

LOS DELITOS DE UTILIZACIÓN DE MENORES
O INCAPACES EN FINES O ESPECTÁCULOS
EXHIBICIONISTAS O PORNOGRÁFICOS, O PARA
LA ELABORACIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LA REFORMA. 1. Reflexiones críticas sobre su motivación. A) En la órbita de la Organización de Naciones Unidas. B) En el ámbito del Consejo de Europa. C) En el campo de la Unión Europea. 2. Breve referencia sobre el sujeto pasivo. 3. Análisis de las conductas descritas. A) La utilización de menores o financiación de actividad. B) La producción, distribución o difusión de material pornográfico. C) La posesión de material pornográfico. III. PARTICULAR REFERENCIA A LA AUTORÍA. IV. RELACIÓN CON OTROS TIPOS. 1. Utilización de menores con fines pornográficos y corrupción de menores. 2. Relación con el exhibicionismo y provocación sexual. V. LA EXTRATERRITORIALIDAD DE SU PERSECUCIÓN. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal se justifica, según el contenido de su Exposición de Motivos, en base a diferentes argumentos. En primer término se consideró necesaria su promulgación a fin de acomodar el Derecho penal español a las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y del Consejo

de la Unión Europea. Por otra parte, estima el legislador que las exigencias de la sociedad nacional no se veían respondidas adecuadamente en el Código penal de 23 de noviembre de 1995, "ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes". Asimismo, "los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código penal" han motivado que se complemente la reforma a que estamos haciendo referencia.

Como vemos, argumentos de coherencia con las orientaciones jurídicas internacionales, y una demanda social que según esta introducción de la Ley cuestionaba la solución a este tipo de delitos plasmada en el texto punitivo en vigor, justifican, a criterio del legislador, la reforma de los arts. 178 y siguientes del Código penal.

El objeto de la presente intervención es el análisis de una parte de los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores; concretamente la utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos pornográficos, y la producción, venta y conductas afines de material pornográfico participado por menores o incapaces. Con independencia de la reforma puntual de la que deriven comentarios del estilo del que ahora comenzamos, lo cierto es que el ámbito de los delitos relativos a la prostitución da lugar en todo tiempo a observaciones críticas que parecen cualificarlos como especialmente "sensibles" socialmente, y por tanto, de considerablemente difícil regulación en un Código penal. El ámbito de la prostitución, como actividad socialmente controvertida, es uno de los más polémicos, bajo el prisma de cualquier enfoque ético, moral y jurídico ante la sociedad, pudiendo añadir que también se sitúa dentro de los juicios de valor que recibe posicionamientos individuales y colectivos más faltos de sinceridad y coherencia.

Según ÁLVAREZ ÁLVAREZ (1) "pretender encerrar los comportamientos sexuales en una norma jurídica es algo quimérico". Tal

(1) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio: "El llamado delito de violación en el nuevo Código penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996", en Cuadernos de Derecho Judicial, *Delitos contra la libertad sexual*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. Pág. 18.

vez esta proposición resulte un tanto ambiciosa en su trascendencia, pero en el fondo refleja la indudable complejidad de la regulación jurídico-penal de los atentados a la libertad sexual, y de aquellas otras conductas que se sitúan en su proximidad. Ahora bien; si esta dificultad es consustancial a otros ámbitos del Derecho penal, cuyos componentes de censura de conductas encuentra siempre el obstáculo de la penetración compleja en el mundo de la culpabilidad como faceta de la voluntad humana, la posición cambiante de las sociedades en torno a los comportamientos sexuales, garantiza una permanente necesidad de actualización de su regulación jurídica. Las diferentes tendencias puramente personales sobre esta faceta de la naturaleza humana, permite que nos encontremos ante un espectro cada vez más amplio, en el que deben ser atendidos con absoluto respeto más de un patrón de conducta. Pero en cualquier caso, la protección de la dignidad humana, su manifestación y el libre desarrollo de la personalidad, han de verse respaldados no sólo por la vertiente positiva de reconocimiento y aceptación, sino también por el aspecto negativo de la limitación a las intromisiones ilegítimas ajenas, a los comportamientos no consentidos. Y es aquí donde cobra todo su sentido el Derecho penal, como pilar imprescindible para la garantía del orden político y la paz social a que hace referencia el art. 10 de nuestro texto constitucional.

Y si ya de por sí este ámbito de comportamientos humanos es complejo, mucho más difícil resulta su adecuada regulación cuando nos encontramos ante la necesidad de proteger los Derechos fundamentales de personas que, por sus peculiares circunstancias físicas y psíquicas, tienen una capacidad de respuesta distinta a la de los demás.

Los menores de edad y los incapaces necesitan, por serlo, de una especial protección. El problema radica en determinar con precisión y, sobre todo, acierto, qué extensión hemos de otorgar a esa dimensión especial. Los comentarios doctrinales más recientes sobre esta parcela del Código penal modificada, se han mostrado, generalmente, críticos con la reforma (2).

(2) Así, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: "Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española", en

Resulta inevitable en este momento, llevar a cabo un análisis de la motivación expresada por el legislador como fundamento de la mencionada reforma. A continuación nos detendremos en el examen de cada una de las formas de conducta que se incorporan al Código penal, tratando de verificar principalmente, si la modificación llevada a cabo era en realidad imprescindible, o si por el contrario, la redacción anterior del texto punitivo permitía canalizar el castigo de los comportamientos objeto de las presentes consideraciones. Por último, esbozaremos algunas consideraciones sobre otra cuestión no menos polémica: el tratamiento de los delitos de pornografía infantil desde la óptica de la persecución internacional. Lo apunta la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de reforma del Código penal, y se materializa en la modificación de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial. En una época en la cual, con relación a delitos de naturaleza muy distinta al objeto de estas páginas, ha sacudido a la sociedad el debate sobre la persecución internacional de los crímenes más graves que puede presenciar la humanidad, el hecho de que se produzca la equiparación procesal de los delitos de corrupción de menores, introduce un elemento más de reflexión, que, ante todo, habrá de esclarecer el fundamento de esta decisión.

Revista Penal, 1998-2, pág. 17. Llega a sostener este autor que la Acción Común aprobada el 24 de febrero de 1997 por el Consejo de la Unión Europea, invocada expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de reforma del Código penal que nos ocupa, "nos ha puesto de manifiesto que las prácticas de legislación penal simbólica no quedan confinadas a los límites nacionales".

En línea similar, CUERDA ARNAU, María Luisa: "Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores", en *Delitos contra la libertad sexual*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. Cuestiona en la *Addenda* a su ponencia que el nuevo catálogo de penas no ha respetado la idea de proporcionalidad, tampoco se ha sido consecuente con otras exigencias del principio de prohibición del exceso, y, por último, que también las garantías que se derivan del principio de legalidad se ven comprometidas. Concluía, por ello, manifestando su esperanza en que nuestros parlamentarios actuaran conforme a lo que la razón prescribe. Lo cierto es que del proyecto de Ley presentado, al texto final que resultó del debate, no se aprecian considerables diferencias.

La naturaleza polémica que antes atribuíamos al tratamiento social y jurídico de la esfera relacionada con la pornografía, garantiza que cualquier debate que pueda originarse sobre la reforma del Código penal en este terreno, ofrezca una interesante –y siempre respetable– contraposición argumental. La intención de las presentes consideraciones es abundar en esa línea de reflexión, como punto de partida para el tratamiento conceptual y práctico de la respuesta que todas estas conductas deben recibir de los órganos jurisdiccionales.

II. ANÁLISIS DE LA REFORMA

1. Reflexiones críticas sobre su motivación

Ya dejamos constancia en la parte introductoria de estas consideraciones, de las razones que, según han sido recogidas en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, condujeron al legislador a la modificación de los tipos encargados de la punición de conductas que atentan contra la Libertad Sexual de los menores. Indicadores normativos internacionales, las exigencias de la sociedad nacional e internacional, y la alarma producida en la sociedad española ante la disminución de protección jurídica sufrida en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del Código de 23 de noviembre de 1995.

La orientación que se pretende seguir como referencia en este trabajo es, preferentemente, práctica, de análisis de la problemática suscitada por los nuevos tipos en sus distintos elementos. Ahora bien: la filosofía de la reforma comentada y sus aludidos antecedentes, hace imprescindible una reflexión, aunque resulte somera, acerca de las circunstancias y razones que condujeron a su desarrollo.

Doctrinalmente ya se puso de manifiesto la inquietud que suscitaba la reforma cuando ésta se encontraba en fase incluso anterior a la de proyecto de Ley. En esta misma sede, con motivo del curso celebrado en el año 1997 sobre "Delitos contra la Libertad Sexual",

la ponencia presentada por CUERDA ARNAU (3) se desarrollaba desde una perspectiva claramente crítica con la motivación inspiradora de la reforma del Código penal, sobre la base de la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 26 de noviembre de 1996 en la que se instaba al Gobierno a la presentación de un Proyecto de Ley Orgánica que modificase parcialmente el Título VIII del Libro Segundo del Código penal. A juicio de la citada ponente, en el fondo de esta propuesta se traslucía una actitud de "oportunismo político" y una mal concebida protección de la moral desde el ordenamiento jurídico-penal, huérfana de un actualizado respaldo doctrinal y jurisprudencial (4). El trabajo a que hacemos referencia contrasta sus opiniones con abundante cita bibliográfica y lo hemos enmarcado como invocación inicial con preferencia a otras opiniones, igualmente interesantes, que pueden comentar también aspectos favorables.

Dentro de estas últimas destaca la postura de GIMBERNAT, quien, bien es cierto que en un art. periodístico, justifica la necesidad de la reforma de los delitos sexuales, operada por la Ley Orgánica 11/1999, en base a la más que desafortunada redacción de los tipos correspondientes en el Código penal, imputable a la "torpeza del legislador de 1995" (5).

(3) CUERDA ARNAU, María Luisa: "Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores", en curso *Delitos contra la libertad sexual*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

(4) Es más: el trabajo, crítico con la futura reforma ya en su redacción original, se vio complementado con una Addenda posterior tras el conocimiento del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a la Mesa del Congreso, en la cual se cuestiona con mucha más dureza el aumento generalizado de las penas, la infracción del principio de proporcionalidad, la falta de respeto escrupuloso al principio de legalidad, y concluye deseando la autora "que nuestros parlamentarios actúen conforme a lo que la razón prescribe".

(5) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "La reforma de los delitos sexuales", Diario *El Mundo*, del miércoles 26 de mayo de 1999. Pág. 12. Reflejo paradigmático de la posición sostenida por este autor en el citado artículo es su afirmación, por una parte, de que "un Derecho penal progresista debe castigar los abusos sexuales, con o sin consentimiento, sobre los niños". Además, llegando incluso a un punto que rebasa a la propia reforma, mantiene que

Ambas posiciones doctrinales no se invocan en este momento como posturas en competición. Un planteamiento de este estilo no conduciría a ningún resultado determinante, ni entra en las naturales limitaciones de nuestras consideraciones el permitirnos defender una u otra opción, sino que tan sólo han sido puestas de manifiesto como punto de partida de una reflexión destinada a provocar la polémica, el debate en torno a uno u otro planteamiento, que sí preside, en un primer momento, la intención de estas líneas.

La redacción otorgada por la Ley Orgánica 11/1999 a los apartados 1 y 2 del vigente art. 189 introduce las siguientes modificaciones:

a) Añade a la conducta de utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos las de *utilizar a estas personas para la elaboración de material pornográfico*, o bien *financiar cualquiera de estas actividades*.

b) Incrimina la producción, *venta, distribución o exhibición del mencionado material pornográfico* o la facilitación de estas actividades, aunque dicho material tenga su origen en el extranjero o fuere desconocido.

c) Castiga (con pena inferior) *la posesión del material pornográfico* para la realización de cualesquiera de las anteriores conductas.

d) Endurece las penas básicas cuando las conductas se lleven a cabo por *personas pertenecientes a organizaciones o asociaciones*.

Verdaderamente novedosa –y nada tímida– resulta la reforma, pero su consonancia con los documentos internacionales

debería haberse ampliado la tipificación de conductas hasta la penalización de la adquisición del material pornográfico elaborado con menores –ya no sólo su elaboración y comercialización–, bien es cierto que "aunque sólo se hubiera sancionado con una pena simbólica".

que se han ocupado en los últimos años de plasmar los distintos programas de acción contra la explotación sexual de la infancia, resulta cuestionable tan sólo a nivel de matiz. A título de ejemplo pueden invocarse los siguientes:

A) En la órbita de la Organización de Naciones Unidas

1. La Convención de los Derechos del Niño, de 1989, compromete a los Estados parte (en su art. 34 c) a tomar todas las medidas necesarias, de carácter nacional o multilateral, para impedir "la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos".

2. La Declaración y Programa de Acción Mundial contra la explotación sexual infantil (Congreso Mundial de Estocolmo, 1996).

3. La Resolución 1992/74 de la Comisión de Derechos Humanos, de 5 de marzo, por la que se aprueba el Programa de Acción para la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

4. La Resolución 48/156, de 1993, de la Asamblea General, sobre la necesidad de adoptar medidas internacionales eficaces para prevenir la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

5. Los Informes de la Relatora especial para la cuestión de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

6. La Resolución 51/76, de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1996, sobre la Niña.

7. La Resolución 51/77, de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1996, sobre los Derechos del Niño.

B) En el ámbito del Consejo de Europa

1. La Recomendación 1065(87) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa al tráfico de niños y otras formas de explotación infantil.

2. La Recomendación R(91)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la explotación sexual, la pornografía y el tráfico de niños y jóvenes.

3. La Resolución 1099(1996) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la explotación sexual de los niños.

4. La Directiva n.º 526 (1996) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la explotación sexual de los niños.

C) En el campo de la Unión Europea

1. La Resolución de 19 de septiembre de 1996, del Parlamento Europeo, sobre los menores víctimas de violencia.

2. La Acción Común de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

3. La Acción Común de 29 de noviembre de 1996, estableciendo un programa de apoyo a los intercambios destinados a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y a la explotación sexual de los niños.

4. La Comunicación de la Comisión Europea, de 27 de noviembre de 1996, sobre la lucha del turismo sexual que implica a menores.

En todos estos documentos (muchos de los cuales se hacen eco de medidas y planteamientos abordados ya en textos anteriores) se contienen abundantes apelaciones a la adopción de medidas

nacionales e internacionales de combate de cualesquiera formas de prostitución, tráfico y pornografía infantiles.

Sobre tales parámetros, la discusión ha de centrarse en determinar si la regulación inicialmente otorgada por el Código penal de 23 de noviembre de 1995 resultaba suficiente en lo relativo a la explotación infantil con fines pornográficos, o las corrientes de opinión tenidas en cuenta por los mencionados organismos internacionales, aconsejaban una modificación en la línea de la que se ha producido.

El párrafo primero del art. 189, en su redacción anterior a la reforma, castigaba la utilización de menores o incapaces, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Como señala GONZÁLEZ-CUÉLLAR (6) la alternativa que ofrece el precepto tiene un doble alcance: cuando los actos de utilización tienen lugar sin la presencia de terceras personas, pues los sujetos activos pretenden su posterior divulgación, por cualquier medio apto, nos encontraremos ante la primera modalidad, de utilización con "fines" exhibicionistas o pornográficos. En cambio, cuando los actos son presenciados por terceras personas como espectadores, con o sin abono de precio, estaremos ante la modalidad de "espectáculo".

Según esta interpretación, la utilización con fines exhibicionistas se aparta de la pornografía "en directo", pero dejaría impune la conducta de quien, no habiendo intervenido en la grabación de imágenes, dispone posteriormente del material elaborado, comercializándolo o distribuyéndolo incluso sin que mediase precio. Esta conducta "añadida" de empleo, comercialización o difusión en general de las imágenes, es lo que presenta como primera novedad el texto incorporado por la Ley Orgánica 11/1999, así como la modalidad de comisión anticipada de posesión de material pornográfico con la finalidad de venta o difusión posterior.

El contenido del art. 34 de la Declaración de Derechos del Niño, en cuanto comprometía a los Estados a la adopción de las

(6) GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio: "Comentarios al art. 189 CP", en *Código penal, doctrina y jurisprudencia*, varios autores, Trivium, Madrid, 1997. Tomo II, pág. 2.272.

medidas necesarias para combatir la explotación de menores a través de materiales pornográficos, parece situarse en la línea de la reforma producida.

Veamos ahora cuáles han sido las declaraciones jurisprudenciales más directamente relacionadas con esa polémica.

No abundan las que, con anterioridad a la reforma comentada y aplicando el texto punitivo de 1995, abordan con carácter puntual y concreto la problemática de utilización de menores con fines pornográficos. La mayor parte de los pronunciamientos jurisprudenciales que podemos encontrar relacionados con esa problemática se ocupan de la definición y delimitación del delito de corrupción de menores, previsto en el antiguo art. 452 bis b) del Código penal de 1973. La fecha de entrada en vigor del Código actual, y los períodos de tiempo que normalmente transcurren entre la comisión del delito y el pronunciamiento de la sentencia de casación explican esta falta de jurisprudencia. Por otra parte, al ser el delito concreto que se tipifica en el art. 189 una innovación del Código de 1995, tendremos que remontarnos, a título de antecedentes, a las sentencias que analizan, dentro del genérico marco de la corrupción de menores, los supuestos relacionados con las conductas descritas por el vigente art. 189.

No está de más recordar los conceptos jurisprudenciales genéricos a propósito del delito de corrupción, cuando menos para valorar la mejora que supuso en este terreno la nueva redacción del Código penal de 1995, cuyos preceptos ahora se ven reformados con la reintroducción del delito de corrupción de menores, debido, entre otras razones, a la alarma producida en la sociedad española por la disminución de protección jurídica que se produjo en el ámbito de los delitos de significación sexual con el texto de 23 de noviembre de 1995.

El concepto de corrupción a que nos referimos, presentaba límites difusos. La STS de 11 de octubre de 1995 (Ponente Sr. Martín Canivell) señalaba que:

«El delito de corrupción de menores ha sido objeto de diversos criterios jurisprudenciales para su definición y

diferenciación de actividades delictivas de carácter sexual que hoy se recogen bajo el concepto de agresiones sexuales, señalándose como elemento distintivo la reiteración de actos corruptores y la permanencia en situación de corrupción de los sujetos pasivos, así como la perseverancia o asiduidad de la conducta corruptora o la intensidad de los hechos para marcar el elemento diferenciador, ... la jurisprudencia más reciente se inclina por acoger la aptitud genérica para la corrupción, la potencialidad corruptora de la conducta para influenciar la formación de la personalidad del menor afectando negativamente el normal desenvolvimiento de su sexualidad (STS de 21 de abril de 1995), protegiéndose así penalmente a quienes no han alcanzado la necesaria madurez para adoptar decisiones respecto a su conducta sexual de forma madura y responsable.»

Otras sentencias abundaban en el aspecto de fondo que consideraban más relacionado con la moral humana, en lugar de establecer parámetros de permanencia temporal o potencialidad formadora en la personalidad sexual de los menores. Así, merece la pena transcribir el concepto de corrupción que recoge la STS de 30 de octubre de 1995 (Ponente Sr. COTTA MÁRQUEZ DE PRADO), con arreglo a cuyos términos:

«... un tremendo impacto degradatorio en la moral, conciencia y honestidad de las citadas menores, alguna de las cuales no había llegado a cumplir aún los 12 años, abriendo así para ellas, a tan temprana edad, los caminos del vicio y la depravación, que son los pilares en que descansa el tipo de corrupción de menores tipificado en el texto legal punitivo...»

Estas sentencias, al igual que muchas otras que seguían mayoritariamente la óptica conceptual de la primera de las transcritas, resolvían recursos de casación contra condenas por actos tales como exhibición de revistas de carácter pornográfico, tocamientos, masturbaciones, exhibición de películas y del propio cuerpo desnudo del acusado. La virtualidad de estos actos para lograr "consecuencias de perversión sexual" (STS de 2.2.95 y 11.10.95)

era la base que sustentaba la condena por delito de corrupción de menores. Pero los problemas de tipicidad estricta y la delimitación de este delito con otros, entre los que destacaba particularmente el de agresión sexual (del antiguo art. 430) o el de exhibicionismo (del art. 431) no siempre se solucionaban con facilidad.

Los problemas de aplicación eran frecuentes, motivando siempre los recursos lógicas pretensiones de aminoración punitiva, que la propia jurisprudencia comprendía (aunque no otorgaba) y se basaban en invocaciones al menor reproche social que conllevaba el delito de agresión sexual respecto al de corrupción de menores.

Así lo reconocía la STS de 29 de diciembre de 1995 (Ponente Sr. García Calvo), en la que, tras el análisis conceptual del delito de corrupción de menores en base a la "*natural potencialidad de las acciones para generar alteraciones de la conducta sexual o comprometer su normal desarrollo, al consistir en prácticas prematuras o gráficamente aproximadas de perversiones sobre los que sólo se puede decidir con libertad de elección en edad adulta*", respaldaba confiadamente la mejora que representaba el nuevo Código penal para la distinción de conductas. Así, señalaba expresamente que:

«Con toda probabilidad la entrada en vigor del nuevo Código penal, recientemente aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, haga desaparecer la polémica aplicativa que actualmente generan los tipos comprendidos en los arts. 430 y 452 bis b), puesto que las conductas definidas bajo la rúbrica del Título VIII ... cancelan la figura de la corrupción de menores y rediseñan las de los abusos y las de agresión sexual. Entre tanto, y sin que pueda anticiparse que vaya a ser pacífica la aplicación de tales tipos...»

Pues bien: la mejora augurada por sentencias como la que acabamos de transcribir, producida con la redacción del texto de 1995 en estos delitos, al especificar una mayor variedad de conductas en los distintos tipos, puede verse ensombrecida con la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, precisamente en base a la

resurrección del delito de corrupción de menores, particularmente descrito en el número 3 del art. 189, cuya delimitación con el supuesto de utilización de menores en fines pornográficos, del número 1 a) del mismo artículo, parece poco pacífica. A ello tendremos oportunidad de referirnos en el apartado siguiente, a propósito del concreto análisis de las conductas ahora penadas.

En resumen, además de contar con numerosos textos internacionales que amparan la especificación de conductas que parece acometerse, la reflexión ante esta modificación legislativa ha de contestar, a nuestro juicio, a dos cuestiones: en primer lugar, si resultaba necesaria la mejora de algunos tipos sobre la redacción otorgada por el Código de 1995; en segundo término, y a la luz de los problemas concursales advertidos por la jurisprudencia con anterioridad a este texto, si la reintroducción del delito de corrupción de menores, aporta confusión o claridad al panorama legislativo anterior al pasado mes de abril.

2. Breve referencia sobre el sujeto pasivo

En los delitos objeto de los presentes comentarios, el sujeto pasivo es un menor de edad o un incapaz. El primero de los conceptos no ofrece dificultades en cuanto a su determinación, pues coincidirá con el mero hecho cronológico de no superación de 18 años, que es el límite constitucionalmente establecido. (7)

Cuestiones de mayor complejidad puede suscitar el supuesto de los incapaces. Y en esto ha de resaltarse la modificación legal que significó la redacción del vigente art. 25 del Código de 1995, que, al menos a efectos penales, considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.

El Código se impone la superación del concepto civil de incapaz, basado en el contenido del art. 211 del Código Civil,

(7) En torno a la problemática que puede suscitar el error sobre la edad de la víctima, CUERDA ARNAU, op. cit. pág. 236.

adelantando las consecuencias del pronunciamiento judicial formal de incapacitación, o puede decirse también que prescindiendo de ella. Dos cuestiones esencialmente suscita esta novedad del Código penal: en primer término la posible contradicción existente entre el citado art. 25 y el art. 199 del Código Civil, a cuyo tenor, *nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*; en segundo lugar, la limitación de la consideración de incapacidad sólo al supuesto concreto enjuiciado.

El primer problema trató de solventarlo el Código penal recurriendo a la expresión "se considera", que incluye al comienzo del art. 25, para dejar sentado que lo que especifica a efectos penales es una asimilación, una equivalencia al incapaz legalmente considerado, es decir, al incapaz así calificado mediante declaración judicial en sentencia civil. La transcendental limitación de Derechos que provoca la declaración de incapacidad lleva a reflexionar también acerca de su aplicación o no al sujeto que, como víctima de un delito, va a ser considerado incapaz. En definitiva ¿qué ha de entenderse por "a los efectos de este Código"? Pudiera pensarse que el legislador de 1995 tan sólo introdujo este concepto en interés de la víctima, superando así los efectos que pudieran derivarse de la aplicación por ejemplo de la agravante de abuso de superioridad, prevista en el art. 22.2. En cualquier caso, para considerar a alguien incapaz aún sólo a efectos penales, habrá de verificarse a lo largo de la fase de instrucción el padecimiento de una "enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma". (8) El

(8) Nótese que la especificación de requisitos contemplada en el art. 25 del Código penal es más reducida que la fórmula empleada por el art. 200 del Código Civil, a cuyo tenor: *Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*. A efectos penales se suprime el componente de "deficiencias" y se limita a enfermedades, como también se prescinde de la distinción entre dolencias o padecimientos físicos por un lado y psíquicos por otro. La distinción conceptual entre enfermedad y deficiencia no es, en absoluto, baladí. Baste referirnos al contraste que podemos encontrar entre conceptos generales de enfermedad (defendidos por la Organización Mundial de la Salud) como

proceso de verificación de tal estado pasará inevitablemente por la determinación pericial, sin que resulte posible, a riesgo de imprecisiones, fijar un concepto general, inclinándonos, por la trascendencia del concepto, por la determinación casuística.

Según la redacción literal del vigente Código penal, de la concurrencia o no de una verdadera "enfermedad" con las consecuencias señaladas en el artículo analizado, dependerá que nos encontremos o no ante un delito. Lo cierto es que, en la línea de esa ampliación de beneficios o del ámbito de protección a las víctimas que parece perseguir el Código, hubiéramos considerado más conveniente la reproducción del concepto de incapacitación derivado de los términos del Código Civil, y no la reducción contradictoriamente limitadora instaurada por el legislador de 1995.

3. *Análisis de las conductas descritas*

El art. 189 castiga con pena de prisión de uno a tres años:

A) *La utilización de menores o financiación de actividad*

El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.

La reforma operada por la LO 11/1999 introdujo, sobre el texto de 1995, el carácter público o privado de los espectáculos, la finalidad de elaboración de cualquier clase de material pornográfico y la financiación de actividad (ver diario de sesiones del Congreso en donde se justifiquen estos cambios).

proceso de causa interna o externa al individuo que rompe el estado de salud o equilibrio biológico, y la definición jurídica de la deficiencia, equiparada al impedimento, como por ejemplo recoge la STS (Sala 1.ª) de 31 de diciembre de 1991.

a) El carácter público o privado de los espectáculos puede entenderse conveniente como aclaración, ante la identificación anterior de la palabra espectáculo, según su sentido gramatical, con "acción que se ejecuta en público para divertir o recrear" (9). Así parece entenderlo MORALES PRATS, para quien la modalidad típica (refiriéndose al texto anterior a la reforma) de utilización de menores o incapaces en espectáculos implica que la conducta se efectúa en un marco de cierta publicidad. (10) Claro está que la doble vertiente recogida en el precepto al castigar la participación en espectáculo o la utilización con fines pornográficos de los menores lleva a cuestionar el que resultase imprescindible la introducción aclaratoria. Perfectamente podría entenderse que la conducta que involucrase o hiciese participar a menores en actuaciones pornográficas con publicidad tendría perfecta cabida dentro del concepto de espectáculo; por el contrario, la actuación privada, reservada o destinada a una sola persona, no vemos obstáculo alguno para que pudiese encajar dentro de la conducta con fines exhibicionistas o pornográficos, y por tanto, la mención que ahora se incluye en el texto reformado sobre fines o espectáculos tanto públicos como privados, no tiene mayor relevancia.

La diferencia entre fines y espectáculos ha querido verse en la amplitud potencial del resultado. Finalidad exhibicionista o pornográfica es un concepto más amplio que el de espectáculo (público o privado), al ceñirse éste a una actuación, interpretación o intervención, aunque claro está, que en ambos casos todo dependerá en gran medida de lo que pueda entenderse por "pornografía". De los muchos conceptos que puedan encontrarse, nos inclinamos por el que se centra en considerarla como la descripción de lo obsceno, y

(9) El *Diccionario de uso del español*, de María MOLINER, recoge dos acepciones de la voz "espectáculo": 1. Cualquier acción que se ejecuta en público para divertir o recrear. 2. Suceso impresionante que se desarrolla a la vista de alguien.

(10) MORALES PRATS, Fermín: "Comentarios al art. 189 del CP", en *Comentarios al nuevo Código penal*, coordinados por Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, Pamplona, 1996.

no parece que a efectos penales resulte tan explícita la definición del diccionario como descripción de la prostitución. En todo caso, esta descripción ha de materializarse en documentos audiovisuales, ya sean fotográficos, cinematográficos o incluso sonoros.

De todos modos, en ambos supuestos (fines o espectáculos) resultará determinante el complemento que aporte el elemento subjetivo, que ha de girar en torno a la satisfacción del "morbo sexual de las personas que contemplan". Y en este punto nos encontramos, a su vez, con la no siempre fácil calificación de la intención como morbosa.

Podemos tomar como ejemplo la STS de 10 de abril de 1997 (Ponente Sr. GARCÍA ANCOS), que resuelve recurso de casación contra la sentencia de la AP de Barcelona de 12.6.96 por la que se absuelve a dos acusados que habían sometido a dos chicas menores de edad a sesiones fotográficas en las que posaban "en diversas poses de desnudez, nunca integral". El Ministerio Fiscal consideró la conducta encajable, o bien en el antiguo art. 452 bis b) del CP de 1973, o bien en el vigente 189.1. La sentencia de casación desestima el recurso, confirmando la sentencia de la Sala, al estimar (FJ 1.º) que la valoración de las mencionadas fotografías corresponde a la Sala de instancia

en aquellos supuestos, como el aquí enjuiciado, en los que la línea divisoria entre lo simplemente erótico y lo verdaderamente pornográfico es muy difícil de concretar al ser ambos conceptos de naturaleza muy relativa y dependientes o sometidos a una interpretación personal sobre la idea intimista de lo que ha de entenderse por "moral sexual".

b) Para elaborar cualquier clase de material pornográfico. Se introduce con esta precisión un elemento subjetivo que parece duplicar el que ya constaba en el precepto en la expresión "con fines... exhibicionistas o pornográficos". Es una muestra del ánimo exhaustivo en el agotamiento de las posibilidades de conducta que parece presidir varios apartados de la reforma que comentamos. Ahora bien: sin perjuicio de abordar en otro momento el debate sobre la conveniencia de precisar hasta lo posible las posibilidades

comisivas a la hora de elaborar tipos penales, o su mayor o menor proximidad a las exigencias del principio de legalidad/tipicidad, lo que sí estimamos que puede discutirse en esta sede es la necesidad o conveniencia de haber introducido esta nueva expresión en el artículo comentado. (11)

Al igual que sucede en otros aspectos de la reforma, la introducción de puntuales modalidades comisivas, aparentemente novedosas, provoca el que se cuestione la verdadera necesidad de modificar la redacción de los tipos, al entender algunos comentaristas que las exigencias de castigo de esta conducta se encontraban holgadamente satisfechas en el primer inciso de la letra a) del art. 189: la utilización de menores o incapaces con fines pornográficos. (12)

En esta línea puede invocarse uno de los asuntos de mayor repercusión pública en la sociedad española en los últimos años, que dio lugar a la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 30 de enero de 1998.

Según la declaración de hechos probados de la mencionada sentencia, el acusado, Rafael MEDINA FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Duque de Feria, contactó a través de una sección de anuncios en prensa, con una señora, que en diversas ocasiones llevó a su hija, menor de doce años, al domicilio del acusado (Palacio conocido como "Casa de Pilatos", en la ciudad de Sevilla), obteniendo diversas fotografías de la niña, en ocasiones desnuda, en otras con bañador o bikini pintándose los labios, y otras veces vestida sólo con bragas ante un espejo. No consta en la sentencia que, con relación a esta menor, Rafael MEDINA llevase a cabo actos sexuales como tocamientos o abusos, pero sí que las fotografías

(11) Opinión similar aparece recogida en el Informe aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 17 de septiembre de 1997, al señalar, a propósito de la nueva redacción del art. 189 que el añadido parece superfluo, puesto que la utilización de menores con fines pornográficos ya comprende la utilización para elaborar cualquier clase de material pornográfico. Esta observación, como prácticamente todas las formuladas en el referido informe, no fue tenida en cuenta a la hora de convertir el anteproyecto informado en proyecto de ley.

(12) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Op. cit. pág. 19.

eran a continuación entregadas por la madre de la menor al acusado, quien las conservaba, según la sentencia, *a fin de contemplarlas para satisfacer sus apetencias sexuales* (hecho probado sexto).

La sentencia, además de analizar las impugnaciones de las partes en la fase de alegaciones previas, y llevar a cabo un pormenorizado análisis sobre la autenticidad de las fotografías, su formato, tipo y dificultades de manipulación (eran obtenidas con una cámara Polaroid), reitera la conclusión de que la finalidad del acusado con esta conducta no era otro que la obtención de las imágenes para sentir placer sexual al contemplarlas.

En su Fundamento Jurídico Decimotercero, afirma que los hechos analizados eran al tiempo de su comisión constitutivos de un delito de corrupción de menores, del art. 452 bis b.1 del derogado Código penal, sin que considere necesaria mayor argumentación para establecer la naturaleza corruptora de los actos llevados a cabo, consistiendo como consistieron en desnudar y fotografiar de esta manera o bien vestida únicamente con las bragas a una niña de más de ocho años de edad, que al tiempo de alguna de las fotos había cumplido ya los nueve años, en lugares y circunstancias no relacionados con su vida familiar, sino con la prestación de servicios sexuales por su madre a favor de un hombre, sobre cuya inclinación sexual por las niñas tampoco existe duda. Pero, a la vez, el Fundamento Jurídico Decimocuarto, comienza estableciendo que "A la vista de las disposiciones del nuevo Código penal los mismos hechos constituyen un delito de su art. 189.1, por la *utilización de la niña con fines exhibicionistas*" (13).

(13) Buena parte de las fotografías en cuestión aparecieron publicadas en el número 889 de la revista "Interviu", del 13 de mayo de 1993, sin embargo la sentencia comentada no alude —ni por lo tanto analiza— la conducta a través de la cual llegaron estas fotografías a la indicada publicación, ni entra en el análisis de la otra posibilidad contemplada como conducta delictiva: la utilización de menores con fines pornográficos. No se distingue entre exhibicionismo y pornografía. Lleva a cabo la comparación entre los preceptos del Código penal derogado y el de noviembre de 1995 a efectos de determinar cuál de los dos textos resulta en su penalidad más favorable para el reo, alcanzando la conclusión de que lo era, por conducir a pena menor, el Código anterior, y así se le condena en base al antiguo art. 452.bis.b.1.

c) La financiación de estas actividades es un supuesto de *autoría*, antes mediata, que ahora se incluye de forma explícita en el Código penal, destinada a criminalizar la conducta de quienes, *sin* intervención directa en los actos en que pueda producirse la actuación o intervención de los menores o incapaces, facilitan el dinero que, o bien consigue comprar la voluntad de los propios menores o de las personas de quien éstos dependen, o sufragar los gastos que origine la organización, montaje y desarrollo de los espectáculos.

B) La producción, distribución o difusión de material pornográfico

La letra b) del art. 189 es de novedosa redacción, castigando la producción, venta, distribución o exhibición, así como la conducta consistente en facilitar cualquiera de las anteriores, por cualquier medio, de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces.

A los problemas de autoría nos referiremos en capítulo aparte. No resultan simples las cuestiones que pueden derivarse de la redacción de este párrafo, que castiga a quienes realicen las conductas enumeradas, aunque el material tuviese su origen en el extranjero o incluso fuese de procedencia desconocida. Ahora nos detendremos en las distintas posibilidades de conducta.

En primer lugar hemos de recordar que la innovación llevada a cabo por el artículo transcrito significa la criminalización de conductas que no son completamente originales en el ámbito sancionador de nuestro ordenamiento. Lo que ocurre es que hasta ahora se encuadraban en el terreno del Derecho administrativo sancionador, regulándose, fundamentalmente, en el Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre publicaciones y espectáculos públicos. Los arts. 2 y 3 de dicha norma limitan la exhibición y venta de publicaciones "de carácter pornográfico", prohibiendo incluso su exposición en establecimientos abiertos al público, así como en quioscos y, *en general, en cualesquiera lugares de la vía pública*". Las sanciones previstas en esta norma son de índole económica, de

retirada de licencias, expulsión para el caso de extranjeros, y, en todo caso, se contiene una remisión a lo dispuesto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 62/1982, de 15 de octubre, y 52/1995, de 23 de febrero, ambas dictadas en sendos Recursos de Amparo, analiza el alcance de la colisión entre el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, reconocido en el art. 20.1 de la Constitución, y la limitación impuesta al mismo en el número 4 del mismo artículo, que se sitúa en "el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, *especialmente*, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y a la protección de la juventud y de la infancia" (14).

Precisamente, esta especial protección de la juventud y la infancia parece que fue el motivo inspirador de la reforma del Código penal que aquí comentamos, para dotar de naturaleza delictiva el catálogo de conductas expuestas. Analicemos sus implicaciones.

a) Producción. Los gramáticos estiman que el verbo *producir*, es, desde el punto de vista lógico, el verbo transitivo de significado más amplio después de hacer. Su significado implica "hacer existir", y en el uso sustituye a hacer, fabricar, realizar, crear, causar, sin que resulte posible concretar su significado específico distinto de la síntesis o alternancia de los equivalentes anteriores.

La producción de material pornográfico con menores o incapaces, desde tan amplia perspectiva gramatical, equivaldría a cualquier forma de participación en la cadena productiva, si se nos permite tan acusada redundancia. Tal planteamiento es evidente que choca por exceso con la obligada acotación de conductas que ha de

(14) Comentario en GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "La pornografía en el Tribunal Constitucional", Cívitas, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1996. Pág. 467 y ss.

llevarse a cabo siempre, de forma precisa, en la aplicación de la ley penal. Pero además, la inclusión en el art. 189.1.b) de una relación de comportamientos en catálogo de cinco, lleva a identificar producir con "fabricar", lo que nos situaría ante la conducta de quien toma, elabora o confecciona las imágenes que luego van a constituir el material gráfico-porno a través de papel impreso o video-gráfico. Desde este punto de vista, la producción ha de relacionarse con la actividad fabril de plasmación y procesado a soporte gráfico de las imágenes obtenidas de menores, quienes han podido ser inducidos u obligados (es decir, utilizados) por otra persona distinta. Piénsese en el estudio fotográfico al que son conducidos los menores, la imprenta donde se edita la publicación o la fábrica donde se duplican las películas, por ejemplo.

b) Venta y distribución no tienen, naturalmente, por qué ser conductas coincidentes. En el terreno de la prensa gráfica, las productoras o el mundo editorial en general, las entidades encargadas del reparto de publicaciones (distribuidoras) se distinguen perfectamente de las personas o entidades dedicadas a la venta al público, si bien cuando nos encontramos ante almacenistas editoriales, la actividad se superpone en los dos aspectos.

Los canales que hoy en día cuentan tal vez con más adeptos para la distribución/visualización de imágenes pornográficas, son los inducidos a través de Internet. El incremento de publicaciones y servicios pornográficos en la red ha sido, en los últimos tiempos, muy superior al de cualquier otro tipo de páginas, y también sus estadísticas de consulta sensiblemente superiores.

Un elemento adicional puede presentarse en esta modalidad delictiva. Así como la venta, considerada como operación contractual de entrega de una cosa a cambio de un precio, tiene siempre un componente económico inherente a su propia naturaleza, la distribución, que normalmente se llevará a cabo por profesionales en virtud de compromisos también contractuales, no tiene por qué desechar la "comisión gratuita".

c) El concepto de exhibición no ofrece dificultades interpretativas. Consiste en mostrar el material pornográfico, teniendo

como destinatarios normalmente a una pluralidad de personas. Hemos tenido ya oportunidad de referirnos a la regulación administrativa de los espectáculos pornográficos, a propósito del comentario al Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre publicaciones y espectáculos públicos. El Código penal está tipificando preferentemente la conducta de difusión pública de proyecciones cinematográficas en cuyas escenas tienen intervención menores o incapaces, y hasta aquí, la actividad no parece presentar especial problemática interpretativa.

Sí debe tenerse en cuenta, una vez más, y siempre que nos encontramos con la intervención de personas jurídicas en la culminación de conductas delictivas, con la interesante problemática que se deriva del art. 31 del Código penal, y las necesarias limitaciones de intervención subjetiva en los hechos a enjuiciar, sin que resulte conforme con el espíritu de la norma la incriminación abstracta de la persona jurídica que nominalmente pudiera resultar responsable de una determinada actividad.

d) Facilitar las actividades anteriores por cualquier medio es una actividad de colaboración con enunciado absolutamente difuso. Una vez más nos encontramos con la obsesiva amplitud que ha querido otorgarse a los tipos de esta reforma, puesto que en este artículo se incluye una modalidad de autoría basada en la cooperación, en la colaboración "por cualquier medio", necesitada en primer lugar de una determinación casuística que tan sólo podrá ir realizando paulatinamente la jurisprudencia. Podríamos pensar, inicialmente, en conductas como el almacenamiento, transporte, intermediación, etc.

El problema principal en este aspecto surge, a nuestro juicio, de la dificultad de distinción entre estas amplísimas posibilidades de autoría, y lo que técnicamente, para cualquier otro precepto penal, tendría su correcta ubicación en la figura del cómplice. Se suscita esta duda en primer lugar porque de los términos del art. 189 no puede deducirse que nos estemos refiriendo, en calidad de autores, tan sólo a las personas que lleven a cabo actos de cooperación necesaria (lo que nos remitiría al concepto de autor del art. 28 b). La inclusión del matiz "por cualquier medio", para

referirse a la actividad consistente en facilitar cualquiera de las conductas anteriores, está convirtiendo lo que sin problema alguno pudiera ser una complicidad, en verdadera autoría, y naturalmente, sus repercusiones punitivas son muy importantes, a la vista de la distinción que se contempla en el art. 63, que establece para los cómplices la pena inferior en grado a la establecida para los autores de delito consumado o en tentativa.

C) La posesión de material pornográfico

Posesión de material pornográfico para su venta o difusión. La reforma introduce en este artículo una modalidad de comisión anticipada, equivalente a la clásica posesión de drogas para el tráfico prevista en el vigente art. 368 del Código penal.

Ambas expresiones son equivalentes, aunque no se forman con los mismos términos. Mientras en el tráfico de drogas se castiga de manera expresa la posesión con los "fines de" cultivo, elaboración, tráfico, etc., en el art. 189 se determina concretamente la posesión de material pornográfico para la realización de cualquiera de estas conductas. Esta íntima similitud nos permite remitirnos a algunos de los comentarios realizados a propósito de la posesión de estupefacientes porque la mayor parte de los problemas que se susciten en torno al material pornográfico van a sustentarse en aspectos en gran parte comunes.

Naturalmente, la inevitable verificación que ha de producirse para el castigo de esta modalidad delictiva es la de existencia de una clara voluntad por parte del sujeto, de destinar el material pornográfico de que disponga a las actividades descritas, de venta, exhibición, difusión o producción. Conviene precisar que al referirse el párrafo comentado a "dicho material", tan sólo ha de concretarse a las conductas precisas, de tal forma que quedaría fuera de esta modalidad de la posesión delictiva, la tenencia de material de otro tipo que pudiera servir para facilitar "por cualquier medio" la comisión del delito (pensemos en equipos videográficos útiles para la duplicación de películas).

El problema se centrará en establecer con base a qué criterios, o qué requisitos ha de reunir la posesión o tenencia para poder ser considerada destinada a la difusión, producción o venta. Estamos ante la eterna distinción, si acudimos al paralelismo de los estupefacientes, entre la tenencia "para propio consumo" y la tenencia destinada al tráfico. El Tribunal Supremo, a lo largo de múltiples pronunciamientos, no siempre uniformes, ha ido estableciendo criterios indiciarios que han de analizarse de forma conjunta en casi todas las ocasiones; como para el supuesto de drogas ha determinado: *"un conjunto de circunstancias concurrentes en el caso, entre las que figura, claro está, la posesión de una cantidad superior a la normal, pero no con carácter exclusivo, sino en atención a los datos circundantes al hecho"* (STS de 26 de mayo de 1992). Elementos por tanto, como la cantidad, la forma de envasado, la propia presentación, el mecanismo de elaboración, la diversidad de productos, el número de copias, el lugar en que se guarda, su posible ocultación, etc., servirán para determinar los ingredientes imprescindibles para un pronunciamiento de condena.

III. PARTICULAR REFERENCIA A LA AUTORÍA

Dos cuestiones esenciales queremos abordar en este punto: la problemática punición de la difusión de imágenes o materiales de origen desconocido, y, en segundo término, la imputación que puede sostenerse en este tipo de delitos para los encargados de establecimientos públicos de prensa.

— En cuanto se refiere a la primera de las cuestiones anunciadas, hemos visto ya que una de las razones motivadoras de la reforma ha sido la acomodación de la regulación de conductas tradicionalmente relacionadas con la corrupción de menores con las posibles modalidades comisivas derivadas de las nuevas tecnologías en el campo de la comunicación. Particularmente nos referimos a la comunicación global que hoy en día permite la conexión internacional de usuarios de la red Internet a través de

unidades informáticas. No es otro el sentir que cabe atribuir a la nueva referencia de origen del material pornográfico en el extranjero, o incluso cuando resulte desconocido que se incluye en la letra b) del art. 189, en su nueva redacción.

Esta ampliación de la procedencia delictiva entendemos que merece una aquilatada reflexión, si no queremos caer en el riesgo de una extensión subjetiva de los nuevos tipos, incompatible con las exigencias elementales de la responsabilidad penal.

Precisamente, en este punto surge una de las cuestiones posiblemente más problemáticas de la nueva redacción del art. 189. En su letra b), el apartado 1 castiga a quien produjere, vendiere, distribuyere o facilitase estas actividades, sobre material pornográfico con menores o incapaces, *aunque el material tuviese su origen en el extranjero o fuere desconocido*.

Esta procedencia, por razones evidentes limita mucho los amplios términos de redacción del precepto. En primer lugar porque lo lógico es, de partida, eliminar la producción. Si seguimos la línea interpretativa que antes quedó expuesta para esta modalidad de conducta, mal se puede castigar la producción de un material de origen desconocido; es evidente que el productor (como creador) será también desconocido. De esta forma, debemos atender a las conductas de venta, distribución o exhibición, o aquellas otras actividades que faciliten por cooperación estas conductas.

En cualquier caso, la plenitud de posibilidades de intercomunicación que ofrece (y cada día con mayor potencial) la tecnología informática, permite, a la vez, que asistamos a una diversificación de modalidades comisivas de muy difícil esclarecimiento.

Ninguna dificultad parece representar el supuesto de difusión de imágenes que integren el tipo penal desde una concreta dirección o página WEB, que directamente o a través de un buscador identificable, facilite el acceso a las imágenes cuya difusión es hoy en día constitutiva de delito. El titular de la página resultará localizable, y en consecuencia, la demostración de su autoría podrá canalizarse a través de la verificación de la existencia en su dispositivo informático de los archivos objeto del delito. Pero mucho tememos que este sencillo supuesto será cada vez más

infrecuente. Y no sólo por las posibilidades de volcado de la información en la red a través de caminos cada vez más complejos y diversificados, sino también ante la mecánica —desgraciadamente en vías de progresión geométrica en el mundo Internet— de utilización de equipos ajenos para la realización de comunicaciones de muy variado tipo.

Nos referimos concretamente a la navegación internauta a cargo de los denominados "hackers". Recientemente ha trascendido la noticia de que el servicio gratuito de correo de la empresa Microsoft (conocido por *Hotmail*) estuvo siendo utilizado durante, al menos, diez horas para operar con los más de cuarenta millones de cuentas de correo conectadas con el mencionado servicio por un grupo de piratas informáticos. Debido a un fallo de protección del sistema, fue posible que un usuario, al teclear una determinada dirección web o al introducir el nombre de una cuenta X en un formulario de los de necesaria cobertura para operar, accediera directamente, en los servidores de Hotmail, a la página de ese usuario. Desde ahí se podía leer el correo, enviar mensajes *con la identidad suplantada* o borrar mensajes antiguos. La distribución de cualquier mensaje con este falseamiento de identidad, naturalmente podía extenderse a ficheros de texto o a mensajes gráficos, y, lo que introduce el plus de dificultad, sin exacta identificación. Tan sólo se pudo detectar que las operaciones se residenciaban en dos páginas: una británica y otra sueca (15).

El ejemplo, es cierto que ya corregido, nos sitúa ante posibilidades comisivas de complejas consecuencias, de muy difícil y costosa concreción, que permiten atribuir a una persona ajena por completo a la difusión de material informático punible, el hecho material de su distribución a múltiples destinatarios. Los problemas de prueba que se plantean, en primer lugar durante la fase de instrucción de la causa penal, son más que evidentes.

En cualquier caso, quede constancia de que la implantación social de nuevos elementos técnicos, debe solamente obtener

(15) Información publicada en el diario El Mundo, del miércoles 1 de septiembre de 1999. Pág. 51.

desde el mundo jurídico una respuesta adecuada, que, tanto a nivel puramente normativo como desde el campo que pudiéramos llamar "instrumental" se sitúe en la misma línea de progreso. Aún sosteniendo la reflexión anterior acerca de la problemática que plantea la difusión de imágenes pornográficas en Internet, sería descabellado fundamentar las críticas a la regulación objeto de este trabajo simplemente en las dificultades de investigación. Como señala acertadamente USTARAN (16) "el medio no tiene la culpa. Pretender culpar a Internet del uso dado al mismo por un polémico pero reducido grupo sería como ejecutar al mensajero portador de malas noticias".

— Otro tema, cuyo tratamiento ha dado lugar a posicionamientos dispares, es el relativo a la conducta de quien, en un establecimiento público, a la vista, generalmente en plena calle, tiene expuestas publicaciones pornográficas, en las que pudieran contenerse imágenes realizadas con menores o incapaces.

La amplitud de los términos en que aparece redactado el apartado b) del número 1 del art. 189 hace que nos inclinemos a otorgarle una consideración distinta al delito de provocación sexual. Precisamente, a propósito del comentario del art. 186, que castiga la venta, exhibición o difusión de modo directo, entre menores o incapaces, de material pornográfico, diferentes comentarios doctrinales excluían al "quiosquero" que tiene revistas procaces y no adopta las medidas necesarias para que no lleguen a manos de los niños (17). Basan esta exculpación en dos motivos: el art. 186 exige una conducta "de modo directo" para involucrar a los menores en el contexto sexual, y expresamente desarrollada "entre" los

(16) USTARAN, Eduardo: "Pornografía en Internet: la respuesta legal", en *Revista Jurídica La Ley*, del 13 de marzo de 1997. El autor lleva a cabo un estudio de la problemática de la difusión de imágenes pornográficas a través de la red, con especial consideración de las soluciones legales articuladas en el Reino Unido a través de textos como la Ley de Justicia Criminal y Orden Público (1994), la Ley de Publicaciones Obscenas (1959) o la Ley de Protección de Niños (1978).

(17) Como resumen de citas, cfr. CUERDA ARNAU, op. cit. pág. 224.

propios menores. Los perfiles del art. 189, sin embargo, son más amplios: hemos de partir de que el material en venta, exposición o exhibición, haya sido participado en sus imágenes por menores de edad o incapaces. Ahora bien: una vez cumplido ese elemento objetivo, su venta o distribución, o incluso, el facilitar esa venta o distribución "por cualquier medio" son conductas castigadas con absoluta claridad, con pena de prisión de uno a tres años.

Interesantes comentarios podrían derivarse del análisis de proporcionalidad de la pena para esos supuestos (en abstracto, de la misma extensión a la prevista para quien de forma directa utiliza a los menores).

IV. RELACIÓN CON OTROS TIPOS

1. *Utilización de menores con fines pornográficos y corrupción de menores*

Ya tuvimos antes oportunidad de señalar que las más recientes sentencias del Tribunal Supremo (entre las que destacamos la de 29 de diciembre de 1995) respaldaban confiadamente la mejora que representaba la promulgación del Código penal de 23 de noviembre de 1995, en orden a superar la confusión de conductas que dentro del tipo de la corrupción de menores parecían tener cabida. En la doctrina se reclamaba asimismo una mejora en la técnica de redacción del anterior Código penal, por cuanto la amplitud de descripción de las conductas típicas, deja a veces impreciso el ámbito de prohibición, o lo extiende incluso de modo exagerado. (18)

(18) Ya en 1982 se pronunciaba en este sentido MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Comentarios a los delitos relativos a la prostitución. A propósito de la promulgación del nuevo Código penal, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO celebraban la mayor claridad que muestran los términos típicos empleados por el legislador para delimitar las conductas delictivas, subrayando de forma singular la desaparición de las referencias a la corrupción. Cfr. *Comentarios al Nuevo Código penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996.

Estas reservas se suscitaban fundamentalmente por la existencia del delito de corrupción de menores, sobre cuya supresión nada se dice de manera explícita en la Exposición de Motivos del código de 1995.

El Informe aprobado el 17 de septiembre de 1997 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, a propósito del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, ve, sin embargo, como acertada "la reintroducción de la figura de la corrupción de menores", teniendo en cuenta la existencia de un posible vacío legal en la regulación vigente. Sin embargo, no es menos cierto que, en base al texto del anteproyecto (prácticamente igual al que resultó definitivamente aprobado), el propio Consejo realiza determinadas precisiones. En primer lugar llama la atención que la definición de conductas que quiere hacer la nueva versión se superpone a distintos tipos de agresiones o abusos sexuales. En efecto, en el texto final del art. 189.3 se castiga la conducta consistente en hacer participar a un menor de edad o incapaz *en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste*. Como señalaba el Consejo General del Poder Judicial en su referido informe, la referencia al bien jurídico protegido, incluida en la segunda parte del tipo, no puede salvar la generalidad e imprecisión con que aparece redactado, que no satisface adecuadamente las exigencias del principio de legalidad en su vertiente de "lex certa", de acuerdo con la conocida definición de la doctrina constitucional.

Si comparamos la redacción de este precepto con las conductas previstas en el número 1 del mismo artículo, unido a la consideración de la pena, sensiblemente menor, que se atribuye a la corrupción, parece fácil alcanzar la conclusión de que la participación de menores o incapaces en espectáculos pornográficos, naturalmente que perjudica la evolución o el desarrollo de la personalidad de tales sujetos; o, cuando menos, se mostrará en muchos casos como más que potencialmente capaz de provocar tal perjuicio. Tampoco puede derivarse la conducta de corrupción hacia el terreno de la prostitución, dado que, ni conceptual ni sistemáticamente son lo mismo, ni siquiera refiriéndose a menores o

incapaces, dado que el art. 187 contempla con claridad el delito de prostitución de menores o incapaces. Según esta línea argumental, cabe preguntarse si los elementos comunes entre uno y otros tipos permiten con claridad diferenciar la corrupción de menores de los restantes delitos que se le aproximan. En consecuencia, sí estaríamos ante un aparente concurso de normas que, siguiendo las reglas generales determinadas en el art. 8 del Código penal, debiera resolverse por aplicación de la especialidad.

Entendemos que el problema no radica en esto. Carecería de sentido que el legislador, teniendo ya definidas en el Código, con detalladas variantes, las conductas que quiera penalizar, reintrodujera un tipo inexistente en el momento de la reforma, que diera lugar a confusión con otros provocando así de forma innecesaria un concurso de normas. Es evidente que dicho enfoque resultaría desacertado.

Pero lo cierto es que la reintroducción del delito de corrupción de menores, aún considerándolo como tipo residual, de aplicación para aquellas conductas que no tienen cabida en los otros preceptos que específicamente se reintrodujeron en la reforma de 1999, no contribuye más que a una cierta confusión, que tal vez debiera de haberse evitado. Tendremos que aguardar a que por vía de interpretación, la Jurisprudencia delimite la barrera que separa la corrupción de menores de los otros delitos contemplados en el mismo capítulo, y sobre todo, que reoriente pronunciamientos como los invocados con anterioridad en este mismo trabajo, donde se felicitaba por el hecho de la supresión de este delito, a la vista de la confusión que generaba.

2. Relación con el exhibicionismo y provocación sexual

Las conductas que se castigan en los arts. 185 y 186 pueden distinguirse de la utilización de menores o incapaces con fines pornográficos en que, mientras en ésta son los menores quienes ostentan el papel, por decirlo así, "protagonista", en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, son los destinatarios.

Los comentarios que podrían realizarse a propósito de la diferenciación de estas conductas con respecto a la recuperada "corrupción de menores" serían de parecido tenor, interés y complejidad que los que anteriormente hemos formulado. No entraremos de nuevo en esta línea de análisis, que parecería convertirse en el único recurso de enfoque que proporciona la reforma. Pero sí puede resaltarse la diferencia de penalidad que se asigna a unos y otros delitos. El exhibicionismo y provocación sexual (directas) se castigan con pena de seis meses a un año o multa, mientras que la difusión indirecta de material pornográfico del art. 189.1 b, lleva aparejada pena de prisión de uno a tres años, incluso en aquellos casos de origen extranjero o desconocido.

La potencialidad de consecuencias de una y otras conductas entendemos que no justifica esta disparidad.

V. LA EXTRATERRITORIALIDAD DE SU PERSECUCIÓN

Vimos ya con anterioridad algunos de los problemas que planteaba la investigación de estos delitos, de acuerdo con la nueva redacción, cuando el origen de los materiales pornográficos objeto de conductas típicas se situaba en el extranjero, o incluso resultaba de localización desconocida.

Estas cuestiones, interesantes desde un punto de vista preferentemente procesal, nos ponen inmediatamente en relación con una de las novedades más comprometidas de la reforma: la concepción de estos delitos, por su transcendencia internacional, precisamente como delitos "de categoría internacional", utilizando la misma expresión que consta en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999. En la misma parte introductoria de la Ley, dentro de los criterios justificativos de la reforma, se menciona expresamente a la Acción Común adoptada el 29 de noviembre de 1999 por el Consejo de la Unión Europea, como consecuencia de la cual, los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata

de niños con fines de explotación o abuso sexual considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y *ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad.*

A la obligación expuesta corresponde la modificación llevada a cabo de la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la Disposición Final Única, modificando la letra e) del apartado 4 del art. 23, de forma que la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española como delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.

Se sitúan por tanto, a partir de ahora, a la misma altura del genocidio, terrorismo, piratería... y cualquier otro que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España.

El legislador opta por la posibilidad más amplia de las existentes en Derecho Internacional para atribuir la competencia. La denominada "competencia penal internacional", es hoy en día cuestión de enorme actualidad no sólo en España, aunque a raíz fundamentalmente en nuestro país de las actuaciones practicadas por la Audiencia Nacional en las causas que se siguen contra militares sudamericanos por los crímenes cometidos durante los regímenes dictatoriales de Chile y Argentina.

Son cuatro, fundamentalmente, los criterios que se siguen en orden a la atribución de la mencionada competencia penal internacional, o, en puridad, competencia de los Tribunales para perseguir delitos de los que han venido siendo considerados "crímenes contra la humanidad". El principio de territorialidad (con arreglo al cual un Estado es competente para el conocimiento de este tipo de delitos si se cometen en su territorio); el principio de nacionalidad (el Estado es competente si el delito lo comete uno de sus nacionales); el principio de protección (el Estado es competente si los delitos afectan a su seguridad), y, finalmente, el supuesto más amplio es el relativo al principio de universalidad, con arreglo al cual la jurisdicción de un Estado es competente para conocer de los delitos contra la humanidad, aunque se cometan en otro Estado,

por extranjeros, y no afecten directamente a la seguridad del Estado que pretende perseguirlos. Se considera que afectan a la comunidad universal, a la humanidad en sí misma, y por ello no se limita con base a los otros criterios la posibilidad de su persecución.

Dos cuestiones esenciales giran en torno a esta problemática: en primer término, la conveniencia del establecimiento de un Tribunal Penal Internacional, que, por encima de los Estados y a fin de evitar las negativas repercusiones políticas en sus relaciones, asumiese con respaldo global la competencia para enjuiciar los denominados crímenes contra la humanidad. Por otra parte, ha de alcanzarse un catálogo común que integre los delitos que pueden entrar en el concepto referido, y por tanto serían tratados procesal y jurisdiccionalmente con arreglo a las normas del Tribunal.

La primera de las cuestiones anunciadas, si bien ha sido reiterada desde el propio seno de la Organización Universal de las Naciones Unidas, encuentra la resistencia de no pocos Estados, temerosos unos de que alguno de sus responsables políticos sea sometido a procesos judiciales, reticentes otros a lo que suponga cesiones de parcelas de soberanía. El impulso más reciente de esta iniciativa tan de actualidad lo podemos encontrar en el Convenio de Roma, de 17 de julio de 1998, por el que se crea el Tribunal Penal Internacional sobre crímenes contra la humanidad, hasta ahora ratificado por muy pocos Estados.

En la segunda de las cuestiones apuntadas es donde incide de forma directa la reforma del Código penal que comentamos. Hasta ahora, la consideración de crímenes contra la humanidad se ceñía, más o menos de forma generalmente aceptada, a los de genocidio, el *apartheid*, y la tortura (19), y, ya de forma más

(19) La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 9 de diciembre de 1948 la "Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio"; el 30 de noviembre de 1973 la "Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*"; y el 10 de diciembre de 1984 la "Convención sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Igualmente de obligada referencia es la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", de 26 de noviembre de 1968.

diversa, los llamados crímenes de guerra, el terrorismo, piratería y tráfico de drogas. Nada menos que a la altura de estos crímenes se sitúan ahora las conductas relativas a la corrupción de menores, entendida en su sentido amplio comprensivo de los delitos de utilización de menores o incapaces con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o la producción o difusión de las imágenes así obtenidas.

Hacíamos antes referencia a la posibilidad técnica de transmisión y difusión de este tipo de materiales a través de Internet, que por propia definición es lo mismo que decir, desde cualquier parte del mundo y a la vez en todo el mundo. Pues bien: la consideración que pueda merecer la inclusión de estos delitos en los catálogos de crímenes contra la humanidad, ha de hacerse, por lo expuesto, no sólo desde una posición conceptual –ya de por sí lo suficientemente relevante– sino también desde una perspectiva técnica, acomodada a las modernas tecnologías, hasta el punto de que la ausencia de consideración "universal" de estos delitos sería tanto como renunciar a muy considerables cotas de persecución.

VI. CONCLUSIONES

1.^a Hemos de partir, en cualquier análisis jurídico de los delitos relativos a la pornografía o a la prostitución, de una consideración moral, en la que la sociedad se muestra oscilante, no siempre sincera y, generalmente, polémica. Trasladar de forma adecuada los límites de esta valoración a un Código penal, resultará por tanto, siempre, muy difícil, y susceptible de enjuiciamiento cambiante.

2.^a Sin perjuicio de que deban compartirse los motivos inspiradores de la reforma comentada, y la protección de la infancia deba tener su ponderado reflejo en el Código penal, la nueva redacción otorgada a los tipos afectados por esta reforma, así como la tipificación de conductas, presenta una intención general expansiva que tal vez no se corresponda con la alarma social a que se remite la propia reforma como fundamento de su necesidad.

3.^a Algunas de las conductas expresamente introducidas en el texto de la Ley Orgánica 11/1999 eran ya incardinables en la redacción anterior del art. 189 del Código penal, bajo el concepto de utilización de menores con fines pornográficos.

4.^a Resulta difícil deslindar la autoría difusa consistente en "facilitar" por cualquier medio la producción, exhibición, venta o difusión de material pornográfico, de la modalidad participativa de la complicidad contemplada en el art. 28 del Código penal.

5.^a La reintroducción del delito de corrupción de menores, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales y opiniones doctrinales que ponían de manifiesto su riesgo de confusión concursal con otros tipos, debiera haberse producido con mayores especificaciones de conducta.

6.^a La "elevación" de estos delitos a la categoría de crímenes de persecución universal viene dada, no tan sólo por la consideración de gravedad que merecen tan relevantes atentados a la infancia, sino también por la propia idoneidad de comisión internacional que proporcionan las actuales posibilidades tecnológicas e informáticas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CUERDA ARNAU, María Luisa: "Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores", en *Los delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Barcelona, 1982.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "La pornografía en el Tribunal Constitucional", Cívitas, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: "Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995", en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 59/1996.