²².

Esta modalidad agravada ya se contemplaba en el CP anterior en su art. 188.4 c)³²³ como modalidad agravada autónoma que castigaba al “culpable que hubiera puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”, sin embargo, la Reforma del CP de 2015 se ha encargado de configurarla como uno de los tipos agravados de las conductas del art. 189.1 CP.

3.5 El material pornográfico es de notoria importancia [art. 189.2 e) CP]

La **letra e) del art. 189.2 CP** agrava la conducta en los casos en los que el material pornográfico fuera de notoria importancia, concepto que debe ser criticado por su imprecisión y porque genera desconcierto en cuanto a si se hace referencia al nivel de profesionalidad de los autores, en cuyo caso habría que remitirse al apartado f), o a la gravedad de las conductas pornográficas, en cuyo caso habría que remitirse a los apartados b), c) o d), de manera que así se vulnera en ambos casos el “Non Bis In Ídem”³²⁴ por tratarse de agravantes ya contempladas en el precepto³²⁵.

Con la Reforma de 2015 este apartado e) que agrava la conducta cuando el material pornográfico es “de notoria importancia” sustituye a la agravante que hasta entonces había hecho referencia al valor económico del material pornográfico³²⁶. Por lo tanto el tipo agravado que aludía a hechos que revistan de especial gravedad atendiendo al valor

³²¹ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 4

56.

³²² MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1242.

³²³ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 657.

³²⁴ “No dos veces por lo mismo”, es decir, el autor no puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ni siquiera si la calificación jurídica variara.

³²⁵ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 456; MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 478.

³²⁶ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 456.

económico del material pornográfico, con la Reforma de 2015 desaparece y ya no se contempla. Esta circunstancia agravante se rechazaba político-criminalmente, tanto por su indeterminación, como por su desconexión con el bien jurídico protegido³²⁷. Además, si lo que se pretendía era agravar la responsabilidad penal por el grado de profesionalidad y organización de los responsables, debía tenerse presente que estos componentes ya estaban contemplados en el tipo agravado previsto ahora en la letra f), razón por la cual este tipo agravado tenía que atender a un componente meramente económico³²⁸. Al igual que sigue ocurriendo con la letra b) de este art. 189.2 CP, el carácter indeterminado de esta cláusula impedía matematizar cuándo procede su apreciación³²⁹.

3.6 El culpable pertenece a organización o asociación dedicada a la realización de actividades pornográficas [art. 189.2 f) CP]

La **letra f) del art. 189.2 CP** castiga la pertenencia del culpable o culpables a organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a las actividades relacionadas en los tipos básicos³³⁰. Esta modalidad agravada no ha sufrido ninguna modificación con la LO 1/2015, por lo que se mantiene del mismo modo.

Según el TS por organización debe entenderse la unión de “dos o más personas, aunadas en un mismo proyecto o propósito para llevar a cabo una determinada acción delictiva, aunque no pueda considerarse necesaria una estructura perfectamente constituida; debiendo concurrir también de ordinario una determinada jerarquía, un reparto de papeles y una cierta permanencia”³³¹. La presencia de estas características concretas es

³²⁷ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 32.

³²⁸ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1241 y 1242.

³²⁹ BOLDOVA PASAMAR, en: DÍEZ RIPOLLÉS (Coord.)/ROMEIO CASABONA (Coord.)/LAURENZO COPELLO/BOLDOVA PASAMAR/HERNÁNDEZ PLASENCIA/MUÑOZ SÁNCHEZ/SOLA RECHE/GARCÍA PÉREZ, Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, 2004, 33. Se sugiere la aplicación de las cuantías que el TS viene estimando en relación con agravantes análogas como por ejemplo en los delitos de hurto, robo y apropiación indebida.

³³⁰ Se podría acudir para la concreción de la circunstancia agravante a los criterios desarrollados en otros contextos del CP, ya que la redacción coincide literalmente con la del art. 369.6 CP, circunstancia agravante especial dentro de los delitos contra la salud pública. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 33.

³³¹ Sentencia n°1182/2000 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 28 de junio de 2000.

lo que permite diferenciarla de la codelinuencia³³².

3.7 El autor es la persona encargada del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección [art. 189.2 g) CP]

En la **letra g) del art. 189.2 CP** el tipo agravado se refiere a que el responsable ostente la condición de ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o de persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, aunque sea provisionalmente, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad³³³. Se identifica un incremento del desvalor en la conducta, por tratarse de personas que precisamente deben velar por la preservación de una formación adecuada y del libre desarrollo del menor o discapacitado necesitado de especial protección³³⁴.

Con la Reforma de 2015 esta modalidad de agravación solo ha reemplazado “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, y ha añadido “o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad”. En realidad se trata simplemente de una variante de abuso de confianza o de superioridad, ya que solo desde la posición de superioridad el sujeto puede coartar la libertad o condicionar al menor o discapacitado con necesidad de especial protección³³⁵.

3.8 El autor es reincidente [art. 189.2 h) CP]

Por último, la **letra h) del art. 189.2 CP** agrava el tipo básico cuando el autor sea reincidente, es decir, cuando no sea la primera vez que comete alguna de las conductas delictivas del art. 189.1 CP. Este supuesto de agravación de la pena también ha sido

³³² ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 456.

³³³ Es un tipo agravado genérico del art. 189.1 CP que se refiere a la **cualidad del sujeto activo**. En cualquier caso, solo a partir de una posición de superioridad tiene sentido y justificación esta agravación, por lo que el parentesco o convivencia son cuestiones irrelevantes si no aportan alguna ventaja o capacidad de influir en las víctimas.

³³⁴ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.)/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, 6ª ed., 2011, 1242.

³³⁵ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 657.

introducido por la propia Reforma de 2015.

Ahora bien, no ha de confundirse con la circunstancia agravante genérica del art. 22.8ª CP³³⁶ puesto que esta circunstancia agravante al ser genérica es susceptible de ser aplicada a cualquier delito, mientras que la de este art. 189.2 h) se trata de una circunstancia agravante de reincidencia aplicable única y específicamente a las conductas del art. 189.1 CP³³⁷.

4. ART. 189.3 CP: TIPO AGRAVADO ESPECÍFICO DE USO DE VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LOS HECHOS DEL ART.189.1 a) CP

De acuerdo con el **art. 189.3 CP**, si los hechos a los que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 del art. 189 CP, es decir, que si en la captación o utilización de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, hubiera mediado violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores, esto es, pena de prisión de nueve a catorce años³³⁸. Conforme a la DRAE, la *violencia* se trata de la “acción y efecto de violentar o violentarse” o la “acción violenta o contra el natural modo de proceder”, consistiendo violentar en “aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia”. Por su parte, la *intimidación* es la “acción y efecto de intimidar”, consistiendo intimidar en “causar o infundir miedo”.

No ha de confundirse este tipo agravado específico del art. 189.3 CP con la modalidad agravada genérica del art. 189.2 c) CP que se refiere a que el material pornográfico represente a menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual, porque mientras que el art. 189.3 CP alude únicamente a que en la captación o utilización de menores o discapacitados hubiese estado presente la violencia o intimidación [violencia o intimidación en la conducta específica del art. 189.1 a) párrafo primero], el art. 189.2 c) se refiere a

³³⁶ “Es circunstancia agravante: 8.ª Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”.

³³⁷ Es por ello que será de aplicación preferente la del art. 189.2 h) CP sobre la del art. 22.8ª CP, dejando sin efecto a esta última.

³³⁸ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 450.

castigar más gravemente cualquiera de las conductas previstas en el art. 189.1 [tanto las previstas en el apartado a) como en el apartado b)] en las que los menores o discapacitados hubieran sido víctimas tanto de violencia física como sexual.

De este modo nos damos cuenta de que el ámbito de aplicación de los artículos es distinto, y de que mientras el art. 189.2 c) CP está pensado para el material pornográfico en sí, el art. 189.3 CP parece vinculado a la utilización de la violencia con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, donde no existe material pornográfico en sentido estricto. Además, el tipo de violencia contemplado es distinto, ya que el tipo agravado genérico [art. 189.2 c)] contempla únicamente la violencia física y sexual mientras el específico (art. 189.3 CP) la violencia física o psíquica (intimidación)³³⁹.

5. ART. 189.4 CP: TIPO AUTÓNOMO DE ASISTENCIA A ESPECTÁCULOS EXHIBICIONISTAS O PORNOGRÁFICOS

El **art. 189.4 CP**, desde la LO 1/2015, se encarga de castigar a todo el que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, con la pena de seis meses a dos años de prisión³⁴⁰.

Antes de que surgiera esta conducta se planteaba el problema en relación a la tercera y cuarta modalidad típica del apartado a) del art 189.1 CP, relativas a la financiación y lucro de actividades pornográficas, respecto de quien asistía gratuitamente a los espectáculos exhibicionistas y pornográficos, conector de la utilización de menores en los mismos, pues se trataba de un sujeto que ni captaba ni utilizaba al menor, ni financiaba tampoco el espectáculo, por lo que su conducta quedaría excluida. Sin embargo, la Directiva 2011/93/UE obligó a los Estados a castigar el “asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que intervengan menores”, si bien les permitía a los Estados decidir si penalizaban o no la asistencia a este tipo de espectáculos en los que intervinieran menores que hubieran alcanzado la edad del consentimiento sexual o

³³⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 479.

³⁴⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 481, señala que este tipo autónomo posee una penalidad sensiblemente inferior a las conductas de creación y tráfico de semejante iconografía pero superior a la posesión simple pues presenta un mayor nivel de reprochabilidad.

tuviera lugar entre personas próximas en edad y madurez psicológica cuando no mediera contraprestación económica ni abusos ni explotación.

Con la Reforma del CP de 2015, en este apartado 4 del art. 189 CP se adopta una medida drástica, castigando sin hacer distinción con la edad, al que asistiera a espectáculos pornográficos o exhibicionistas en los que participen menores de esas o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, con una pena de seis meses a dos años de prisión. Por lo que básicamente, al igual que en la posesión de material pornográfico, se opera sobre la demanda de material pornográfico para así frenar la oferta, ya que surge la creencia de que si no hay consumidor no hay producto, y si no hay público no hay espectáculo³⁴¹.

Por lo tanto la ley no sólo castiga a los productores, distribuidores y demás actividades tendentes a lucrarse con la pornografía infantil, sino que también castiga a quienes son simples espectadores puesto que el espectador antes de participar con su presencia, sabe a lo que va y lo que va a ver³⁴².

Hay a quien le resulta difícil compartir esta creencia como fundamento de una infracción delictiva, salvo que la asistencia de ese alguien fuera decisiva para que el espectáculo tuviera lugar, en el sentido de que sin esa asistencia el espectáculo no se hubiera celebrado. Si no se produjera tal circunstancia, entonces considera que se están castigando hechos o actitudes posiblemente inmorales, pero carentes de la lesividad que se requiere en los delitos. Además, señala que la participación de menores o discapacitados necesitados de especial protección en el espectáculo debe tener cierta relevancia y protagonismo para que los asistentes delinquieran³⁴³.

³⁴¹ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 451 y 452.

³⁴² En este sentido VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 357. Ahora bien, ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 653, no está de acuerdo puesto que considera que si son los menores los que resuelven realizar actos sexuales en un local, porque les encanta ser observados, y lo hacen con público o sin público, castigar a los asistentes resulta absurdo.

³⁴³ En este sentido ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 658. Mi opinión al respecto coincide con la de MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 482, la cual consiste en que la persona que asista sin conocimiento de causa a un espectáculo pornográfico en el que están presentes menores o

6. ART. 189.5 CP: TIPO AUTÓNOMO DE ADQUISICIÓN, POSESIÓN SIMPLE Y MERO ACCESO A PORNOGRAFÍA INFANTIL

El **art. 189.5 CP primer párrafo** tipifica desde la Reforma operada en 2003, la mera tenencia de material pornográfico³⁴⁴ en el que intervienen menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, lo que incluye el destinado al consumo privado³⁴⁵. Se trata de un delito de peligro abstracto³⁴⁶, que se diferencia de la posesión descrita en el artículo 189.1 b) CP en la presencia o ausencia de un particular elemento subjetivo de lo injusto, es decir, en la intención o no de proceder a su venta, distribución, exhibición, etc. ya sea a través de internet o de los medios habituales de distribución. Si se manifiesta dicha intención estaremos ante la conducta tipificada en el art. 189.1 b) CP, mientras que si no se manifiesta, estaremos ante la conducta tipificada en este art. 189.5 CP primer párrafo.

Por lo que a este respecto, la posesión implica que la pornografía esté incorporada a un soporte material, que puede ser de cualquier tipo, por lo que el acceso online será impune, mientras que en cambio, si el acceso tiene lugar mediante la descarga de los contenidos, nos encontraremos ante el art. 189.1 a) CP, ya que se estaría colaborando en la financiación de este tipo de contenidos³⁴⁷. Esto puede suponer problemas de prueba, que siempre deberán solucionarse conforme al principio “in dubio pro reo” en favor del tipo privilegiado³⁴⁸ de este art. 189.5 primer párrafo CP³⁴⁹. Además, las circunstancias

discapacitados no debería ser castigado, siempre y cuando en el momento en el que perciba el verdadero contenido del espectáculo proceda a la salida o al abandono del mismo.

³⁴⁴ Se tipifica lo que comúnmente se conoce como posesión simple. Ahora, desde la LO 1/2015 se castiga no solo al que “para su propio uso posea pornografía infantil”, sino también al que “para su propio uso **adquiera** pornografía infantil”.

³⁴⁵ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, N° 07-04, 2005, 34.

³⁴⁶ Conductas que suponen la puesta en peligro de un bien jurídico. Al ser abstracto, el peligro no es un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido. Si se tratara de un delito de peligro concreto, el peligro del bien jurídico sí es un elemento del tipo, de modo que el delito quedaría solo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico. Cfr., por todos, CEREZO MIR, RDPC, 2ª época, n° 10, 2002, 47 y 48; LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., 2012, 169.

³⁴⁷ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 454.

³⁴⁸ BOIX REIG/ORTS BERENGUER, Consideraciones político-criminales sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, 1999, 683.

³⁴⁹ Esto quiere decir que en caso de duda se resuelve a favor del autor del delito, por lo que ante las dudas de si el que tiene en su posesión el material pornográfico, lo tiene para su propio consumo privado (posesión simple, art. 189.5 primer párrafo CP) o para venderlo, distribuirlo, exhibirlo, ofrecerlo o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición (art. 189.1 b) CP) se le aplicara el art. 189.5 primer

agravantes del art. 189.2 CP, ya descritas, no se aplican en este caso, por lo que la pena no variará, independientemente de las características del material pornográfico poseído³⁵⁰.

La Reforma de 2015 apenas ha modificado este tipo autónomo ya que se dedica a sustituir la expresión de “incapaz” por la de “persona con discapacidad necesitada de especial protección” y a castigar no solo al poseedor de pornografía infantil sino ahora también al adquiriente³⁵¹, con pena de tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años³⁵². Aunque no todos estén de acuerdo con la tipificación de la mera posesión ya que el autor no interviene en la elaboración del material pornográfico, la razón de que se castigue la posesión simple viene dada por el hecho de que estamos ante un comportamiento que estructuralmente es paralelo al delito de receptación, y al hecho de que con la posesión se contribuye al mantenimiento de un negocio³⁵³ que solo puede mantenerse sobre la base de que el material filmado va a encontrar nuevos compradores, generando así beneficios³⁵⁴.

El **art. 189.5 CP segundo párrafo** se encarga de castigar con la misma pena que la establecida para el párrafo anterior, pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años, a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya

párrafo (posesión simple) puesto que la pena con la que se castiga esta conducta es menor (prisión de tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años) que la prevista para el art. 189.1 b) CP (prisión de uno a cinco años).

³⁵⁰ Vid. TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, 2ª ed., 2002, 128.

³⁵¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, *Estudios sobre el Código Penal Reformado*, 2015, 483, opina que castigar al adquiriente es absurdo puesto que quien posee material pornográfico debe haberlo adquirido previamente, por el título que sea (compraventa, cesión, préstamo, etc.). Sin embargo, yo entiendo que puede darse la posibilidad de que un sujeto lo adquiriera para otro, de manera que el primero es mero adquiriente, y el segundo es tanto adquiriente como poseedor.

³⁵² MANZANARES SAMANIEGO, *La Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, 196, señala que el art. 5.2 de la Directiva 2011/93/UE ha sido el que ha inspirado la nueva redacción de este art. 189.5 CP primer párrafo. Dicho art. 5.2 recoge que “La adquisición o posesión de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.

³⁵³ El adquiriente, cada vez que pasa las imágenes reproducidas perpetúa el ataque contra la libertad e indemnidad de los menores que han sido grabados previamente.

³⁵⁴ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, 2015, 454.

elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación³⁵⁵.

Se trata de una conducta similar a la de preceptos anteriores con la novedad de que se hace expresa referencia a que se haya accedido a esa pornografía infantil a sabiendas y a través de las tecnologías de la información y comunicación, por lo que se adapta así a nuestro tiempo actual.

7. ART. 189.6 Y 7 CP: TIPO AUTÓNOMO DE OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR LA CONTINUACIÓN DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

El **art. 189.6 CP** señala que al que tuviera bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o discapacitado necesitado de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción³⁵⁶, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o discapacitado necesitado de especial protección, se le castigará con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. Esto es así porque se entiende que la persona que está cargo del menor o discapacitado necesitado de especial protección está omitiendo su deber de cuidado para con el menor o discapacitado necesitado de especial protección, conducta que también debe ser castigada, aunque en menor grado que si se tratase de la conducta del art. 189.2 f) CP³⁵⁷. Es un delito de pura actividad que se perfecciona desde el mismo momento en el que el obligado a intervenir omite su intervención, por lo que es una infracción que carece de la posibilidad de cometerse en grado de tentativa.

Se completa este apartado con lo dispuesto en el **art. 189.7 CP** que simplemente aporta el añadido de que el Ministerio Fiscal se encargará de promover las acciones pertinentes

³⁵⁵ Este nuevo art. 189.5 CP segundo párrafo aportado por la Reforma de 2015, está inspirado en el art. 5.3 de la Directiva 2011/93/UE que dice que “El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.

³⁵⁶ Estos apartados 6 y 7 del art. 189 CP son apartados también aplicables a la prostitución infantil y de discapacitados necesitados de especial protección.

³⁵⁷ Recordamos que se trataba de una de las modalidades agravadas aplicables al art. 189.1 CP y que hacía referencia a castigar al culpable con la pena superior en grado a las previstas en apartados anteriores cuando este perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de actividades pornográficas.

con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado sexto, puesto que es tarea del Ministerio Fiscal a falta de iniciativa privada de quienes están con derecho a hacerlo, promover toda acción judicial tendente a privar a los responsables omitentes del ejercicio de estos derechos³⁵⁸.

8. ART. 189.8 CP: ADOPCIÓN DE MEDIDAS RELATIVAS A INTERNET

El **art. 189.8 CP** prevé que los Jueces y Tribunales ordenen la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español³⁵⁹. Además, se señala que estas medidas pueden ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal³⁶⁰.

Al ser Internet el medio telemático más utilizado por los pederastas, el legislador ha extremado las medidas de protección mediante el cierre de aquellas páginas que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hayan utilizado personas discapacitadas necesitadas de especial protección, o ha bloqueado aquellas que sean usadas por personas que habiten en territorio español³⁶¹. Además, a este respecto ya existen sistemas, como el CIRCAMP creado por la policía noruega y británica en colaboración con las policías europeas EUROPOL e INTERPOL para impedir el acceso a páginas web que contienen pornografía infantil³⁶².

³⁵⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 357.

³⁵⁹ De este modo se da cumplimiento a lo mencionado en el art. 25 de la Directiva 2011/93/UE relativo por lo tanto a la adopción de medidas contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil, tal y como indican JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, La Reforma Penal de 2015, 2015, 97; MANZANARES SAMANIEGO, La Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 196.

³⁶⁰ Se recoge por lo tanto en este art. 189.8 CP, la potestad judicial (y fiscal) para la retirada o bloqueo de páginas web y restricción de acceso a usuario.

³⁶¹ En este sentido VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal comentado, 2015, 357; a su vez, ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/GÓRRIZ ROYO (Coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, 660, considera que estas medidas son coherentes con la línea seguida en la lucha contra la pornografía infantil y la elaborada con personas discapacitadas, además de ser técnicamente practicables.

³⁶² MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.)/ET AL, Estudios sobre el Código Penal Reformado, 2015, 484.

De hecho, dicho sistema funciona ya en Dinamarca, Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Malta, Polonia, Suecia, Holanda, Nueva Zelanda y Alemania. A pesar de que se iniciaron los trámites para la puesta en marcha de este sistema de bloqueo en España, aun no se han implantado ya que hay sectores que han formulado objeciones a la utilización de estos sistemas de bloqueo porque consideran que atentan contra la libertad de expresión y la comunicación³⁶³. Por lo que aunque la solución aún no es completa, se puede asegurar que estas medidas prestan un gran auxilio a las tareas de prevención de estos delitos que afectan a menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

CAPÍTULO 6. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y DE DISCAPACITADOS (ART. 189 BIS CP)

La Reforma del CP llevada a cabo en 2010 supuso entre otras novedades, la incorporación de penas para las personas jurídicas³⁶⁴ cuando sean estas las responsables de este tipo de delitos, a través del art. 189 bis CP, cuestión que hasta entonces no se contemplaba en nuestro CP.

De este modo, las personas jurídicas implicadas en los delitos relativos a la exhibición y difusión de material pornográfico, también van a ser castigadas. El legislador, de acuerdo con el mencionado art. 189 bis ha dispuesto una pena de multa en función de las penas que reciban las personas físicas y la posibilidad de imponer alguna de las medidas³⁶⁵ del art. 33.7 b) a g) CP³⁶⁶ de acuerdo a lo establecido en el art. 66 bis CP³⁶⁷.

³⁶³ Así lo pone de manifiesto ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, 457 y 458.

³⁶⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Bases para un modelo de imputación de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas, 3ªed., 2009; BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DíEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2014, donde tal y como ya se ha señalado, se trata todo lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ofreciéndose una visión completa, exhaustiva y clara y un estudio sistemático de la reciente entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

³⁶⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Parte Especial, 6ª Ed. 2010, 248.

³⁶⁶ “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: **b)** Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. **c)** Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. **d)** Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no

Las penas son multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años, en virtud del *apartado a)*.

Conforme al *apartado b)*, multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Y de acuerdo con el *apartado c)*, multa del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos.

podrá exceder de cinco años. **e)** Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. **f)** Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. **g)** Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. (...)"

³⁶⁷ Se trata de un artículo que se encarga de señalar cuáles son las reglas de aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas.

CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio, hemos podido conocer con todo detalle los delitos de exhibicionismo (art. 185 CP), de provocación sexual (art. 186 CP) y de pornografía de menores y discapacitados (art. 189 y 189 bis CP). Las conclusiones obtenidas al respecto *son las siguientes*:

1. Los delitos de exhibicionismo (art. 185 CP), de provocación sexual (art. 186 CP) y de pornografía de menores y discapacitados (arts. 189 y 189 bis CP) se regulan, todos ellos, en el Título VIII del Código Penal bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Ahora bien, mientras que los delitos de los arts. 185 y 186 CP se regulan en el *Capítulo IV “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”* de dicho Título VIII, los arts. 189 y 189 bis CP se regulan en el *Capítulo V “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”*.

El *delito de exhibicionismo (art. 185 CP)* no es en realidad un delito relativo a la pornografía infantil o de discapacitados pero, dado que el exhibicionismo que se tipifica en el art. 185 CP también está dirigido a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se ha considerado también importante llevar a cabo su análisis. El *delito de provocación sexual (art. 186 CP)* y los *delitos de pornografía de menores y discapacitados (arts. 189 y 189 bis CP)* ya se refieren concretamente al castigo de conductas pornográficas.

La diferencia principal entre estos artículos, viene dada por el hecho de que mientras los arts. 185 y 186 CP castigan conductas vinculadas al exhibicionismo o al material pornográfico en el que no han intervenido en su producción los menores o discapacitados, sino que son *meros espectadores*; los arts. 189 y 189 bis CP castigan conductas pornográficas en las que los menores o discapacitados ya *participan activamente en tales conductas*.

2. Es importante tener en cuenta que nos encontramos ante delitos actuales en nuestro tiempo cuya producción se ha visto ampliada con motivo de la aparición de las nuevas tecnologías y entre ellas, *Internet*.

Internet otorga muchas ventajas en la comunicación y transmisión de datos, pero también desventajas ya que facilita la comisión de delitos al existir problemas de detección y persecución de los delitos cometidos, proporcionando así en muchas ocasiones anonimato. El carácter internacional de muchas de esas conductas y la escasa concienciación que poseen los usuarios en relación a adoptar medidas de prevención y de seguridad tampoco ayuda y fomenta la consideración de que convivimos en una “sociedad de riesgos”. Es por ello que los poderes públicos tratan de ponerle solución, llevando a cabo nuevas reformas, como ha sido la operada por la LO 1/2015, o intentando crear organismos internacionales como el CIRCAMP.

3. Los delitos analizados, al estar regulados en el Código Penal, se han visto afectados por las numerosas reformas que han modificado a este. Estas reformas, en relación a este trabajo, son la LO 11/1999, de 30 de abril; la LO 15/2003, de 25 de noviembre; la LO 5/2010, de 22 de junio y la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Nos interesa especialmente la última reforma efectuada, puesto que se ha llevado a cabo en este mismo año, con la intención de adaptarse a los cambios producidos en los últimos tiempos en nuestra sociedad y para así actualizar nuestro Código Penal respecto de las nuevas tecnologías luchando así contra posibles vacíos legales. Está además inspirada en la Directiva 2011/93/UE, lo que supone que al mismo tiempo cumplamos con la normativa europea.

Algunos de los cambios realizados por esta Reforma de 2015 relativos a la materia que nos ocupa, han consistido en sustituir el término “material pornográfico” por el de “pornografía infantil” o el término “incapaz” por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”; recoger las definiciones de pornografía infantil o material pornográfico en el art. 189.1 CP; y ampliar las conductas del art. 189 CP, de manera que este artículo ya posee en la actualidad ocho apartados con a su vez varios subapartados.

4. En conexión con los delitos analizados se han tenido en cuenta diversos *conceptos de carácter abstracto* (obsceno, pornografía infantil, material pornográfico, espectáculo pornográfico) cuya comprensión era necesaria para poder a su vez entender las

complejidades de estas conductas delictivas y las reformas a las que se han enfrentado en los últimos años.

A grandes rasgos, la conclusión alcanzada a este respecto, es la relativa a que la *pornografía infantil o de discapacitados* hace referencia al *material pornográfico*, material que se caracteriza por estar contenido en cualquier tipo de soporte, que necesariamente siempre ha de carecer de valor artístico, literario, científico o educativo, y ser *obsceno*, es decir, que siempre ha de resultar repulsivo o chocante en el ámbito sexual, siendo susceptible de incidir negativamente en la indemnidad sexual de menores y discapacitados, esto es, perjudicar la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor, o excitar indebidamente la sexualidad del discapacitado.

Espectáculo pornográfico se define como la exhibición de menores o discapacitados ante un público, y a su vez, es importante tener en cuenta la existencia de varios *tipos de pornografía*, de entre los cuales nos interesa especialmente la pseudo-pornografía (pornografía simulada), y el *derecho de educación de padres o maestros* como causa de justificación en este tipo de delitos.

5. En relación a los conceptos de *pornografía infantil* y *material pornográfico* es importante tener en cuenta que la última reforma realizada sobre el Código Penal, la Reforma de 2015, ya recoge en cuatro apartados del art. 189.1 CP las definiciones de estos conceptos, tal y como ya se ha señalado.

Nos encontramos con unas definiciones muy criticadas puesto que son consideradas demasiado difusas, complejas e incluso repetitivas, además de que también se considera que podemos encontrarnos con alguna de estas conductas sin ni siquiera vulnerar el bien jurídico protegido. Ahora bien, como ya señalé, hay que tener en cuenta que la intención del legislador al incorporar estos nuevos conceptos no ha sido otra que la de evitar posibles vacíos legales en tales conductas pornográficas, y aunque es cierto que parecen definiciones muy repetitivas, al final si se lleva a cabo una lectura detenida y detallada podremos comprobar que en realidad son bastante similares pero no iguales.

Sí que es verdad que podrían haber sido más claras, sencillas y comprensibles, pero aún con todo ello considero que con estas definiciones, la conducta de pseudo-pornografía

(pornografía simulada) sigue recogiénese en nuestro Código Penal, y con una mayor precisión. No obstante, lo que ahora ya no se contempla como pseudo-pornografía, es el uso de voces de menores o discapacitados en imágenes pornográficas de adultos. Sin embargo, no puedo considerar que la ausencia de su tipificación suponga un error puesto que no pienso que eso efectivamente perjudique la evolución o desarrollo de los menores o discapacitados.

6. Este tipo de delitos plantea principalmente dos discusiones consistentes en cuál es el *bien jurídico protegido*, y en relación al *dolo* (voluntad y conocimiento del autor de cometer el hecho delictivo).

Respecto del *bien jurídico protegido*, para unos es la indemnidad sexual, para otros la libertad sexual, y para otros ambos o un conglomerado de intereses. En mi opinión el bien jurídico protegido no es otro que la indemnidad sexual, puesto que a mi entender al ser las víctimas concretamente menores de edad o personas discapacitadas, no podemos hacer referencia a que se trate de la libertad sexual puesto que precisamente no la tienen reconocida.

De acuerdo con el *dolo*, surge la discusión de si junto al mismo ha de concurrir un ánimo lascivo o libidinoso, o no. Considero necesario dicho ánimo o tendencia junto al *dolo*, puesto que si no se corre el riesgo de condenar conductas no pornográficas.

7. Centrándonos en los delitos analizados, hay que señalar que los *arts. 185, 186 y 189 bis CP* se tratan de delitos bastante sencillos que a excepción de las discusiones relativas al bien jurídico protegido o ánimo lascivo junto al *dolo*, no plantean mayores problemas.

Así el *delito de exhibicionismo (art. 185 CP)* se encarga de castigar al que realice o haga realizar actos de exhibición a otro ante menores o discapacitados, el *delito de provocación sexual (art. 186 CP)* castiga a todo aquel que difunda, venda o exhiba material pornográfico a menores y discapacitados, y el *delito de pornografía infantil y de menores del art. 189 bis CP* castiga a las personas jurídicas que realicen algún tipo de conducta pornográfica.

El *art. 189 CP* por el contrario, se trata de un artículo más complejo dado que castiga todo tipo de conductas pornográficas en las que están involucrados menores o discapacitados, recogiénolas, como ya he señalado, en *ocho apartados*:

- El *apartado 1*, castiga mediante dos subapartados [a) y b)] una serie de *conductas pornográficas básicas* en las que hayan participado menores o discapacitados. En concreto, en el apartado a) se castiga la captación o utilización de menores o discapacitados para la elaboración de material pornográfico, así como la financiación y lucro de actividades pornográficas; y en el apartado b) la producción, venta, distribución, etc. de material pornográfico, así como la posesión del mismo para alguno de los fines previstos.
- En el *apartado 2* se recogen los *tipos agravados genéricos* aplicables a las conductas básicas del art. 189.1 CP. Estas modalidades agravadas se refieren a que la víctima sea menor de dieciséis años [apartado a)], a que los hechos sean particularmente degradantes o vejatorios [apartado b)], a que los menores o discapacitados sean víctimas de violencia física o sexual [apartado c)], a la puesta en peligro de la salud o vida de la víctima por dolo o imprudencia [apartado d)], a que el material pornográfico sea de notoria importancia [apartado e)], a que el culpable pertenezca a una asociación u organización dedicada a las actividades pornográficas [apartado f)], a la cualidad que ostenta el autor del delito [apartado g)], o a que el autor sea reincidente [apartado h)]. En el *apartado 3* se recoge también un tipo agravado pero se trata de un *tipo agravado específico* dado que es aplicable únicamente al art. 189.1 a) CP, consistente en que las conductas pornográficas descritas en tal precepto se hayan realizado con violencia o intimidación.
- En los *apartados 4, 5, 6 y 7* se recogen una serie de *tipos autónomos*, relativos a la asistencia a espectáculos pornográficos en los que participen menores o discapacitados (art. 189.4 CP); a la adquisición, mera posesión y acceso al material pornográfico a través de las nuevas tecnologías (art. 189.5 CP); o a la omisión del deber de impedir la continuación de estos delitos (art. 189.6 y 7 CP).

Con el *art. 189.4 CP* se le ha puesto fin a la cuestión de si los que asisten gratuitamente a esta clase de espectáculos en los que participan menores o discapacitados deberían ser o no castigados, ya que ahora con la Reforma de 2015 se castiga tanto a los que pagan una contraprestación económica por asistir a estos espectáculos como a los que no. Estoy de acuerdo con castigar también a los que asisten a estos espectáculos gratuitamente con la excepción de aquellos casos en lo que la persona que asista lo haga sin conocimiento de causa y en el momento en el que perciba el verdadero contenido del espectáculo proceda a la salida o al abandono del mismo.

El *art. 189.5 CP* genera también controversia, ya que la doctrina se encuentra dividida en torno a si es o no necesario la tipificación de la conducta de poseer material pornográfico para el consumo propio. Un sector entiende que no puesto que el sujeto no interviene en la elaboración del material. Para otro sector, cuya opinión comparto, la tipificación es necesaria ya que con la posesión proliferan las conductas de elaboración de material pornográfico y con ello se pone en peligro el bien jurídico protegido.

- Finalmente, en el *apartado 8* se prevé la posibilidad de que los Jueces y Tribunales adopten varias *medidas relativas a Internet y a estos delitos pornográficos*.

8. El *art. 189 bis CP* recoge, desde la Reforma del CP de 2010, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la comisión de los delitos de pornografía infantil y de discapacitados. A estas se les castiga con penas de multa o con alguna de las medidas del art. 33.7 b) a g) CP de acuerdo a lo establecido en el art. 66 bis CP.

9. *Para concluir*, mi reflexión general respecto al trabajo se basa en la consideración de que se trata de un tema complejo y especialmente delicado dada la edad o discapacidad de las víctimas, a lo que se le añade la repulsividad que nos generan los autores de este tipo de delitos, especialmente en aquellos casos en los que por unas u otras razones no puede hacerse justicia o aún lográndose siempre queda el regusto amargo del recuerdo para las víctimas y sus familias.

Además hay que señalar que a menudo nos encontramos con noticias relativas a la pornografía de menores y discapacitados, especialmente con las que se refieren a la mera posesión de la misma (art. 189.5 CP) o su venta, difusión y exhibición (arts. 186 y 189.1 CP). Ejemplo de ello es la *noticia de 27 de marzo de 2015* en la que un hombre fue detenido por posesión de material pornográfico en Toledo al encontrarse pornografía de menores en un pendrive que había extraviado³⁶⁸; o la *noticia de 23 de julio de 2015* en la que un hombre fue detenido en Floridablanca por exhibir y comprar material pornográfico de menores (vídeos y fotografías archivadas en 789 carpetas)³⁶⁹.

Con esto podemos comprobar que se trata de un tema a la orden del día, y aunque la mejora desde su tipificación en el texto original de 1995 del Código Penal ha sido considerable y muy extensa, y la Reforma de 2015 ha conseguido que se tipifiquen mas conductas o de una forma más estricta, no podemos olvidarnos que se trata de conductas que no pueden dejar de adaptarse a nuestro tiempo y sociedad.

³⁶⁸ *Noticia relativa a la posesión de material pornográfico de menores en Toledo*, obtenida de la página web de “El País”, consultada el 8 de agosto de 2015, y disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2015/03/27/actualidad/1427452627_877604.html

³⁶⁹ *Noticia relativa a la exhibición y compra de material pornográfico de menores en Floridablanca*, obtenida de la página web de “La Vanguardia”, consultada el 8 de agosto de 2015, y disponible en: <http://www.vanguardia.com/judicial/320570-detenido-en-floridablanca-un-sujeto-acusado-de-pornografia-infantil>.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel. *Metodología de la investigación jurídica: Hacia una nueva perspectiva*, edit. Universidad Central de Chile (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, 2002, ISBN 956-7134-45-6. Consultado el 21 de febrero de 2015 y disponible en: http://www.academia.edu/6310180/Metodologia_de_la_Investigacion_Juridica

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.)/ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio/LOZANO MIRALLES, José /MENDOZA BUERGO, Blanca/PÉREZ MANZANO, Mercedes/DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio/LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1998, ISBN 978-84-8004-282-6.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, edit. Civitas, Madrid, 2014, ISBN 978-84-4703-854-1.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *El Delito de Exhibicionismo*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 8, 2001, págs. 11-35, ISSN 1132-9955.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *El Delito de facilitar pornografía a menores o incapaces (art. 186 del Código penal)*. Actualidad Penal, nº35, 2001, págs. 841-861, ISSN 0213-6562.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Comentario a los arts. 185, 186 y 189 CP”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.)/ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.)/LAURENZO COPELLO, Patricia/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises/ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan/SOLA RECHE, Esteban/GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 425-474 y 519-571, ISBN 978-84-8456-002-9.

CATALINA GARCÍA, Beatriz/LÓPEZ DE AYALA LÓPEZ, María Cruz/GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio. *Los riesgos de los adolescentes en Internet: Los menores como actores y víctimas de los peligros de Internet*. Revista Latina de Comunicación Social, nº69, 2014, págs. 462-485, ISSN 1138-5820.

CEREZO MIR, José. *Los Delitos de Peligro Abstracto en el Ámbito del Derecho Penal del Riesgo*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 10, 2002, págs. 47-72, ISSN 1132-9955.

COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.)/CARMONA SALGADO, Concepción/DEL ROSAL BLASCO, Bernardo/GONZÁLEZ RUS, Juan José/MORILLAS CUEVA, Lorenzo/QUINTANAR DÍEZ, Manuel/SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo. *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, ISBN 978-84-7248-821-2.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*. La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº4, 1996, págs. 1190-1193, ISSN 0211-2744.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras: La Frontera del Derecho Penal Sexual*, edit. Bosch, Barcelona, 1982, ISBN 978-84-7162-868-6.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. *Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual*. Cuadernos de política criminal, nº37, 1989, págs. 75-118, ISSN 0210-4059.

ESCRIHUELA CHUMILLA, Francisco Javier. *Todo Penal*, 1ª ed., Edit. La Ley (Colección Todo), Toledo, 2011, ISBN 978-84-8126-843-0.

ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, “El delito de pornografía infantil”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 447-458, ISBN 978-84-9098-371-3.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Ciberdelitos. Los delitos a través de internet, estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la red*, edit. Constitutio Criminalis Carolina (CCC), Oviedo, 2007, ISBN 978-84-611-8527-6.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 4ª ed., edit. Porrúa, México, 1995, ISBN 968-4329-11-3.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Penal Sexual y Reforma Legal: Análisis desde una perspectiva política criminal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 07-04, 2005, págs. 1-35, ISSN 1695-0194.

JAÉN VALLEJO, Manuel/PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La Reforma Penal de 2015 (Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*, edit. Dykinson, Madrid, 2015, ISBN 978-84-9085-428-0.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Derecho Penal Parte Especial*, 5ª ed., edit. Colex (Constitución y Leyes S.A.), Madrid, 2010, ISBN 978-84-8342-247-2.

LATORRE LATORRE, Virgilio/RAMÓN GOMIS, Luisa, “Exhibicionismo y provocación sexual”, en: LATORRE LATORRE, Virgilio (Coord.), *Mujer y Derecho Penal: Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 51-82, ISBN 978-84-8002-232-9.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, ISBN 978-84-9033-269-6.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Derecho Penal Parte Especial*, vol. II, edit. Comares, Granada, 2010, ISBN 978-84-9836-748-5.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *La Reforma del Código Penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, edit. La Ley, Madrid, 2015, ISBN 978-84-9020-420-7.

MORALES PRATS, Fermín. *Pornografía Infantil e Internet*. Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet, organizadas por la UOC y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona 22-23 de Noviembre de 2001, consultado el 25 de Junio de 2015. Disponible en: <http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/20056.pdf>

MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel, “Libro II: Título VIII: Cap. V (Arts. 189-189 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.)/MORALES PRATS, Fermín (Coord.)/TAMARIT SUMALLA, Josep María/GARCÍA ALBERO, Ramón. *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I (arts. 1 a 233), 6ª ed., edit. Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 1135-1178 y 1187-1259, ISBN 978-84-9903-741-7.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. *Análisis Dogmático y Criminológico de los Delitos de Pornografía Infantil: Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, edit. Dykinson, Madrid, 2005, ISBN 978-84-9772-668-5.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, “Capítulo decimocuarto: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.)/MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo/AGUILAR CÁRCELES, Marta María/BARQUÍN SANZ, Jesús/MUÑOZ RUIZ, Josefa/OLMEDO CARDENTE, Miguel/ET AL, *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, edit. Dykinson, Madrid, 2015, págs. 433-485, ISBN 978-84-9085-434-1.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*, 19ª ed., edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, ISBN 13:978-84-9053-444-1.

ORTS BERENGUER, Enrique/ALONSO RIMO, Alberto, “La reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Coord.)/MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina (Coord.)/DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario (Coord.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, edit. Colex, Madrid, 2001, págs. 29-66, ISBN 978-84-7879-644-4.

ORTS BERENGUER, Enrique/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 1ª ed., edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, ISBN 978-84-8442-305-8.

ORTS BERENGUER, Enrique/ROIG TORRES, Margarita. *Concepto de material pornográfico en el ámbito penal*. Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV (RECRIM), nº2, II Semestre 2009, págs. 82-139, ISSN 1989-6352.

ORTS BERENGUER, Enrique, “Determinación a la prostitución (Arts. 187, 188, 189 y 192 CP)” en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Coord.)/GÓRRIZ ROYO, Elena (Coord.). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 638-662, ISBN 978-84-9086-703-7.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales: Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, ISSN 978-95-6101-919-5.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La técnica de las definiciones en la ley penal: Análisis de la definición de material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años*. Revista de Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en materias penales, vol. 9, nº18, 2014, págs. 279-337, ISSN-e 0718-3399.

PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús. *El delito de provocación sexual en el Código Penal Español*. Revista Digital Universitaria (UNAM), vol. 7, nº 1, 2006, págs. 1-13, ISSN 1067-6079.

PIFARRÉ DE MONER, María José, “Introducción”, en: PIFARRÉ DE MONER, María José/SALVADORI, Iván/MIRÓ LLINARES, Fernando/PICOTTI, Lorenzo, *Internet y Redes Sociales: Un nuevo contexto para el delito*. Revista de Internet, Derecho y Política, nº16, 2013, págs. 40-43, ISSN 1699-8154.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal Español Parte Especial*, 6ª ed., edit. Atelier, Barcelona, 2010, ISBN 978-84-92788-40-8.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Compendio de derecho penal (parte especial)*, edit. Trivium, Madrid, 1985, ISBN 84-86440-03-3.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual: Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª ed., edit. Aranzadi, Pamplona, 2002, ISBN 978-84-9767-019-1.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, edit. Atelier, Barcelona, 2015, ISBN 978-84-15690-78-8.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador/ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-955-5.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas*, 3ªed., edit. Aranzadi, Pamplona, 2009, ISBN 978-84-9903-419-5.

ANEXO 1. LEGISLACIÓN

Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, publicado en el BOE nº281 de 24 de noviembre de 1995, vigente desde 24 de mayo de 1996, y con revisión vigente desde 1 de julio de 2015.

Constitución Española de 1978, publicada en el BOE nº311 de 29 de diciembre de 1978, vigente desde 29 de diciembre de 1978, y con revisión vigente desde 27 de septiembre de 2011.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, y publicada en el BOE nº96 de 21 de abril de 2008.

Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, publicada en el DOUE L 13/44 de 20 de enero de 2004.

Declaración de Río de Janeiro, del Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes, del 25 al 28 de noviembre de 2008, obtenida de <http://www.ilo.org/ipecinfo/product/download.do?type=document&id=13934>

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, publicado en el BOE de 12 de diciembre de 1973, vigente desde 1 de enero de 1974 y con revisión vigente desde 5 de julio de 2010 hasta 5 de julio de 2010.

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, publicada en el DOUE nº101 de 15 de abril de 2011 (DOUE L 2011-80799).

Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los

menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, publicada en el DOUE L 335/1 de 17 de diciembre de 2011.

Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia (o Cibercriminalidad), aprobado por el Consejo de Europa en Budapest el 23 de noviembre de 2001, publicado en el BOE nº226 de 17 de septiembre de 2010.

Instrumento de Ratificación 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, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, publicado en el BOE nº27 de 31 de enero de 2002.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención de las personas en situación de dependencia, publicada en el BOE nº299 de 15 de diciembre de 2006.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, publicada en el BOE nº101 de 28 de abril de 2015 y vigente desde 28 de octubre de 2015.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, publicada en el BOE de 2 de julio de 1985 y vigente desde el 3 de julio de 1985 hasta el 1 de octubre de 2015, cuando entrará en vigor la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (publicada en el BOE nº174 de 22 de julio de 2015).

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Reforma del CP de 1999), publicada en el BOE nº104 de 1 de mayo de 1999 y vigente desde 21 de mayo de 1999.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Reforma del CP de 2003), publicada en el BOE nº283 de 26 de noviembre de 2003 y vigente desde 1 de octubre de 2004.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Reforma del CP de 2010), publicada en el BOE nº153 de 23 de junio de 2010 y vigente desde 23 de diciembre de 2010.

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 (Reforma del CP de 2015), publicada en el BOE nº77 de 31 de marzo de 2015 y vigente desde 1 de julio de 2015.

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, publicada en el BOE nº77 de 31 de marzo de 2015 y vigente desde 1 de julio de 2015.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 16, de 31 de octubre de 2001, sobre la sobre la protección de niños contra la explotación sexual, obtenida de la página web de “bienestar y protección infantil”, disponible en: http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/recomendacion2001_16.pdf

U.S. Code (Código Federal de los EE.UU), obtenido de la web “lex juris de Puerto Rico”, disponible en: <http://www.lexjuris.com/LEXMATE%5Cusa%5Clexuscode.htm>

ANEXO 2. OTRAS FUENTES

Asunto de los “pornonautas de Vic” en 1996, obtenido de la Edición del Domingo 20 de Octubre de 1996, Hemeroteca histórica del Periódico de Catalunya, consultado el 26 de junio de 2015, y disponible en: http://archivo.elperiodico.com/ed/19961020/pag_079.html

Consulta sobre la Teoría de los elementos negativos del tipo (Teoría de la Ratio Cognocenddi), obtenida de la página web “monografías”, consultado el 5 de agosto de 2015, y disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos76/derecho-penal-parte-general/derecho-penal-parte-general4.shtml#ixzz3hw2nZ2jf>

Consulta sobre las enfermedades mentales, obtenida de la página web “salud mental Castilla y León (FEAFES CyL)”, consultado el 5 de agosto de 2015, y disponible en: <http://www.feafescyl.org/preguntas.htm>

Consulta sobre el retraso mental, obtenida de la página web “psicoactiva (mujerhoy.com)”, consultado el 5 de agosto de 2015, y disponible en: http://www.psicoactiva.com/cie10/cie10_43.htm

Consulta sobre la violencia física y sexual, obtenida de la página web de la CONAPO y la SEGOB, consultado el 7 de agosto de 2015, y disponible en: http://www.violenciaenlafamilia.conapo.gob.mx/en/Violencia_Familiar/Violencia_emocional_fisica_sexual_y_econmica

Diccionario de la Real Academia Española, 22^a-23^a edición, disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

ANEXO 3. JURISPRUDENCIA UTILIZADA

Sentencia nº1182/2000 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 28 de junio de 2000

Sentencia nº 1553/2000 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 10 de octubre de 2000

Sentencia nº705/2003 de la AP de Valencia, 31 de diciembre de 2003

Sentencia nº633/2004 de la AP de Tarragona, 18 de junio de 2004

Sentencia nº604/2005 de la AP de Sevilla, 30 de noviembre de 2005

Sentencia nº 87/2006 de la AP de Sevilla Sección 3ª, 14 de febrero de 2006

Sentencia nº21/2008 de la AP de Toledo Sección 1ª, 12 de julio de 2008

Sentencia nº592/2009 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 5 de junio de 2009

Sentencia nº 1010/2009 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 6 de noviembre de 2009

Sentencia nº340/2010 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 16 de abril de 2010

Sentencia nº264/2012 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de abril de 2012

Sentencia nº258/2012 del JP de Málaga, 18 de junio de 2012

Sentencia nº315/2013 del JP de Pamplona/Iruña, 11 de diciembre de 2013

Sentencia nº540/2014 de la AP de Sevilla, 6 de octubre de 2014

Sentencia nº2092/2014 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, 26 de mayo de 2014

Sentencia nº63/2015 de la AP de Lleida, 26 de febrero de 2015

Sentencia nº92/2015 de la AP de Albacete, 16 de marzo de 2015

Sentencia nº230/2015 de la AP de A Coruña (Sección 1ª), 4 de mayo de 2015