



Tercer Ciclo
Programa: Derecho y Justicia

LOS DELITOS RELATIVOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET

Tesis doctoral presentada por:

Don Christian Scheechler Corona

Dirigida por:

Dr. Don Carlos Romeo Casabona

Bilbao, agosto de 2015

Tercer Ciclo

Programa: Derecho y Justicia

LOS DELITOS RELATIVOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET

Tesis doctoral presentada por:

Don Christian Scheechler Corona

Dirigida por:

Dr. Don Carlos Romeo Casabona

Bilbao, Agosto de 2015

*A mi amada mujer, Andrea, por recorrer este camino conmigo y estar en los momentos
más duros y en los más importantes*

A mi hijo, para que recuerde que los grandes logros requieren grandes sacrificios

*A mi querida madre, sin cuyos esfuerzos y enseñanzas este trabajo jamás hubiese
comenzado*

AGRADECIMIENTOS

Las palabras no lograrán jamás expresar el profundo agradecimiento para todos quienes fueron parte de este extenso proceso. En primer lugar, agradezco enormemente a quien aceptara ser mi Director y me acompañara en este largo camino, que incluyó un angustioso final, Prof. Dr. D. Carlos María Romeo Casabona, sin cuya guía, consejos y críticas no hubiese logrado culminar esta investigación. A los amigos que conocí en esta aventura y que hicieron de la estadía en Bilbao, y luego en Antofagasta, un recuerdo imborrable: Patricia, Txurri, Cristián, Yenny y Alexis. A la Cátedra Unesco, y en especial a la Dra. Laura Gómez Urquijo, por el trascendental apoyo para iniciar esta aventura. A mis profesores y colegas Rodrigo Coloma y Juan Pablo Beca, por creer en mis capacidades e impulsarme a seguir en la labor académica. A todos quienes de una u otra forma aportaron con sus palabras, comprensión o entusiasmo. A mi familia, en especial a Jano, Paty, Pata y Robert. A Claudio, Sandra y Marisel. A mis ayudantes, por su tiempo y esfuerzo. A Romina y Sara, por su ayuda en el impulso final. Y por último, un lugar de honor para quienes han estado en las malas y en las peores, los amigos de toda la vida: Álvaro, Herman, Ricardo y Rodrigo.

LOS DELITOS RELATIVOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET.

ÍNDICE

Introducción.....	1

CAPÍTULO I. EL ENTORNO SOCIAL EN EL QUE SE INSERTAN LOS DELITOS RELACIONADOS CON LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (TIC): LOS DELITOS RELATIVOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET.....	12

1. Elementos que inciden en la configuración de la sociedad actual	13
1.1. Modelos de producción e información.....	14
1.2. La información como bien social y económico	16
1.3. Las redes.....	19
1.4. El componente digital.....	22
1.5. El riesgo.....	24
1.5.1. La sociedad del riesgo	24
1.5.2. Las TIC como factor de riesgo.....	27
2. Algunas lecturas sobre el rol de las TIC en la sociedad actual	31
2.1. Las tecnologías como pilar de la configuración social	31
2.2. La digitalización de contenidos y redes informáticas y telemáticas.	32
2.3. La convergencia tecnológica.....	34
3. Internet: Icono de la sociedad actual y entidad generadora de problemas de alcances jurídicos	37
3.1. Algunas notas sobre el desarrollo de la red.... 3;Error! Marcador no definido.	
3.2. El impacto social de Internet.....	40
3.2.1. El individuo e Internet.....	42
3.2.2. La sociedad e Internet.	44

4. La cuestión de la regulación de internet	48
4.1. Internet como entidad regulable	48
4.2. Los problemas de regular Internet.....	52
4.2.1. Desde el vacío regulatorio hasta la hiperregulación.....	52
4.2.2. Unas breves ideas sobre los derechos fundamentales en la Red.	54
4.2.3. La arquitectura de la Red.	58
4.3. La regulación jurídica de Internet.	62
4.3.1. Regulación por medio del Derecho interno de cada país	62
4.3.2. La opción del Derecho internacional o supranacional.	67
4.3.3. La autorregulación ¿alternativa efectiva?.	74
5. Conclusiones del capítulo	81

CAPÍTULO II. LO PORNOGRÁFICO Y LA PORNOGRAFÍA COMO ELEMENTO CENTRAL DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL Y SUS FIGURAS RELACIONADAS COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET 85

1. La perspectiva individual o colectiva en la evolución de la persecución de los delitos sexuales en España	86
1.1. Panorama anterior a la promulgación del código penal de 1995.	86
1.2. Panorama posterior a la promulgación del Código penal de 1995 hasta la reforma de la LO 1/2015.	88
2. Sobre lo pornográfico, la pornografía y el material pornográfico que involucra a menores de edad.....	100
2.1. Fenomenología de la pornografía infantil y juvenil	102
2.1.1. Sobre el concepto y la evolución histórica de la pornografía en general.	102
2.1.2. El concepto de pornografía infantil y juvenil en el Derecho internacional.....	115
2.1.3. El concepto de pornografía infantil y juvenil en el derecho comunitario	119

2.1.4. El concepto de pornografía infantil y juvenil en la doctrina	123
2.1.5. Clasificación de la pornografía	125
2.1.5.1. Clasificación de la pornografía en general	126
2.1.5.1.1. Según su gravedad.....	126
2.1.5.1.2. Según los medios de soporte.	126
2.1.5.1.3. Según las características biológicas y de maduración del involucrado	127
2.1.5.1.4. Según la utilización de seres humanos en la representación.	127
2.1.5.2. clasificación de la pornografía infantil y juvenil.....	128
2.1.5.2.1. Según el desarrollo del menor involucrado.....	129
2.1.5.2.2. Según si se utilizan o no seres humanos menores de edad en la representación.....	129
2.2. La pornografía infantil y juvenil y sus figuras relacionadas en el Código penal español.....	131
2.2.1. Delitos contenidos en el art. 189 CP	138
2.2.1.1. Captación o utilización de menores o discapacitados con fines exhibicionistas o pornográficos, art. 189.1.a.....	142
2.2.1.2. La producción y el tráfico, o difusión en sentido amplio, de material pornográfico infantil y juvenil, art. 189.1.b, parte primera..	147
2.2.1.3. La posesión de material pornográfico infantil y juvenil para su difusión, art. 189.1.b, <i>in fine</i>	150
2.2.1.4. La adquisición o posesión de material pornográfico infantil y juvenil para propio uso, y el acceso al mismo a través de las TIC, art.189.5.....	152
2.2.1.5. El nuevo concepto de “pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección”	155
2.2.1.6. La llamada pornografía infantil y juvenil técnica del desaparecido art. 189.7	163
2.2.2. La difusión de material pornográfico contenida en el art. 186.....	165
2.2.3. El delito de corrupción de menores en sentido estricto: figura subsidiaria eliminada con la reforma de 2015.....	172

3. Conclusiones del capítulo	180

CAPÍTULO III . CIBERACOSO SEXUAL A MENORES (<i>CIBERGROOMING</i>) Y EL ENVÍO DE PORNOGRAFÍA A TRAVÉS DE LAS TIC POR PARTE DE MENORES (<i>SEXTING</i>): FIGURAS DELICTIVAS RELACIONADAS CON LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL EN INTERNET.....	186

1. El ciberacoso sexual a menores o <i>cibergrooming</i> : una antesala habitual de la pornografía infantil y juvenil a través de Internet	187
1.1. Fenomenología del ciberacoso sexual a menores	187
1.2. La irregular incorporación del ciberacoso sexual a menores o <i>cibergrooming</i> al Código penal español.....	196
1.2.1. El tipo de ciberacoso dirigido a conseguir un encuentro (art. 183 ter número 1)	198
1.2.2. El acoso encaminado a la obtención de material pornográfico de menores (art. 183 ter número 2)	215
1.2.3. La involucración de un menor en conductas de contenido sexual: la nueva redacción del art. 183 bis	219
1.3. La relación del ciberacoso sexual a menores con el ciberacoso predatorio o <i>ciberstalking</i> y el cibermatonaje o <i>ciberbullying</i> : los distintos puntos de intersección.....	223
1.3.1. El cibermatonaje o <i>ciberbullying</i> : Cuando el acoso proviene de los propios menores	224
1.3.2. El ciberacoso predatorio o <i>ciberstalking</i> : hostigamiento vía Internet	228
1.3.2.1. Principales aspectos fenomenológicos del <i>stalking</i> o acoso predatorio y su desarrollo a través de las TIC	228
1.3.2.2. La incorporación del <i>ciberstalking</i> al CP tras la reforma de 2015	237
1.3.2.3. El <i>ciberstalking</i> y su relación con el ciberacoso sexual a menores.	244

2. El envío de pornografía a través de las tic por parte de menores o <i>sexting</i>	

en el Código penal: la inconveniencia de la intervención penal indiscriminada en las relaciones entre menores.....	249
2.1. Aspectos conceptuales y fenomenológicos del envío de pornografía a través de las TIC o <i>sexting</i>	249
2.2. Elementos constitutivos del envío de pornografía a través de las tic o <i>sexting</i>	256
2.2.1. La ineludible presencia de menores de edad	256
2.2.2. Internet y las TIC: Factores indispensables del fenómeno.....	257
2.2.3. La libertad de la participación en el <i>sexting</i>	258
2.2.4. Contenido sexual de la comunicación.....	259
2.2.5. Unidireccionalidad del <i>sexting</i>	260
2.3. Consecuencias personales y sociales del <i>sexting</i> para los menores de edad.....	260
2.4. Una breve revisión del fenómeno en el derecho comparado.	262
2.5. Tratamiento jurídico-penal del envío de pornografía a través de las TIC por parte de menores o <i>sexting</i> en el Código penal: Un fenómeno mal abordado	265
2.5.1. La necesaria distinción de las etapas del fenómeno: <i>Sexting</i> primario o activo	267
2.5.2. El punto de intersección: <i>Sexting</i> secundario o pasivo	273
2.5.3. Fuera del círculo de confianza: <i>Sexting</i> terciario o de reenvío	274
2.5.4. El llamado chantaje pornográfico o sextorsión: un fenómeno ajeno al <i>sexting</i>	275
3. Conclusiones del capítulo	277
 CAPÍTULO IV. EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL EN INTERNET, CIBERGROOMING Y <i>SEXTING</i>	286

1. Bienes jurídicos de carácter individual: la mejor ¿y única? opción desde la perspectiva dogmática y político-criminal.....	287
1.1. La libertad sexual: opción correcta pero insuficiente.....	295
1.1.1. Fundamento constitucional y límites de la libertad sexual como derecho fundamental.	295
1.1.2. Características y contenido de la libertad sexual como bien jurídico penalmente protegido.	306
1.2. La indemnidad sexual del menor: El complemento necesario	316
1.3. La intimidad (sexual) del menor: El cierre del trinomio.	320
1.3.1. Origen, fundamento constitucional y límites.	321
1.3.2. Contenido de la intimidad (sexual) como bien jurídico penalmente protegido.....	327
1.4. La dignidad del menor de edad: Su rol como fuente de bienes jurídicos.....	332
 2. Bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual históricamente asociados a los delitos sexuales	338
2.1. La (errónea y desmedida) inclinación del legislador español a proteger la moral sexual.	339
2.2. Otra muestra de bien jurídico moralizante: El pudor público.	348
 3. Bienes jurídicos efectivamente protegidos en los delitos de pornografía infantil y juvenil en Internet, <i>cibergrooming</i> y <i>sexting</i> : Entre la claridad de los bienes individuales y la oscuridad de los colectivos o supraindividuales.....	356
3.1. El bien jurídico en los delitos sexuales contra menores y la sistémica del legislador en el Código penal ¿tendencia hacia la protección de bienes colectivos?	356
3.2. Una breve aproximación a los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.....	361
3.2.1. La titularidad en los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales como elemento de distinción.....	364
3.2.2. Sobre el interés protegido en los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales	366
3.2.3. Los sujetos pasivos y la acción lesiva en los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.	371

3.2.4. La función de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y sus relaciones de preeminencia o superioridad con bienes jurídicos individuales	372
3.3. Protección penal de las colectividades, bien jurídico colectivo y menores de edad.....	375
3.3.1. ¿Hay algo en común entre la protección penal de los menores y la de los consumidores o las personas de tercera edad? Algunos ejemplos ilustrativos al respecto	376
3.3.2. La protección penal de los menores de edad como colectivo en el CP: La confusión de las partes y el todo	386
3.4. ¿Cuál es, finalmente, el bien protegido en los delitos y figuras en estudio?	392
4. Conclusiones del capítulo	401
 CAPÍTULO V. LA NATURALEZA DE LA PROTECCIÓN A LOS BIENES JURÍDICOS EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL EN INTERNET.....	406
1. Los momentos de intervención del Derecho penal ante conductas penalmente relevantes	407
1.1. Los extremos relevantes para el Derecho penal: La lesión y el peligro	407
1.2. Formas en que el Derecho penal enfrenta las conductas generadoras de riesgo	413
1.2.1. La fórmula de aceptación mayoritaria: Los delitos de peligro concreto	414
1.2.2. Jaque al principio de ofensividad: Los delitos de peligro abstracto	415
1.2.3. La solución intermedia: Los delitos de peligro abstracto-concreto	419
2. ¿Son los delitos de pornografía infantil y juvenil en Internet, el <i>cibergrooming</i> y el <i>sexting</i> delitos de lesión o delitos de peligro?	423

2.1. El Derecho penal sexual y los factores de riesgo	423
2.2. Los supuestos fácticos y los problemas científicos en la relación peligro-lesión en la libertad, indemnidad e intimidad sexual de los menores.....	425
2.3. La madurez sexual del menor, intervención penal y coherencia del sistema.....	442
2.4. El amplio horizonte de intervención punitiva en los delitos estudiados: desde el ¿peligro? Hasta la lesión de los bienes jurídicos en juego	452
2.4.1. Los delitos que penalizan la lesión a bienes jurídicos entre los tipos de pornografía infantil y juvenil y aquellos que absorben al <i>cibergrooming</i> y el <i>sexting</i>	453
2.4.1.1. Elaboración de pornografía infantil y juvenil, del art. 189.1 b)	453
2.4.1.2. La utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos del art. 189 1 a)	455
2.4.1.3. La situación del <i>sexting</i> y la variedad de tipos que lo absorben	456
2.4.2. Los delitos que penalizan la puesta en peligro concreta a bienes jurídicos entre los tipos en estudio	457
2.4.2.1. Captación de menores con fines exhibicionistas o pornográficos, art. 189.1.a.....	457
2.4.2.2. El <i>cibergrooming</i> y los tipos penales que lo absorben.....	457
2.4.3. La obligación de reinterpretar: Los delitos que penalizan la puesta en peligro abstracta a bienes jurídicos entre los tipos en estudio. ¿Hay realmente peligro en algunos de ellos?	461
2.4.3.1. Financiar o lucrar con cualquiera de estas actividades del art.189 1 a) <i>in fine</i>	461
2.4.3.2. La producción, tráfico o difusión de material pornográfico elaborado con niños y adolescentes, art. 189.1.b, parte primera.....	462
2.4.3.3. Las posesión de material pornográfico infantil y juvenil para fines de tráfico o difusión, del art. 189.1.b <i>in fine</i>	463
2.4.3.4. La adquisición o la posesión de material pornográfico infantil y juvenil para propio uso, del nuevo art. 189.5, inciso primero	464
2.4.3.5. El acceso a material pornográfico infantil y juvenil, del art.	

189.5, inciso segundo	464
2.4.3.6. Difusión de material pornográfico con indiferencia del sujeto utilizado en esta, del art. 186	464
3. Excurso: El aparente y peligroso giro del legislador desde la prevención a la precaución en (algunos de) los delitos de pornografía infantil y juvenil, <i>cibergrooming</i> y <i>sexting</i> cometidos a través de Internet.....	467
4. Conclusiones del capítulo	475
CONCLUSIONES DE LA TESIS	481
BIBLIOGRAFÍA	497

TABLA DE ABREVIATURAS

Cciber	Convenio de Cibercrimen
CC	Código civil
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española de 1978
CP	Código penal
DRAE	Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EEUU	Estados Unidos
LOIVE	Ley Orgánica de Interrupción Voluntaria del Embarazo
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
n.p.p.	Nota a pie de página
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCYP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TIC	Tecnologías de la información y las comunicaciones

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal de fines del siglo pasado y principios del presente ha debido afrontar el fenómeno constituido por las llamadas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las TIC (un término no demasiado preciso, pero que engloba la computación, la informática y la telemática, entre otras). Es un lugar común, pero no por eso menos cierto, afirmar que las nuevas herramientas tecnológicas como Internet han impactado enormemente el quehacer social en todos sus ámbitos, creando una sensibilidad normativa que aun está en franco proceso de adaptación y desarrollo.

La fuerte irrupción de Internet ha producido profundos efectos en muchas ramas del Derecho, desde el Constitucional (libertad informática, por ejemplo), hasta el Mercantil (comercio electrónico, por ejemplo), pero en especial en el Derecho penal, ámbito normativo muy sensible a los cambios sociales, por el impacto que genera en los ciudadanos, por su rol protector y garantista de bienes jurídicos, y por la constante tensión con los derechos fundamentales.¹ Internet, la telefonía móvil y otros elementos tecno-sociales se han transformado en motores de cambio para el Derecho penal, cuya respuesta no siempre ha mantenido el equilibrio entre derechos, garantías y libertades, polarizando ideologías y *praxis*.²

La potencialidad lesiva de la Red y otras TIC ha generado una reacción estatal a través del Derecho penal, que en el marco de su vital función de proteger bienes jurídicos, busca la penalización en cadena de ciertas conductas que atentan contra estos, sobre todo aquellos considerados especialmente sensibles, como los relativos al desarrollo sexual de menores o discapacitados. En el primer caso, la reacción se ha plasmado en medidas político-criminales vigorosas, en particular si se trata de hechos relacionados al ámbito de la pornografía, los que han encontrado en Internet un nicho fértil donde expandirse y multiplicarse, aumentando su capacidad ofensiva a niveles insospechados pocas décadas atrás.

El legislador ha generado una serie de tipos penales que castigan la producción, difusión o acceso a este tipo de material, intentando dominar completamente la llamada

¹ ROMEO CASABONA, Carlos, "Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en internet",

² La Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2006, de 3 de abril, en su fundamento cuarto, alude a las tecnologías de la información y las comunicaciones, indicando que "[...] su trascendencia social y relevancia jurídico-penal...deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito".

“cadena de producción”. Sin embargo, este exceso de celo legislativo ha provocado varios inconvenientes a la ciencia jurídico-penal, básicamente en dos aspectos: la vulneración a ciertos principios básicos del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho; y la afectación a derechos, garantías y libertades de los ciudadanos a causa de la persecución penal. Se suma a esto lo complejo que ha sido encontrar un concepto de pornografía relativa a menores que genere consenso en la doctrina, amén de sus aristas morales, culturales y religiosas, carga emotiva que obstaculiza su construcción sólo con elementos descriptivos.

Se suma al panorama anterior las dificultades para encontrar una justificación uniforme a algunos de los supuestos más polémicos en torno a la pornografía de este tipo, como la posesión o el simple visionado. Este problema enlaza con otro cuyas respuestas con seguridad iluminarán la cuestión anterior. Nos referimos a la determinación del bien jurídico protegido en los delitos a que hacemos mención.

Por último, y sin que se transforme en una lista taxativa, existe una serie de fenómenos sociales desarrollados en Internet que la criminología ha caracterizado en los últimos años, que tienen una mayor o menor cercanía con la pornografía de niños y adolescentes, y que han recibido una respuesta penal poco uniforme por parte del legislador. Nos referimos al *cibergrooming*, el *sexting*, el *ciberbullying* y al *ciberstalking*, la mayor parte de ellos con desarrollo inicial en el mundo anglosajón.

En ese contexto, la presente investigación aborda algunos de los más importantes problemas jurídico-penales que ha generado Internet en relación a la pornografía relativa a niños y adolescentes y algunos de los fenómenos más cercanos. Los menores de edad son uno de los grupos sociales más vulnerables en el ciberespacio –no los únicos–, entre otras razones por las nuevas formas de relaciones sociales que estos adoptan en la Red. Descartaremos en esta investigación abordar los problemas similares que puedan afectar a las personas con discapacidad, pues poseen características disímiles en su construcción psico-social, sin desconocer que también son un grupo vulnerable. Por ejemplo, es difícil asimilar el normal desarrollo de la sexualidad de un menor al de una persona con discapacidad (¿se desarrolla realmente en el último caso? ¿podemos hablar ahí de “normalidad”?). Las personas con discapacidad pueden ser adultos desde una perspectiva cronológica, lo que implica que la afectación síquica o física a la que se pueden ver sometidos cambiará en comparación con un niño o adolescente. Además, la realidad fenomenológica demuestra que los casos de este tipo de delincuencia que involucran a menores de edad son, sin duda, mucho más masivos

que aquellos que afectan a personas con discapacidad (por razones demográficas o porque el concepto personas con discapacidad también incorpora a mayores de edad).³

En concreto, pretendemos analizar si la irrupción de Internet y las TIC en la configuración social y el Derecho penal han modificado la naturaleza jurídica de los delitos de pornografía alusiva a menores y otros fenómenos delictivos estrechamente vinculados con estos, como los citados *cibergrooming* o *sexting*, en especial en relación a su objeto de protección y la naturaleza de esa protección. Para esto, cada capítulo tendrá objetivos determinados en función del problema a abordar.

Sostenemos en esta investigación que la nueva construcción social, sobre todo con la influencia de la informática o la telemática, ha provocado un cambio importante en los delitos sexuales que afectan a menores de edad y que se cometen a través de Internet u otras TIC, lo que se refleja particularmente en las formas y medios comisivos. Esto a su vez deriva en un cambio en la capacidad lesiva de varias de esas conductas relevantes para el Derecho penal. Al contrario de lo que se suele decir, es bastante marginal el número de “nuevos tipos penales” surgidos en el entorno de la sociedad del riesgo o de la información, más bien es posible afirmar que estamos en presencia de tipos penales “adaptados” al nuevo entorno tecno-social, o verdaderos *spin-off* de tipos y categorías tradicionales. Debemos revisar si estos tipos, nuevos o adaptados, castigan una lesión a los bienes jurídicos involucrados, o bien, como estima la doctrina, son figuras que criminalizan sólo puestas en peligro, incluso de carácter abstracto.

Para comprobar esto, será necesario revisar ciertos aspectos sociales, tecnológicos, filosóficos, político-criminales, criminológicos y victimológicos que rodean a la delincuencia sexual, sobre todo la que afecta a menores de edad. Particular énfasis debemos dar a aquellas conductas efectuadas a través de redes informáticas y telemáticas, como Internet, u otras manifestaciones tecnológicas. Una vez entendido el contexto de estas conductas, corresponderá analizar los problemas penales sustantivos que presentan los delitos y figuras criminógenas antes señaladas.

Dependiendo del fenómeno estudiado y de las normas jurídicas involucradas, se utilizarán las herramientas propias de la dogmática jurídica, principalmente el método exegético y el sistemático. Sin embargo, y en virtud de la interdisciplinariedad propia de los delitos donde las nuevas tecnologías han logrado mayor influencia, se recurrirá para cuestiones puntuales a estudios científicos de diversas áreas del conocimiento como la

³ Apoya este tratamiento diferenciado MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirante lo Blanch, 2013, p. 219.

informática, la filosofía, la cibernética o la sociología. Por supuesto, los métodos científicos tradicionales, como el deductivo, inductivo y analítico, serán de permanente uso a lo largo de la investigación.

El Capítulo I de la tesis analiza el entorno social en el que se insertan los delitos de pornografía relativa a menores y otros fenómenos relacionados, cometidos a través de redes informáticas o telemáticas. Este capítulo tiene entre sus objetivos visualizar la importancia que las TIC, y específicamente Internet, tienen en la configuración de la que se ha denominado como sociedad de la información, por algunos, o sociedad del riesgo, por otros.⁴ A partir del estudio teórico de los distintos autores que han realizado investigaciones sobre el marco social, político, técnico, jurídico y económico de la actual sociedad, se buscará obtener inductivamente los principales rasgos tecno-sociales característicos de la sociedad en la que nos desarrollamos, y el rol que en ella juegan las TIC e Internet, de forma extensiva y transversal. Se pondrá especial atención al estudio de la denominada sociedad del riesgo, toda vez que aquí se generan importantes efectos para el Derecho penal, como se verá en los siguientes capítulos.

Se revisarán los principales fenómenos tecnológicos que influyen en la configuración social, como la digitalización de contenidos, las redes informáticas y telemáticas, la convergencia tecnológica, las redes sociales 2.0 y el riesgo tecnológico.⁵ No debemos olvidar que estos mismos fenómenos son los que han posibilitado la aparición, consolidación y masificación de la delincuencia en Internet, al otorgarles las herramientas para la perpetración de ilícitos contra los bienes jurídicos tradicionales y contra aquellos que han nacido al amparo de las nuevas tecnologías.

Luego, se hará una breve revisión técnica e histórica de Internet, su configuración y desarrollo hasta hoy, con una especial mirada a los impactos sociales que ha producido, importantes para comprender algunos de los aspectos de la sexualidad de los menores de edad en lo que se ha denominado “La Internet 2.0”, donde

⁴ Con toda claridad Morón Lerma asume esta misión científica, al afirmar que “[...] las específicas características de la nueva sociedad digital deben ser analizadas y estudiadas a fin de evitar respuestas normativas insatisfactorias y distorsionadas, que sólo constaten la imposibilidad de regular un fenómeno que se desconoce”. MORÓN LERMA, Esther, *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 2ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2002, p. 26.

⁵ Específicamente en el Derecho penal, Hassemer afirma con total claridad que los sectores que le dan fisonomía en la actualidad son el medio ambiente, las drogas, el terrorismo, la criminalidad organizada y el tratamiento informático de datos, entre otros. HASSEMER, Winfried, “Perspectivas del derecho penal futuro”, en *Revista Penal*, N° 1, 1998, p. 37

las redes sociales cumplen un rol fundamental.⁶ En este punto, la inclusión de Internet ha creado nuevos espacios de interacción social, con nuevas costumbres y herramientas de socialización –y con nuevos riesgos–, que poco a poco van incidiendo en la sustancia de los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico. Los conceptos de intimidad o libertad de expresión adquieren nuevas dimensiones gracias a la Red, y la legislación debe recoger estos cambios.⁷ Se revisará, por ejemplo, el fenómeno de las redes sociales como *Facebook* o *Myspace* y las nuevas alternativas que ellas presentan al Derecho y la delincuencia en Internet, con especial consideración al aspecto criminológico del uso de estas redes por parte de menores de edad.

La complejidad técnica de Internet es un difícil desafío para el legislador en cualquier área del Derecho. Una legislación que permita abordar correctamente toda la fenomenología de la Red debe tomar en consideración la evolución de esta, que sin duda marcará su desarrollo futuro e incidencia normativa. La política criminal actual debe comprender a cabalidad los procesos tecnológicos de Internet, con el fin de que la tipificación de figuras delictivas no caiga en vicios como leyes penales en blanco o tipos penales abiertos, esto último muy recurrente en los delitos sexuales. Un tipo demasiado acabado, sin embargo, podría constituirse en una herramienta ineficaz para el sentenciador en lo criminal.

Al final del capítulo, se abordarán brevemente los planteamientos existentes respecto a la posibilidad de regular Internet, debido a la subsistencia aun de posturas que propugnan la libertad absoluta y la imposibilidad de regular los hechos ocurridos en el ciberespacio. Asumida la necesidad de intervención del Derecho en ella, se abordan las razones que hacen necesaria esta regulación, con especial énfasis a la lesión que ciertas conductas pueden producir a los derechos fundamentales de las personas y a ciertos grupos sensibles, como los menores de edad.

⁶ Aunque un estudio acabado de esta situación es propia del ámbito de la tecnología, Morón Lerma afirma que una correcta comprensión de la idiosincrasia del individuo que vulnera las redes informáticas y un riguroso estudio jurídico-penal de su conducta justifican un estudio de la aldea global y de los sujetos que la integran. MORÓN LERMA, Esther, *Internet y...op.cit.*, p. 77.

⁷ Muñoz Conde es especialmente claro en ello, al darle considerable importancia al proceso social y político por el que se constituyen los conceptos de bien jurídico o derecho fundamental que subyace en toda figura delictiva. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”, en MORALES PRATS, F.; y QUINTERO O., Gonzalo, *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2001, p. 567. En similar sentido, para Silva Sánchez la identidad normativa de cada sociedad no es un fenómeno ni estático, ni pacífico, sino que se caracteriza por ser dinámico, enfrentado y plural. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edición, Montevideo: Ed. B de F, 2011, p. 128.

A propósito de este capítulo introductorio, cabe recordar que la Constitución española se inscribe en los parámetros del Estado social y democrático de Derecho, por expresa mandato del art. 1.1, lo que determina que el sistema constitucional sea un sistema abierto a los datos externos que provienen de la estructura económica y social, cuya transformación representa una tarea indeclinable a los poderes públicos.⁸ Estos datos son muy importantes, sobre todo si se tiene en cuenta la idea roxiniana de una política criminal como puente entre la criminología (y victimología) y el Derecho penal.

En el segundo capítulo revisaremos los delitos sexuales y figuras criminógenas cometidas a través de Internet que han surgido o se han adaptado en el nuevo contexto socio-tecnológico, haciendo una especial revisión del elemento común presente, directa o indirectamente, en la gran mayoría de estas conductas. Nos referimos a la pornografía, y en especial a aquella que involucra a niños y adolescentes.

Para esto, en primer lugar, veremos el área específica en que se insertan tales delitos dentro de la parte especial, esto es, los delitos sexuales. Comenzaremos haciendo un breve panorama histórico-jurídico de la regulación española en este tipo de delitos, teniendo como punto de inflexión el Código penal de 1995, que vino a suponer un cambio hacia la modernidad en un área marcada fuertemente por los valores conservadores de ciertas épocas políticas de España. De esta manera, se dividirá el panorama entre el periodo anterior al Código de 1995, y el posterior a este, y que abarca hasta nuestros días. En este punto, se revisará especialmente la evolución normativa y las directrices político-criminales que han inspirado tales cambios, además de las modificaciones que se han hecho al CP a través de la LO 1/2015, que supuso la transposición al Derecho interno de la Directiva 2011/93/UE.

Luego, centraremos nuestro estudio en la revisión de la pornografía, objeto material directo o indirecto de la mayoría de las figuras delictivas en estudio, fundado en razón de que las redes sociales e Internet han supuesto un cambio drástico en la forma como esta se produce, distribuye y consume, viéndonos enfrentados en la actualidad a un gigantesco mercado de la pornografía en todas sus variantes. Por lo mismo, intentaremos hacer una revisión histórica del concepto, cuyas características comienzan a aparecer hace apenas un par de siglos atrás, con el objetivo de comprender

⁸ Por lo tanto, sostiene Pérez Luño, la Constitución en lugar de sancionar la fractura entre la organización jurídico-política y la sociedad civil, se presenta como el marco jurídico básico de esta sociedad civil. PÉREZ LUÑO, Enrique, *Los derechos fundamentales*, 9ª edición, Madrid: Ed. Tecnos, 2007, pp. 151-152.

cuáles son los elementos que permiten adjetivar una obra o material como pornográfico, delimitándolo de otros calificativos similares, como lo erótico u obsceno. Analizaremos sus aspectos conceptuales, para esbozar una clasificación y la forma como el legislador y la doctrina han intentado definir el concepto y abordar el fenómeno. Para esto revisaremos los principales instrumentos que lo han abordado en el Derecho internacional y comparado, a fin de comprender la definición de “pornografía infantil” que el legislador incorporó con la reforma de 2015.

Una vez hecho esto, pasaremos a la revisión de los denominados “delitos de pornografía infantil”, que en el CP suponen el castigo de una serie muy variada de conductas, en las que el legislador ha intentado capturar toda la “cadena de producción”, del mercado de la pornografía en Internet. Así, castiga desde la elaboración de este material hasta su posesión para tráfico o para consumo propio. Esto ha generado una serie de críticas en doctrina, las que se acentuaron, no sin razón, cuando la LO 1/2015 incorporó como conducta punible la adquisición y el acceso a este tipo de pornografía.

El método de revisión histórica y el enfoque multidisciplinario serán óptimos para abordar la primera parte de este capítulo, mientras que para la revisión de los delitos, recurriremos indudablemente al método exegético y al sistemático, además del lógico, el inductivo y el deductivo.

El Capítulo III estará dedicado al estudio de ciertos fenómenos estrechamente ligados a los delitos de pornografía relativa a menores, como es el caso del denominado ciberacoso sexual a menores, conocido en el mundo angloparlante como *cibergrooming* o *childgrooming*, y del envío de imágenes y videos pornográficos hecho por menores a través de las TIC, conocido igualmente como *sexting*. La primera es una conducta o grupo de conductas que ha alcanzado relevancia en el Derecho anglosajón, principalmente en Estados Unidos, y que el legislador ha intentado incorporar al CP en el art. 183 bis, reformulado por la LO 1/2015 en el art. 183 ter. Junto al *cibergrooming* revisaremos un par de fenómenos estrechamente ligados a la macro-conducta de acoso en Internet, como el *ciberstalking* o acoso predatorio por medios telemáticos, y el cibermatonaje o *ciberbullying*, con el fin de determinar si existen áreas concomitantes entre todos los fenómenos, y las repercusiones jurídico-penales de esta relación.

En el caso del *sexting*, también de origen anglosajón, analizaremos sus principales características criminógenas, y el intento de tipificación que ha hecho el legislador español en la reforma de 2015. Además abordaremos la conveniencia de su

incorporación al Derecho penal e intentaremos identificar las distintas etapas del fenómeno, a fin de que permita esclarecer de mejor forma el punto anterior.

En ambos casos, pondremos especial atención en los aspectos fenomenológicos de este grupo de conductas. Consideramos esto de mucha importancia porque el legislador lo ha tenido presente como uno de los motivos más importantes de las reformas en esta materia, según puede observarse en la exposición de motivos de las leyes orgánicas 5/2010 y 1/2015, que fueron los medios a través de los que se intentó introducir estas figuras al Código. Analizaremos las conductas tipificadas para intentar determinar qué parte del fenómeno del ciberacoso sexual a menores ha sido incorporada al texto legal, y si realmente ha sido tipificado el *sexting* en el CP. Por último, la revisión de estos aspectos fácticos nos permitirá elaborar una postura crítica respecto a la conveniencia de incriminar fenómenos en los que los menores tienen un rol más activo que el de simples víctimas de un hecho lesivo.

Nuevamente recurriremos a un análisis multidisciplinar, acogiendo conocimientos de la criminología, la psicología y/o la filosofía. Para la revisión pormenorizada de los delitos en estudio, utilizaremos los métodos propios de la dogmática penal, en especial el exegético y el sistemático.

En el Capítulo IV abordaremos la extensa discusión sobre el objeto de protección de los delitos de pornografía relativa a menores de edad y las figuras relacionadas que habremos analizado. Nos referimos al bien jurídico penalmente protegido cuando estamos frente a conductas que involucran a niños y adolescentes. Al terminar este capítulo, intentaremos determinar cuál o cuáles son los objetos de protección penal en los delitos estudiados.

Para cumplir este objetivo, realizaremos una amplia revisión jurídico-penal de los bienes jurídicos que se han asociado históricamente a los delitos sexuales, y en particular a aquellos que afectan a niños y adolescentes. Iremos desde los bienes jurídicos de carácter individual que más aceptación tienen en la literatura especializada, como la libertad sexual, la indemnidad sexual o la intimidad sexual, hasta aquellos de carácter colectivo o supraindividual, como la moral sexual o el pudor público. Con especial atención revisaremos algunas ideas que se han deslizado en doctrina, y que intentan establecer un nuevo bien jurídico en estos delitos, como el uso seguro de las TIC por parte de los menores o el colectivo social menores de edad. Para este punto será necesario una revisión de la forma en que el legislador sistematiza los delitos sexuales

contra los menores de edad, y especialmente una revisión doctrinal de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, a fin de poder establecer criterios para admitir o desechar estos eventuales nuevos bienes jurídicos.

Una consideración especial merece la ubicación de este capítulo en esta tesis. El bien jurídico como objeto de estudio tiene una aceptación mayoritaria en la ciencia penal, salvo por los denominados funcionalistas, que le otorgan un rol secundario, cuando no inexistente. Sin embargo, la ubicación sistémica en la teoría del delito, así como el rol que juega en esta, genera algunas diferencias en la doctrina. Así, se le entiende como un concepto pre-jurídico, que debe estudiarse con anterioridad al tipo penal, o bien como el elemento central de la antijuridicidad material.⁹ Consideramos, siguiendo a MIR PUIG, que el bien jurídico cumple más de una función en el Derecho penal, sirviendo como criterio de incriminación al legislador, elemento fundante de la ofensividad y criterio interpretativo para el juzgador. Desde esta perspectiva, hemos considerado necesario incluir el estudio del bien jurídico protegido en el cuarto capítulo, una vez que hayamos revisado todos los tipos penales involucrados. Solo en ese momento podremos realizar, con todos los elementos en juego, una distinción totalmente necesaria: cuál es el bien jurídico que “debería” protegerse en los delitos de pornografía relativa a menores y otros relacionados, de acuerdo a los principios básicos del Derecho penal y acorde a los derechos fundamentales; y cuál es el bien jurídico que “efectivamente protege el legislador” en las conductas incriminadas.¹⁰ La respuesta puede coincidir o no, y es lo que intentaremos dilucidar.

Los métodos en este capítulo serán los propios de la dogmática penal, como el exegético y el sistemático, pero también será necesario recurrir a elementos históricos y político criminales.

Por último, en el Capítulo V se hará un análisis de la naturaleza de la protección a los bienes jurídicos que el legislador brinda a través de los delitos en estudio, y que ya habremos determinado en el capítulo anterior. En particular, intentaremos determinar si estamos frente a delitos de lesión o delitos de peligro, y en este último caso, si nos encontramos frente a delitos de peligro abstracto, concreto, o bien la categoría intermedia denominada delitos de peligro abstracto-concreto. Para ello, haremos una

⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito, Vol. I*, Barcelona: Ed. Bosch, 2000, p. 617.

¹⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Barcelona: Ed. Reppertor, 2011, p. 160.

revisión de las distintas técnicas de tipificación en este sentido, y de cómo el Derecho penal actual ha hecho uso de los denominados delitos de peligro para la regulación penal de nuevos riesgos, cuestión que podría ocurrir en nuestro ámbito de estudio.

Este fenómeno ha provocado un fuerte cuestionamiento de la doctrina respecto a si los baluartes del clásico Derecho penal se han visto devenidos en principios maleables y moldeables, en manos de una política criminal pragmática al servicio de intereses tradicionalmente ajenos al Derecho penal, propios de la política gubernamental del Ejecutivo. Bastiones como el principio de legalidad, de ofensividad o de intervención mínima se han visto fuertemente afectados por el adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, especialmente el último de los mencionados. La tipificación de delitos de peligro abstracto o el castigo a conductas desviadas de una cierta moral sexual parecen hoy más presentes en el CP¹¹.

Para entender críticamente el fundamento de las decisiones del legislador en esta materia, será necesario alejarnos por un momento de lo estrictamente jurídico, para abordar el sustrato fenomenológico de estos delitos. Nos referimos en particular al peligro existente para los bienes jurídicos en juego, que proviene de la interacción de los agresores sexuales contra menores (pederastas incluidos), las nuevas tecnologías como Internet, la pornografía alusiva a menores, y su influencia real o presunta en su desarrollo y madurez sexual. Haremos aquí una crítica revisión de la forma en que el legislador entiende el desarrollo sico-sexual del menor en el Derecho penal, así como en otras áreas del ordenamiento jurídico español, para ver si existe al menos una mínima coherencia en este aspecto.

Finalmente, y para cerrar el capítulo, analizaremos la naturaleza de la protección al bien jurídico en cada uno de los delitos estudiados en esta investigación, con el objetivo de determinar si, además de delitos de lesión y peligro concreto, estamos ante verdaderos delitos de peligro abstracto. De ser así, intentaremos encontrar un mecanismo que permita conciliar, en la medida de lo posible, estas figuras con los principios a que hemos hecho alusión.

Como excursus, y ante las primeras impresiones que genera la reforma al CP de 2015, deslizaremos algunas ideas sobre lo que parece un razonamiento del legislador muy similar al llamado principio de precaución, ajeno a la parcela de la parte especial

¹¹ Herzog se refiere a la nocividad de este fenómeno para el desarrollo de formas alternativas de control social que pueden ser aplicados en la Red, y que ayudarían a poner en el lugar que corresponde el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. HERZOG, Félix, “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, en *Revista Penal*, Nº 4, 1999, pp. 54-55.

en la que estamos, y cuya eventual inclusión acarrearía, desde nuestra perspectiva, nefastas consecuencias.

Nuevamente será necesario recurrir a métodos y conocimientos ajenos al Derecho penal para comprender de mejor manera la visión criminológica y victimológica presente en este capítulo, combinado con los métodos propios de la dogmática para abordar el último segmento, dedicado al análisis de la naturaleza de la protección al bien jurídico en las figuras analizadas.

El examen finalizará con las conclusiones a las que se arribe, fruto del análisis inductivo-deductivo y sistemático de las normas jurídicas, técnicas y de las estructuras sociales estudiadas, de la doctrina analizada y de las herramientas informáticas y telemáticas vistas, orientadas siempre hacia la intervención penal en Internet.

CAPÍTULO I

**EL ENTORNO SOCIAL EN EL QUE SE INSERTAN LOS DELITOS
RELACIONADOS CON LAS TIC Y PARTICULARMENTE LOS DELITOS
RELATIVOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL COMETIDOS A
TRAVÉS DE INTERNET**

1. ELEMENTOS QUE INCIDEN EN LA CONFIGURACIÓN DE LA SOCIEDAD ACTUAL¹²

Vivimos y cultivamos nuestro estudio de las ciencias jurídicas en un entorno que ha cambiado enormemente en las últimas décadas. Cualquier ser humano de un país de al menos mediano desarrollo puede contar entre sus actividades diarias con hacer una llamada vía teléfono móvil, enviar un correo electrónico a un pariente, trabajar en una *tablet*, leer un *ebook* en un *ereader* o escuchar la canción de moda en el reproductor de MP4. Ninguna de estas acciones parece una extravagancia, como tampoco lo parecería el ver televisión en el teléfono móvil, hacer una videollamada o realizar la postproducción de un documental en un ordenador portátil mientras se vuela de un país a otro. Quizás estas últimas no sean completamente habituales para un ciudadano común y corriente, pero tampoco se requiere ser un especialista o un profesional altamente calificado para realizarlas.

La tecnología nos ha invadido, y la sociedad en la que vivimos rebosa de ella.

Sin embargo, esta visión no está lejos de recibir críticas. Que es privilegio de algunos, que la tecnología aun es de alto costo, que existe analfabetismo digital, brecha digital o que esta nueva sociedad se restringe únicamente a los países desarrollados. En mayor o menor medida, estas críticas no son ajenas a la realidad y son palabras fundadas, pero no puede desconocerse que el impacto de las TIC¹³ han provocado una revolución sin igual en las últimas décadas (y quizás siglos) de desarrollo humano.¹⁴

¹² En ocasiones utilizaremos también como sinónimo el calificativo “moderna” pero desprovisto de cualquier carga emotiva. No utilizamos el concepto con una valoración positiva *a priori*, ni siguiendo alguna determinada concepción filosófica, sino únicamente para hacer referencia a la sociedad actual, aquella donde vivimos y nos desarrollamos, y donde se cometen los delitos objeto de esta investigación.

¹³ Se utilizan distintas nomenclaturas para referirse a las tecnologías imperantes hoy en día. Mariluz Gutiérrez prefiere ocupar el término ATI, acrónimo de Altas Tecnologías de la Información y la Comunicación Electrónica. GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz, “Problemas de aplicación de la ley penal en el espacio virtual”, en ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Ed. Comares, 2006, p. 44. Sin embargo, y por su masificación tanto en la jerga jurídica como académica, se prefiere la referencia a TIC, que incluye el grupo convergente de tecnologías informáticas, microelectrónica, telecomunicaciones y optoelectrónica, CASTELLS, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura, volumen 1: La Sociedad Red*, México DF: Ed. Siglo XXI, 1999, p. 56. De todas formas cabría agregar otras manifestaciones tecnológicas de gran importancia en la actualidad, como la genética, la bioquímica y la neurociencia.

¹⁴ A estas se puede agregar aquellas aún drásticas, como la de Postman, para quien estas tecnologías presentes en la sociedad actual terminan socavándola, corrompiendo la cultura humana. Todas las formas de vida cultural terminan subyugadas a la técnica, que irrumpe en ámbitos tan distintos como el arte, la familia o la religión, POSTMAN, Neil, *Technopoly. The surrender of culture to technology*, New York: Ed. Knopf, 1993, p. 62; respecto al desfase entre la evolución tecnológica y las transformaciones sociales,

Las ciencias sociales han intentado construir un concepto que recoja los cambios sociales, políticos, económicos, y por que no, jurídicos, que ha tenido nuestra sociedad actual, la que suele denominarse en los medios de comunicación como “Sociedad de la Información”,¹⁵ idea que por mucho está lejos de ser unánime en la doctrina especializada.

Se revisarán a continuación los elementos que se han tenido en consideración al momento de construir conceptos en torno a la sociedad actual, con énfasis en el rol que se le asigna a la tecnología -y especialmente a Internet- en este punto, a fin de desarrollar la idea central de esta investigación. En la medida en que cada elemento lo permita, también se revisarán las consecuencias jurídicas de cada modelo.

1.1. MODELOS DE PRODUCCIÓN E INFORMACIÓN

Podría señalarse que, haciéndole honor a una de sus principales ocupaciones (la de “futurista”), ALVIN TOFFLER fue el primero en crear una conceptualización acorde a lo que él consideraba la muerte del industrialismo y el nacimiento de una nueva civilización, y que incluía un análisis de los elementos más importantes de la sociedad¹⁶, como organización humana. Con ese deceso, quedaban atrás las ideas predominantes de la producción en masa, las tareas repetitivas y uniformes, el estereotipo del trabajador hacinado, la organización vertical, las cadenas de mando y la gran escala, entre otros elementos primordiales de esa época. Lo que nació fue bautizado por TOFFLER como la “sociedad de la tercera ola”,¹⁷ en contraposición a la “segunda ola” (el industrialismo

vid., OGBURN, William, *Living with machines*, Chicago: Ed. American Library Association, 1933, pp. 30 y ss.

¹⁵ No obstante se utilizará en general esta denominación, siguiendo el mismo criterio anterior, esto es, la generalización en su uso, lo que en caso alguno implica un abanderamiento *a priori* con dicho concepto, como se verá más adelante.

¹⁶ De todas formas cabe señalar que se extraña en el análisis de Toffler una referencia jurídica más amplia, considerando la importancia histórica del Derecho en la configuración social. Solamente esboza algunas líneas sobre lo que él considera la “fábrica de leyes global”, en la segunda ola, que hace alusión a la representatividad, la burocracia y la democracia. TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, 2ª. Edición, Barcelona: Ed. Plaza & Janes, 1980, pp. 18, 85, 86.

¹⁷ El autor desecha expresamente utilizar la expresión “sociedad de la información”, pues “[...] al centrarse en un único factor, reducen mas que amplían nuestra comprensión...ninguno de estos términos empieza siquiera a transmitir toda la fuerza, el alcance y el dinamismo que los cambios que se precipitan hacia nosotros ni las presiones ni los conflictos que suscitan”. *Ibid.*, p. 26.

y postindustrialismo) y la “primera ola” (desde el nacimiento de la agricultura hasta la revolución industrial)¹⁸.

Esta sociedad de tercera ola está marcada por una serie de características que vienen en atacar directamente los fundamentos de la segunda¹⁹. La tecnología es el motor de muchos de estos cambios, que van desde una transformación de la economía de productor-consumidor hacia la figura del prosumidor, o el modelo de consumo, hasta la aparición de la ingeniería genética.²⁰ Los bastiones de la segunda ola sucumben frente a una sociedad que comienza a organizarse de manera más horizontal, con medios de comunicación que dejan la idea de masas inertes para comenzar con una especialización en sus contenidos y usuarios, o familias nucleares que incorporan los avances tecnológicos en su vida cotidiana. La vieja y gigantesca corporación abre paso a la fragmentación y la organización en redes locales, nacionales o multinacionales, donde cada entidad es un nodo que se conecta a esta red (utilizando la conceptualización de CASTELLS). La industria de esta nueva era caracterizada por TOFFLER está llamada a ser liderada por las corporaciones de electrónica y computación, por la industria espacial, la industria oceánica y la industria genética²¹.

MCLUHAN también auguraba un cambio profundo en la sociedad, aunque su análisis se centraba principalmente en los medios de comunicación masivos (Internet, como se verá, es uno de estos). Así, el autor canadiense acuñó un concepto de tanto o más impacto que el de TOFFLER: la aldea global²². Esta globalidad que él adelantaba

¹⁸ Toffler considera la historia como una sucesión de olas de cambio que llevan adelante la línea de avance, centrando su estudio no tanto en las continuidades de esas líneas, sino más bien en las discontinuidades, marcadas por las innovaciones como puntos de ruptura. *Ibid.*, p. 28.

¹⁹ Los principios constitutivos de la segunda ola son:

- Uniformización. Existe un todo idéntico, en productos, funciones, trabajadores, etc.
- Especialización. Tareas unitarias y repetitivas dentro de la cadena uniforme de producción.
- Sincronización. Optimización del tiempo en torno al “ritmo de la maquinaria”.
- Concentración. El trabajador era concentrado en fábricas, la familia en grandes ciudades, la energía en combustibles fósiles, etc.
- Maximización. El concepto “grande” se tomó como sinónimo de eficiente, transformándose todo en “gran escala”.
- Centralización. Tanto en los países como en las empresas, se hace común, y sinónimo de eficiencia, las cadenas de mando, las estructuras verticales. El poder se centra en las grandes capitales, las economías se centralizan y aparece la figura del Banco Central. *Ibid.*, p. 59-72.

²⁰ En relación a uno de los elementos centrales de este trabajo, la pornografía infantil, ROMANO GIACHETTI, Roser, *Porno-power: Pornografía y sociedad capitalista*, Barcelona: Ed. Fontanella, 1976, p. 21, cree que “[...] el individuo, a su vez, actúa como productor-consumidor, respetando incluso determinadas leyes de mercado...lo que crea un equilibrio de valores, por lo que una sociedad genera o no genera el fenómeno de los llamados <<hechos obscenos>>, como consecuencia de ciertos supuestos previos, sociales, económicos, psicológicos, a menudo políticos”.

²¹ TOFFLER, Alvin, *La tercera...op.cit.*, pp. 139-159, 331-332.

²² MCLUHAN, Marshall; POWERS, B. R., *La aldea global*, 3ª. Edición, Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, pp. 89 y ss.

era producto de la aceleración de la tecnología (su avance), y tenía al satélite como eje central, al descentralizar al usuario y hacer que este se encuentre en “todas partes al mismo tiempo”²³.

1.2. LA INFORMACIÓN COMO BIEN SOCIAL Y ECONÓMICO

En 1969, el Ministerio de Industria y Comercio japonés publicó un informe denominado *Towards the information society*, y que dio lugar mas tarde, en 1972, a la propuesta nipona de plan para encarar el año 2000 (Propuesta de Plan para la Sociedad de la Información). Era la visión de futuro que tenía Japón en esa época, y al mismo tiempo los primeros rayos de sol para el concepto de Sociedad de la Información.²⁴

Por cierto no fue el único gobierno que estableció las pautas para conceptualizar nuestro entorno. En 1993 surge en Estados Unidos el Plan Gore²⁵, denominado *Technology for American's Economic Growth. A New Direction to Build Economic Strength*, con el claro objetivo de seguir liderando la economía mundial en la naciente sociedad. Para ello se establecían objetivos tales como el mejoramiento de la tecnología en la educación y en la información, o generar una política de comunicaciones a nivel nacional que facilite la rápida implantación de las nuevas tecnologías²⁶.

Europa no se quedó atrás y el Consejo de Ministros de la Unión Europea redactó, en 1994, el denominado Plan Delors, documento cuyo objetivo primordial era contar con el potencial de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos europeos, aumentando la eficacia de la organización social y económica, conjuntamente con un reforzamiento de la cohesión.²⁷ El Plan Delors fue el antecedente para La Redacción de

²³ “Más y más personas entrarán en el mercado de intercambio de información, perderán sus identidades privadas en el proceso, pero surgirán con la capacidad de interconectarse con cualquier persona sobre la faz de la tierra...” *Ibid.*, p. 122.

²⁴ Que a su vez había tenido en consideración las ideas dadas por el biólogo y antropólogo japonés Tadao Umesao, en su estudio sobre *Joho Sangyo Ron* o industria de la información, donde este bien es predominante en la nueva economía, WÜRTENBERGER, Thomas, “La transformación del derecho en la sociedad de la información”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008, p. 1043.

²⁵ En alusión al ex Vicepresidente norteamericano Albert Arnold Gore (Al Gore), Premio Nobel de la Paz y Premio Príncipe de Asturias, ambos en el año 2007.

²⁶ CELA, Julia R. “Sociedad del conocimiento y sociedad global de la información: implantación y desarrollo en España”. Disponible en <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/inf/02104210/articulos/DCIN0505110147A.PDF> (Última visita 13 de abril de 2014).

²⁷ *Ibidem*.

un nuevo informe, coordinado por Martín Bangemman, titulado “Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones del Consejo de Europa”.²⁸

Junto a estos puntos casi icónicos, una serie de países e instituciones a nivel mundial han intentado dar con la definición exacta de Sociedad de la Información, manteniendo la hegemonía de este concepto²⁹.

²⁸ AGUADERO FERNÁNDEZ, Francisco, *La sociedad de la información*, Madrid: Ed. Acento, 2002, p. 20

²⁹ En el Reino Unido, en el documento denominado Iniciativa para la sociedad de la información (1998), define a esta como “El entorno en el que la información es un factor clave del éxito económico, y en el que se hace uso intenso y extenso de las tecnologías de la información y las comunicaciones” TELEFÓNICA. “Concepto de sociedad de la información”. Disponible en: http://www.telefonica.es/sociedaddeinformacion/pdf/informes/espana_2000/parte1_1.pdf (Última visita 06 de Octubre de 2011). En Chile, el Informe de la Comisión de Nuevas Tecnologías de Información y Comunicación (1999), concibe a la sociedad de la información como “Sistema económico y social donde la generación, procesamiento y distribución del conocimiento e información constituye la fuente fundamental de productividad, bienestar y poder”, GOBIERNO DE CHILE. “Informe Comisión Presidencial Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones 1999”. Disponible en: http://www.reuna.cl/documentos/DOC2006/historico/chile_hacia_soinfo_1999.pdf (Última visita 06 de Octubre de 2012). El Gobierno Vasco, en su Plan Euskadi de la Sociedad de la Información, entiende esta como el “...proceso de transformaciones sociales, económicas y políticas que se están produciendo como consecuencia del desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y la capacidad, prácticamente ilimitada, que su uso aporta para obtener, almacenar, procesar y compartir información”, GOBIERNO VASCO. “Plan Euskadi en la sociedad de la información”. Disponible en: http://www.euskadi.net/eeuskadi/datos/docs/plan_c.pdf (Última visita 09 de abril de 2012). El Libro Verde sobre la Sociedad de la Información en Portugal, que data de 1997, la define como “una forma de desarrollo económico y social en el que la adquisición, almacenamiento, procesamiento, evaluación, transmisión, distribución y diseminación de la información con vistas a la creación de conocimiento y a la satisfacción de las necesidades de las personas (y) de las organizaciones, juega un papel central en la actividad económica, en la creación de riqueza y en la definición de la calidad de vida y de las prácticas culturales de los ciudadanos”, VALENTI, Pablo, “La sociedad de la información en América Latina y el Caribe: TIC y un nuevo marco institucional”, en *Revista iberoamericana de ciencia, tecnología, sociedad e innovación*, Nº 2, 2002. Disponible en: <http://www.oei.es/revistactsi/numero2/valenti.htm> (Última visita 06 de Octubre de 2012). Ante esta multiplicidad de definiciones, Reusser señala que esto no es sino otro escenario de la guerra de influencias entre Estados Unidos y Europa, por imponer sus conceptos, criterios y parámetros en los países menos desarrollados (principalmente de Asia y Latinoamérica), tal como sucede con otros conceptos como teletrabajo o *telecommuniting* o los estándares de televisión de Estados Unidos, Japón o la Unión Europea. REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos. “¿Qué es la sociedad de la información?”, en *Revista Chilena de Derecho Informático*, Nº 2, año 2003. Disponible en: http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_complex/0,1491,SCID%253D14670%2526ISID%253D292,00.html (Última visita 06 de Octubre de 2012). La Unión Europea ha emitido una serie de documentos e informes tratando el tema de la sociedad de la información, y de paso, afinando aun más este concepto. Algunos de los mas importantes textos, para la época, se señalan en el anexo del informe del grupo de expertos de alto nivel sobre aspectos sociales de la sociedad de la información, denominado “*Building the european information society for us all*”, de Abril de 1997. Entre los documentos están el “*Europe and the global information society. Recommendations to the European Council*” de Mayo de 1994; el “*Towards the information society. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, and to the Economic and Social Committee and the Committee of Regions on a methodology for the implementation of information society applications*”, del 31 de Mayo de 1995; o el “*Europe at the forefront of the global information society: rolling action plan communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of Regions*”, del 27 de Noviembre de 1996, COMISIÓN EUROPEA. “Informe del grupo de expertos de alto nivel sobre aspectos sociales de la sociedad de la información, *Building the European Information Society for us all*”. Disponible en: http://ec.europa.eu/employment_social/knowledge_society/buildingen.pdf (Última visita 06 de Octubre de 2010). Paloma Llaneza González se refiere a pie de página las principales normas comunitarias y

Aún cuando se está viendo que el uso del término Sociedad de la Información está lejos de provocar unanimidad en los estudiosos, es el concepto que más se utiliza para caracterizar el periodo postindustrial³⁰. Su enfoque es eminentemente economista, y se centra en el valor dado a la información como materia prima de la producción.

La evolución de la Sociedad de la Información ha dado lugar a las ingentes Sociedad del Conocimiento y Sociedad del Aprendizaje, con raigambre en el mundo de la educación. BELL identificó al conocimiento, más que la información en sí, como el recurso principal para el control social y las innovaciones en términos de producción,³¹ y que en último término derivan en poder y riqueza, como ha sido en todas las sociedades. En la actualidad, la información y el conocimiento marcan la brecha entre los país desarrollados y no desarrollados.

La Sociedad del Conocimiento es una sociedad de bases científicas, marcada por el crecimiento cultural y económico, donde el capital intelectual es la fuerza motriz.³² La información es inerte en tanto no es utilizada por quienes tienen el conocimiento para interpretarla, manipularla y sacarle provecho.³³ La capacidad de las personas para formarse en el uso de las nuevas tecnologías determina el paso de una Sociedad del Conocimiento a una del aprendizaje.³⁴

españolas relativas a la sociedad de la información, así como libros verdes y blancos e informes de la Comisión Europea, principalmente a mediados de la década de los noventa, cuando la entidad europea comenzó decididamente sus políticas de llevar a la Unión hacia el nuevo estadio social. LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, *Internet y comunicaciones digitales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2000, pp. 52-59; Por último, CARRASCOSA, José L., *De la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento*, Zapata: Ed. Alfagrama, 2001, p. 1, define la sociedad de la información como el “sistema de comunicaciones accesible, económico, abierto y global que trasciende las fronteras políticas y culturales y configura crecientemente a la sociedad como una red que interconecta cada vez más a los hombres ofreciendo procedimientos rápidos y baratos de diseminación y difusión de datos e información”.

³⁰ Desde 1950 a la fecha se han usado hasta 75 denominaciones diferentes, entre las que pueden nombrarse: sociedad postindustrial, tecnópolis, sociedad multimedia, mundo digital, era digital, infolítico, sociedad digital, mundo virtual, mundos artificiales y sociedad teledirigida, entre otros. Todos ellos tienen como denominador común a la información, o a la técnica de su tratamiento automatizado, la informática, o en general, aluden a la tecnología como elemento diferenciador. No cabe duda también que existe una especie de carrera cultural entre los países e investigadores por constituirse en los padres del concepto que identifique el nuevo entorno, y así ejercer *patria potestad* sobre este. GARCIA ARETIO, Lorenzo; *et al* (Coords.), *De la educación a distancia a la educación virtual*, Barcelona: Ed. Ariel, 2006, p. 27.

³¹ BELL, Daniel, *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Madrid: Ed. Alianza, 1994, pp. 197 y ss.

³² Capital que no obstante queda rápidamente anticuado merced de las propias características de la sociedad de la información, sobre todo el ritmo acelerado de producción de la propia información, WÜRTENBERGER, Thomas, *La transformación...op.cit.*, p. 1044.

³³ CELA, Julia R, *Sociedad del...op.cit.*

³⁴ HENDERSON, Hazel, *The Politics of the Solar Age*. New York: Ed. Doubleday/Aucher, 1988, p. 40; esta Sociedad del Conocimiento obliga a replantearse la educación, pues el sujeto debe estar preparado no sólo para recibir información, sino que también para transformarla en conocimiento y anticiparse a nuevas información y nuevos conocimientos. Se acuña en la Sociedad del Aprendizaje el paradigma de la educación a lo largo de la vida, educación continua o *lifelong learning*.

1.3. LAS REDES

CASTELLS, probablemente una de las voces más autorizadas en estas materias, no está en desacuerdo con el concepto economicista de la Sociedad de la Información, pero a lo largo y ancho de sus obras dedicadas al tema amplía su visión³⁵, poniendo el eje en otro punto: la construcción de redes. El autor señala que la información, concebida en su sentido más amplio (comunicación del conocimiento) ha sido fundamental en todas las sociedades, incluida la Europa medieval, que estaba estructurada y en cierta medida unificada, en torno al escolasticismo, esto es, en conjunto un marco intelectual³⁶. Desde ahí abre el margen a otro concepto, el de “informacional”, como calificativo de nuestra sociedad.

Una Sociedad Informacional está basada en una forma específica de organización social, caracterizada por el hecho de que las nuevas tecnologías permiten que la “[...] generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de productividad y poder”³⁷. En otras palabras, la información pasa a cumplir el rol de materia prima, pero aunque esta tenga un papel importantísima, no es en sí -ni únicamente ella- la que caracteriza a nuestra sociedad. Refuerza el sociólogo esa idea al señalar las características de la Sociedad Informacional o Sociedad Red,³⁸ transformando a partir de este último concepto a las redes en el eje de su estudio.

De todas formas no debe pensarse que las redes son una propiedad exclusiva de la Sociedad Moderna. Afirmar eso sería un craso error. Las redes en la morfología social humana existen desde antiguo. Principalmente se organizaban así con objetivos comerciales, artísticos, políticos o militares. Las alianzas bélicas no son sino redes con un objetivo político-militar específico. Todas ellas se enfrentaban con grandes escollos

³⁵ Obras que además de analizar la realidad mundial han pasado revista a diferentes realidades locales en busca de los puntos comunes, como por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Cataluña, en CASTELLS, Manuel, et al, *La transición a la sociedad red*, Barcelona: Ed. Ariel, 2007. Idéntica situación con el caso de Finlandia en CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka, *La sociedad de la información y el estado de bienestar*, el modelo finlandés, Madrid: Ed. Alianza Editorial, 2002, o Chile en CASTELLS, Manuel, *Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial*, Santiago de Chile: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2005.

³⁶ CASTELLS, Manuel, *La sociedad red*, 2ª Edición, Madrid: Ed. Alianza Editorial, 2001, p. 51.

³⁷ Con esto el autor agrega también un tinte político a su visión economicista. *Ibid.*, p. 51.

³⁸ En su obra decanta finalmente por éste último concepto, aun cuando ocupa periódicamente el término sociedad de la información o informacional. Se fundamenta en la generación del conocimiento y procesamiento de la información con ayuda de tecnologías informacionales basadas en la microelectrónica; está organizada en redes; y sus actividades están fundamentalmente interconectadas en red en una escala global, actuando como una unidad en tiempo real gracias a la infraestructura de telecomunicaciones y transporte. CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka, *La sociedad...op.cit.*, p.18.

para coordinar sus movimientos, para concentrar recursos técnicos, humanos o económicos, y, finalmente, para la gobernación de la misma red³⁹.

Este es el modelo que ha comenzado a superarse, o mejor dicho, a transformarse, con la inclusión de las redes informáticas y telemáticas en la realidad social, principalmente desde la masificación de Internet.⁴⁰ Esta última ha permitido, por ejemplo, una gran capacidad de comunicación *on line* para la coordinación de los nodos integrantes de la Red, lo que a su vez deriva en la flexibilización necesaria para la toma de decisiones y la desconcentración de recursos de todo tipo. Surge, en voz de CASTELLS, “[...] el desarrollo de una forma organizativa superior de la actividad humana”⁴¹.

Lo importante entonces en la idea de CASTELLS no es sólo la información en sí, sino que esta adquiere el rol de materia prima o elemento básico de la nueva economía, que es tratada a través de sistemas informatizados que aceleran su flujo, y merced a los medios de transporte y telecomunicación, interconectan las unidades o instituciones sociales en una red. Esta nueva economía informacional, global y en red es informacional por que la productividad y competitividad de las unidades o agentes de

³⁹ “[...] las redes se vieron superadas como sistemas instrumentales por organizaciones capaces de concentrar sus recursos en torno a proyectos definidos de manera centralizada, y llevados a cabo mediante la ejecución de tareas en cadenas verticales y de mando. Las redes estaban circunscritas al entorno de la vida privada, mientras que las jerarquías centralizadas eran el feudo del poder y la producción”. CASTELLS, Manuel, *La galaxia internet*, Barcelona: Ed. Plaza y Janés, 2001, p. 16.

⁴⁰ Se produce un reforzamiento mutuo entre revolución tecnológica y una forma emergente de organización social, aunque sin una relación causal simple entre ambas, AIBAR, Eduard, “Las culturas de Internet: la configuración sociotécnica de la red de redes”, en *Ciencia, Tecnología y Sociedad*, V. 4, N° 11, 2008. Disponible online en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-00132008000200002 (Última visita, 10 de abril de 2013).

⁴¹ Castells define Red como un “[...] conjunto de nodos interconectados”, y a su vez, nodo es “[...] el punto en que una curva se intersecta a sí misma. Lo que un nodo es concretamente depende del tipo de redes a que nos refiramos. *Ibid.*, p. 16; CASTELLS, Manuel, *La Sociedad Red...op.cit.*, p. 550. Desde este modelo, por ejemplo, una red educacional será un conjunto de nodos interconectados, en este caso, un conjunto de personas e instituciones cuya ocupación central (e incluso parcial o momentánea –si esto les permite conectarse a la Red-) será la educación, o más precisamente, la producción, procesamiento y transmisión de información de carácter educacional. Los nodos por su parte pueden ser las universidades, institutos, centros de investigación, bibliotecas, investigadores y los mismos estudiantes, que generan información de carácter educacional, la analizan (procesan) y la comparten con los otros nodos interconectados a la Red (transmisión). Si, por ejemplo, un estudiante de Derecho genera un informe para el estudio jurídico en el que trabaja en su tiempo libre, estará compartiendo información con un nodo de otra red (en este caso, una red profesional). Este estudio en tanto puede utilizarlo para una presentación ante Tribunales, transmitiendo la información y diseminándola en otra red (la del aparato judicial del Estado, por ejemplo, o la de una asociación internacional de magistrados). De esta forma, tres redes se interconectan en base a la información generada por un solo nodo de una sola de estas redes, pero al estar interconectadas (gracias a la infraestructura informacional) se convierten finalmente en una unidad que funciona a tiempo real. Los cambios en las prácticas comunicativas redefinen la forma de comprender la relación con los otros, el tiempo, el espacio, y en general, la forma de comprender el mundo, de una manera insoslayable, HOPENHAYN, Martín, “Educación, comunicación y cultura en la sociedad de la información: una perspectiva latinoamericana”, en *Revista de la CEPAL*, N° 81, 2003, p. 17.

esta economía (ya sean empresas, regiones o naciones) dependen fundamentalmente de su capacidad para generar, procesar y aplicar con eficacia la información basada en el conocimiento⁴².

La unidad básica ya no es la empresa, la corporación o la firma, sino la red (por lo mismo es que CASTELLS se inclina por hablar de sociedad red o sociedad en red)⁴³, y las actuales tecnologías que articulan esta red funcionan con la lógica de la aplicación inmediata para el propio desarrollo de las tecnologías que genera. Para CASTELLS, surge un nuevo paradigma tecnológico basado en la tecnología de la información⁴⁴.

Esta lógica organizacional, propia de la sociedad en red, hace que su principal fortaleza sea al mismo tiempo su principal debilidad. El modelo teórico presenta la flexibilidad y adaptabilidad de la construcción entramada como una de sus ventajas capitales. Sin embargo, la misma interdependencia que existe entre un punto y otro del tejido organizacional hace que el desplome de uno de esos puntos pueda producir consecuencias inesperadas y desastrosas en el resto de los nodos⁴⁵. Extrapolando esto a la Red, que comparte esta lógica organizativa, un ataque informático produce un efecto “bola de nieve” afectando muchas veces a gran escala a todos los nodos interconectados, gracias a la misma dinámica. Es la fortaleza- debilidad de la sociedad red e Internet.

⁴² *Ibid.*, p. 111. Para una revisión exhaustiva de los rasgos principales de dicha economía, tanto en la perspectiva global como en los ejemplos localistas que la ilustran, vid., CASTELLS, Manuel. *La Sociedad Red...op.cit.*, pp. 11-185; CERÉJIDO, Inmaculada; GÓMEZ VIEITES, Álvaro; y VELOSO ESPÍNEIRA, Manuel, *Economía digital y comercio electrónico*. Santiago de Compostela: Ed. Tórculo, 2002; TAPSCOTT, Don, *Wikinomics: la nueva economía de las multitudes inteligentes*, Barcelona: Ed. Paidós, 2007; TAPSCOTT, Don, *Del e-commerce al e-business: el siguiente paso*, México D.F.: Ed. Pearson Educación, 2001; TAPSCOTT, Don, *Capital digital: el poder de las redes de negocios*, Madrid: Ed. Taurus, 2001.

⁴³ En la economía informacional, propia de las comunidades de tercera ola que evocaba Toffler, la fuente de la productividad se radica en la interacción de la tecnología de la generación del conocimiento, el procesamiento de la información y la comunicación de símbolos. Surge un círculo virtuoso de interacción entre las fuentes del conocimiento de la tecnología y la aplicación de esta para mejorar la generación de conocimiento y el procesamiento de la información. La clave, para Terceiro, está en los ordenadores y las redes que los interconectan”, poniéndose en la misma línea que Castells, aminorando el rol de la información como elemento clave de la sociedad actual y trasladándolo a las redes informáticas, telemáticas, económicas y sociales. TERCEIRO, José B. *La sociedad digital*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 215.

⁴⁴ El ascenso de la economía informacional-global se caracteriza por el desarrollo de una nueva lógica organizativa que está relacionada con el procedimiento actual de cambio tecnológico, pero que no depende de él. La convergencia e interacción entre un nuevo paradigma tecnológico y una nueva lógica organizativa (la empresa en red) es lo que constituye el cimiento histórico de la economía informacional. CASTELLS, Manuel. *La sociedad red...op.cit.*, p. 47. Para profundizar en los conceptos de información y conocimiento utilizados por Castells, véase BELL, Daniel, *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*, New York: Ed. Basic Books, 1973.

⁴⁵ En el ámbito económico, bástese con recordar lo ocurrido en la denominada “crisis asiática”, de 1998, y la recesión económica de los mercados norteamericano y europeo en los últimos 2 años, que ha producido sus efectos en la economía global, afectando a todos los países del orbe.

1.4. EL COMPONENTE DIGITAL

No son pocos los autores que han optado por acompañar sociedad con el calificante de digital o digitalizada.

El examen de la llamada sociedad digital viene dado por la composición material de la misma, que parte de lo analógico y deviene en lo digital, proceso transformador transversal⁴⁶. Este transcurso es entendido por MORÓN LERMA como una reinterpretación de nuestro modo de entender la técnica, ya que en la sociedad actual lo real puede convertirse en falso, el original en copia, y el ser en identidad virtual.⁴⁷

La era digital se caracteriza por una normalización de las redes informáticas, y por engendrar un nuevo modelo social, la sociedad digital, con una propia cibercultura⁴⁸. La misma autora, y en una nota común a todos los que han estudiado el fenómeno, desde TOFFLER a CASTELLS, entiende con absoluta claridad que la implantación de las nuevas expresiones tecnológicas y la digitalización han tenido un profundo impacto en todos los ámbitos del quehacer humano⁴⁹, sea económico, laboral,

⁴⁶ “Los ordenadores no trabajan con señales analógicas, sino con señales digitales que son mucho más sencillas. Son señales discretas, que no varían continuamente con el tiempo, sino que consisten en elementos separados (discretos) que únicamente pueden tener dos valores expresados en un sistema numérico binario con sólo dos dígitos: uno y cero. Cada uno o cada cero es un bit (acrónimo de *binary digit*). Por convención, ocho bits juntos forman un byte, que, a su vez, representa un signo, una letra o un número de acuerdo con la ASCII (*American Standard Code for Information Interchange*)”. El bit es el elemento atómico más pequeño en el ADN de la información TERCEIRO, José B. *La sociedad...op.cit.*, p. 68. Para Negroponte, “[...] el bit es el átomo de la información, el píxel es la molécula de los gráficos”. NEGROPONTE, Nicholas, *El mundo digital*, Barcelona: Ed. Ediciones B, 1996, p. 130. Desde los bits se configuran los servicios y medios de la Sociedad Moderna, estableciendo la forma digital de medios de comunicación, del dinero, del trabajo, la fotografía, la empresa y hasta la desigualdad (brecha digital), atribuyéndole a todos ellos un apellido: digital. CREMADES GARCÍA, Javier, *El paraíso digital*, Barcelona: Ed. Plaza & Janés, 2001, pp. 35-56.

⁴⁷ J. B. Terceiro revisa las distintas etapas existentes del comienzos del siglo XX en adelante. La primera, que duró casi cincuenta años, va desde los inicios del siglo pasado hasta la Segunda Guerra Mundial, y se le denomina la era eléctrica. La era electrónica, que viene a continuación, se extendió por cerca de veinticinco años, para dar paso a la era de la información, que ya tiene veinte (esto a 1996, fecha de publicación de la obra “Sociedad Digital”, de Terceiro), y que va evolucionando de lo que el autor llama un infolítico inferior a un infolítico superior o hipermedia. TERCEIRO, José B. *La sociedad...op.cit.*, p. 29. Morón Lerma complementa y actualiza esta distinción, denominando a esta última la edad digital. Para esta autora, la era electrónica se caracteriza por la aparición y masificación de los computadores personales o PC (*personal computers*), mientras que en la era de la información, estos PC empiezan a interconectarse en redes de la información. MORÓN LERMA, Esther, *Internet y... op.cit.*, p. 79.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁹ Esta nueva sociedad basada en la digitalización engendra un nuevo sujeto, que Terceiro denomina el *homo digitalis*, al que el autor entrega un fuerte protagonismo en la toma de decisiones. Como el *homo digitalis* de Terceiro puede estar, y efectivamente está, organizado en comunidades o instituciones, su capacidad de gestión y autocontrol, en teoría, debiera ser mayor (pensando por ejemplo en lo que a la autorregulación de Internet se refiere). Morón Lerma, siguiendo el modelo de Terceiro, señala que la Sociedad Digital se fundamenta en su virtualidad, merced a la existencia de las redes de la información, y

profesional, empresarial o el ocio, proceso que TERCEIRO califica de acuerdo a los nuevos productos visibles, como la telemedicina, las telecompras, el tele-empleo, la tele-educación o el teletrabajo, por la intromisión de la telemática en todas estas actividades humanas, y que traen además una serie de cambios políticos y legislativos⁵⁰.

Es por esta misma transversalidad de lo digital que MORÓN LERMA señala que el estudio de la era cibernética⁵¹ desde las perspectivas tecnológica, científica y jurídica, debe enraizarse en las máquinas cibernéticas, concebidas para reproducir funciones específicamente humanas⁵². El ordenador, otros *hardwares* que cumplen similares funciones, y las redes telemáticas, son entonces el punto de atención para el análisis jurídico y social en la sociedad digital, en tanto permiten construir las “carreteras” por las cuales circulará la información digitalizada. Lo analógico es esencialmente rígido, uniforme, en tanto que lo digital es moldeable, flexible. Por eso además, las infovías constituidas por redes telemáticas en la actualidad forman una telaraña flexible, y permiten encarar a la sociedad digital, siguiendo la idea de NEGROPONTE, como esencialmente ampliable⁵³.

ROVIRA DEL CANTO, a partir del desarrollo teórico de BECK y la doctrina alemana, se aventura en la construcción de un concepto algo más amplio⁵⁴. Para esto, no deja de lado el término sociedad de la información, agregando la idea de globalidad, donde las fronteras territoriales han comenzado a perder importancia en no pocos aspectos, como en el comercio exterior, la movilización de personas e incluso, en lo trascendente a esta investigación, en delitos de contenido sexual. Los desafíos impuestos por la evolución de las TIC, el carácter global de la sociedad actual y la

especialmente a Internet. Esto permite a sus usuarios, los cibernautas, transformarse en sujetos anónimos, lo que pasa a ser uno de los derechos de aquellos en La Red, *Ibid.*, p. 27. Negroponte, en una idea similar a lo expresado ya hace años por McLuhan en su examen a los *mass media*, afirma que esta era de la postinformación está centrada en el individuo digital, siendo un modelo social altamente dirigido a la especialización y a la personalización de los contenidos circulantes en las telarañas de la información. NEGROPONTE, Nicholas, *El mundo...op.cit.*, pp. 196-197.

⁵⁰ TERCEIRO, José B., *La sociedad...op.cit.*, pp. 133-155, 179-184.

⁵¹ A pesar de las variables terminológicas utilizadas, debe entenderse que al hablar de Era Cibernética, la autora hace referencia a la misma Sociedad Digital, sólo que considerándola desde un punto de vista infraestructural.

⁵² En referencia al ordenador, que intenta reproducir la funcionalidad cerebral humana, MORÓN LERMA, Esther, *Internet y... op.cit.*, p. 24. A este respecto, McLuhan señalaba que todos los medios de comunicación son una reconstrucción acelerada de capacidades o funciones biológicas: La rueda es una extensión del pie, la ropa de la piel y los circuitos electrónicos de nuestro sistema nervioso central, MCLUHAN, Marshal; POWERS, B. R., *La aldea...op.cit.*, p. 94.

⁵³ “Puede crecer y cambiar de una manera más orgánica y continua que los anteriores sistemas analógicos”. NEGROPONTE, Nicholas. *El mundo...op.cit.*, p. 215.

⁵⁴ ROVIRA DEL CANTO, Enrique, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada: Ed. Comares, 2002, p. 9.

aparición de nuevos riesgos que afectan a la humanidad en su conjunto, plantean el gran reto de llegar a una armonización internacional de las legislaciones, para hacer frente a situaciones tan importantes como la delincuencia informática.

Los tres elementos antes mencionados, globalidad, evolución de las TIC y la aparición de riesgos no existentes ayudan a configurar la sociedad moderna. En palabras de Rovira, “[...] si queremos completar la evolución a la sociedad actual...necesariamente debemos tratar conjunta y complementariamente los cambios significativos expuestos con anterioridad, y aunar los términos de sociedad de la información, sociedad de riesgos y sociedad global, pudiéndose en consecuencia hablar de la existencia en la actualidad de una *sociedad global del riesgo y la información*”⁵⁵.

1.5. EL RIESGO

1.5.1. La sociedad del riesgo

Desde la doctrina sociológica alemana surge la llamada Sociedad de Riesgos o sociedad del riesgo, expresión acuñada por el sociólogo germano ULRICH BECK⁵⁶.

Así como en el concepto de sociedad digital el rol de las TIC es considerado como transversal y moldeador de la realidad actual, específicamente a través de la digitalización de los contenidos y las redes que conlleva a la convergencia tecnológica, en la sociedad del riesgo dicha tecnología es considerada como un factor creador de riesgos, pero uno más de esos factores (incluso con un papel secundario), y no el que determina en su totalidad el estadio estudiado (comparte ese papel con la energía nuclear, la química o la biotecnología).

⁵⁵ Cursivas agregadas. *Ibid.*, p. 25.

⁵⁶ Sin embargo, y previo al análisis más detallado de dicho modelo, cabe señalar que la Sociedad del Riesgo es quizás el modelo que más elementos jurídicos y criminológicos tiene de los ya estudiados hasta ahora. Ni el concepto de sociedad de la información, ni sociedad digital, ni el de sociedad en red tienen una mirada algo más profunda sobre elementos de un carácter más bien jurídico, como si lo hace la teoría de la sociedad del riesgo, donde desde ya la expresión usada está marcada por el uso del “riesgo” como núcleo central, con las consecuencias que esto tiene para el derecho, especialmente el Derecho penal, y más aun para la delincuencia sexual en la Red, como veremos más adelante. Vid., BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Madrid: Ed. Siglo Veintiuno de España Editores, 2002; BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Ed. Paidós, 2006. Para Rodríguez Ibáñez, la concepción social de Beck tiene como mérito el integrar en una sola visión las dimensiones sociológica, económica, política y cultural (debemos considerar lo jurídico dentro de lo político), RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José, “Hacia un nuevo marco teórico (presentación)”, en *Revista de Occidente*, Nº 151, Diciembre de 1993, p. 7.

La idea central de la teoría de la sociedad del riesgo apunta a que nuestro entorno, aun en desarrollo y que se constituye como la continuación de la sociedad industrial, los riesgos producidos por las implicancias negativas del desarrollo tecnológico, así como por el modelo de producción y consumo moderno, adquieren una característica de globalidad y perniciosidad no conocidas hasta el momento. Llevados al extremo, estas fuentes de peligro han derivado en la creación de nuevos riesgos no existentes en épocas anteriores⁵⁷.

En la transición entre las sociedades industrial y del riesgo se producen consecuencias y autoamenazas en forma sistemática, domina la autoidentidad de la Sociedad Industrial, que legitima los peligros de las decisiones adoptadas (el riesgo al que alude el autor siempre es consecuencia de decisiones humanas, individuales o colectivas), es decir, los riesgos residuales⁵⁸. Desde el momento en que la sociedad industrial produce y legitima peligros que no puede controlar, estos pasan a dominar el debate público y privado, la sociedad industrial se percibe y critica a sí misma como sociedad del riesgo.⁵⁹

Siguiendo en este punto a MENDOZA BUERGO, las características definitorias de la sociedad del riesgo son⁶⁰:

a) Cambio en el potencial de los peligros actuales⁶¹. Los actuales riesgos son artificiales, en el sentido de que nacen del actuar particular o colectivo del ser humano,

⁵⁷ “[...] este concepto (sociedad del riesgo) describe una fase del desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, ecológicos e individuales creados por el impulso de la innovación eluden cada vez más el control y las instituciones protectoras de la sociedad industrial”. *Ibid.*, p. 113; BECK, Ulrich, “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, en *Revista de Occidente*, N° 151, Diciembre de 1993, pp. 25-26. Paredes Castañón cree a su vez que el concepto autorizaría a encuadrar y manifestar apropiadamente las características consideradas más particulares de la evolución del *ius penale* en las sociedades desarrolladas, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas”, en *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, N°4, 2003, pp. 112 y ss.

⁵⁸ Los retos que debe afrontar la sociedad para pasar de una primera a una segunda modernidad son: la globalización, la individualización, la revolución de los géneros, el subempleo y los riesgos globales, “[...] estos cinco procesos tienen en común ser consecuencias imprevistas de la victoria de la época industrial”. *Ibid.*, p. 2.

⁵⁹ Beck introduce el concepto de “modernización reflexiva”, que implica sobre todo la idea de auto-confrontación, mas que la misma idea de reflexión, expresamente indicada. La sociedad del riesgo no es asumida como una opción de quienes controlan la etapa inmediatamente anterior, sino como una realidad surgida a través de la evolución autónoma de procesos científicos, técnicos e industriales. En el fondo, la modernidad reflexiva significa “auto-confrontación con las consecuencias de la sociedad del riesgo que no pueden abordarse ni resolverse (adecuadamente) en el sistema de la sociedad industrial”. *Ibid.*, pp. 113-115.

⁶⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Ed. Civitas, 2001, p. 25; BECK, Ulrich, *De la sociedad industrial...op.cit.*, pp. 26-28.

⁶¹ Sobre este punto en particular y en referencia a los delitos sexuales on line, Romeo Casabona afirma que esto es particularmente importante respecto a los ilícitos cuyo injusto se fundamenta en los contenidos de la información, ejemplificando esta situación con la pornografía infantil, la xenofobia, las

y no de la naturaleza (al menos no de esta sola como en el caso de huracanes o terremotos, sino que en el actuar conjunto muchas veces de naturaleza y ser humano). A su vez son tremendamente masivos e importan, quizás por primera vez en la historia de la humanidad la posibilidad real y concreta de llevar a la autodestrucción de la especie humana (piénsese en las armas químicas o la energía nuclear, por ejemplo). Son, como dice la autora, “consecuencias secundarias del progreso tecnológico”.⁶²

b) La complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad. La organización social aumenta en complejidad, ya que, entre otras cosas, el individuo que forma parte de ella resulta cada vez más intercambiable, lo que produce una asignación difusa de responsabilidades (jurídicas y no jurídicas).⁶³ BECK acuña la expresión “irresponsabilidad organizada”⁶⁴, lo que se produce tanto por la suma de una multiplicidad de acciones individuales como por la sistemática divergencia entre producción de riesgos y afectación por el mismo en sociedades funcionalmente diferenciadas⁶⁵.

c) Sensación de inseguridad subjetiva. El aumento de esta hace que se exija al sistema jurídico, principal aunque no excluyentemente al Derecho penal, tanto el aumento de la protección objetiva de la seguridad como de que esta misma se traduzca en un aumento de la sensación de seguridad subjetiva⁶⁶. Es quizás en esta exigencia donde se produce el punto de inflexión de la crisis del Derecho penal actual⁶⁷.

acciones atentatorias contra la propiedad intelectual y la apología al terrorismo. La Red, señala el autor, no sólo facilita su difusión, sino también abarata los costes y favorece la comunicación entre personas afines (que siguiendo la idea de Castells, se agrupan socialmente en redes de contenido o accionar ilícito). ROMEO CASABONA, Carlos, “De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal”, en ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Ed. Comares, 2006, p. 4.

⁶² MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal... op.cit.*, p. 27.

⁶³ Silva Sánchez recuerda que la construcción teórica de Beck descansa sobre la idea de que el trasfondo de todos los nuevos riesgos está en las decisiones humanas. A esto el español aporta que no solamente importa al derecho y a la vida social en general las decisiones humanas que generan riesgos, sino también, y en igual medida aquellas que distribuyen estos riesgos. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión... op.cit.*, p. 16.

⁶⁴ Esto a propósito de la denominada “crisis asiática” de fines de la década pasada, que puso de manifiesto los nuevos riesgos de los mercados globales. La “irresponsabilidad organizada” es una forma institucional impersonal hasta el punto de carecer de responsabilidades, incluso ante sí misma. Gracias a la revolución informacional (concede Beck aquí el importante rol de la informática y la telemática en la generación de los nuevos riesgos), el riesgo del mercado global permite el flujo casi instantáneo de los fondos que determinan quien prosperará, si es que alguien prospera, y quien sufrirá”. BECK, Ulrich, *La sociedad... op.cit.*, pp. 9-10.

⁶⁵ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal... op.cit.*, p. 29.

⁶⁶ El hecho de que algunas de las fuentes generadoras de riesgos provoquen los efectos dañinos muchos años después de la ocurrencia del hecho riesgoso aumenta la sensación de inseguridad, pues el ciudadano intuye que se le causa un perjuicio, pero desconoce como y cuando se visualizará éste. Claros ejemplos son el derrame de sustancias tóxicas en caudales de agua, y, algunos de los delitos relativos a la pornografía infantil y juvenil cometidos a través de Internet, según intentaremos evidenciar en este

El análisis empírico que es recomendable hacer para responder a la pregunta de si es el Derecho penal el medio idóneo para aumentar la sensación de seguridad así como la seguridad objetiva arrojará probablemente una respuesta negativa, lo que condena los esfuerzos del legislador por anticipar el ámbito de protección del Derecho penal hasta límites difícilmente sostenibles por el modelo garantista presente en buena parte del ordenamiento jurídico moderno. Agrega SILVA SÁNCHEZ que a raíz de esto es el recurso cada vez más asentado a los tipos de peligro, así como a su configuración cada vez más abstracta o formalista (en términos de peligro presunto)⁶⁸. Él mismo indica como consecuencias para el Derecho penal del cambio en los paradigmas sociales la eliminación de espacios de riesgo permitido, propios de la Sociedad Industrial.

Se suma a lo anterior, con una importante consecuencia en el aumento de delitos de omisión (particularmente de comisión por omisión), el incremento en la apreciación de infracciones del deber de cuidado, que se complementa con la construcción crecientemente ampliatoria de la comisión por omisión en virtud de injerencia. Lo mismo con el aumento en la tipificación de delitos de peligro, y otras cuestiones que se verán *infra*⁶⁹. El delito doloso de acción parece perder su hegemonía ancestral frente a las emergentes figuras cuasidelictivas y omisivas.

1.5.2. Las TIC como factor de riesgo

BECK en su teoría sociológica aproxima las primeras características sobre el riesgo:

“[...] es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada...el régimen de riesgo es una función de un orden

trabajo, y que se refleja, por ejemplo, en las reformas al CP del 2015. Esto mismo produce además una elevadísima sensibilidad al riesgo, que lleva a que la apreciación subjetiva del riesgo sea muchas veces mayor a la entidad dañina del factor de riesgo en sí. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión...op.cit.*, p. 16. El binomio riesgo-inseguridad, representado por el anhelo de lo segundo frente al desprecio por lo primero, produce la demanda de seguridad de la comunidad hacia el Estado. BALMACEDA HOYOS, Gustavo; HENAO CARDONA, Luis Felipe, *Sociedad del Riesgo y bien jurídico penal*, Santiago de Chile: Ed. Jurídica, 2005, p.26.

⁶⁷ Al exigírsele al Estado una pretensión social de seguridad que no necesariamente corresponde al Derecho penal cumplir, sino más bien al derecho de policía. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión...op.cit.*, pp. 31-32.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 45.

nuevo: no es nacional, sino global. Está íntimamente relacionado con el proceso administrativo y técnico de decisión. Anteriormente, esas decisiones se tomaban con normas fijas de calculabilidad, ligando medios y fines o causas y efectos. La sociedad del riesgo global ha invalidado precisamente esas normas”.⁷⁰

ROVIRA DEL CANTO, siguiendo al mismo BECK, diferencia tres categorías de riesgos: los riesgos tradicionales, los riesgos propios del Estado industrial del bienestar y los nuevos riesgos.

Los primeros, los riesgos tradicionales, son aquellos de carácter personal, individualmente imputables y limitados en el tiempo. Aquí nos encontramos con cuestiones habituales y casi cotidianas como los deportes de alto riesgo o la adicción a la nicotina. Los riesgos propios del Estado industrial de bienestar, en tanto, son soportados de forma socializada en sus costes, a pesar de ser perfectamente identificables sus autores individuales. Podemos encontrar aquí, según indica el propio ROVIRA, el caso de los contratos de seguros, donde es el conjunto de asegurados quienes asumen la eventualidad de ocurrencia del hecho peligroso asegurado. Finalmente están los nuevos riesgos, que participan de las características de las dos categorías antes mencionadas. No son aceptados voluntariamente pero producen efectos colectivos que no han sido perseguidos por quien creó el riesgo⁷¹.

En esta última categoría encontraremos los riesgos relacionados con las nuevas tecnologías como la informática o la telemática, así como aquellos generados por la biotecnología, la energía nuclear o la química.⁷² Las conductas y contenidos de características sexuales que ocurren o transitan en Internet día a día pueden ser comprendidas por esta clasificación de los riesgos.

Cabe resaltar que, aunque BECK y otros autores minimizan la incidencia de la informática y las técnicas de telecomunicaciones como fuente de riesgos⁷³, ROVIRA

⁷⁰ BECK, Ulrich, *La sociedad...op.cit.*, p. 8.

⁷¹ ROVIRA DEL CANTO, Enrique, *Delincuencia informática...op.cit.*, p. 19.

⁷² BECK, Ulrich, *De la sociedad industrial...op.cit.*, pp. 25-26.

⁷³ A pesar de que Beck no lo hace de forma expresa, sus obras centran el análisis en la generación de riesgos principalmente de otras fuentes, como la energía nuclear o la bioquímica, que tienen impactos fuertes en el medio ambiente, más que en la informática o la telemática, estas últimas con mayores impactos en el patrimonio, la seguridad personal o la honra de las personas. BECK, Ulrich, *La sociedad...op.cit.*, p. 8. Carlos Pérez Del Valle en tanto considera a las tecnologías como la informática y la telemática como un mero fenómeno asociado en el tiempo al nacimiento de los nuevos riesgos, acorde con esta idea minimizadora de su importancia como generadora de nuevos riesgos. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Sociedad de riesgos y reforma penal”, en *Poder Judicial*, Vol. II, 1996, pp. 43-44.

DEL CANTO sostiene que ésta tiene la entidad necesaria para ser considerada como una parte de la propia Sociedad de Riesgos, como un riesgo nuevo en sí mismo.⁷⁴ En la misma línea está SILVA SÁNCHEZ, para quien la informática y las comunicaciones generan nuevos riesgos que contribuyen al fenómeno expansivo del Derecho penal.⁷⁵

Si bien es perfectamente posible concederle a BECK la idea (también frecuente en su obra) de que los nuevos riesgos, a diferencia de los antiguos, importan la posibilidad de autodestrucción de la especie humana⁷⁶, y que la informática y la telemática por sí solas no importan este riesgo, no puede desconocerse el hecho de que ambas tecnologías están completa y transversalmente inmersas en el mundo global actual, atravesando funcionalmente las áreas consideradas “sensibles” por BECK, como la energía nuclear o la bioquímica. Sin ir más lejos, un fallo en los sistemas informáticos de las plantas nucleares puede generar una catástrofe de incalculable nivel temporal y espacial.⁷⁷

Es necesario entender que la masificación de la informática hace que los riesgos que las nuevas tecnologías traen consigo amenacen a cualquier persona sobre la faz de la Tierra, directa o indirectamente, tanto como otros peligros de los considerados en la sociedad del riesgo. Siguiendo al mismo ROVIRA DEL CANTO, que intenta reafirmar el rol de la informática y la telemática como fuentes generadoras de riesgos de la misma magnitud de otros recién vistos, los límites del riesgo permitido han cambiado, haciendo imposible una determinación de forma exacta, *a priori*, de dicha sociedad que se encuentra permanentemente en el riesgo.⁷⁸ Agrega SILVA SÁNCHEZ que “[...] la

⁷⁴ ROVIRA DEL CANTO, Enrique, *Delincuencia informática...op.cit.*, pp. 21-22.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión...op.cit.*, p. 14; GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Expansión e intensificación del Derecho penal de las nuevas tecnologías: Un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Nº 15, 2006, pp. 17-22.

⁷⁶ Sobre esta característica de cortes apocalípticos, véase también JESCHEK, Han H., “Franco Bricola e la sua opera vista dalla Germania”, en CANESTRARI, Stefano (Dir.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino: Ed. Giappichelli, 1998, p. 16.

⁷⁷ Recurriendo un poco a la ciencia ficción, que cada vez tiene menos de ficción y mas de ciencia, el film *Terminador*, del director James Cameron, narra la destrucción de la humanidad por un superordenador llamado *Skynet*, que toma conciencia de sí misma (rasgo avanzado de la inteligencia artificial) tomando el control de los sistemas informáticos que manejan el sistema de defensa norteamericano, generando una guerra nuclear que acaba con casi la totalidad de la vida en el planeta. ¿Está lejos de la realidad el que los sistemas de defensa de las superpotencias dependan de los sistemas informáticos, y que estos cada vez más realicen tareas casi con la absoluta ausencia del control del ser humano? Lo ocurrido en Japón con la central nuclear de Fukushima, luego del Tsunami del 2011, permite reforzar esta idea con una gran cuota de realidad.

⁷⁸ ROVIRA DEL CANTO, Enrique, *Delincuencia informática...op.cit.*, p. 25. Sobre este cambio en los límites, Silva Sánchez afirma que en el modelo de Sociedad del Riesgo se parte de la idea que un porcentaje de accidentes graves producto de fallos técnicos es inevitable. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión...op.cit.*, p. 15.

disminución de los niveles de riesgo permitido es producto directo de la sobrevaloración esencial de la seguridad...frente a la libertad”.⁷⁹ HERZOG marca la misma línea, al afirmar que el riesgo en esta sociedad proviene del desarrollo de la tecnología y de la economía, que produce la desestructuración y la reestructuración local, nacional e internacional, acompañada de un desorientamiento normativo⁸⁰.

Una cuestión que cabe preguntarse aquí es si estos nuevos riesgos de los que se habla son efectivamente nuevos. Una opción es asumir que en realidad más que nuevos riesgos son los tradicionales pero con un potencial de daño mucho mayor. En estricto rigor, muchos de los riesgos existentes eran capaces de producir daños a escala particular o local, pero actualmente y con el apoyo de nuevas tecnologías, adquieren una mayor onda expansiva, alcanzando con el “brazo de su pernicioso efecto” a vastos sectores de territorio, o incluso a la globalidad.⁸¹

Por otra parte, los avances en distintas áreas de la ciencia y la tecnología, nos presentan entidades de riesgo no existentes, y probablemente inimaginables en las sociedades de la era industrial. Entre estos se pueden mencionar la genética y la biotecnología, las nuevas tecnologías en el terreno de la química, la informática y la telemática e incluso la energía nuclear, que si bien comenzó a desarrollarse de la mano de Becquerel y Marie Curie a fines del siglo XIX, y tuvo su bautizo de fuego en la Segunda Guerra Mundial, se masificó en la segunda mitad del siglo XX gracias a su desarrollo como generadora de energía eléctrica, entre otros usos.

⁷⁹ *Ibid.*, P. 37.

⁸⁰ HERZOG, Félix. “Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale”, en FOFFANI, Luigi; y STORTONI, Luigi (Eds.), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano: Ed. Giuffrè Editore, 2004, pp. 362-363.

⁸¹ Sin ir muy lejos, uno de los efectos de la industrialización es la contaminación ambiental. Las ciudades amenazadas por el *smog* no comenzaron a ser “víctimas” de riesgo ambiental en la Sociedad del Riesgo, sino que desde mucho antes. La industria química es otro ejemplo de un aumento considerable de su peligrosidad en los últimos años.

2. ALGUNAS LECTURAS SOBRE EL ROL DE LAS TIC EN LA SOCIEDAD ACTUAL

2.1. LA TECNOLOGÍA COMO PILAR DE LA CONFIGURACIÓN SOCIAL

Se aludía *supra* a los rasgos comunes a esta sociedad del riesgo y la Información y se denotaba claramente que las tecnologías informacionales basadas en la microelectrónica se situaban como base del nuevo ordenamiento social⁸². GÓMEZ SEGADE afirma que la Sociedad de la Información se sostiene sobre dos pilares:

- a) La convergencia de instrumentos y medios técnicos suficientemente conocidos y útiles socialmente; y
- b) Las nuevas tecnologías⁸³, en particular la informática y las telecomunicaciones⁸⁴.

La nueva economía nacida en Estados Unidos, base de la sociedad actual, se basó en dos sectores claves de producción: La tecnología de la información, por un lado, y las finanzas, por el otro. A mediados de la década de los 90, las empresas que crecieron en su revalorización fueron aquellas relacionadas con la nueva economía o que respondían a su imagen (por ejemplo, Microsoft, Dell o Qualcomm), incluso por sobre el hecho de arrojar pérdidas en sus primeros ejercicios financieros. Sus atributos eran, entre otros, una fuerte inversión en investigación y desarrollo (I + D) y el estar organizadas en Red. Como dice CASTELLS, el núcleo de esta economía se basará cada vez más, hacia el siglo XXI, en las empresas relacionadas con Internet⁸⁵, lo que se

⁸² El rol de la tecnología en la historia humana, y principalmente en las últimas dos décadas, viene marcado por el intento de la especie humana por controlar la naturaleza, lo que la profesora del MIT, Rosalind Williams, entiende como causa de una “segunda naturaleza”, donde los sistemas tecnológicos comienzan a actuar entre sí. Este proceso nos arroja como entorno un nuevo mundo, híbrido entre naturaleza y tecnología, WILLIAMS, Rosalind, “La tecnología en un mundo peligroso”, disponible en <http://mit.ocw.universia.net/STS-069/NR/rdonlyres/Science--Technology--and-Society/STS-069Technology-in-a--Dangerous-WorldFall2002/A85F9549-B844-4F9B-A23F-8EFC2EEEABFB/0/commentary.pdf> (última visita 06 de Mayo de 2013); CASTELLS, Manuel, *La Sociedad Red...op.cit.*, pp. 33, 35; Para profundizar, BRAUDEL, Fernand, *Civilización material y capitalismo*, Barcelona: Ed. Labor, 1974.

⁸³ Aunque el término nuevas tecnologías es bastante difuso, podemos incluir en ellas, en primer lugar, a la informática, la telemática, la ingeniería genética y la microelectrónica, entre otras. Castells realiza un acabado repaso de la evolución de cada una de estas tecnologías consideradas pilares de la sociedad de la información. CASTELLS, Manuel, *La sociedad red...op.cit.*, pp. 70-102.

⁸⁴ GÓMEZ SEGADE, José, “El comercio electrónico en la sociedad de la información”, en GOMEZ SEGADE, José (Dir.), *Comercio electrónico en internet*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001, p. 22.

⁸⁵ CASTELLS, Manuel, *La sociedad red...op.cit.*, p. 196. Esto a pesar de la denominada Crisis de la Burbuja, nombre con el que se conoce la caída de las empresas “punto com” en los albores del siglo XXI,

traduce en un atractivo foco de atención para la delincuencia que opera a través de Internet. Al respecto, no se puede obviar de que la industria del sexo es una de las que mayor movimiento de capital tiene en la Red.⁸⁶

Del análisis hecho en el capítulo anterior, y de la síntesis recién mencionada hecha por GÓMEZ SEGADE, podemos señalar los que se constituyen en pilares tecnológicos de la Sociedad Moderna: la digitalización de contenidos, las redes informáticas y la convergencia tecnológica, que se revisarán a continuación.

2.2. LA DIGITALIZACIÓN DE CONTENIDOS Y LAS REDES INFORMÁTICAS Y TELEMÁTICAS

MCLUHAN no erró en su mirada anticipatoria sobre los *mass media*. El analista pregonaba que el avance en la informática y las telecomunicaciones haría que los medios pasaran de la masificación a la segmentación,⁸⁷ lo que se ha reflejado en el cambio de paradigma desde un usuario receptor-pasivo de contenidos hacia el modelo de usuario selectivo receptor y creador de contenidos⁸⁸. Internet y la digitalización de los contenidos, que han permitido el nacimiento del multimedia, son los factores que han contribuido al mencionado cambio de paradigmas. Los contenidos informáticos constituyen una de las dimensiones claves de la sociedad de la información (datos, textos, sonidos, imágenes o combinaciones multimediales de ellos), asignándole un rol importantísimo a la industria de contenidos, contándose en ella también el negocio de los contenidos ilícitos, como el de la pornografía infantil y juvenil.

Vemos hoy como ha crecido *YouTube* hasta convertirse en un verdadero fenómeno de Internet y en, quizás, el medio de comunicación que mas identifica al usuario medio de la Red (junto con ser un gran negocio, claro). Los internautas navegan

y que denota un punto oscuro de la nueva economía, aunque el mismo Castells señala que esta crisis, y este tipo de empresas, son sólo una parte de la nueva economía, y no esta en si, Cfr. CREMADES, Javier, *El paraíso...op.cit.*, pp. 94-96; TERCEIRO, José B. *La sociedad...op.cit.*, pp. 109-110.

⁸⁶ Entre el negocio de la prostitución y el de la pornografía, América Economía estima que se superan los USD 200.000 millones al año, <http://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/conozcalas-industrias-que-mas-dinero-mueven-nivel-global> (Última visita 03 de enero de 2015).

⁸⁷ El futurista ya imaginaba como el ordenador potenciaría distintos medios de comunicación, permitiendo las actualizaciones al instante o el acceso inmediato y a distancia a distintas bases de datos, tal como lo es hoy en día Internet. MCLUHAN, Marshal; POWERS, B. R., *La aldea...op.cit.*, pp. 91-98.

⁸⁸ “Los usuarios (de las tecnologías relacionadas con el video) se convertirán en productores y consumidores a la vez”, auguraba McLuhan. *Ibid.*, p.91. Toffler ratificaba este pensamiento cuando se refería al resurgimiento del prosumidor, la figura humana que, en la tercera ola, vuelve a conjugar en un solo individuo y tal como en la primera ola, al consumidor y al productor (de bienes, servicios o contenidos, como es el caso de Internet). TOFFLER, Alvin, *La tercera...op.cit.*, pp. 261-281.

en el sitio en busca de imágenes de los más diversos tipos, orígenes, gustos y calidades, a la hora que quieren desde el lugar que quieren, incluso los programas de televisión que hace sólo días u horas estaban al aire. El usuario cambia el control remoto por el *mouse* y hace *zapping* a través de los diferentes *links* que ofrece el sitio web⁸⁹. De hecho, su slogan refuerza esta verdadera democracia participativa de los nuevos medios: *broadcast yourself*, algo así como “anúnciate tu mismo”, o “transmite (tu canal) tu mismo”,⁹⁰ cuestión que se cumple a través de la Red.

Se tiende erróneamente a reducir el concepto de redes a Internet, principalmente por el extraordinario impacto social y mediático de esta, sin considerar la existencia de otras similares. Aunque finalmente Internet es una red que incluye en sí otras redes informáticas y telemáticas (la “red de redes”), por ende, lo que se diga de las redes informáticas, se dice también de Internet, y viceversa⁹¹. Internet es el sistema nervioso de nuestra sociedad, y constituye la base tecnológica del modelo organizativo de la era de la información: La Red⁹². La información es su materia prima y, como señala SIEBER, además de ser un valor es un factor de poder y un peligro potencial⁹³.

No sería para nada injusto otorgar a Al Gore un rol importante en la actual configuración de las redes informáticas a nivel mundial. Durante su periodo como vicepresidente de la administración de William Jefferson Clinton, llevó adelante el plan de liberalización del mercado de las telecomunicaciones norteamericano, a través de las leyes sobre computación de alto rendimiento y tecnología y estructura de la información⁹⁴. Y no se negará ahora el impacto que situaciones como esta, a pesar de ocurrir inicialmente en territorio estadounidense, tienen en el mercado internacional, y especialmente en el *e-commerce*.

⁸⁹ Youtube actualmente es propiedad del gigante de Internet *Google*, quien compró la compañía en el año 2006 en US\$ 1.650 millones. En breves palabras, su principal característica es que los usuarios pueden cargar sus propios contenidos, sean estos videos caseros, grabaciones de eventos, video clips, programas de televisión o fragmentos de *films*. Esto ha provocado a su vez una serie de problemas de *copyright*, ya que muchos de los contenidos subidos al servidor de Youtube están protegidos por la legislación autoral. El *modus operandi* de la compañía en estos casos es retirar los contenidos en el caso de recibir reclamo de parte del titular de los derechos infringidos.

⁹⁰ Castells confirma esta idea al referirse a la rápida penetración de Internet como medio de comunicación (llegó a los 60 millones de usuarios en 3 años, contra los 15 que tardó la televisión y los 60 de las radioemisoras), señalando que, “[...] a diferencia de la televisión, los consumidores de Internet son también sus productores al proporcionar los contenidos y configurar La Red”. CASTELLS, Manuel, *La Sociedad Red...op.cit.*, p.196.

⁹¹ Negroponte agrega como dato que a Octubre del año 1994, Internet aglutinaba un total de 45.000 redes, con más de 4.000.000 de procesadores conectados, NEGROPONTE, Nicholas, *El mundo...op.cit.*, p. 215.

⁹² CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, p. 15

⁹³ SIEBER, Ulrich, *The international handbook on computer crime: computer-related economic crime and the infringements of privacy*, Chichester: Ed. John Wiley & Sons, 1986, pp. 35 y ss.

⁹⁴ CEBRIÁN, Juan Luís, *La red*, 2ª edición, Madrid: Ed. Taurus, 1998, p. 43.

A consecuencia de lo anterior, se acabaron los monopolios de la telefonía básica, los operadores de cable pudieron entrar a competir en aquel nicho de mercado, y se flexibilizaron las redes para comunicarse entre sí. A pesar de que se auguraba una feroz competencia comercial (que efectivamente ha ocurrido), surgió otra situación quizás inesperada, el surgimiento de una industria interactiva donde la informática fue una piedra angular, y donde el Derecho, nuevamente, se vería asaltado por realidades en principio ajenas a sus normas. El vehículo producido por la digitalización de los contenidos encontraba “autopistas de la información” donde correr, parafraseando a Gore.

2.3. LA CONVERGENCIA TECNOLÓGICA

Podría señalarse que este proceso es el causante de las tendencias actuales en cuanto a productos de la informática y la comunicación a nivel usuario. Ya no nos conformamos con tener un teléfono móvil, sino que además este debe tener una cámara fotográfica digital que nos permita obtener imágenes de nuestra vida diaria. Ya no es suficiente que nuestras PDA permitan organizar nuestra agenda diaria o semanal, sino que además deben poseer conectividad *wifi* para acceder a la Red en cualquier lugar. Ya no es suficiente que podamos ver los programas de televisión en la pantalla de 32” existentes en casa. Si vamos a salir del hogar y aun no termina la transmisión de la liga española de fútbol, queremos seguir disfrutando de la emoción del partido a través del teléfono móvil, o, mejor aún, en un *iphone* o en la *blackberry*.

En general, aquellos productos que hace un par de años servían, por lógica, para lo que su “naturaleza” indicaba (el móvil para hacer llamadas, o la PDA para organizar asuntos personales) hoy no están “al día” tecnológicamente hablando si no cumplen al menos con dos tipos de servicios distintos. Las telecomunicaciones, la informática y los servicios de contenidos convergen en dispositivos multifunciones que además, y progresivamente, reducen su tamaño y aumentan su capacidad⁹⁵.

⁹⁵ Llaneza González extrae del Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información, (COM/97/0623 final, no publicado en el Diario Oficial, y en adelante, el Libro verde de la convergencia) una definición de esta, concebida como “la capacidad de diferentes plataformas de red de transportar tipos distintos de servicios esencialmente similares, o la aproximación de dispositivos de consumo tales como el teléfono, la televisión y el ordenador personal LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, *Internet...op.cit.*, p.18.

Ahora es indistinta la naturaleza de lo que se pretende comunicar, pues voz, texto, imagen y sonido pasan a ser sólo un cúmulo de datos a la hora de ser transportados por las redes interconectadas. Los contenidos digitales permiten que se estandarice un nuevo lenguaje, que los dispositivos informáticos o telecomunicacionales leen a la perfección, además de producir “[...] una reordenación mundial del espacio radioeléctrico, pues las frecuencias digitales ocupan mucho menos espacio que los canales o frecuencias analógicas, multiplicando enormemente la capacidad de tránsito de contenidos como también la cantidad de operadores del mercado”.⁹⁶

Internet se convierte en el motor principal y simbólico de la convergencia, y esta a su vez, al permitir la intersección de los sectores audiovisuales, informático, de telecomunicaciones y de la industria de contenidos, se convierte en una de las causas del nacimiento de la Sociedad de la Información. Aquí es posible citar el fenómeno de los *blogs*, o el ya mencionado *YouTube*.

Las bases del desarrollo de la convergencia han sido, principalmente, la liberalización de sectores claves como las telecomunicaciones y la evolución técnica (digitalización y redes inteligentes)⁹⁷. En Europa, a contar de 1998, se liberan mercados de telecomunicaciones que eran principalmente monopólicos, regulados jurídicamente de forma muy estricta, dando paso a la entrada de los capitales privados a través de estaciones de televisión privadas, por ejemplo⁹⁸.

El fenómeno convergente no resiste una mirada únicamente técnica, sino que también posee una fuerte línea económico-mercantil y otra jurídica. Las posibilidades que ha otorgado esta fase de la evolución tecnológica han producido que los sectores involucrados en cada área, independientemente consideradas, comenzaran a ver a sus pares de los sectores en convergencia. Los medios de comunicación escritos, como periódicos, diarios o revistas, pusieron sus ojos en las empresas de servicios de Internet, para comenzar a publicar versiones *on-line* de sus medios.

⁹⁶ REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos. *¿Qué es la sociedad...op.cit.*

⁹⁷ LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, *Internet...op.cit.*, p.17.

⁹⁸ Castells hace una revisión de cómo en la década pasada los capitales privados comenzaron a integrarse fuertemente en el mercado de las telecomunicaciones, especialmente en la televisión, gracias a la liberalización del sector. Da el caso francés, donde se privatizó la TF1, el principal canal galo, como ocurrió en Italia, donde el político y empresario Silvio Berlusconi se adueñó de todos los canales privados itálicos agrupándolos en tres cadenas. En España la tradicional televisión pública española ha visto como se nutría la parrilla con distintas cadenas privadas como Canal Plus o La Sexta, por ejemplo. La televisora estatal japonesa NHK debió afrontar la competencia de una serie de canales privados como Fuji TV, NTV o TV Tokio, entre otros, y hasta en Rusia la televisión privada comenzó a ganar espacio en el mercado. El caso norteamericano no deja de ser importante, pues así como se incluían fuertes capitales privados, comenzaba a dar muestras de otro fenómeno importante en ese medio: la segmentación. CASTELLS, Manuel, *La sociedad red...op.cit.*, pp. 412-416.

Los prestadores de servicios de Internet, como buscadores o portales, comenzaron a fijarse en la industria de contenidos para hacer más atractivo sus productos, y así lograr importantes sumas por concepto de avisaje. La industria radial rompía las limitaciones de la antena repetidora para volcar sus contenidos a la Web, obteniendo auditores desde los confines mas alejados del planeta. Así los ejemplos suman y siguen, teniendo como puntos en común el aprovechar la tecnología convergente para aliarse con agentes de otros sectores de negocios que les permitan abrir nuevas parcelas de mercado⁹⁹.

Sin embargo, aun cuando la convergencia posee un importante valor agregado para los medios y mercados convergentes, trae consigo un problema importante para la faz jurídica: su regulación. Porque las normas jurídicas, en general, tienden hacia la parcelación y especificidad en sus contenidos y objetos de regulación. Si convergen dos productos, o dos sectores de productos, por ejemplo, la televisión y la telefonía móvil, o la prestación de servicios de Internet y la energía eléctrica, surge la duda sobre cuál normativa será aplicable. ¿La televisión móvil estará regulada por la normativa que regula las telecomunicaciones o por aquella que regula a los servicios informativos? Es difícil responder *a priori* a esta pregunta, o a aquellas de similar naturaleza, pero esa capacidad del fenómeno convergente de unir productos, servicios o mercados tradicionalmente separados, y regidos por sus propias normativas, provoca la encrucijada sobre que legislación se va aplicar a un caso concreto por un lado, o de cómo reacondicionar la normativa existente frente a los nuevos escenarios convergentes.

En el caso español, la clásica división de servicios de telecomunicación, por un lado, y de radiodifusión por otro, se mantendría de forma casi artificial con la aparición de Internet, ya que la digitalización de los contenidos transmitidos hace indiferente la naturaleza del objeto transmitido (voz, datos o imagen). LLANEZA GONZÁLEZ estima que esta separación es artificiosa, pues la coexistencia de un régimen de servicio público, como es la radiodifusión, junto a un régimen de libre competencia como el sector de las telecomunicaciones, nos ha de llevar, necesariamente, a una reforma jurídica.¹⁰⁰

⁹⁹ Véase, por ejemplo, LÓPEZ GARCÍA, Xosé; y PEREIRA FARIÑA, Xosé (Coords.), *Convergencia digital: reconfiguración de los medios de comunicación en España*, Santiago de Compostela: Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2010.

¹⁰⁰ LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. *Internet...op.cit.*, pp. 26-27 (Paréntesis agregados). En similar sentido, respecto a la separación entre medios públicos y privados, FERNÁNDEZ ESTEBAN, María

3. INTERNET: ICONO DE LA CONVERGENCIA Y ENTIDAD GENERADORA DE PROBLEMAS DE ALCANCES JURÍDICOS

3.1. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DESARROLLO DE LA RED

Los tres fenómenos tecnológicos analizados anteriormente, es decir, digitalización de contenidos, la evolución de las redes de telecomunicaciones y la convergencia tecnológica, encuentran un punto de unión en el que constituye el icono de la Sociedad de la Información: Internet, la Red de redes¹⁰¹.

Existen dos tendencias fervientemente marcadas que tienden a enlodar cualquier análisis científico que se quiera hacer sobre el ciberespacio, incluso el jurídico. Por un lado están quienes endiosan Internet, atribuyéndoles características casi mesiánicas, como salvadora de los seres humanos frente al totalitarismo estatal, pilar fundamental de la democracia moderna y, en general, como la máxima expresión de libertad postmoderna, procurando un mínimo o nulo control jurídico en ella. Por otro, cuál batalla sacra, están quienes abominan Internet (se podría pensar en la bandera de lucha de los *neoludditas*), satanizándola al extremo de otorgarle la responsabilidad de las peores calañas de la Sociedad Moderna.

Ambas posturas, muchas veces movidas por ideologías irracionales, pasiones personales o simple ignorancia, obstruyen la mirada que se pueda tener en este momento de la Web. Una visión histórica permite afinar la concepción que de Internet se tiene¹⁰², y sobre todo ayudar a comprender con mayor precisión la resonancia jurídica de su existencia, que es, finalmente, lo que importa a la luz de estas páginas.¹⁰³

Luisa, *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Aravaca, Madrid: Ed. McGraw-Hill/ Interamericana de España, 1998, pp. 3 y ss.

¹⁰¹ Internet tiende a convertirse en el lugar de encuentro de todas las tecnologías básicas de la información y la comunicación en la Sociedad Moderna. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación de La Red. Poder y derecho en internet*, Madrid: Ed. Taurus, 2000, p. 19; El *Federal Networking Council* de EEUU definió Internet de la siguiente forma: “Internet se refiere al sistema de información global que: 1) se mantiene conectado, de forma lógica, mediante un espacio global de direcciones únicas basadas en el protocolo de Internet IP o en subsiguientes extensiones o añadidos; 2) es capaz de soportar comunicaciones utilizando el protocolo TCP/IP o sus posteriores extensiones o añadidos, así como otros protocolos compatibles con IP; 3) proporciona, utiliza o hace accesibles, ya sea pública o privadamente, servicios de alto nivel por encima de la capa de comunicaciones o infraestructuras relacionadas aquí descritas”, PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge; y OLMOS SANZ, Ana, “Una visión sobre quién gobierna internet: apuntes para un atlas del poder en La Red”, en AAVV, *Los Derechos Humanos en Internet*, Madrid: Ed. Cideal, 2012, pp. 106-107.

¹⁰² Valga la efectiva descripción que hace Graham de La Red, “[...] para hacernos una idea de lo que es Internet, necesitamos imaginar una combinación de biblioteca, galería, estudio de grabación, cine,

El 01 de Septiembre de 1969 podría señalarse como la fecha natal de Internet, por mucho que esta hija pródiga del siglo XX fuera bautizada con otro nombre y no conociera su denominación actual hasta entrada en la adolescencia. Podría decirse también que Internet fue “pluriconcebida”, pues en su gestación hubo una pluralidad de “padres y madres” que aportaron a ello. En específico, se habla del gobierno norteamericano, las universidades y los centros de investigación que dieron vida a esta nueva criatura.

La Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada ARPA¹⁰⁴ del Departamento de Defensa del Gobierno de los Estados Unidos, emprendió una serie de medidas que buscaban situar a ese país en la avanzada de la tecnología militar mundial. Entre estas medidas tecnológicas, se encontraba una que buscaba crear una red de comunicaciones que no dependiera de un único mando central, sino que permitiera la comunicación directa e independiente entre sus nodos¹⁰⁵. Desde la perspectiva militar, el objetivo era permitir que, ante un ataque enemigo, las unidades militares estadounidenses pudieran coordinar acciones defensivas aun a falta de un mando central que comunicara órdenes.

Los primeros nodos de esta red de ordenadores fueron universidades o centros de investigación universitaria que colaboran estrechamente con el Ministerio de Defensa. La red fue bautizada como ARPANET, y sus tres primeras líneas de acción fueron la comunicación militar, la defensa y la investigación científica. La característica estructural de esta red es que se centraba en un punto de control ARPA y nodos conectados a este punto, pero conectados también entre sí.

Hacia 1973 ya había 15 nodos conectados, la mayoría de ellos universidades y centros de investigación. La idea siguiente era conectar a ARPANET a otras redes de ordenadores, para dar sentido a lo que se entiende por “red de redes”. Sin embargo, para que esto fuera posible técnicamente hablando, los ordenadores conectados a las distintas

cartelera, sistema de correo, galería de compras, tabla horaria, banco, aula, boletín de club y periódico. Luego, deberíamos multiplicar esto por un número infinitamente grande y darle una diseminación geográfica ilimitada”. GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación filosófica*, Madrid: Ed. Cátedra, 2001, pp. 33-34.

¹⁰³ Como señala Castells “[...] la producción de una determinada tecnología en un momento histórico condiciona su contenido y los usos que se hacen de ella en su desarrollo futuro. Internet no escapa a esta regla”. CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, p. 23; sobre la historia y evolución de Internet, CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, pp. 23-40; CASTELLS, Manuel, *La sociedad red...op.cit.*, pp. 70-102; CEBRIÁN, Juan Luís, *La red...op.cit.*, pp. 40-50; GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación... op.cit.*, pp. 32-34.

¹⁰⁴ Sus siglas son idénticas tanto en castellano como en inglés, *Advanced Research Projects Agency*.

¹⁰⁵ Este objetivo se lograba conectando en red los ordenadores del sistema de defensa de ese país, utilizando una aplicación de conmutación de paquetes que permitía al mensaje enviado desde un punto/nodo de La Red encontrar su propia ruta dentro de esta, para llegar a su destino, incluso segmentándose en el camino y rearmándose en algún punto del trayecto anterior a la salida.

redes debían hablar un “lenguaje común”, una especie de lengua franca que facilitara la comunicación entre máquinas y la emisión, recepción y ejecución de las instrucciones o mensajes puestos en circulación.

Gracias a la colaboración de investigadores informáticos franceses y, nuevamente, de la empresa privada, este lenguaje común vio cuerpo en los Protocolos de Control de Transmisión TCP (*Transmisión Control Protocol*) y el Protocolo Interconexión IP (*Internets Protocol*) que pasaron a constituir el protocolo que aun se usa en Internet, el TCP/IP (en términos simples, la “lengua franca” con la que todos los ordenadores conectados a La red pueden comunicarse entre sí).

Por motivos de defensa en las comunicaciones militares, ARPANET fue dividida en dos redes. La primera, MILNET, se mantuvo con usos estrictamente militares. La segunda se vino a denominar ARPANET-INTERNET, siendo la primera vez que se usaba el término para bautizar a una red de redes destinadas principalmente a la investigación¹⁰⁶. Esta nueva red se convirtió en el eje de otras redes, como CSNET o BISNET, y comenzó a ser gestionada por la Fundación Nacional para las Ciencias NSF (*Nacional Science Foundation*) norteamericana, lo que significó prácticamente el alejamiento total de las entidades militares de Internet. El 28 de Febrero de 1990, ARPANET fue clausurada y el centro de gravedad de La red pasó a ser la NSFNET.

Durante la primera mitad de la década de los noventa, los particulares (principalmente aquellos *hackers*¹⁰⁷ que habían creado distintas aplicaciones para la nueva red), las universidades, los centros de investigaciones y la empresa privada comenzaron a implementar las condiciones necesarias para el tramo final del control de La Red de redes por una sola entidad. Se abrían las puertas de la privatización y la masificación de Internet, merced de los avances tecnológicos que estaban implementándose.

Los computadores comenzaron a venderse con los *hardwares* y *softwares* necesarios para trabajar en red¹⁰⁸. Se creaba la famosa “triple doble uve”, la *World Wide*

¹⁰⁶ Aunque parezca difícil de creer, también fue destinada desde sus inicios al ocio, pues los mismos investigadores usaban la Red tanto para fines científicos como para compartir comunicaciones temáticas – se formaron grupos de seguidores de la ciencia ficción- y personales.

¹⁰⁷ En sus inicios el concepto *hacker* distaba bastante del que normalmente se asocia a delincuente informático.

¹⁰⁸ Gracias a la invención de los módems, que permiten a los ordenadores conectarse a La Red vía telefónica, y al hipertexto (*hypertext*), se permitió el intercambio de datos entre los ordenadores conectados, lo que derivó en la creación -en el *Centre Européen pour Recherche Nucleaire* CERN, en Suiza-, de un nuevo formato para los documentos que se intercambiarían, el HTML (*Hypertext Markup Language*). Un nuevo protocolo de transferencia de hipertexto, el HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*) y

Web, la aplicación más famosa de Internet¹⁰⁹. Junto al aumento en la venta de computadores personales, propiciado por la rebaja en sus tamaños y precios, aparecieron los navegadores, que permitían a los usuarios moverse dentro de este nuevo espacio.¹¹⁰ Con todo lo anterior, mas unas décadas de experticia, mucha experimentación y las constantes mejoras en equipos y aplicaciones, la moderna Internet estaba lista para ser accedida por millones de usuarios a nivel mundial. Internet había llegado a la mayoría de edad.

El largo proceso de desarrollo de la Red, que abarcó casi tres décadas, estuvo aparentemente alejado del ojo omnipresente e interesado del legislador. Lo que no es menor considerando que otras áreas importantes de desarrollo tecnológico en las últimas décadas, como la manipulación genética, han sido fuertemente bombardeadas con normas reguladoras que, con mayor o menor calidad y eficiencia, han intentado disciplinar los efectos que dicha investigación trae consigo para el ser humano y el medio ambiente. El caso de la Red fue distinto y la regulación jurídica apareció más tarde y en diferentes manifestaciones.

Sobre la base que todos entendemos con cierta claridad qué es Internet, se profundizará sobre su significancia, contenidos o usos sólo cuando ellos sean indispensables para el examen jurídico correspondiente, particularmente en lo que se refiere a la comisión de delitos sexuales a través de ella. Nos quedaremos con la simple pero efectiva descripción que GRAHAM hace sobre la Red: “Para hacernos una idea de lo que es Internet, necesitamos imaginar una combinación de biblioteca, galería, estudio de grabación, cine, cartelera, sistema de correo, galería de compras, tabla horaria, banco, aula, boletín de club y periódico. Luego, deberíamos multiplicar esto por un número infinitamente grande y darle una diseminación geográfica ilimitada”¹¹¹.

3.2. EL IMPACTO SOCIAL DE INTERNET

un sistema de direcciones para los recursos existentes en La Red, el URL (*Uniform Resource Locutor*) constituyeron las bases del moderno Internet.

¹⁰⁹ Aclara Graham en todo caso que Internet y *World Wide Web*, aunque parezcan asimilarse, no son lo mismo. “El primero es un sistema electrónico de intercomunicación; la segunda es una forma de procesar y presentar información digital. Pero la distinción tiene cada vez menos interés, porque la web ha terminado por dominar Internet”. GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación filosófica*, Madrid: Ed. Cátedra, 2001, p. 32.

¹¹⁰ El primero en existir en términos masivos fue *Netscape*, en 1994. No tardaron en aparecer otros como Apache, o el más famoso de todos, el *Explorer* de la Microsoft.

¹¹¹ GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación... op.cit.*, pp. 33-34.

Es innegable que muchos de nuestros patrones de conducta habitual, sean personales, profesionales o familiares, han sido alterados,¹¹² en mayor o menor medida, por la existencia de esta gran telaraña comunicacional.¹¹³ Las comunidades espaciales comienzan paulatinamente a ser sustituidas por las redes como formas principales de sociabilidad¹¹⁴. Nuevos mecanismos sociales del ciberespacio tipo *Facebook*¹¹⁵ o *Twitter*¹¹⁶ comienzan a ganar su espacio, así como las redes profesionales al estilo de *Linkedin*.

Puede afirmarse que la frontera entre el impacto social que el conjunto de las actuales TIC y el que ha producido Internet (una de esas tecnologías) es difusa, puesto que lo que se pueda decir de las primeras es también válido para la segunda, pero no es menos cierto que la Red tiene algunas características propias y especiales, que impactan

¹¹² Se prefiere el uso del término “alterar” por sobre “transformar”, en consideración a que este es un juicio de valor que entorpece en algunos casos el análisis de Internet.

¹¹³ Como bien apunta Pérez Luño respecto al impacto de las nuevas expresiones tecnológicas, “La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco cultural de convivencia”. En las tres dimensiones lo dicho es válido para Internet, PÉREZ LUÑO, Antonio E. *La tercera generación de derechos humanos*, Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2006, p. 29. El primer criterio se traduce en la democratización de Internet, mientras que el tercero en la globalización. El segundo punto quizás es algo más dudoso, pero vale poner como ejemplo lo ocurrido hace un tiempo en el mercado de las líneas aéreas. La IATA, Asociación Internacional del Transporte Aéreo, obligó a sus asociados a dejar de emitir billetes de papel en sus ventas desde mediados del 2008, decantando por el ticket electrónico. Esto, sumado al incremento ostensible de las ventas de pasajes aéreos por Internet, permitirá que dejen de talarse alrededor de 50.000 árboles al año, lo que no deja de ser una importante ganancia ecológica. Vid., http://www.cadenaser.com/economia/articulo/historia-billete-avion-papel/csrsrpor/20080601csrsreco_2/Tes (Última visita 13 de marzo de 2013).

¹¹⁴ CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, p. 148. Cabe hacer presente que la aparición de Internet no es el único responsable de dicho cambio social, pues debe conjugarse con otros factores, como la aparición de la familia monoparental, la metropolización de la vida o el fenómeno de las migraciones. No obstante esto, debe ponderarse lo afirmado por Castells en relación a la realidad existente en otras latitudes (África sería el emblema de esto), donde las relaciones sociales aun se basan, y sin atisbos de cambio, en el territorio y el pasado cultural común, siendo aún la comunidad una entidad social mas importante que el individuo unitariamente considerado.

¹¹⁵ *Facebook* es un sitio web cuya principal característica es el de ser un punto tanto creador como convergente de redes sociales. Vio la luz en el interior de la Universidad de Harvard, por el estudiante Mark Zuckerberg. Aunque en principio el sitio estaba dirigido sólo a alumnos de la citada casa de estudios, paulatinamente comenzó a abrirse a otros usuarios, así como también el inglés como único idioma abrió paso luego al español, el alemán y al francés. Actualmente su importancia dentro de Internet radica en sus 80 millones de usuarios a nivel mundial, lo que se traduce también, por una parte, en un importante valor de mercado (Microsoft compró el 1,6% de la empresa en USD 260 millones), y por otra, en un considerable efecto en el mundo “real”, como lo demuestra una multitudinaria manifestación en Colombia, que fue organizada y difundida sólo a través de este medio. De todas formas cabe mencionar que no es un producto innovador en La Red, pues no hace sino imitar y quizás mejorar el modelo de redes sociales de otros sitios, como Geocities. Disponible online en <http://es.Facebook.com> (Última visita 01 de Septiembre de 2014); vid., además FAERMAN, Juan, *Faceboom. Facebook, el nuevo fenómeno de masas*, Buenos Aires: Ed. Alienta, 2009, pp. 15-20.

¹¹⁶ El sitio oficial de *Twitter* lo define como “[...] una red de información de tiempo real que permite conectarte a lo que encuentras interesante”. Creado bajo las características de *microbloggin*, el año 2006, por el empresario y desarrollador Jack Dorsey, esta red social tiene aproximadamente 200.000.000 de usuarios a nivel mundial. Disponible online en <http://www.twitter.com> (Última visita 16 de abril de 2013).

en el efecto que provoca en la sociedad, en las personas que la componen y en sus pautas de comunicación.¹¹⁷

El tema sobre la importancia de la replicación de un modelo comunicativo no es menor, pues aunque aún existan millones de personas en el mundo que jamás siquiera han hecho una llamada telefónica (una actividad absolutamente cotidiana en el mundo occidental), estas formas constituyen un nuevo sistema de interacciones sociales que marcarán una pauta sociotécnica a nivel global, y que tarde o temprano extenderá sus redes hacia los rincones mas alejados del globo.

En este contexto, podemos clasificar y estudiar los efectos sociales de Internet desde el prisma particular del individuo, o bien desde la visión colectiva de este, la sociedad. Ambos puntos de vista están estrechamente ligados, retroalimentándose y generando un considerable impacto en la formación de sistemas normativos.¹¹⁸ Lo primero, como se verá *infra*, es abordado por la victimología de los delitos perpetrados en la Web. Lo segundo es materia de la criminología.¹¹⁹

3.2.1. El individuo e Internet

Hoy, al menos en el mundo occidental y sin olvidar lo que ocurre en África, algunos sectores de Asia y América, e incluso en Europa del Este, el modelo dominante es el del usuario conectado en línea.¹²⁰ ¿Que significa esto? El ser humano, actualmente, pasa gran parte del día conectado en red, vaya donde vaya e independientemente del lugar físico en el que se encuentra. En el hogar o en la oficina, posee conexión a Internet en el ordenador. En los traslados, conectado a las redes 3 o

¹¹⁷ Como la actividad humana está basada en la comunicación e Internet transforma el modo en que nos comunicamos, nuestras vidas se ven profundamente afectadas por esta nueva tecnología de la comunicación. De esta interacción surge un nuevo modelo socio-técnico, CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, pp.18-19.

¹¹⁸ En este sentido, para Silva Sánchez, ciertos nuevos grupos de la sociedad postindustrial se transforman en gestores de la moral colectiva, desde la perspectiva de la defensa de sus intereses. Es el caso de las asociaciones feministas, o antirracistas, medioambientales o de consumidores. Desde sus trincheras formulan demandas al Estado y al Derecho penal en particular para defender aquello que les es de interés, transformándose en uno más de los factores de expansión penal, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión...op.cit.*, pp. 66-67; puede agregarse que todos los grupos mencionados, y otros tantos, centran buena parte de su gestión actual en la Red.

¹¹⁹ Definiendo los modelos actuales de sociabilidad pueden extraerse lecturas de alcance jurídico, principalmente sobre los valores socio-técnicos que pueden alcanzar el rango de bienes jurídicos protegidos (piénsese rápidamente en quienes son partidarios de consagrar un derecho fundamental a conectarse a Internet, por ejemplo, o del siempre discutido bien jurídico de los delitos informáticos).

¹²⁰ BARROS, Oscar, *Tecnologías de la información y su uso en gestión*, Santiago de Chile: Ed. McGraw Hill, 1998. pp. 1-6.

4G, o bien a través de la Red inalámbrica en los distintos dispositivos que tienen dicha capacidad (*blackberrys, tablets o smartphones*).¹²¹

El paradigma del usuario conectado en red provoca un incesante tráfico de datos personales por Internet. Pero no hay que culpar solo a las empresas. Las personas aceptan esto por que sus usos sociales tienden hacia un exhibicionismo virtual con disminución de la privacidad.¹²² En Internet proliferan de forma incesante los sitios web destinados a compartir fotos, videos o textos de carácter originalmente personal. Los sitios de redes sociales están diseñados para que el usuario comparta todos sus asuntos (en algunos casos sólo con quien elija para ello, como en *Facebook*, o en otros con todo aquel que se dirccione a su *site*, como en *Fotolog*). Por ende, es posible sostener que la nueva generación de usuarios de los “servicios sociales” de la web llevan el límite de lo privado hacia una frontera más cercana a lo público de lo que era años atrás. La intimidad es un bien jurídico protegido penalmente, por ende, es un límite al *ius puniendo* estatal. Mover sus límites puede perfectamente modificar la esfera de lo penal. Este es un ejemplo de paradigma socio-técnico trasladado a lo jurídico.

CASTELLS cita un estudio de VIVIENNE WALLER, sobre las relaciones entre la familia e Internet, basado a su vez en los resultados de un estudio del *Pew Internet and American Life Project*, del año 2000. Independiente de los resultados de los estudios, centrados en algunos de los usos que familias norteamericanas y australianas dan a Internet en sus relaciones internas, lo que llama la atención desde el punto de vista normativo, es que para WELLES “[...] la práctica del individualismo en red puede estar redefiniendo los límites y el significado de las instituciones tradicionales donde se ejerce la sociabilidad, tales como la familia”.¹²³

Respecto a la identidad del usuario de Internet, creo preciso aplicar analógicamente las ideas de MCLUHAN respecto al teléfono. Según el autor, en relación a los efectos que el teléfono trajo consigo a sus usuarios, el primero de ellos fue

¹²¹ El prestigio que otorgan las redes sociales a mayor cantidad de amigos o contactos virtuales es lo que se conoce como “peso relacional” en la Red. Por ende, a mayor conectividad con otros usuarios, mayor prestigio, pero también mayor riesgo de ser acosado. HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2010, p. 24.

¹²² Interesante es revisar la visión de la empresa en esto. Vid., EQUIPO JURÍDICO Y PRIVACIDAD, SOPORTE AL USUARIO Y COMUNICACIÓN EN TUENTI, “Compromiso con la privacidad y la seguridad de los menores: el caso Tuenti”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador; BURGUERA AMEAVE, Leyre; y PAUL LARRAÑAGA, Kepa (Dir.), *Menores e internet*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2013, pp. 433 y ss., sobre una de las principales redes sociales usadas por los menores en España.

¹²³ WALLER, Vivienne, “*Pew Internet and american life project*”, citado en CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, pp.152-153.

minar la identidad del que llama (salvo que se identifique, obviamente). Si no se identifica, el que llama pierde contacto con una situación geográfica y una función social. Se transforma en una especie de *poltergeist* telefónico, un personaje anónimo.¹²⁴ Este anonimato ha sido reivindicado como un Derecho Fundamental del usuario de la Red, casi un Derecho Fundamental de tercera generación, así como también dicho anonimato, fuertemente arraigado entre los usos sociales del cibernauta, ha sido, es y seguirá siendo probablemente un fuerte inconveniente en la generación e investigación de los ciberdelitos y los delitos informáticos.

3.2.2. La sociedad e Internet

Es común escuchar el término “comunidades virtuales”, que alude a ciertas formas de asociatividad centradas principalmente en Internet, una “interacción comunicativa social generada por la tecnología de la comunicación”.¹²⁵ En términos generales, y sin ánimo de dar una definición exhaustivamente científica, son grupos de personas reunidas en torno a intereses comunes y organizados a través de la Red.¹²⁶

Estas comunidades, que al menos en su formato o medio de intercomunicación son nuevas, construyen nuevos valores sociales, que a su vez inician un proceso que puede llevarlos a ser tutelados por las normas jurídicas, en subsidio de otros medios cautelares, que probablemente surjan del mismo entorno tecno-social (protección jurídica y protección técnica respectivamente). Si estas comunidades, usualmente llamadas “virtuales”, echan raíces profundas, es también posible intuir que sus reglas tecno-sociales valoren ciertas actividades o actitudes como positivas al amparo de su entorno social, pudiendo pujar incluso hacia una despenalización,¹²⁷ en caso de que

¹²⁴ MCLUHAN, Marshal; POWERS, B. R., *La aldea...op.cit.*, p. 128.

¹²⁵ DE LA CUESTA AGUADO, María, “Derecho penal económico y nuevas tecnologías”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 199-200.

¹²⁶ Rheingold plantea una definición que puede servirnos como primera aproximación a las comunidades virtuales, al entenderlas como “[...] una red electrónica autodefinida de comunicación interactiva, organizada en torno a intereses o fines compartidos, aunque en ocasiones la comunicación se convierte en el fin en sí mismo”, y añade “son agregados sociales que surgen de la Red cuando una cantidad suficiente de gente lleva a cabo estas discusiones públicas durante un tiempo suficiente, con suficientes sentimientos humanos como para formar redes de relaciones personales en el espacio cibernético”. RHEINGOLD, Howard, *La comunidad virtual*, Barcelona: Ed. Gedisa, 1996, p. 20.

¹²⁷ Los adolescentes perciben el problema de la privacidad de forma muy diferente, pues no lo interpretan como un ámbito de lo privado fuera del escrutinio del ámbito público, es más, parece que para ellos sea necesario un amplio margen de no privacidad, donde compartan fotografías, links, visitas, post, blogs, tweets, etc. En Japón es conocido el síndrome hikikomori, caracterizado por el aislamiento físico y la

dichas actividades estén dentro de aquellas que el derecho considera penalmente relevantes¹²⁸.

Dos claras corrientes críticas hay frente a estas nuevas comunidades. Por un lado, quienes las acusan de alienar la sociabilidad real del ser humano y postrarla a contactos anónimos protegidos por el monitor, y por otro quienes consideran que Internet se ha constituido en la panacea de la sociabilidad global, permitiendo más y mejores comunicaciones que antes de su existencia.

Las comunidades virtuales se conocen hoy en día bajo el título genérico de redes sociales, aunque no sean términos completamente homologables. El concepto de red social fue desarrollado por la antropología británica con posterioridad a la II Guerra Mundial, como respuestas a las limitaciones del estructural-funcionalismo para explicar las situaciones de cambios en las sociedades tradicionales y los mecanismos de articulación en sociedades complejas. Se atribuye a John Barnes el primero uso del vocablo Red (*network*) en este sentido, el año 1954, para describir una pequeña aldea noruega poblada por pescadores, y que fue considerada como una sociedad intermedia entre aquellas estudiadas ordinariamente por la antropología y las sociedades complejas. En Internet, el origen de las redes sociales puede ubicarse en 1995, gracias al sitio web *classmates.com*, cuyo objetivo era que los usuarios pudieran mantener o recuperar contacto con antiguos compañeros de estudio (un antecedente del actual *Facebook*).¹²⁹

hipercomunicación tecnológica, una especie de moderna agorafobia, BUSTAMANTE DONAS, Javier, “Los derechos humanos de cuarta generación y sus implicancias en la sociedad contemporánea”, en AAVV, *Los Derechos Humanos en Internet*, Madrid: Ed. Cideal, 2012, pp. 29-30.

¹²⁸ Un hecho aceptado socialmente en las comunidades virtuales, y ya profundamente arraigado, es la descarga de contenidos digitalizados a través de sitios y *softwares* que permiten compartir ficheros. Para la industria de la propiedad intelectual estamos antes figuras delictivas, pero para los usuarios, son conductas socialmente aceptadas e incluso estos son ajenos a una conciencia de ilicitud (hablo del usuario común y no de aquel que ve con ojos lucrativos dicha acción).

¹²⁹ RODRÍGUEZ DAMIAN, Amparo, “Problemática de las redes sociales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense 2009-2010*, 2011, pp.110-111; Las redes sociales on line son definidas como “[...] aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión con otros usuarios y su interacción”, siendo un servicio propio de la web 2.0, aquella donde el usuario deja de ser un simple receptor para transformarse en creador de información, ORTIZ LÓPEZ, Paula, “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2010, p. 24.

Las redes sociales pueden clasificarse en dos tipos, analógicas o redes sociales *off line* y digitales o redes sociales *on line*, que son las desarrolladas a través de medios informáticos o telemáticos.¹³⁰ Estas últimas a su vez admiten varias clasificaciones:

Bajo el criterio de su público objetivo y temática, pueden clasificarse en horizontales (todo tipo de usuario sin temática definida, ej. *Facebook*, *Twitter*) o verticales (temática definida y público concreto, ej. *Vimeo*, *Linkedin*). Estas últimas pueden ser profesionales, de ocio o mixtas.

Según el criterio del sujeto principal de la relación, pueden clasificarse en humanas (fomenta las relaciones individuales), de contenidos (la relación se desarrolla a través del contenido de perfiles publicados) e inertes (su objeto es reunir marcas, automóviles o lugares, por ejemplo).

En razón de su localización geográfica, pueden clasificarse en sedentarias (la Red muta en función de las relaciones entre personas, los contenidos o los eventos) y nómades (las redes mutan de acuerdo a la localización geográfica de los sujetos).

Finalmente, en virtud su plataforma, pueden clasificarse en MMORPG y Metaversos o red social web.¹³¹

Estas nuevas comunidades han despojado de importancia al componente territorial de las antiguas comunidades, reforzando la idea del tráfico transfronterizo de bienes, servicios, datos e información, tan común en nuestra sociedad, y con tanta trascendencia jurídica. En el ciberespacio forman vínculos quizás más débiles que aquellos del mundo físico, pero en mucha mayor cantidad¹³².

En parte gracias a ellas se ha agigantado el tráfico de datos personales en la web.¹³³ El hecho de pertenecer a estas redes sociales prácticamente obliga a los

¹³⁰ Cfr., ORTIZ LÓPEZ, Paula, *Redes sociales...op.cit.*, pp. 25-26, para quien las redes sociales se clasifican en al menos tres grandes grupos, con características comunes y elementos especiales que las diferencian:

a. Redes sociales de comunicación, como *Facebook*, *MySpace* o *Tuenti*, que son plataformas que el usuario se incorpora libremente e incorpora a su vez a amigos o conocidos para formar parte de su propia comunidad, pudiendo establecer vínculos con quienes pertenecen a las mismas redes del usuario (colegio, universidad, etc). En este tipo de redes los usuarios comparten fotografías, videos, información, etc.

b. Redes sociales especializadas, como *Flickr* o *Twitter*, que se centran en un eje temático con la finalidad de unir a colectivos con los mismos intereses.

c. Redes sociales profesionales, como *Linked In* o *Xing*, que permiten al individuo buscar empleo, hacer *networking* u otros por el estilo.

¹³¹ RODRÍGUEZ DAMIAN, Amparo, *Problemática de...op.cit.*, pp. 115-118.

¹³² CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op. cit.*, pp. 149-150.

¹³³ El informe de la Fundación Pfizer determina que el 92% de los jóvenes españoles entre 11 y 20 años son usuarios de las redes sociales (informe disponible en <http://www.fundacionpfizer.org>); El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, establece en su art. 13 que la edad mínima para prestar consentimiento para el tratamiento de datos es de 14 años. Siendo menores de esta edad, se requiere consentimiento de padres o tutores, vid., MARTOS

“asociados” a entregar un cúmulo de información privada, el que se representa al usuario como una “utilidad” del *software*. Por ejemplo, para facilitar el envío de invitaciones a otros contactos, el sitio solicita al usuario su *password*, despojándolo por obra y gracia del mismo navegante de una de sus principales herramientas de seguridad y privacidad en la Red: su propia contraseña.

Las redes sociales ofrecen servicios principalmente gratuitos, como una forma de atraer mayores usuarios. Sin embargo, la gratuidad no es tal, pues el usuario entrega a la empresa una serie de datos personales con valor comercial de mercado, que serán utilizadas a través de técnicas de *data mining* para una serie de usos comerciales. El modelo de negocios de estos sitios se basa, en gran medida, en el impacto social que produce, y que les lleva a tener un número enorme de usuarios/clientes. Logrado esto, y acreditado su resonancia en los círculos cibernéticos, el sitio (o mejor dicho, la empresa que lo sustenta) está en el ojo del huracán para ser adquirido por algún mega consorcio tecnológico. Ejemplos como los ya vistos de *Facebook* o *Youtube* no son pocos en la Red. Ocurrido esto, los datos de los pertenecientes a la red social acrecientan el capital financiero de los grandes consorcios, quedando a su merced para ser utilizados con distintos fines, comerciales en su mayoría, legales, se espera, pero no por eso menos molestos, también en su mayoría. El *spam*¹³⁴ y otros efectos de dichas transacciones multimillonarias, llegan a la vida del usuario que partió siendo sólo un nodo en una red social.

DÍAZ, Natalia, “Políticas de privacidad, redes sociales y protección de datos. El problema de la verificación de la edad”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2010, pp. 158-159.

¹³⁴ Raquel Guillén Catalán define al *spam*, en términos generales, como “todo aquel correo (electrónico) no solicitado que nos llega a nuestro buzón de correo”. La misma autora reconoce que las características de ser correos “masivos” y “no solicitados” también pueden comprenderse en una definición de *spam*. Para profundizar en el tema, GUILLÉN CATALÁN, Raquel. *SPAM y comunicaciones comerciales no solicitadas*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 128-134; y MAESTRE R., Javier; SÁNCHEZ A., Carlos, *La ley de Internet*, Barcelona: Ed. Servidoc, 2002, pp. 83-86. A nivel mundial, se estima que poco más del 92% de los correos electrónicos que circulan diariamente por La Red son *spam*, siendo Estados Unidos el país donde más se produce este tipo de comunicaciones, con un 15% del total. Cabe destacar que entre los cinco países que mas cantidad de correos deseados producen no se encuentra ninguno de la Unión Europea. Vid., en <http://www.diarioti.com/gate/n.php?id=17325> (Última visita 10 de Julio de 2012).

4. LA CUESTIÓN DE LA REGULACIÓN DE INTERNET

4.1. INTERNET COMO ENTIDAD REGULABLE

La situación de la regulación de Internet por parte del Derecho desliza cerebros en la doctrina jurídica moderna, sea constitucional, sea penal, sea filosófica. La imperiosa necesidad de imponer el *imperium* del Derecho lleva a preguntarse de qué forma las normas jurídicas pueden disciplinar la Red. Sin embargo, se cree prudente deslizar algunas clarificaciones al respecto, que permiten realizar un análisis más ordenado del problema, a la luz de la actual situación jurídica de Internet y de la forma de intervenirla penalmente.

La pregunta más utilizada para enfrentarse a este problema es ¿puede regularse Internet? A esto es posible ofrecer una respuesta afirmativa o bien negativa. Si se está ante este último escenario, existiría una anarquía en la Red. Si se responde afirmativamente, se sigue una doble distinción. En otras palabras, dicha posibilidad de regulación tiene una doble arista. Por un lado, está la red en sí, Internet, una telaraña informática que aglutina una serie de otras redes informáticas, y por otro, las situaciones, los hechos reales o virtuales ocurridos en ella. En el primer caso nos internamos en un asunto de arquitectura de la Red. En el segundo nos enfrentamos a las mismas situaciones de la vida real y cotidiana que se han venido regulando por el derecho hace miles de años.

Las premisas relativas a que Internet es una “tierra de nadie”, un lugar sin control donde las ideas reguladoras y totalitarias del Estado no tienen cabida y donde los usuarios- internautas pueden ser lo que quieren, cuando quieren, y haciendo lo que se les antoje sin limitación alguna, tienen más de idealismo romántico que de realidad concreta¹³⁵.

¹³⁵ Quizás la máxima expresión de este romanticismo es la Declaración de Independencia del Ciberespacio, del ensayista norteamericano Jhon Perry Barlow, quien en su texto declama contra cualquier intervención estatal en La Red y la completa libertad de los ciudadanos en el ciberespacio, “el nuevo hogar de la mente”. Vid., texto traducido en http://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_independencia_del_ciberespacio (Última visita 08 de Octubre de 2013). En profundidad sobre el documento, PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La tercera...op.cit.*, pp. 115-117; para WÜRTENBERGER, Thomas, *La transformación...op.cit.*, p. 1060, la comprensión jurídica de Internet implica exige que La Red de redes no sea un espacio libre del Derecho. Una “huida al espacio virtual” no exime a quienes allí actúan de aquellas normas que la sociedad se impone a sí misma a través del aparato estatal. Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, María, “Derecho penal económico y nuevas tecnologías”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Ed.), *Sistema penal de protección del*

Quienes defienden estas posturas, sean positivas o negativas¹³⁶, consideran que Internet es imposible de regular. Esta situación se acrecienta por dos características latentes de la Red: su internacionalización y su populismo.

La primera tiene dos aristas, pues por un lado permite la interconexión y comunicación de personas de distintos países, sea cuál sea el extremo del planeta en el que se encuentre, y en segundo término, que su accionar no conoce limitaciones aparentes de las fronteras territoriales¹³⁷.

Respecto a la característica de populismo, que se refiere a la facilidad de acceso a ella, franqueado únicamente por el costo del equipo y la habilidad técnica para el ingreso,¹³⁸ también es un elemento que podría apoyar las ideas anarquistas, toda vez que un acceso masivo a la Red podría presentar “[...] la posibilidad de un nuevo orden internacional en el que los más humildes tendrían acceso sin restricciones al mundo de la información... y mediante el cual podrán contribuir directamente a la formación de este mundo”.¹³⁹

El análisis descriptivo de GRAHAM respecto a ambas corrientes y a las dos características citadas de Internet arroja dos suposiciones sobre las que se discute el tema de la regulabilidad. La primera es que la Red se presenta como una corriente sin restricciones de información, mientras que la segunda es que la libertad consiste en la

mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 200-201, quien si bien acepta que puede existir control en el ciberespacio, en la actualidad no existe regulación jurídica, o esa no es homogénea.

¹³⁶ Graham explica la anarquía positiva como una concepción de la filosofía política para cuyos seguidores “[...] anarquía significa ausencia de gobierno, y ausencia de gobierno significa libertad respecto al poder coercitivo del Estado”, identificando finalmente la anarquía con la libertad. La anarquía negativa denota ausencia de gobierno al igual que la positiva, pero se diferencia en el alcance que se la da a esta idea, considerándola como una ausencia de ley, un régimen de libertinaje más que de libertad. El autor, entendiendo que la base descriptiva de ambas tendencias es común, esto es, la sociedad sin Estado, señala que mientras una aspira a ello, la otra lo teme. GRAHAM, Gordon, *Internet, Una indagación...op.cit.*, pp. 91-92.

¹³⁷ Debido a esto, Graham señala que Internet podría ser subversivo políticamente, ya que todas las interacciones de la Red se llevan a cabo de forma totalmente ajena a las fronteras, afirmando además que, respecto al rol del Estado, “[...] hay una esfera creciente de contactos y colaboraciones sobre la que los Estados, incluso si se pusieran de acuerdo, carecen de control” (cursivas agregadas), GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación...op.cit.*, p. 93.

¹³⁸ Ambas situaciones continúan actualmente en un constante y frenético ascenso, ya que el abaratamiento de los *hardwares* para ingresar a la Red es evidente y permite su adquisición por un gran número de ciudadanos, y al mismo tiempo es la propia Red, entre otras fuentes, la que otorga a sus usuarios la posibilidad de adquirir los conocimientos y habilidades para disfrutarlas. Es más, respecto a esto último, los sitios disponibles en la Web se caracterizan, en general, por ser amigables, y permitir la navegación en ellos de forma intuitiva, a pesar de no contar con grandes conocimientos técnicos.

¹³⁹ GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación...op.cit.*, p. 94.

opción del usuario de acceder a sus preferencias e intereses personales (sus deseos) de forma libre e ilimitada.¹⁴⁰

De todas formas, las ideas anarquistas sobre Internet comentadas apuntan mas a lo que se distinguió anteriormente como una regulación “en la Red”, es decir, de las conductas acaecidas en Internet, y no de la Red en sí, realidad técnica con otros márgenes normativos. Es en la primera área de control donde pueden considerarse tales ideas anarquistas como “cercanas en parte a la realidad”¹⁴¹. La parte “menos cercana” es la que se relaciona con la arquitectura.

La idea de un “espíritu romántico” en la declaración de libertad de la Red tiene su origen en lo que CASTELLS llama “ética hacker”¹⁴², y que constituyó una parte importante de la motivación de quienes cimentaron, durante las décadas de los setenta y ochenta principalmente, la Internet actual.

“La cultura de los productores de Internet dio forma a este medio”, es la afirmación de CASTELLS al respecto¹⁴³, y esto se tradujo, según el mismo autor, en que su componente de cooperatividad y libre comunicación han dado lugar a importantes innovaciones tecnológicas, así como también sirvió y sigue sirviendo de puente entre la tecnomeritocracia y los proyectos que surgen en la Web¹⁴⁴. La creación de Linux es uno de los más claros ejemplos de la ética *hacker*. Un sistema operativo ideado por Linus Torvalds, bajo código abierto, y mejorado a través de los aportes de miles de internautas que lo descargaron, ocuparon y aportaron sus mejoras para compartirlas con los otros internautas y el creador original, y que al 2001 tenía ya unos 30 millones de usuarios a nivel mundial.

Un valor fundamental que se grafica aquí es la libertad, inherente a la cultura *hacker* y expresable en ejemplos como este. Pero no se debe confundir la libertad con la

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 106.

¹⁴¹ Pensar en el atentado a las Torres Gemelas de New York, en el 2001, nos trae a la memoria el hecho de que Internet fue una herramienta extremadamente útil para la coordinación de los terroristas que idearon y perpetraron el ataque, y que responde a lo que Graham denominada internacionalización y populismo de La Red.

¹⁴² Cabe hacer presente desde ya que al utilizar el concepto “*hacker*”, Castells hace alusión a un colectivo de personas que no es asimilable a la restringida visión de “delincuente informático”, “pirata informático” o “experto en computadoras” que se transmite a través de los medios de comunicación masivos. La ética *hacker* se traduce en la realización de la pasión creativa y es la ideología central de la economía informacional, contraponiéndose a la “ética del trabajo”, propia de la Sociedad Industrial, y que representa el trabajo como un deber que llevado a sus extremos otorga un carácter ennoblecedor a quien lo realiza (algo así como “hay que sufrir en el trabajo para ser digno”), CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka, *La sociedad...op.cit.*, pp. 59-60. Para más sobre ética *hacker*, CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka; y TORVALDS, Linus, *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, Barcelona: Ed. Destino, 2002.

¹⁴³ CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, p. 51.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 56.

que actúa la ética *hacker* en Internet, con el libertinaje del que hablaba GRAHAM, o incluso hacerla sinónimo de gratuidad.¹⁴⁵ CASTELLS la asume como libertad para crear, para absorber los conocimientos disponibles y para redistribuir dichos conocimientos en la forma y en el canal elegidos por el *hacker*. La libertad es un componente central de la filosofía y la visión del mundo –de Internet- y de su actividad como tal.¹⁴⁶

Sin embargo, dicha libertad como concepción tecnofilosófica no puede extenderse mucho más allá de la cultura *hacker* o de la tecnomeritocracia, y tampoco implica la falta o insuficiencia de regulación en la Red, o en las actividades que en ella se realizan. Es más, los principios de la ética *hacker* no rechazan el control en sí, moviéndose ellos mismos por férreos principios provenientes de su ética. Esto no es otra cosa que el autocontrol, o mejor dicho, la autorregulación en su accionar en la Red, una forma de control al fin y al cabo.

Cabe preguntarse por qué la cultura *hacker*, la cultura del código abierto, no mantuvo este principio ni lo expandió a lo largo del tiempo y del –ciber- espacio de manera permanente. Si esto hubiese sido así, quizás el carácter propietario de los *softwares* sería la excepción, y los usuarios de Internet contarían por regla general con programas de ordenador de código abierto, y quizás gratuitos. Si esto fuera así, la tipificación de la piratería de programas quizás no existiría.

Se cree preciso mantener en la frontera el hecho de que, al referirnos a la regulación de la Web, se hablará en perspectiva de dos situaciones distintas, pero íntimamente relacionadas, como son la regulación de Internet propiamente tal, y la regulación de lo que sucede en ella. Para efectos metodológicos, se estudiarán ambas sin paralelismos excesivos, distinguiendo sólo cuando sea preciso. Se revisarán las distintas formas de asumir la regulabilidad sobre Internet, esto es, técnica y jurídicamente, partiendo por aquella antes de la última, a objeto de fijar las pautas y conceptos necesarios que el Derecho debe tener presente al regular un fenómeno tan complejo como Internet, especialmente cuando se habla del *ius puniendi*, sumado a los aspectos sociales que se han venido tratando hasta ahora.

Antes de ellos, es necesario sintetizar algunos problemas comunes que se presentan a la hora de abordar este asunto, como son la carencia o abundancia de

¹⁴⁵ El *software* libre no necesariamente es *software* gratis, sino más bien implica la posibilidad de acceder a toda la información del programa, principalmente a su código objeto, que es abierto.

¹⁴⁶ CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka, *La sociedad...op.cit.*, pp. 88-89

normas regulatorias o la afectación que Internet produce eventualmente a los derechos y libertades fundamentales.

4.2. LOS PROBLEMAS DE REGULAR INTERNET

4.2.1. Desde el vacío regulatorio hasta la hiperregulación

El legislador, ante la problemática de regular Internet y las situaciones trascendentes para el Derecho ocurridas en ella, se ve enfrentado a una serie de dificultades previas que debe resolver. Quizás la más básica es aquella que tan poéticamente nos señala PÉREZ LUÑO, al indicar que “[...] los juristas debemos realizar un esfuerzo para superar la tendencia congénita a escanciar el vino nuevo de las cuestiones que emergen del cambio social y tecnológico en los odres viejos conceptuales y metódicos de la dogmática jurídica tradicional”¹⁴⁷.

La inclusión de la tecnología en la vida real constituyó un rompecabezas principalmente para la judicatura, quien debió enfrentar la realidad de situaciones civiles, comerciales o criminales donde aparecían elementos fácticos completamente desconocidos hasta ese entonces¹⁴⁸.

Quizás este mismo fenómeno ha generado otro como respuesta a sus causas. De la falta de regulación hacia las actividades realizadas a través de la Red se ha pasado en algunos campos a una sobreabundancia de normas reguladoras, tan o más perjudicial que su inexistencia¹⁴⁹. Esto pues un excesivo número de normas, sumado a un desorden lógico de las mismas, puede generar más problemas de los que se intenta solucionar¹⁵⁰.

¹⁴⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Manual de informática y derecho*, Barcelona: Ed. Ariel Derecho, 1996, p. 21.

¹⁴⁸ La teoría de la formación del consentimiento se vio alterada por la irrupción del correo electrónico como forma de lograr acuerdos civiles y comerciales. En el campo del Derecho penal, que es el que más importa a efectos de esta investigación, las figuras típicas tradicionales fueron desbordadas por los mecanismos de las TIC que se trasvasijaron hacia el aparato delictivo. Elementos como el daño producido por “virus informáticos”, la intromisión no autorizada en “sistemas informáticos” o la circulación por las “redes informáticas” de datos personales “digitalizados” no figuraban en los manuales jurídicos consultados en aquel entonces.

¹⁴⁹ Llaneza González habla de hiperregulación de la Red, ya que por su propia naturaleza transnacional “los mismos hechos virtuales que son reflejo de los que suceden en el mundo real encuentran su regulación en el Derecho interno de cada Estado”. LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, *Internet...op.cit.*, p. 67; en igual sentido WÜRTENBERGER, Thomas, *La transformación...op.cit.*, p. 1054, que asume esto como consecuencia de la “internetización” del Derecho.

¹⁵⁰ Para Campoli, la falta de normas claras (que aunque sea redundante implica la existencia de regulación, pero imperfecta, vaga o ambigua) en la ciber-sociedad es causante en gran medida de la criminalidad informática, pues hace jugar al límite de la norma a quienes pueden hacerlo, y hoy, sabemos, los conocimientos informáticos son alcanzados por una cada vez mayor porción de la sociedad. Para esto

En el otro extremo, se afirma que la falta de regulación en la Red sería perjudicial a la convergencia, lo que asimismo se traduciría, finalmente, en un perjuicio a la propia Sociedad de la Información, considerando que la convergencia tecnológica es uno de sus pilares, como se vio *supra*¹⁵¹.

MCLUHAN tiene una visión escéptica sobre el control de la Red. Para él, la existencia de órganos controladores se genera por el flujo de datos de carácter personal en las redes informáticas, pero las entidades a cargo de la seguridad se convierten en verdaderos “Guardianes de las puertas del templo”, donde lo sagrado lo constituye los datos protegidos, pero los protectores asoman con una cuota de poder sobre los mismos poco aconsejable¹⁵².

CASTELLS considera, en una línea de pensamiento similar al norteamericano, que existe una fuerte contradicción en las relaciones de poder existentes en Internet, en el ámbito de su regulación, y que el reto fundamental en la sociedad actual es superar la ausencia de actores e instituciones con capacidad y voluntad suficientes para asumir dichos retos.¹⁵³ O sea, una contradicción entre el desarrollo tecnológico ultra avanzado de los países que encabezan la innovación y el progreso a nivel mundial, y el, para estos

el autor intenta graficar esto con dos interesantes ejemplos, que involucran conocidos empresarios del mundo de la tecnología (cabe señalar en todo caso que son ejemplos de situaciones con alcances penales relacionados con la industria de la informática, más que delitos informáticos o cibercriminosos en sí). Uno es el de Bill Gates, quien en uno de sus primeros grandes negocios vendió a la IBM un sistema operativo para que fuera instalado en los computadores personales que la empresa vendía, en un momento en el que el PC comenzaba a masificarse. Dicho sistema operativo era el DOS (*Disk Operative System*), y tenía el pequeño inconveniente (para Gates): no era de su invención, ni de su propiedad y tampoco tenía los derechos para negociarlo. Recién una vez cerrado el negocio con la IBM adquirió la propiedad de DOS, a cambio de USD 50.000. La venta a la gran empresa de computación fue por una cifra inmensamente mayor. Gates, sin embargo, estuvo rondando la ilegalidad al realizar esta operación, que se acercó en su momento al tipo penal conocido como estelionato. El otro ejemplo es el de Linux, creado por Linus Torvald, sistema operativo de código abierto que se masificó como la alternativa a Windows de Microsoft. En la creación de Linux y su constitución como un sistema de código abierto existía una filosofía moral que atacaba directamente la comercialización de Windows, a través de un sistema gratuito y que recibía las mejoras que sus usuarios le realizaban. Actualmente tiene millones de usuarios a nivel mundial e incluso muchos gobiernos y corporaciones lo han adoptado, con la consiguiente pérdida económica para Microsoft. Dicha acción podría encasillarse sin mayores problemas en el tipo de competencia desleal. Cabe aclarar que ninguno de los ejemplos que señala Campoli son estrictamente delitos informáticos, como advertía. Sin embargo, el autor apela a que las conductas anteriores fueron realizados por dos “grandes” de la tecnología moderna, y que se constituyen en ejemplo para las nuevas generaciones, que perfectamente pueden adoptar su “filosofía de negocios”, llevándola a otras aplicaciones actualmente existentes en La Red, generando actividades potencialmente cibercriminales. CAMPOLI, Gabriel Andrés, “Nuevas tendencias criminológicas y victimológicas en la sociedad de la información”, en *Alfa Redi. AR Revista de Derecho Informático*, N° 65, 2003, disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1248> (Última visita 08 de Octubre de 2013). pp. 20-21.

¹⁵¹ LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, *Internet...op.cit.*, pp. 18-24

¹⁵² El autor señala específicamente que se verá “[...] la necesidad de encerrar redes de datos enteras y sistemas satelitales para proteger áreas claves de la información, sin las cuáles las corporaciones y los gobiernos no podrían funcionar. Una pequeña elite se convertirá en guardianes de las puertas del templo”. MCLUHAN, Marshal; POWERS, B. R., *La aldea...op.cit.*, p.113.

¹⁵³ CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, p. 310.

casos, aun bajo desarrollo institucional y social de los países menos desarrollados, palpable en los defectuosos sistemas de control de la Red y en la Red.

De las instituciones llamadas a “gobernar” en el ciberespacio, el Estado tiene un papel protagónico. Sin embargo, de acuerdo a las líneas anteriores, ese rol se mantiene aún algo difuso. Como indica MUÑOZ MACHADO, no es porque en el proceso de globalización el Estado haya perdido importancia o capacidad de gobernar, ya que sus facultades se mantienen intactas. El asunto para el autor es que la globalización, y no se debe olvidar que Internet es el símbolo de aquel fenómeno y su instrumento más eficiente, obliga al Estado a desarrollar nuevas estrategias y capacidades para no perder poder, y esa obligación aún no es del todo resuelta en el caso de la Red más importante de todas. Claro que la respuesta a esta crítica es que el Estado no necesita desarrollar estas nuevas estrategias por que lo existente (normas, principios o instituciones) permite resolver el problema sin inconvenientes.¹⁵⁴

4.2.2. Unas breves ideas sobre los derechos fundamentales en la Red

La cuestión que más preocupa a juristas y legos por igual es la reconocida capacidad de Internet para poner en jaque los derechos de las personas, entre los que se encuentran, aunque resulte una obviedad decirlo, los derechos y libertades fundamentales del ser humano. Al estar estos últimos en la cúspide del ordenamiento jurídico, y referirse a las facultades básicas y más inherentes a las personas, los ataques producidos contra ellos son merecedores de la más especial reacción por parte del sistema de protección de los mismos.

Si el mundo “real” o físico, para contraponerlo al virtual, es ya de por si un área donde es posible una creciente gama de ataques a los Derechos Fundamentales, que desafían la capacidad preventiva, paliativa y protectora del sistema jurídico, el ciberespacio y las TIC acrecientan las deficiencias que dichas normas poseen.¹⁵⁵ Internet en particular tiene características que influyen en esto. Por una parte, su ingente cantidad de contenidos, entre los que se encuentran los considerados ilícitos y/o

¹⁵⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, pp. 96, 104.

¹⁵⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*, Aravaca, Madrid: Ed. McGraw-Hill/ Interamericana de España, 1998, p. 96, señala que en el nuevo entorno digital quedan más en evidencia las lagunas y defectos de las normas pensadas para el mundo analógico.

nocivos. Además esa misma masa puede ser comunicada a una gran velocidad y a una multiplicidad de personas en una ínfima cantidad de tiempo.¹⁵⁶

Lo anterior es más peligroso aún considerando la altísima dependencia de la sociedad actual de la técnica y la automatización, y del tráfico de información y datos, lo que se hace predominantemente en Internet (específicamente el mercado *online*).¹⁵⁷ Por si fuera poco, como señala HASSEMER, la gente no nota la amenaza de las nuevas tecnologías, siendo esta invisible frente a la promesa de múltiples ventajas.¹⁵⁸

Otro factor que incide en la problemática relación entre derechos y libertades fundamentales e Internet se refiere a los sujetos que actúan en la Red, ya que aparte de los usuarios -titulares de aquellos derechos-, los privados y el Estado tienen un rol sumamente activo allí. En este último caso, hablamos de una dualidad de roles, pues por una parte, es el Estado por antonomasia la entidad encargada de la protección de los Derechos Fundamentales, pero al mismo tiempo, tiene la capacidad de vulnerar dichos derechos tanto oficial como extraoficialmente. Oficialmente a través de normas jurídicas que restringen o vulneran derechamente el disfrute y ejercicio de los derechos y libertades, y extraoficialmente a través, principalmente, de la realización de actividades que buscan resguardar la seguridad nacional y que muchas veces se efectúan al límite de lo antijurídico (escuchas telefónicas, etc.).

¹⁵⁶ El riesgo multiplicador contra bienes, derechos e intereses jurídicos, del que habla Pérez Luño, PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La tercera...op.cit.*, p. 93, o la extraordinaria capacidad multiplicadora de acciones ilícitas, en términos de Romeo Casabona, ROMEO CASABONA, Carlos, “De los delitos...*op.cit.*”, p. 4; Gonzáles Ruz en tanto habla de la superior dimensión lesiva de Internet en el marco de los delitos informáticos, al importar una lesión más extensa y/o intensa de los bienes jurídicos protegidos. No obstante, no se trate esto, para el autor, de una característica exclusiva ni novedosa de Internet, GONZÁLEZ RUZ, Juan José, “Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en Internet”, en GONZÁLEZ RUZ, Juan José (Coord.), *Delito e informática: Algunos aspectos*, Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2006, pp. 32-33.

¹⁵⁷ Mata atribuye a esta característica en particular la vulnerabilidad de los Derechos Fundamentales en el ámbito de Internet, MATA, Ricardo, “La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías”, en *Revista penal*, N° 18, 2006, p. 218; Estos nuevos usos de las tecnologías provocan lo que Pérez Luño ha denominado “contaminación de libertades”, y que han generado el nacimiento de los Derechos Humanos de tercera generación. Además, sostiene el mismo autor, “[...] la revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones entre el ser humano con su contexto o marco cultural de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los Derechos Humanos”. PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La tercera...op.cit.*, pp. 28-29.

¹⁵⁸ Agrega el autor alemán que la decisión de una persona de automarginarse de la avalancha tecnológica lo dejaría al margen de la modernización, siendo las nuevas tecnologías una corriente contra la cuál apenas puede oponerse resistencia, HASSEMER, Winfried, *Sobre el previsible...op.cit.*, p. 257. Cfr., Pérez Luño, para quien existe un temor claro entre aquellos ciudadanos más sensibles a la defensa de los derechos fundamentales, quienes aprecian como el progreso amenazan gravemente su libertad, identidad o la propia convivencia. PÉREZ LUÑO, Enrique, *Los derechos fundamentales*, 8ª edición, Madrid: Ed. Tecnos, 2004, p. 28.

SILVA SÁNCHEZ explica, a propósito del fenómeno expansivo del Derecho penal, que esta intervención creciente en la esfera más íntima de los ciudadanos se explica, entre otros factores, por la continua disminución del rol del Estado como prestador de servicios y factor activo de la economía, lo que da paso a un Estado policial.¹⁵⁹ Los privados en tanto, y entendiéndose como tales, a las empresas y corporaciones que tienen un activo rol en la Red a través de la captación, uso y comunicación de información y datos personales, también se han transformado en un agente amenazante a las garantías y Derechos Fundamentales, toda vez que en muchos casos hay una preeminencia de sus intereses comerciales por sobre los de los ciudadanos.¹⁶⁰ Ni hablar cuando existe una asociación entre el Estado y las empresas en este ámbito, pues tiembla la seguridad de los ciudadanos respecto a sus datos personales¹⁶¹.

Se produce así un conflicto multipartito de derechos e intereses entre las personas, el Estado y las empresas, donde las primeras buscan resguardar sus derechos y libertades fundamentales frente al accionar de privados y gobiernos, mientras estos últimos buscan el incremento patrimonial y el incremento en la seguridad, respectivamente. Todo en un marco jurídico que vive un proceso de adaptación a la realidad digital, que lleva a la construcción incluso de nuevos derechos y libertades,¹⁶² y

¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión...op.cit.*, p. 150.

¹⁶⁰ Para Morón Lerma, el hecho que Internet esté dominada por los privados hace aún más necesaria la protección de los derechos de los usuarios, MORÓN LERMA, Esther, *Internet y...op.cit.*, p. 105; cfr., con Hassemer, para quien “[...] la elaboración de datos en manos privadas no es menos peligrosa para la privacidad del ciudadano que la que está en manos públicas”, lo que exige a su vez nuevas orientaciones en la protección de los datos de carácter personal. Para el alemán además el estándar de protección de los datos personales debería unificarse, evitando considerar la utilización de estos datos por los privados como una especie de mal menor, HASSEMER, Winfried. *Sobre el previsible...op.cit.*, pp. 255- 257.

¹⁶¹ Como ilustración es posible citar el acuerdo al que llegaron el Gobierno de Chile y Microsoft Inc., en Julio del 2007, en el que la empresa norteamericana se comprometía a prestar apoyo a planes de digitalización del sector público chileno, a cooperar a través de becas y otros planes en la alfabetización digital, así como desarrollar proyectos de gestión en distintos frentes sociales y económicos, entre otros puntos. El Gobierno chileno en tanto asumía el compromiso de poner a disposición de Microsoft el apoyo de todo el aparato estatal, incluyendo entidades tan importantes, y críticas, como el Servicio de Registro Civil e Identificación, que tiene entre sus haberes los datos personales de los más de 15 millones de chilenos. Esto, y sin necesidad de ver bajo el agua, enciende las alarmas sobre la proximidad que la empresa de *softwares* tendrá con información personal de los chilenos, como el estado civil, antecedentes penales o bienes inscritos, entre otros. Para ver más detalles sobre las principales características y riesgos del acuerdo <http://lamatriz.wordpress.com/2007/07/27/el-errorneo-acuerdo-del-gobierno-chileno-con-microsoft/> (Última visita 08 de marzo de 2013), o <http://www.fayerwayer.com/2007/07/ciudadanos-chilenos-ahora-son-propiedad-de-microsoft-corporation/> (Última visita 08 de marzo de 2013).

¹⁶² Luego de la tercera generación de Derechos Humanos, aquellos llamados de la solidaridad y entre los que se encuentran la protección al medio ambiente, el patrimonio cultural de la humanidad y la diversidad cultural, asoma una cuarta generación de Derechos Humanos, como manifestación de un concepto de ciudadanía digital con varias dimensiones. Así encontramos, entre aquellos de corte transversal, el libre acceso a la información y el conocimiento; y el derecho a superar la exclusión digital, que nacen en sociedades cuyo elemento común no es la lengua o el territorio, sino que un nuevo modelo de sociedad

la consecuente aparición de nuevos bienes jurídicos, muchos de ellos que reciben protección jurídico penal.¹⁶³

La potencialidad lesiva de Internet puede expandirse prácticamente a todos los derechos y libertades fundamentales consagrados en los ordenamientos jurídicos modernos, salvo, y mientras los avances tecnológicos no digan lo contrario, la vida y la integridad física.¹⁶⁴ En el Derecho español, una revisión a la lista de derechos y libertades fundamentales consagradas en el Título I de la Constitución española de 1978, da cuenta de la capacidad de Internet para amedrentar y lesionar efectivamente, de una u otra forma y en mayor o menor intensidad, casi todas las prerrogativas allí enumeradas, con las salvedades ya evidenciadas.

Las mismas particularidades de la Red hacen que algunos de estos derechos y libertades sean especialmente vulnerables. Para FERNÁNDEZ ESTEBAN, estos serían los derechos establecidos en el artículo 20 de la Constitución, los derechos a una comunicación libre, y aquellos relativos a la vida privada, inmersos en el artículo 18 del mismo cuerpo normativo.¹⁶⁵ HERRÁN ORTIZ tiene una visión algo más amplia de este fenómeno, en especial por la inclusión de la denominada “Libertad informática” y su función de garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas, más allá de la intimidad o el honor.¹⁶⁶

unida a través de la comunicación no presencial. Se pueden mencionar además el acceso universal a la información; el derecho a participar de una gobernanza electrónica; la protección frente a políticas de control y actividades institucionales de vigilancia social; el software libre, el conocimiento libre y el desarrollo de múltiples formas de cultura popular; y el derecho a participar de tecnologías que afecten a nuestras vidas. BUSTAMANTE DONAS, Javier, “Los Derechos Humanos de cuarta generación y sus implicancias en la Sociedad Contemporánea”, en AAVV, *Los Derechos Humanos en Internet*, Madrid: Ed. Cideal, 2012, pp. 15-19; vid., en el mismo sentido, BUSTAMANTE DONAS, Javier, “Segundos pensamientos: la cuarta generación de Derechos Humanos en las redes digitales”, en *Telos N° 85: Los Derechos Humanos en la Red*, octubre-diciembre, 2010, pp. 83-84; Cfr., con la visión minimizadora de González Ruz, quien reduce a un mínimo la injerencia de Internet en este sentido, GONZÁLEZ RUZ, Juan José, *Precisiones conceptuales...op.cit.*, p. 30.

¹⁶³ En este sentido, la tensión está entre la regulación estatal y la libertad de expresión, información y el mercado. MORÓN LERMA, Esther, *Internet y...op.cit.*, pp. 30, 132-133.

¹⁶⁴ De todas formas, vid., JEWKES, Yvonne, “Killed by the internet: cyber homicides, cyber suicides and cyber sex crimes”, en JEWKES, Yvonne (Ed.), *Crime on line*, Devon: Ed. Willan Publishing, 2007, pp. 1-11.

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...op.cit.*, p. XXVII.

¹⁶⁶ Señala la autora que “La persona frente al avance informático precisa de una especial protección, que deberá ser acorde con las exigencias de las nuevas amenazas especialmente agresivas para los derechos de las personas, y no solo ni especialmente para la intimidad o el honor”, agregando que “ya no se trata de proteger a la persona de la curiosidad ajena, o de garantizar su reputación o fama social, se aspira a asegurar el ejercicio de otros Derechos Fundamentales reconocidos constitucionalmente y que pueden ser agredidos”, HERRÁN ORTIZ, Ana I., “La protección de datos personales en la jurisprudencia constitucional”, en ECHANO BASALDÚA, Juan I. (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2002, pp. 995-996.

Sin embargo, y para un correcto análisis de la situación, hay que mencionar que junto a la capacidad lesiva de Internet para con los Derechos Fundamentales, se encuentra un potencial de control y protección de los mismos, y, sobre todo, un terreno fértil para el ejercicio de libertades, como la de expresión y comunicación por ejemplo, con independencia de factores como la capacidad económica del titular de los derechos.

4.2.3. La arquitectura de la Red

LESSIG, en una de las más importantes e innovadoras obras escritas por un jurista sobre el control y la regulación en Internet, afirma que ésta última se basa en la interacción de cuatro factores de restricción. Estos son: el mercado, la ley (el Derecho), las normas sociales y la arquitectura. La interacción de ellas implica tanto que se anulen unas con otras como que se apoyen en el afán de controlar,¹⁶⁷ y aunque su funcionamiento es normalmente conjunto, lo hacen de manera diferente, así como las falencias de cada una se manifiestan y afectan de forma diversa.¹⁶⁸ La experiencia existente hasta hoy, sobre todo en aquellas situaciones más endémicas para la Red, como la violación a los derechos de propiedad intelectual a través de la piratería, o los ataques a la indemnidad sexual de los menores en los casos de la pornografía infantil y juvenil distribuida en Internet, han demostrado que es necesaria una interacción entre las distintas formas de regulación, e incluso en las distintas etapas en que ellas actúan.

Regular no es sinónimo solamente de imponer normas represivas, ni de recurrir a la amenaza de la aplicación del poder coactivo del Estado. En el caso de la pornografía infantil y juvenil, por ejemplo, cuyo negocio es uno de los más lucrativos en la Red, debe ser controlado y combatido con una interacción de factores reguladores. La educación de los padres es fundamental, así como el control social del círculo

¹⁶⁷ En el caso de las tecnologías aplicables a la Red, un ejemplo de esta interacción se da en las comunidades virtuales. Cuando las actividades o dichos de un miembro de una cibercomunidad es intolerado por los otros miembros por contradecir las normas sociales o los reglamentos en ellos, pueden valerse de las tecnologías para bloquear o eliminar dicho miembro. Pero al mismo tiempo el bloqueado o expulsado puede volver a integrarse al grupo valiéndose de otras simples expresiones tecnológicas. En un ejemplo concreto, si un miembro de la comunidad *Facebook* excede en número de contactos o la cantidad de grupos de la que se es parte (violación de ley –reglamento de la comunidad-) o insulta o menosprecia a otros miembros de la comunidad (violación a normas sociales y paralelamente a la ley de la comunidad también), el administrador del sitio eliminará al discolo, bloqueándole el servicio, identificando al usuario con un *email*. Sin embargo, el infractor podrá crear otra cuenta de correo electrónico y registrarse en la comunidad, haciéndose parte de ella e incluso valerse de una identidad virtual creada para la ocasión. Surge aquí otro mecanismo basado no en las direcciones de *email* sino en las IP de cada ordenador conectado a la Red.

¹⁶⁸ LESSIG, Lawrence, *El código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid: Ed. Taurus, 2001, pp. 167-168.

cercano del menor, para evitar la exposición de estos a los riesgos. Las herramientas tecnológicas como los filtros, listas blancas o negras harán lo suyo, mientras la ley penal se anticipa o bien sanciona la acción productora de riesgo en dicho ámbito.

Por eso debe considerarse al momento de tratar el tema de la regulación que no es cuestión solamente de verificar la posibilidad de regular la Red, sino que simultáneamente deben esgrimirse los argumentos necesarios y correctos para controlarla, y a la vez controlar lo ocurrido en ella.¹⁶⁹ Es en este ámbito específico donde queda en evidencia la imposibilidad de asumir el asunto solamente desde una perspectiva técnica. La interacción esgrimida por LESSIG debe ser el *leitmotiv* de la gobernabilidad de Internet.

A medida que las ciencias informáticas han proyectado su avance devastador en el ciberespacio, y que las conductas y transacciones que allí se realizan crecen en cantidad y complejidad, han ido aumentando las herramientas técnicas por medio de las cuáles se ha pretendido regular las conductas en la Red. CASTELLS señala, en relación a la influencia de Internet en los mercados globales y el descontrol de algunos de ellos, que las redes informáticas ofrecen nuevas herramientas tecnológicas para llevar a cabo una regulación razonable, lo que implica que se encuentren nuevas herramientas para proteger las redes de ataques informáticos.¹⁷⁰ Muchas de ellas son extensiones informáticas de tipos similares que existen en el mundo analógico, como la firma digital (de la firma analógica), la encriptación (algo así como las claves del mundo real) o las licencias (*idem*). Sin embargo, también existen otras que han nacido bajo el alero de las nuevas expresiones tecnológicas y de Internet. La arquitectura del ciberespacio es una de ellas, quizás la más importante de las herramientas de control.

Aquí estamos ante las cuestiones más lejanas al Derecho, pero con inmensas repercusiones en la adaptación a las normas jurídicas que se realizará posteriormente. La cuestión de la configuración técnica de la Red y la opción que de ella emane el control es, en gran parte, el tema de la arquitectura de la Red. Para LESSIG, la propia

¹⁶⁹ Graham pone como ejemplo la siempre contingente discusión respecto a la sutil diferencia entre pornografía y arte. Es altamente difícil pensar hoy en día que un sistema informático avanzado, incluso de inteligencia artificial, pudiera discernir sobre tal distinción. Y en el hipotético caso que lo llegara a hacer, se necesitaría nuevamente el criterio para decidir si un contenido calificado como pornográfico, y no artístico, será bloqueado de la Red, o bien el criterio jurídico para aplicar las normas correspondientes si dicha actividad pornográfica y no artística puede ser subsumible en algún tipo penal, GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación...op.cit.*, pp. 112-113.

¹⁷⁰ CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, p. 309.

noción de ciberespacio, tan propio de Internet, y que se desprende de la cibernética, evoca control.¹⁷¹

El nacimiento de Internet estuvo íntimamente relacionado con la organización militar. Se creó dentro de la ARPA estadounidense con el fin de buscar una forma de construir un sistema de comunicaciones que resistiera un ataque exterior, y que pudiera mantener los nexos sin depender de un centro único de mando. En su concepción (en su “arquitectura”, para adentrarnos a la jerga de LESSIG), estaba la idea primaria de flexibilidad. MUÑOZ MACHADO sostiene que este nacimiento de la Red estaba imbuido de la idea de desorden y descontrol, siendo Internet una herramienta para ello.¹⁷² Esta génesis se consolidó con la utilización que le dieron sus primeros usuarios, muchos de ellos desde el mundo de la educación universitaria, convencidos de que en el ciberespacio estaba la base para el desarrollo de la contestación y de una nueva contracultura, fuera de las estructuras sociales y políticas convencionales, “[...] un entorno, en fin, para la libertad”.¹⁷³

Contrariamente a esta afirmación de MUÑOZ MACHADO, LESSIG insiste en la idea de control como parte esencial del ciberespacio,¹⁷⁴ lo que no deja de tener sentido, pues la flexibilidad que se buscaba en la red de comunicaciones ARPANET, y que tenía como objetivo un transporte de información maleable entre los nodos que componían la red, se sustentaba bajo la idea de mantener el control militar en tiempos de guerra y frente a circunstancias adversas de un ataque que interrumpiera la comunicación con el mando central. El control está en la base de Internet, en su arquitectura.

La Red tenía un propósito al ser construida, y su organización, los *hardwares* y *softwares* que se ocuparon para ello, buscaban ensamblar una arquitectura que ayudara a conseguir aquellos fines que, como se acaba de leer, buscan el control. La arquitectura intenta cimentar las bases del puente (Internet), para luego regular los vehículos que transitan por sobre ese puente (los contenidos). El Código del que habla LESSIG es el

¹⁷¹ LESSIG, Lawrence, *El código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid: Ed. Taurus, 2001, pp. 83 y ss.

¹⁷² A pesar de su “[...] capacidad incuestionable para organizar actividades, prestar servicios y para adoptar y difundir decisiones”, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, p. 33.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 35.

¹⁷⁴ Afirmando que “[...] me resulta doblemente extraña aquella celebración de la falta de control sobre unas arquitecturas nacidas de la propia idea de control”. LESSIG, Lawrence, *El código...op.cit.*, p. 23.

que se encuentra en la arquitectura de Internet: su programación. Es un regulador por esencia.¹⁷⁵

Parte de la importancia del pensamiento del autor es que pondera con criterio las características técnicas y las jurídicas del fenómeno de la regulación en la Red, lo que le permite una visión tan completa como compleja, y ecléctica entre la teoría y la práctica.

La idea principal es que la arquitectura de la Red, o dicho en términos más simples, la forma como está pensada, estructura y organizada la Internet, es su primera y principal forma de control.¹⁷⁶ Si se controla la Red, será más fácil controlar lo que pasa en ella (el control de Internet y el control de los contenidos y hechos que ocurren en Internet). Se habla entonces de una regulación técnica.¹⁷⁷

La forma como esté construida Internet ayudará a la regulación completa de ella y facilitará la acción del Estado en su interior, así como también los intentos de autorregulación. Al Estado le interesará una Red regulable con el objeto de extender su brazo de poder al ciberespacio, sobre todo en los márgenes de la Sociedad de la Información, donde las conductas “lejanas al brazo de la ley” generadoras de nuevos riesgos son las que tienen en jaque al Derecho moderno. La arquitectura de Internet es un regulador, es “su” regulador (tómese el “su” en sentido propietario), y el Estado tendrá mas interés en una arquitectura sobre otra, en la medida que fomente las herramientas de control.¹⁷⁸

Aplicado esto aun de forma más estricta al campo jurídico (al hablar de control y regulabilidad ya estamos en uno de los ámbitos esenciales del Derecho), si el Estado unitariamente o en concordancia con otros quiere regular las conductas que se dan en la Red, debe hacerlo, en primer término, a través de la regulación de su arquitectura.¹⁷⁹

¹⁷⁵ “El regulador es la oscuridad que se esconde en el título de este libro –el código-. En el espacio real somos capaces de reconocer la manera en que las leyes regulan –por medio de las constituciones, los estatutos y los otros códigos legales-. En el ciberespacio debemos llegar a comprender como el código regula –la manera en que el hardware y software, que hacen del ciberespacio lo que es, regulan el ciberespacio tal como es...el código es la ley”. *Ibid.*, p. 25.

¹⁷⁶ Lessig lo resume así: “El carácter irregulable o no de la Red depende de su arquitectura”. *Ibid.*, p. 58.

¹⁷⁷ No obstante debe quedar claro que la regulación de Internet y la regulación de las conductas en Internet no corren en estancos separados. Están íntimamente relacionadas y sobre todo la segunda idea es deudora de lo que ocurra con la primera. Regulando la Red de una determinada forma se pueden regular las conductas que en ella ocurran, sin siquiera dictar una norma para ello. Sin embargo, para que el control sea perfecto, es muy probable que necesite complementarse a través de normas, sean jurídicas o sociales.

¹⁷⁸ LESSIG, Lawrence, *El código...op.cit.*, pp. 52-53.

¹⁷⁹ Lessig reconoce que la Red, tal como está construida hoy, es difícil de regular (no imposible), pero que esto no impide que, si el Estado cambia la arquitectura de Internet, pueda optar por una construcción más propensa a la regulación. *Ibid.*, pp. 89-90.

Cabe recordar que Internet está construida a partir de muchas redes, que se interconectan en una gran telaraña a escala planetaria de redes informáticas. La arquitectura de esta gran red puede ser distinta a la arquitectura de las redes que lo conforman, por lo que una o más de ellas pueden tener un distinto grado de regulabilidad en relación a Internet.¹⁸⁰

4.3. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE INTERNET

Junto a la regulación técnica se alza la regulación jurídica, a través de las distintas áreas del Derecho que atraviesan las nuevas expresiones tecnológicas.

Se revisarán resumidamente, como expresiones de la regulación jurídica, tanto las manifestaciones de heterorregulación como de autorregulación, a fin de comprender el entramado normativo existente en forma previa a la intervención (supuestamente) mínima del Derecho penal como *ultima ratio*.

4.3.1. Regulación por medio del Derecho interno de cada país

¹⁸⁰ Todo lo dicho anteriormente merece al menos una muestra práctica, que permita aterrizar dichos conceptos a la realidad. Lessig lo hace a través de un claro y breve ejemplo de ciberlugares, real por cierto: Las redes de las universidades de Harvard y Chicago. Ambas universidades contaban con redes informáticas para sus usuarios. Ambas se asemejaban en las acciones que los miembros de esas comunidades podían hacer dentro de La Red, como por ejemplo, informarse del horario de clases, inscribir los cursos, etc. Sin embargo, tenían un par de diferencias sustanciales. Para poder acceder a la red de Chicago, bastaba con conectar el ordenador a cualquiera de las terminales de red que se encontraban disponibles en sus edificios. Desde el momento en que se conectaba, el usuario ingresaba a La Red de dicha universidad, en forma libre, gratuita y anónima. En Harvard, en tanto, para poder ingresar a su red informática, el usuario debía estar registrado. Tal registro estaba limitado únicamente a los miembros de la comunidad universitaria de Harvard, quienes debían solicitar la autorización y aceptar los términos de uso. Entre ellos, el que las interacciones dadas en esa red eran sometidas a monitorización. Se tiene aquí un doble control. Uno técnico, por un lado, para La Red, a través de un *software* que permite denegar el acceso a quien no muestre las “credenciales”. Por otro, un control normativo, expresado en los “términos de uso” o reglamento que el usuario suscribe al momento en que se le asigna clave de acceso. Ambas redes universitarias son redes informáticas, pero sus arquitecturas son diametralmente opuestas en cuanto a los fines que persiguen. En la de Chicago, se persigue la libertad de acceso, y con ello probablemente el libre intercambio de ideas, tráfico de productos del intelecto y la libertad de opinión. Por ello se opta por el anonimato en la conexión del usuario. En Harvard en cambio se opta por el control. Una red refleja el espíritu libertario, y la otra el de control. Optar por una u otra arquitectura de red es una cuestión política. Por lo mismo Lessig hace un interesante paralelismo entre la Constitución Política de un Estado y la Constitución de una red informática, o del ciberespacio. Ambas poseerían una combinación similar entre estructura y sustancia, es decir, entre aspectos procesales y sustantivos, usando jerga jurídica. Lessig afirma que si se garantiza la estructura, es decir, los aspectos formales y procesales, la sustancia funcionaría por sí sola. Respecto a este último punto, el mismo autor cree que con la utilización de *softwares* de código abierto en la base de La Red (en su arquitectura), proporcionaría un evidente espacio de libertad en esta, y sabemos que, como el Derecho constitucional afirma, la existencia de garantías y libertades es tan importante como la existencia de mecanismos formales que permitan su defensa en los Tribunales de Justicia. *Ibid.*, pp. 59-61.

Dentro de esta regulación normativa cabe revisar aquella hecha dentro de los límites del territorio estatal. El Estado moderno ha visto disminuido su poder, principalmente a partir del periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, en gran parte por el valioso desarrollo de los Derechos Humanos. A eso podemos agregar los problemas que la informática y la telemática y la irrupción masiva de Internet le han presentado.¹⁸¹

El problema no es que el Estado, y el Derecho, no puedan regular, sino que esta regulación está siendo poco efectiva, y aunque esto parezca de perogrullo mencionar, el valor de evidenciarlo es que el énfasis del estudio y las soluciones deben estar puestos no en la tipificación de conductas únicamente, es decir, en el Derecho sustantivo, sino en cuestiones más cercanas al Derecho procesal, asuntos de policía, de competencias de los Tribunales de Justicia y del cumplimiento de resoluciones judiciales, entre otras.

El Estado reacciona normalmente a la saga de los cambios sociales, pero en muchos ámbitos con la suficiente rapidez para darle un marco jurídico adecuado al fenómeno de que se trate. En el ámbito de Internet, y del gigantesco mercado que esta ha abierto, la situación ha sido algo distinta.¹⁸² El Estado ha compartido parte de su poder regulador con las grandes empresas que dominan el mercado de las telecomunicaciones, tanto por capacidad técnica y económica como por el hecho de que el desarrollo de Internet está, a esta altura, de la mano de los privados, más que del sector público.

Sin embargo, el Estado debe encontrar formas de regulación acordes a la nueva realidad tecno-social, lo que implica que el Derecho debe acomodarse a esta, como única forma de que los gobiernos no pierdan poder por no ser capaces de entrar al escenario de la globalización.¹⁸³ Aceptar el supuesto de que el Estado puede regular Internet a través del Derecho lleva a una siguiente pregunta, que pretende decidir si los medios jurídicos con los que cuenta el Estado son suficientes para tal propósito.¹⁸⁴ Internet y las nuevas expresiones tecnológicas llevan a la necesidad de analizar si las normas jurídicas existentes, muchas de ellas consagratorias de instituciones añosas en el ordenamiento, son suficientes para su regulación.

¹⁸¹ Ciertamente no son los únicos factores. Véase *supra* la Sociedad del Riesgo.

¹⁸² Terceiro afirma esta visión al señalar que el Estado “[...] con su asentamiento físico y espacial, reacciona con una gran lentitud ante la rápida evolución de las empresas multinacionales que, por su naturaleza, son más temporales que espaciales”. TERCEIRO, José B, *La sociedad...op.cit.*, p. 225.

¹⁸³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, p. 96.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 96.

Una importante parte de la doctrina¹⁸⁵ es partidaria de la postura que afirma que la legislación existente es capaz, en buena parte, de regular los nuevos fenómenos, salvo algunas excepciones.¹⁸⁶ LLANEZA GONZÁLEZ hace un alcance importante, concordante con lo visto en este mismo estudio a propósito de la convergencia. La autora señala que la digitalización de los contenidos, uno de los signos distintivos de la llamada Sociedad de la Información, hace que la distinción legislativa entre los servicios de telecomunicaciones quede “[...] al borde del ridículo, al ser técnicamente indiferente, una vez empaquetados y digitalizados, si se transmiten datos, voz o video”.¹⁸⁷

El Libro Verde sobre la Convergencia entrega los cinco principios que pretenden fundamentar la futura regulación en el área de la convergencia tecnológica.¹⁸⁸ Estos son:

- a) La reglamentación debe limitarse a lo estrictamente necesario para conseguir unos objetivos claramente definidos;
- b) Los futuros enfoques reglamentarios deben responder a las necesidades de los usuarios;
- c) Las decisiones sobre reglamentación deben guiarse por la necesidad de establecer un marco claro y previsible;
- d) Garantía de plena participación en el entorno surgido de la convergencia; y
- e) La existencia de autoridades reguladoras independientes y efectivas será esencial para el proceso de convergencia.

¹⁸⁵ Entre otros, véase Llaneza González, Graham y Muñoz Machado, ya citados *supra*.

¹⁸⁶ A su vez, un informe del Gobierno francés de 1998 recomienda la regulación sectorial de los servicios que utilizan las redes de telecomunicaciones, y de los contenidos en ellas, sobre todo audiovisuales. Agrega el informe que “...parece inoportuno en este caso confiar a una única autoridad el cuidado del control de todos los contenidos puestos a disposición del público. Servicios como los foros de discusión, la acogida de sitios web, la venta a distancia...no necesitan el mismo trato que la radio o la televisión, que siguen siendo unos medios de masa específicos”, citado en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, p. 40; véase también DE LA CUESTA AGUADO, María, *Derecho penal económico...op.cit.*, pp. 201-202.

¹⁸⁷ Esto a propósito de la consideración de Internet como medio de comunicación, y del hecho que la regulación de los servicios de telecomunicación en España esta hecha de forma liberalizada, al igual que las redes de difusión de radio y televisión, y se rigen por la Ley General de Telecomunicaciones, en tanto lo audiovisual, considerado como una categoría aparte que incluye la televisión, radio y la difusión de contenidos por Internet, quedan fuera de dicho cuerpo legal. LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, *Internet...op.cit.*, p.27, *cfr.* GARCÍA MEXIA, Pablo, “El derecho de internet”, en GARCIA MEXIA, Pablo (Dir.), *Principios de derecho e internet*, 2ª. Edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 121-122.

¹⁸⁸ Cabe mencionar que los principios sólo están orientados a la regulación del fenómeno convergente, esto es, las infraestructuras que contribuyen a crear los servicios de la sociedad de la información, y no los servicios en si, lo que podemos interpretar como principios válidos para la regulación de la arquitectura de La Red, (o de cómo se estructura La Red en la UE).

Aunque implícitamente el Libro mantiene las ideas de la capacidad reguladora del Estado sobre la infraestructura de redes, y que esta puede ser regulada, entrega las pistas suficientes para que el Derecho vaya adquiriendo un carácter mínimo, dando un paso hacia la flexibilización y la autorregulación principalmente.¹⁸⁹

MUÑOZ MACHADO entrega dos ejemplos de áreas que, habiendo sido golpeadas fuertemente por la irrupción de Internet, tienen regulaciones que parecen bastar para abarcar nuevas conductas o escenarios, no obstante los ajustes que ciertamente necesitan por la propia evolución técnica. Estas áreas son la publicidad y la propiedad intelectual.

En el primer caso, el *spam* o envío masivo de correos electrónicos no deseados con fines de publicidad, se ha constituido, como ya se ha visto, en un problema de molestas consecuencias para los usuarios de Internet, quienes habitualmente ven sus casillas de correo inundadas de correspondencia no solicitada, con la consiguiente pérdida de tiempo y malestar que provocan. El efecto multiplicador del *email* hace que se convierta en una de las actividades de Internet más molestas en la actualidad, aun cuando su dañosidad es menor por si sola.

Pero el *spam*, según se dijo, es una táctica publicitaria, como lo es el reparto de volantes en la vía pública o el que se deja a los habitantes de un edificio en sus casilleros de correo. La diferencia radica, una vez más para el caso de Internet, en la multiplicación exacerbada de su capacidad expansiva. Un repartidor de volantes puede recorrer unos 50 o 100 edificios en un día laboral, pero a través de los sistemas de *motor mailing*, un correo con fines publicitarios puede enviarse a millones de destinatarios en un minuto. Sin embargo esto no obsta a que siga siendo una técnica de publicidad, y la publicidad no es un área que carezca de regulación, al menos en España y la Unión Europea.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Para Graham, y en concordancia con los autores citados, la Internet agrega novedades al ámbito del Derecho, pero no necesariamente esto se traducirá en elementos normativos nuevos, “[...] sólo aumenta la calidad, y quizás la cantidad de estos... por lo que es cuestionable que se regule más de lo que ya es como cualquier otro medio de comunicación”. Aunque la intención de sus palabras pareciera menos drástica de lo que sugieren, el autor afirma que “[...] la ley no tiene función alguna en Internet, aparte de la que tiene y ha tenido siempre en otros medios, respecto a los derechos de autor, el fraude, el libelo, el robo de la propiedad intelectual, etc.”. GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación... op.cit.*, pp. 120, 128-129.

¹⁹⁰ LSSI, artículos 19 a 22 sobre comunicaciones comerciales por vía electrónica. Sobre el particular de las comunicaciones electrónicas no deseadas, véase MULAS GÓMEZ, Víctor, “Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes”, en CREMADES, Javier; GONZÁLEZ M. José L. (Coords.), *La nueva ley de internet*, Las Rozas, Madrid: Ed. La Ley, 2003, p. 345; y MEDINA MALO DE MOLINA, Enrique, “Comunicaciones comerciales por vía electrónica. Códigos de conducta. Resolución judicial y

La regulación del *spam* puede darse a través del castigo (administrativo, civil o penal) a quien realiza la acción, o bien de forma preventiva, antes que la comunicación sea emitida. Pero también puede regularse directamente, a través de la imposición de obligaciones de filtrado a los prestadores de servicios de acceso a Internet para la exclusión de internautas no aceptables (si lo hicieran los mismos proveedores, estaríamos ante un caso de autorregulación).

El gran problema para la regulación jurídica directa del *spam* y/o para su penalización, como ya vimos, es la gigantesca cantidad de correos basura que circulan día a día. Esto hace pensar que la solución legal del problema debe ajustar sus mecanismos, actuando más sobre sus causas que sobre el efecto mismo de aquel. De todas formas hablamos de un ajuste de los mecanismos de la legislación sobre publicidad, y no de un vacío en ella.

Cosa similar ocurre con la propiedad intelectual. Las nuevas expresiones tecnológicas, y especialmente el fenómeno de la digitalización, han traído complicaciones serias principalmente al mercado de los derechos de autor,¹⁹¹ pues la enorme facilidad de reproducir las obras a una calidad idéntica a la original (de formatos digitales como el CD, DVD, Blu Ray o de archivos de texto como el PDF), a bajos costos y en enormes cantidades, reduce sus ganancias y aumenta la de los mercados ilícitos.

Estados Unidos, Japón, Canadá y Francia han encargado estudios para analizar el estado de sus legislaciones frente al reto digital. En el caso estadounidense, realizado y presentado en el año 1995, señalaba que el sistema normativo del *copyright* en ese país podía mantenerse, modificando sólo algunas cuestiones necesarias para su adaptación a Internet. A similar conclusión arribaron los estudios de los países del sistema de los derechos de autor (que a diferencia del *copyright* tiene un carácter menos económico, reconociéndole al creador derechos morales además de los patrimoniales). En Japón, la Agencia de Asuntos Culturales repitió el discurso, pero haciendo hincapié en la necesidad de impulsar respuestas mundiales para la solución de los problemas incipientes, como el tratado de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad

extrajudicial de conflictos”, en MATEU DE ROS, Rafael; LÓPEZ-MONÍS G., Mónica (Coords.), *Derecho de Internet*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2003, p. 519.

¹⁹¹ Compuesto por las multinacionales de la música, los sellos discográficos, los estudios cinematográficos y los distribuidores de programas de ordenador, quienes son los principales afectados por la llamada piratería, más que el autor en sí, quien muchas veces recibe un margen ínfimo de las ventas de sus discos (no superior a veces al 2% del precio venta de un álbum). Esto por mucho que las grandes industrias señalen que los principales afectados sean los propios autores.

Intelectual). Francia y Canadá también apostaron por la suficiencia de sus respectivas legislaciones protectoras de los derechos de autor.

Los problemas comunes encontrados por estos países radicaban en una necesidad de modificar conceptos básicos de la propiedad intelectual, como el de distribución, que no contemplaba el formato digital en su definición, o bien respecto a la necesidad de incluir nuevas excepciones o limitaciones, sea por nuevos tipos de obra o por las nuevas tecnologías existentes (adaptación de obras para personas con discapacidades, etc).¹⁹²

El problema que se suscita, nuevamente, no es sólo una cuestión de falta de instituciones jurídicas capaces de hacer frente al reto de Internet, sino a la aplicación efectiva de dichas instituciones, por asuntos geográficos y de volumen del problema, que afectan directamente la intervención penal en la Web.

Se verá a continuación hacia donde evoluciona el control normativo de Internet, y las alternativas que se ofrecen a la clásica regulación del Estado a través del Derecho interno.

4.3.2. La opción del Derecho internacional o supranacional

Como se ha estado revisando, parte de la doctrina, dejándose llevar acaso por la efervescencia que produce Internet a quien dedica su tiempo a estudiarlo, plantea –con una perspectiva rígida– que el Estado queda obsoleto en el desafío de regular Internet y las conductas que en ella suceden. La realidad en una mínima parte es así.

El Derecho clásico del Estado, como se estado afirmando en este trabajo, posee las estructuras e instituciones suficientes para regular algunas de las cuestiones surgidas en el seno de Internet, pero es pobre, en mayor o menor medida, para regular otras. Principalmente en aquellas que suponen transformaciones importantes a situaciones pre existentes a Internet, cuantitativa o cualitativamente.

En muchos de los casos, sobre todo en lo relativo a ciberdelitos o delitos informáticos, datos personales, propiedad intelectual y pornografía infantil y juvenil, el problema es en gran parte de eficacia de lo legislado, de la investigación policial y de lo resuelto por los Tribunales. De ahí que, a continuación de la premisa que señala que el Derecho moderno no es suficiente, por sí sólo, para regular o ejecutar lo regulado en

¹⁹² MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, pp. 191-193.

cuestiones relativas a la Red, viene el supuesto de la interacción de los Estados como otro supuesto de heterorregulación.¹⁹³

Lo anterior se debe a que muchos de los problemas de la Red tienen componentes locales e internacionales al mismo tiempo.¹⁹⁴ El caso de los cibercrímenes es quizás el más emblemático al respecto, merced a los principios de jurisdicción y competencia del Derecho penal. Lo deja en evidencia MARCHENA al afirmar que los actos delictivos en Internet y la sagacidad del delincuente cibernético ponen de manifiesto la fragilidad la Justicia Criminal tradicional. Especialmente en cuanto a la determinación del *forum delicti comisi*, toda vez que la apreciación del lugar en que se ha producido el delito determina la jurisdicción competente.¹⁹⁵ En este mismo sentido, ROMEO CASABONA afirma que “[...] las nuevas manifestaciones de criminalidad en el ciberespacio exigen su tratamiento jurídico penal desde una perspectiva internacional, pues la sola acción de los Estados, la aplicación de las leyes penales nacionales, se agota en su propio estado territorial, mientras que Internet es global y transnacional”.¹⁹⁶

Esta perspectiva internacional de la que habla ROMEO CASABONA tiene, eso sí, más de una salida, ya que en la idea cabe desde un Derecho Internacional para Internet hasta los acuerdos de tipo multilateral entre los Estados, pasando por la opción de Tribunales Internacionales especializados para la materia.

La doctrina ha descartado la opción de un único Derecho internacional para regular Internet, una *lex mundialis*, ya que plantea varios problemas. Existe un gran inconveniente en cuanto a la imposibilidad empírica de aunar criterios en torno a lo ilícito y lo nocivo en la Web para todas las legislaciones. Esto produciría un Derecho

¹⁹³ Lo defiende así Muñoz Machado, al señalar que “[...] la disyuntiva sobre la regulación global intensiva o su olímpica ausencia debe resolverse a favor de complementar las desfallecientes posibilidades de los Estados, mediante fórmulas que... tendrán que ser necesariamente plurales”. Plurales en el sentido de que los mecanismos utilizados para este fin, si bien desbordan al Estado como ente regulador, no lo suprimen. Es decir, sea a través de instituciones supranacionales o tratados internacionales, el Estado sigue siendo un eje importante en la regulación. El mismo Muñoz Machado afirma que “[...] el Estado sigue siendo una estructura de poder territorial insustituible para contribuir a una ordenación razonable de estos nuevos fenómenos económicos. Su acción debe ser complementada...pero no plenamente sustituida”. *Ibid.*, p. 108.

¹⁹⁴ La doble faz, en el caso de los cibercrímenes, se expresa en la persecución policial que perfectamente puede extenderse a través de varios países, tantos como involucrados puedan existir, sobre todo en organizaciones delictivas. Esta sería la faz internacional, complementada con la faz local, que se refleja en cuestiones como el cumplimiento de la pena o medida de seguridad. El ya citado informe del Consejo de Estado francés del año 1998, ratificaba el problema que en ese entonces se veía venir, señalando que “el mundo de las redes se presta mal a la reglamentación estatal clásica; su carácter mundial vuelve ilusorio cualquier enfoque estrictamente nacional...”. *Ibid.*, pp. 153-154.

¹⁹⁵ MARCHENA GÓMEZ, Manuel, “Algunos aspectos procesales en internet”, en MARTÍN CASALLO-LÓPEZ, J. J. (Dir.), *Problemática en torno al fenómeno de internet*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 72-73.

¹⁹⁶ ROMEO CASABONA, Carlos, *De los delitos...op.cit.*, p. 39.

sin las características de uniformidad y generalización, necesarias para que se justifique su existencia. Basta con revisar la actualidad, donde existen países como China o Irán, en los que la libertad de expresión no es un derecho ni siquiera mínimamente garantizado para la prensa, existiendo un número importante de profesionales encarcelados sólo por criticar al régimen de turno. Dicha libertad de prensa en tanto es considerada uno de los baluartes de las sociedades occidentales. Por ende, pensar en lo que es nocivo en los mencionados países, distará mucho de lo que se considere como tal en Europa o Estados Unidos, por ejemplo.

Exigir uniformidad en tal aspecto llevaría al ridículo, al establecer un concepto tan amplio de lo nocivo o pernicioso, que entraría prácticamente cualquier cosa en él. Sería un verdadero “bolsillo de payaso”. No obstante esto, HASSEMER sostiene que es necesario el desarrollo de un Derecho penal internacional al menos en una parte, que traslade las agresiones contra los Derechos Humanos al Derecho penal vigente, y que implante las condiciones procesales necesarias para la persecución de tales agresiones.¹⁹⁷

Basta ver la realidad nuevamente para observar como cuesta promulgar una ley a nivel nacional, sobe todo en cuanto al recurso tiempo, lo que hace fácil imaginar cuanto costaría eso a nivel internacional, contrastado con lo fácil que mutan los problemas y las actividades en Internet. No sería extraño entonces proyectar la manera en que un problema tecnológico determinado, cuando logre encontrar una solución normativa internacional, ya haya dejado de ser problema, sea por haberse solucionado técnicamente, o por haber sido superado por un mecanismo superior.¹⁹⁸

El problema que en este sentido plantea Internet es propio de la globalización. El fenómeno es a escala mundial, y las soluciones normativas han sido, en general, soluciones locales ancladas en lo territorial, y si la opción de una única normatividad global o un súper organismo internacional regentor para Internet parece inviable, el acercamiento y la cooperación entre los Estados se vislumbra, a la luz de la práctica,

¹⁹⁷ HASSEMER, Winfried, *Perspectivas...op.cit.*, p. 41. En similar sentido, y calificándolo como exigencia propia del Derecho penal del riesgo, en especial por los problemas generados vía TIC, como los “paraísos informáticos” (Jurisdicciones con bajo nivel de protección penal contra actividades delictuales en la Red y que son escogidos por los ciberdelincuentes como centro de operaciones). DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “Sociedad tecnológica y derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N° 4, 2000, p. 142.

¹⁹⁸ Muñoz Machado reflexiona sobre el punto, señalando que “más que acreditar la idea de una *lex mundialis* que discipline las relaciones internacionales desde lo alto de una monolítica jerarquía normativa, de lo que se trata es de discernir según áreas de problemas...y establecer un cuadro institucional y cooperativo complejo que pueda ofrecer respuestas adecuadas a las particularidades de cada uno de estos problemas”. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, p. 102.

como la alternativa más factible ante la simple y clásica regulación jurídica estatal. Ahora, esto no significa prescindir completamente del Derecho internacional, sino contar con una capa levisima de este, con una especie de Derecho internacional mínimo.¹⁹⁹

Esos acuerdos entre Estados deben abarcar el núcleo de los comportamientos nocivos e ilícitos que se dan en la Red (datos, cibercrimen, pornografía o *spam*, principalmente), que serían el aspecto sustantivo de los mismos, junto con las cuestiones procesales y policiales, sin los cuales lo sustancial no sería más que una declaración jurídica de buenas intenciones. Un sistema así, que cuente además con una cuota de Derecho internacional, permitiría regular de forma más efectiva Internet, a través de un ejercicio de la soberanía compartida por parte de los Estados, contando como instrumentos operativos con los Tratados Internacionales que incidan sobre la ordenación parcial del ciberespacio.²⁰⁰

Los ejemplos normativos europeos demuestran la efectividad en un ámbito supranacional de los esfuerzos legislativos comunes. La cooperación es numerosa y eficaz, y se desarrolla, además de Internet, de manera constante en el ámbito internacional. La Convención sobre cibercriminalidad²⁰¹ y la Decisión Marco 190/1 del 17 de Julio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros,²⁰² conocida como la “DM del euroarresto”²⁰³, son casos concretos de ello, al aunar los esfuerzos de los gobiernos europeos en el combate y la penalización contra el cibercrimen y otros delitos cometidos a través de las redes telemáticas.

El preámbulo del Cciber reconoce expresamente la necesidad de cooperación rápida, acrecentada y eficaz entre los Estados firmantes, y entre estos y la empresa privada, con el objetivo de llevar a cabo una política común frente a la

¹⁹⁹ LÓPEZ ZAMORA, Paula, *El ciberespacio y su ordenación*, Madrid: Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2006, p. 148. Coincide Muñoz Machado, “[...] se contemplan como soluciones idóneas los acuerdos internacionales o supraestatales...capaces de proponer un derecho común”. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, pp. 102, 108.

²⁰⁰ La perspectiva entonces es más o menos clara, dicha en palabras de Muñoz Machado: “(El proceso de globalización) multiplicado gracias a la ayuda de las tecnologías de la comunicación, necesita ahora una regulación que se enfrenta a los mismo problemas que la ordenación mundial del tráfico en la gran red, a efectos de la protección de valores e intereses que los Estados habían consolidado y que deben seguir prevaleciendo”. *Ibid.*, p. 49.

²⁰¹ Convenio N° 185 del Consejo de Europa adoptado por el Consejo de Ministros el 08 de Noviembre de 2001.

²⁰² DOCE L 190, de 17 de julio de 2002, pp. 1 a 18.

²⁰³ Denominada así en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El euroarresto en la perspectiva europeísta de unificación de la justicia penal”, en AAVV, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*. Albacete: Ed. Bomarzo, 2007.

cibercriminalidad y proteger los legítimos intereses amenazados por el mal uso de las nuevas tecnologías.²⁰⁴ El acuerdo supranacional busca unificar las legislaciones internas, específicamente en el ámbito de la sanción a conductas contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos informáticos (artículos 2 al 6); las infracciones informáticas (artículos 7 y 8); las infracciones relativas al contenido, como aquellas vinculadas a la pornografía infantil y la propiedad intelectual (artículos 9 y 10), entre otras.²⁰⁵ Este Cciber se dicta en concordancia con la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08 de Junio del 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico en el mercado interior,²⁰⁶ toda vez que el desarrollo del comercio electrónico en la UE va de la mano con el grado de confiabilidad que se logre entre sus agentes y usuarios, y esto va encadenado al control de los ciberdelitos.

Los objetivos principales del Cciber son: armonizar el Derecho penal material; establecer medidas procesales o cautelares adaptadas al medio digital; y poner en funcionamiento un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional.²⁰⁷

Cabe señalar que la armonización sustancial y procesal en la normativa contra la ciberdelincuencia era un objetivo perseguido por la UE ya desde el año 1989, con la Recomendación R (1989) 9,²⁰⁸ y que se plasma en el Cciber como un esfuerzo para que

²⁰⁴ Señala el preámbulo que “*Recognising the value of fostering co-operation with the other States parties to this Convention;*

Convinced of the need to pursue, as a matter of priority, a common criminal policy aimed at the protection of society against cybercrime, inter alia, by adopting appropriate legislation and fostering international co-operation;

Conscious of the profound changes brought about by the digitalisation, convergence and continuing globalisation of computer networks;

Concerned by the risk that computer networks and electronic information may also be used for committing criminal offences and that evidence relating to such offences may be stored and transferred by these networks;

Recognising the need for co-operation between States and private industry in combating cybercrime and the need to protect legitimate interests in the use and development of information technologies;

Believing that an effective fight against cybercrime requires increased, rapid and well-functioning international co-operation in criminal matters;

Convinced that the present Convention is necessary to deter action directed against the confidentiality, integrity and availability of computer systems, networks and computer data as well as the misuse of such systems, networks and data by providing for the criminalisation of such conduct, as described in this Convention, and the adoption of powers sufficient for effectively combating such criminal offences, by facilitating their detection, investigation and prosecution at both the domestic and international levels and by providing arrangements for fast and reliable international co-operation”.

²⁰⁵ Sobre los grupos de infracciones, véase MATA, Ricardo, *La protección penal...op.cit.*, pp. 234-235.

²⁰⁶ DOCE L 178 de 17.7.2000, p. 1-16.

²⁰⁷ MORÓN LERMA, Esther; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “Traducción y breve comentario del convenio sobre cibercriminalidad”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N° 7, 2002, p. 169.

²⁰⁸ COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS; COUNCIL OF EUROPE. EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS, *Computer related crime: Recommendation N° R (89) 9 on*

las autoridades estatales encaren la volátil particularidad de la investigación de la ciberdelincuencia con un marco de reglas comunes que permitan su persecución eficaz²⁰⁹. Para MORÓN Y RODRÍGUEZ, este instrumento comunitario debe destacarse por su carácter pionero, atingente al fenómeno de la globalidad y flexible en dos sentidos, al respetar la tradición jurídica de los Estados miembros pero aun así ser idóneo para aprehender y responder al voluble fenómeno de la ciberdelincuencia.²¹⁰ Sus falencias en tanto han sido bien suplidas por otro instrumento importante en la iniciativa europea contra la delincuencia informática, la DM del euroarresto.

Esta DM sustituye las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal. La orden de detención europea debe valorarse como la primera concreción en el ámbito del Derecho penal del principio del reconocimiento mutuo que el Consejo Europeo ha calificado como piedra angular de la cooperación judicial. QUINTERO OLIVARES reputa la superación de la doble incriminación y la extradición existente en la UE como un paso imprescindible para alcanzar soluciones efectivas en el espacio judicial europeo.²¹¹ Dicho paso se entiende como lógico en el marco de la comunidad europea y de la colaboración entre los Estados miembros en la lucha contra aquellos delitos de mayor peligrosidad.

El artículo 2.2 de la DM es el encargado de señalar los delitos que podrán ser objetos de una orden de euroarresto, siempre y cuando traigan adjunta una pena o medida de seguridad privativa de libertad igual o superior a 3 años. Los delitos de alta tecnología se encuentran en el listado del citado artículo, con lo que el aparato judicial de cada Estado de la UE cuenta con una herramienta de efectividad en la investigación y captura de los ciberdelincuentes, que muchas veces actúan al amparo de los paraísos informáticos, o de legislaciones más benignas en la materia.

computer related crime and final report of the European Committee on Crime Problems, Strasbourg: Ed. Council of Europe, 1990.

²⁰⁹ Lezertúa manifiesta sus dudas sobre ciertas medidas particularmente invasivas consideradas en el Convenio para la investigación de la ciberdelincuencia, especialmente las de los artículos 20 y 21 de dicha norma, que pone en entredicho el equilibrio entre los poderes de investigación y el respeto a las garantías fundamentales. LEZERTÚA, Manuel, “El proyecto de convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa- proteger el ejercicio de los Derechos Fundamentales en redes informáticas”, en AAVV, *Cuadernos europeos de Deusto*, N° 25/2001, Bilbao: Ed. Instituto de Estudios Europeos de la U. de Deusto, 2001, pp. 109 y ss.

²¹⁰ MORÓN LERMA, Esther; RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Traducción...op.cit.*, p. 174.

²¹¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *El euroarresto...op.cit.*, p. 359.

La DM del euroarresto fue transpuesta a la legislación española por la Ley 3/2003, de 14 de marzo,²¹² sobre la orden europea de detención y entrega, que sigue con bastante literalidad las disposiciones de la norma comunitaria. Sin embargo es esa característica la que genera serios inconvenientes, como la inexactitud en la conceptualización de los delitos exentos de la doble incriminación. También, agrega QUINTERO OLIVARES, debe criticarse la amplia gama de delitos que continúan sometidos a la doble incriminación así como el mecanismo de resolución de conflictos por extradiciones solicitadas por Estados no miembros.²¹³

Dejando de lado por un momento los acuerdos de cooperación internacional y retomando las opciones planteadas por la doctrina, la existencia de una corte internacional que se especialice en las materias vinculadas a la delincuencia informática, al estilo del Tribunal Penal Internacional, debe vincularse con la presencia de bienes jurídicos de carácter universal, dignos de protección penal por parte de los Estados en conjunto a través de un órgano jurisdiccional internacional. Esto no parece estar del todo claro en la materia, pues las distintas figuras penales que sancionan conductas relativas a la informática y las nuevas tecnologías protegerían bienes jurídicos mas bien personales o territoriales, como el patrimonio o la intimidad, lo que no justificaría la existencia de un tribunal de carácter internacional.²¹⁴

Una mirada fugaz al problema del bien jurídico de carácter internacional lleva, en primera instancia, a pensar en aspectos del comercio internacional, fuertemente potenciado y presente en Internet. Sin embargo, en situaciones como esta existen otras instancias, como tribunales y procedimientos arbitrales, que se adaptan mejor a las características de la problemática (por ej: el caso de la ICANN en el DNS).

Siendo un avance respecto a la reglamentación por el Derecho interno individualmente considerado, la heterorregulación supranacional también adolece de defectos que no permiten dejar a su sola presencia la regulación total de la Red y las conductas que en ella se suscitan.

A modo de resumen, se puede mencionar en primer lugar, el que una máquina normativa constituida a partir de la cooperación supranacional no sea capaz de

²¹² BOE N° 65 del 17 de Marzo de 2003.

²¹³ Véase las críticas formuladas y clarificadores ejemplos de ello en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *El euroarresto...op.cit.*, pp. 365 y ss.

²¹⁴ Como señala Marchena, “[...] pensar en una justicia transfronteriza para el enjuiciamiento de hechos de escaso impacto lesivo o que sólo menoscaben bienes jurídicos carentes de una cierta idea de universalidad, supondría debilitar los propios fundamentos de esa persecución universal”. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Algunos...op.cit.*, p. 69.

responder con la suficiente rapidez frente a los embates tornadizos y acelerados que generan las tecnologías informáticas. Por otra parte, una excesiva producción de normas jurídicas, tal como sucede en el Derecho interno, genera un fenómeno del que se conoce perfectamente en la actualidad, la inflación normativa, que unida a deficiencias en la técnica legislativa, puede redundar en mayores problemas que soluciones a los problemas que la originan. En tercer lugar, la falta de órganos ejecutores también es un problema, que deviene en la necesidad de ocupar los Tribunales nacionales para hacer cumplir lo normado. Finalmente, y sin ánimo de ser taxativo, es posible mencionar la necesidad de que exista una regulación “minorista”, por usar una terminología mercantil, es decir, que se adapte a situaciones particulares, menores, altamente cambiantes y donde es necesaria la aceptación voluntaria de los normados más que la imposición de las reglas.²¹⁵

En este último punto, sobre todo, es donde aparece otro tipo de regulación jurídico- normativa, aquella hecha por los mismos usuarios del ciberespacio.²¹⁶

4.3.3. La autorregulación ¿alternativa efectiva?

Esta, como acción y efecto de autorregularse, representa la idea de control por los mismos usuarios de Internet, cuestión que es cierta, pero a la que se podría agregar una distinción clarificadora a la hora de entender sus mecanismos. Es ostensible la diferencia entre una autorregulación dada por los usuarios de un foro de discusión para ellos mismos, frente a aquella que puede concebir una institución reguladora de los

²¹⁵ Muñoz Machado expone el acuerdo de Puerto Seguro entre Estados Unidos y la Unión Europea, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op. cit.*, p. 182.

²¹⁶ Cabe mencionar que las revisadas en los últimos dos apartados no son las únicas técnicas de heterorregulación. López Zamora enseña algunas teorías alternativas, pero que no han generado una adhesión generalizada en la doctrina. Entre ellas se cuentan la Teoría federalista de Dan L. Burke, quien señala, a rasgos generales, que sería conveniente aplicar un sistema federalista a la Red, como el de EEUU, que divide el poder entre los Estados y el gobierno federal en forma vertical, y horizontalmente entre los Estados. BURK, Dan L., *Federalism in cyberspace*, 2006. Véase online en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=44433 (Última visita 14 de agosto de 2013). La autora también apunta la Teoría del consumidor de Post, quien defiende la idea de abordar el control y la regulación de La Red desde la perspectiva de la normativa que protege a los consumidores, usuarios de Internet, a través de un sistema de normas alternativas elegidas por el mismo usuario, y no impuestas por el Estado. POST, D. G., *Anarchy, state and the Internet: an essay on law-making in cyberspace*, 1995. Véase online en www.wm.edu/law/publications/jol/articles/post.shtml (Última visita 14 de agosto de 2013). Finalmente expone de forma breve la propuesta de Hicks, que se basa en trasladar a los proveedores de servicios de Internet la carga de generar las reglas aplicables al ciberespacio. HICKS, B. D., *Choice of a law issues in cyberspace*, 1996. Véase online en www.geocities.com/athens/Academy/5090 (Última visita 14 de agosto de 2013). LÓPEZ ZAMORA, Paula, *El ciberespacio...op.cit.*, pp. 163-170.

nombres de dominio para los usuarios, personas jurídicas y naturales de la Red. En el primer caso no hay un órgano centralizado ante quien responder,²¹⁷ ni que dicte normas para una determinada situación, normas con reconocimiento y efectividad. En el segundo planteamiento lo hay, pero es una institución de carácter privado, con elementos y competencias muy distintas a las del Estado. Por lo mismo, se podría considerar la autorregulación como aquella dada para sí por los usuarios o instituciones distintas del Estado u otros organismos públicos.

Hay dos claves para entender la importancia y las ventajas de la autorregulación son la flexibilidad y la adaptabilidad. Los mecanismos de autorregulación presentan una serie de ventajas en relación con la regulación jurídica tradicional, tales como la rapidez de actuación y la flexibilidad, así como la capacidad de integración y coordinación en el ámbito transnacional o supranacional. Esto constituye una vía de superación de los problemas que la globalidad y la falta de territorialidad de Internet plantean para el Estado moderno y la judicatura.²¹⁸ Segundo, la autorregulación como medio de control en Internet deja en evidencia que sus principales características, tales como la flexibilidad o la transnacionalidad, son elementos propios del ciberespacio, y que el Derecho estatal interno no posee o lo hace en mínimos grados.

ROMEO CASABONA estima que cualquier intento por considerar la autorregulación como una verdadera alternativa debe contar con la participación de los proveedores de servicios de Internet, de los usuarios y de los titulares de dominios de acceso que prestan servicios a grandes cantidades de usuarios. Esto ayudaría también a mantener los equilibrios entre la garantía a los derechos fundamentales que pudieran afectarse en la Red con la propia afectación que la autorregulación puede irrogar a los mismos derechos.²¹⁹

LITAN Y NISKANEN entregan un listado de asuntos en Internet que podrían ser reguladas únicamente a través de privados.²²⁰ Entre estos cuentan la asignación de nombres de dominio; las funciones sobre firma digital, comercio electrónico, entidades de certificación y autocertificación; la protección de la intimidad y el respeto a la confidencialidad de los datos; el control de algunos contenidos, como la decencia de las

²¹⁷ Aun cuando podría considerarse como tal al *webmaster* o administración del sitio donde se desarrolla un foro de debate o una actividad de similares características en la Red.

²¹⁸ LÓPEZ ZAMORA, Paula, *El ciberespacio...op.cit.*, p. 250.

²¹⁹ ROMEO CASABONA, Carlos, *Derecho penal y...op.cit.*, pp. 319-320.

²²⁰ LITAN, Robert E.; NISKANEN, William A., "El horizonte digital: manual de directrices para la era digital", disponible en <http://www.elcato.org/publicaciones/libros/lib-2001-01-25.pdf>, pp. 14 y ss (Última visita 20 de agosto de 2013).

comunicaciones en la Red; y el respeto a los derechos de la propiedad intelectual. Para la regulación estatal se imputan funciones como vigilar la libre competencia, la regulación general de los contenidos de las telecomunicaciones, la contratación pública, la regulación de los impuestos, etc.²²¹

De este listado se extraña inmediatamente la omisión del control y penalización de la delincuencia informática, lógico en virtud del carácter exclusivo y excluyente de la administración de la justicia penal por el Estado. Del resto, una buena parte efectivamente se realiza por instituciones privadas, como la ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), a cargo de la asignación de nombres de dominio²²², o bien son de carácter mixto, como la certificación, realizada tanto por organismos públicos como entidades particulares²²³. Otras, por su potencialidad de riesgo, han sido asumidas en buena parte por la administración pública, tipificando figuras delictivas para la protección de los datos personales, por ejemplo.

Pareciera que la autorregulación es casi de forma innata la modalidad de control más acorde a la realidad de Internet, considerando una de las principales características de la red de redes, su flexibilidad.²²⁴ Esa necesidad del autogobierno y la

²²¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, p. 60.

²²² Agustino y señala los motivos que llevaron finalmente a la creación de la ICANN. Estos eran, principalmente: la consolidación de Internet como plataforma comercial; la necesidad de compensar el poder centralizado en la NSF como única entidad registradora; el problema del registro de nombres de dominio con carácter especulativo; y la creciente demanda de nombres de dominio, debido a la masificación de la web. Véase AGUSTINOY G. Albert, *Régimen jurídico de los nombres de dominio: estudio práctico sobre sus principales aspectos técnicos y legales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 69 y ss. Sin embargo, Muñoz Machado especifica que la ICANN está sometida a la supervisión del Departamento de Comercio norteamericano, lo que en última instancia, debido al acuerdo entre ambas entidades, obliga a la ICANN a ceder al mencionado Departamento todos sus derechos en relación con los registros y nombres registrados. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, p. 113. En el mismo sentido, López Zamora agrega que cada año el Departamento ha realizado enmiendas al Memorando de Entendimiento firmado entre ambas entidades, exigiéndosele además a la ICANN que rinda cuentas al gobierno de EE.UU. sobre su gestión. LÓPEZ ZAMORA, Paula. *El ciberespacio...op.cit.*, p. 259.

²²³ Junto a la ICANN pueden nombrarse, sin ser taxativo, a la *Internet Society*, que nació en 1992 con el objetivo inmediato de supervisar el trabajo del IETF (*Internet Engineering Task Force*) y del IAB (*Internet Architecture Board*). Además de esto, se preocupa del crecimiento y la evolución de la arquitectura de La Red, y la asistencia tecnológica a países y regiones en desarrollo para que instalen y mejoren su infraestructura y uso de La Red; El *Consorcio Web*, que Castells califica como una organización internacional, basada en el consenso, no obligatoria y abierta, que preside los protocolos y el desarrollo de la aplicación más famosa de Internet, la triple W, World Wide Web, y cuyos estándares son abiertos, con lo que trata de evitar la fragmentación del mercado (por los softwares propietarios) y consecuentemente de Internet. Sus estándares adquieren cuerpo normativo a través de las Recomendaciones del W3C, normas técnicas no imperativas; el Grupo de investigación de Internet IRTF (*Internet Research Task Force*) y IESG (*Internet Engineering Steering Group*) entre otros. Véase CREMADES, Javier, *El paraíso...op.cit.*, p. 216.

²²⁴ Sobre este punto, Negroponte afirma con claridad que “[...] una estructura descentralizada y altamente intercomunicada sería mucho más resistente y tendría mayores posibilidades de sobrevivir. Es mucho más

autorregulación viene dada además por su carácter descentralizado, y por la desvinculación del concepto jurídico-material de fronteras.²²⁵

Además de su flexibilidad, otra característica que condiciona la conveniencia de la autorregulación es la existencia de un mercado en la Red, cuyos elementos esenciales son los mismos del mercado “real”, bajo las normas de libre competencia y el rol subsidiario del Estado. Esta subsidiariedad se ve reflejada en la normativa del sector, cuestión perfectamente trasladable a Internet, considerando que su desarrollo y el de las tecnologías que en ella convergen está entregada en su inmensa mayoría a los privados y las corporaciones²²⁶.

La Unión Europea ha seguido ese camino, el de la regulación mínima y subsidiaria, principalmente por cuatro motivos. En primer lugar, el problema es territorialmente más vasto que la sola UE; luego, el mercado de Internet es altamente competitivo, por lo que una regulación mínima permite que se logren equilibrios por la acción de las mismas fuerzas que participan del mercado; en tercer lugar, por que la regulación centralizada no es la única vía para lograr uniformidad en un sistema normativo aplicable a un territorio determinado; finalmente, por que las diversas formas de autorregulación de los sujetos actuantes en los mercados, y las normas privadas, cubran las necesidades de regulación en el ciberespacio.²²⁷ El organismo supranacional europeo lo propuso como línea de acción prioritario en la Resolución de 24 de abril de 1997 sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet,²²⁸ donde se instó a la Comisión a proponer, previa consulta al Parlamento, un marco común de autorregulación en el ámbito de la organización, y lo confirmó y

duradera y tiene muchas más probabilidades de evolucionar en el tiempo”. NEGROPONTE, Nicholas, *El mundo...op.cit.*, p. 190.

²²⁵ García Mexía realiza una interesante apreciación sobre el hecho de que las nuevas tecnologías inalámbricas contribuyen a disminuir esta barrera entre los mundos físico y virtual, al permitir la vinculación de determinadas áreas geográficas con los perfiles de las personas que los habitan. GARCÍA MEXIA, Pablo, “El derecho de Internet”, en GARCÍA MEXIA, Pablo (Dir.). *Principios de derecho e Internet*, 2ª. Edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005. El mismo Negroponte, obviando los controles estatales en La Red, realiza una analogía de La Red con una bandada de patos, al señalar que esta “[...] presenta un aspecto parecido a la formación de una bandada de patos. No existe ningún jefe, pero todas las piezas encajan admirablemente”, NEGROPONTE, Nicholas, *El mundo...op.cit.*, p. 215.

²²⁶ Aporta Muñoz Machado al respecto que “El Derecho de La Red tiene también que estar organizado en Red. Con múltiples puntos de apoyo y decisión, pluralmente, dando lugar a la participación de todas las comunidades de destino, con base territorial o sin ella, que utilizan La Red como instrumento de comunicación o para prestar o recibir servicios”, agregando que “...esto rompe con la característica mas notable del Derecho público continental europeo desde el inicio del constitucionalismo: su carácter jerarquizado, vertical, ordenado a partir de la ley”, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación...op.cit.*, pp. 59, 105.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 57-58.

²²⁸ DOCE C N° 150 de 19 de Mayo de 1997, p. 38.

profundizó en la Decisión N° 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, ya citada *supra*. En esta Decisión se considera que el fomento de la autorregulación y el desarrollo de medios técnicos como filtros o sistemas de clasificación proporcionados por la industria, entre otras medidas correctamente respaldadas por el ordenamiento jurídico, puede prevenir eficazmente a limitar el flujo de contenidos ilícitos en Internet.²²⁹

En este marco, las comunidades *online* se transforman en polos generadores y configuradores de normas sociales, usos y costumbre, algunos o muchos de ellos con relevancia jurídica,²³⁰ cuestión que ha sido común desde el nacimiento de la Web. Ejemplo de esto son las *netiquettes*²³¹ y los códigos de conducta.²³²

En general, y al igual que los usos sociales en el mundo real, las sanciones por el incumplimiento de las normas de etiqueta en Internet no son coactivas, sino que se originan principalmente en la presión del grupo social. Estas pueden ir desde el aislamiento del infractor, hasta ataques informáticos por parte de quienes se han sentido ofendidos con su actuación, a través del envío de virus informáticos o bombas

²²⁹ Considerandos número 5, 9, 10, 12 y 13 de la Decisión.

²³⁰ Castells señala, revisando la historia de La Red, que “[...] mientras la cultura hacker proporcionó los fundamentos tecnológicos de Internet, la cultura comunitaria configuró sus normas, procesos y usos sociales”. Él mismo entrega una serie de ejemplos de comunidades sociales en La Red que lograron trascendencia y efectos jurídicos, en distintos ámbitos del Derecho y la economía. Por ejemplo, uno de los primeros BBS (*Bulletin Boards Systems*) en San Francisco, EE.UU., llamado *Kinky computer*, originó un creciente mercado sexual en La Red, que se ha prolongado lucrativamente hasta la actualidad. El IGC (*Institute for Global Communications*) de la misma ciudad fue crucial en La Red informática de mujeres (La Neta) utilizada por los zapatistas mexicanos en su plan de congregar a la comunidad internacional en torno a la causa de las minorías indígenas del sector. El proyecto de Ciudad Digital en Ámsterdam contribuyó a la renovación de la participación ciudadana en Holanda, mientras que la libertad de expresión en la ex Unión Soviética encontró un canal organizativo importante en redes informáticas como RELCOM, durante los momentos más duros de la *Perestroika*. CASTELLS, Manuel, *La galaxia...op.cit.*, pp. 68-69.

²³¹ TERCEIRO, José B, *La sociedad...op.cit.*, p. 95. Estas *netiquettes* no son sino usos sociales que plasman principios éticos del mundo “real” trasvasijados a Internet, y que tienen por objetivo salvaguardar la buena convivencia en la navegación, siendo calificadas como reglas de urbanidad, convivencia y buenas maneras. LÓPEZ ZAMORA, Paula, *El ciberespacio...op.cit.*, p. 235.

²³² También conocidos como Códigos Tipo o Deontológico. Se entiende por códigos en este caso el conjunto ordenado de normas, y no en su acepción de códigos legales sancionados por el Estado, por eso están incluidos en el párrafo de la autorregulación. López Zamora los define como “Códigos éticos, que recogen declaraciones de principios, de conductas exigidas y debidas que vinculan a los firmantes del mismo....estos Códigos de Conducta pretenden ser un instrumento de autorregulación de las empresas y entidades públicas en sus relaciones con los usuarios, los ciudadanos, otras empresas y otras entidades públicas”, LÓPEZ ZAMORA, Paula, *El ciberespacio...op.cit.*, p. 248. Cfr., Galindo, quién entrega una definición algo más completa que la autora, al señalar que estos códigos son el “conjunto de normas o pautas de comportamiento que, atendiendo a un plan metódico y sistemático, regula las conductas de los creadores y usuarios de las tecnologías de la información y la comunicación en lo relativo a las medidas de seguridad y al tratamiento de datos”. GALINDO, Fernando, *Derecho e...op.cit.*, p. 182. Su expresión normativa se encuentra en el artículo 18 de la LSSI, Ley que viene a cumplimentar lo dispuesto en la Directiva 2000/31/CE ya citada *supra*.

lógicas.²³³ En el mayor de los casos, es expulsado de la comunidad virtual a la que pertenece.²³⁴

Al darse en mayor medida en los mercados de prestaciones de servicios de comunicación en la Red, donde la costumbre y la confianza son dos factores importantes, los usuarios tienden a participar activamente en la elaboración de los mismos, así como en la determinación de sus contenidos. La ética también juega un rol importante en la percepción de los usuarios de dichas empresas, quienes tienden a atribuir una mayor confianza a las mismas, y a aceptar de mejor forma la aplicación de códigos, lo que redunda en una mayor eficacia de esta técnica de autorregulación.²³⁵

Sus desventajas están dadas en gran medida por las mismas que los usos sociales y costumbres tienen en el “mundo real”. Le falta de coactividad para hacer cumplir las normas es la principal, cuestión que se intenta minimizar con la autoaceptación de estas y las resoluciones que dicten organismos en el marco de los mencionados códigos, en base a la confianza en el sistema. También, en el caso de los códigos que provienen de instituciones, se critica la falta de mecanismos, e incluso de intención, de hacer cumplir la normativa, aplicar sanciones o investigar la ocurrencia de hechos contrarios a los códigos.²³⁶ Debe agregarse la falta de conocimiento de las normas por parte de los

²³³ Lessig entrega un ejemplo de autorregulación a nivel de comunidades virtuales, íntegramente en Red, en un *site* de juegos virtuales, aliñado además por lo escabroso del caso. LamdaMoo es el nombre una especie de juego de rol virtual, donde los participantes construyen personajes y realidades virtuales, a través del texto. Los personajes poseen características y habilidades que les permiten derrotar o dominar a otros dentro del juego. Uno de estos personajes se llamaba Mr. Bungle, y tenía un poder denominado *vudú*, que le permitía hacer que otros personajes cumplieran su voluntad, e hicieran cosas que en realidad no hacían. En virtud de este poder, Mr. Bungle sometió a “actividades de contenido sexual”, una verdadera violación virtual, a algunos personajes de características femeninas. Si bien difícilmente puede subsumirse lo ocurrido en el tipo penal de violación, o en descripción típica alguna, no es fácil de buenas a primeras decir que dicha acción no tuvo un contenido violento, de alguna forma al menos. Mr. Bungle sexualizó su violencia y los poderes virtuales con los que contaba en el juego. Se generó una discusión en la comunidad virtual de LamdaMoo, entre quienes exigían reglas para prohibir y sancionar actitudes como esa, y quienes mantenían la fe en la autorregulación, exigiendo solamente mayor vigilancia, a través de un par de buenos celadores, y no de normas centralizadas. Sin embargo, hubo un miembro de la comunidad, que ejercía un rol superior (un Mago en la jerga) que directamente eliminó a Mr. Bungle del juego, tomando la “justicia por sus manos”. Finalmente LamdaMoo se democratizó, pero perdió su autorregulación original. Al menos eso piensa Lessig, quien concluye del ejemplo que el Código nuevamente es lo importante, y que la política, en este caso, se aplicó a través del Código. LESSIG, Lawrence, *El código...op.cit.*, pp. 145-150.

²³⁴ La debilidad de esto radica en que, normalmente, la única identificación del usuario es su correo electrónico, con lo que al expulsado le basta con crear una nueva cuenta para ingresar al sitio con otra identidad virtual. LÓPEZ ZAMORA, Paula, *El ciberespacio...op.cit.*, p. 238.

²³⁵ López Zamora considera esto último entre las ventajas de este tipo de autorregulación, señalando que “se tiende (por los usuarios) a considerar las normas como propias, como autoimpuestas y como absolutamente necesarias para el buen desarrollo y desenvolvimiento del medio en el que surjan, por lo que el cumplimiento espontáneo aumenta considerablemente con respecto a las normas heterorreguladas”. LÓPEZ ZAMORA, Paula, *El ciberespacio...op.cit.*, p. 249.

²³⁶ Marchena Gómez realiza una crítica indirecta a estos cuerpos normativos, al reprochar la falta de estudios de ciertos aspectos de La Red, señalando que “la tendencia –cada vez más extendida– a

usuarios, o incluso de los miembros de asociaciones de profesionales, así como la falta de medidas disciplinarias.²³⁷ Esa falta de conocimiento es un hecho verdaderamente imperdonable en Internet, donde la difusión es a costos ínfimos y la masificación enorme.²³⁸

En materia de atentados sexuales, los proveedores de redes sociales firmaron los *Safer Social Networking Principles por the EU*, como parte del programa *Safer Internet Plus*, en consulta con la Unión Europea, con el objetivo de proteger a los usuarios de aquellas, principalmente menores de edad. Por su parte, las 26 redes sociales con más presencia en Europa firmaron siete principios, en Consulta con la Dirección General de la Sociedad de la Información de la Comisión Europea, como una importante iniciativa de autorregulación, dirigida a proteger a los niños y los jóvenes de los contenidos inadecuados o ilegales, de los contactos inapropiados por parte de adultos o para prevenir conductas como el *cibergrooming* o el *sexting*.²³⁹

Su existencia puede constituirse en una barrera previa a la intervención punitiva estatal, pero son duda no logrará filtrar aquellas conductas de mayor dañosidad social o peligrosidad social.

proclamar soluciones meta-jurídicas basadas en la firma de voluntaristas códigos de conducta, tampoco puede hacer entendible el llamativo silencio de los tratadistas”. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Algunos...op.cit.*, p. 52.

²³⁷ “Sobre todo necesarias cuando las actividades de un miembro están en conflicto con la letra o el espíritu del código”. LÓPEZ ZAMORA, Paula, *El ciberespacio...op.cit.*, p. 255.

²³⁸ Gómez Castallo realiza una importante reseña a algunas de las iniciativas más destacadas de códigos de conducta, tanto en Europa como en Estados Unidos. Se destacan, entre otras, el sistema TRUSTe, uno de los primeros sistemas de autorregulación norteamericanos que fijó reglas de conducta, sistemas de resolución de conflictos extrajudiciales y un sello de calidad para identificar sitios *webs* comprometidos con las políticas de protección de datos personales. Véase www.truste.org. En el Reino Unido, el Better Business Bureau lanzó el Código sobre prácticas comerciales en línea, que establece una guía de conductas éticas para las relaciones entre empresas y consumidores, a nivel nacional y transnacional, instituyendo cinco principios básicos para lograr el objetivo, entre los que se cuentan transparencia e identificación suficiente de las empresas y sus ofertas comerciales, y protección de la infancia, entre otros (véase www.bbbonline.org). GÓMEZ CASTALLO, José D., “La autorregulación en internet”, en GÓMEZ SEGADE, José A (Coord.), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001, p. 465-473.

²³⁹ ORTIZ LÓPEZ, Paula, *Redes sociales...op.cit.*, pp. 34-35.

5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Es indiscutible que estamos frente a un nuevo estadio social, aun cuando no exista un único modelo que refleje, de forma indiscutida, los elementos de la misma. RODRÍGUEZ IBÁÑEZ los resume en tres enfoques principales: aquellos que se centran en la idea de sociedad postindustrial, los que dejan en el centro a las nuevas tecnologías y su rol en la configuración social, y finalmente aquellas que se basan en la idea de posmodernidad.²⁴⁰ Pero más allá de los modelos, podemos encontrar elementos y características comunes en la sociedad actual, la que se encuentra imbuida en una dinámica de constante inseguridad, merced de acontecimientos de distinta naturaleza, como conflictos bélicos, altas tasas de criminalidad en las calles así como en las empresas, o nuevos escenarios tecnológicos hasta hace poco desconocidos para la mayoría de los ciudadanos, reflejado en diversos fenómenos, como la explotación sexual infantil a través de la Red.²⁴¹

Entre los modelos teóricos que tratan de explicar la actual configuración social, destaca sin duda la denominada sociedad del riesgo, término acuñado por BECK, para quien estamos en una sociedad marcada por la presencia de nuevos riesgos, generados por los avances científicos y técnicos, en cuyas experimentaciones se disuelve la certeza en torno a riesgos que son, en su inmensa mayoría, resorte de una decisión humana, sea del ciudadano común o de técnicos y profesionales merced de la evolución de las ciencias.²⁴² La energía nuclear, la bioquímica o la genética son algunos de los ámbitos más importantes en este panorama de riesgos, en el que se incluyen las tecnologías informáticas. Sin bien BECK parece darles un papel secundario, es innegable que juegan un rol trascendente en la vida cotidiana de las personas, lo que marca la forma de desenvolverse –y generar riesgos- del individuo en el entorno actual. Esta sociedad genera una fuerte inseguridad colectiva e impacta en un modelo de Derecho penal conocido como Derecho penal del riesgo.

Las TIC, y particularmente Internet, han traído elementos totalmente innovadores a la vida individual y colectiva, generando nuevas realidades socio-

²⁴⁰ RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José, *Hacia un nuevo marco...op.cit.*, p. 5.

²⁴¹ Herzog tilda al actual Derecho penal de corto plazo y populista, producido por una relación entre inseguridad colectiva, desorientación moral y demanda del Derecho penal. HERZOG, Félix, *Algunos...op.cit.*, p. 55.

²⁴² ROMEO CASABONA, Carlos, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada: ed. Comares, 2005, p. 1.

tecnológicas, como las redes sociales tipo *Facebook* o *Instagram*, pero pagando el necesario costo de asumir una cuota de riesgo en ese proceso de inmersión en el ciberespacio. En esa cuota entra el accionar de sujetos y organizaciones que ocupan la Red en actividades que, buscando en la mayoría de los casos el lucro personal, provocan un resultado lesivo a los bienes jurídicos existentes en el ordenamiento jurídico, tanto los tradicionales como aquellos que han sido creados a propósito de la misma evolución tecnológica.

A pesar de que la sensación de inseguridad en Internet es tantísimo menor de la que pudiera haber al caminar en una calle oscura en una urbe moderna, quizás por la conocida “invisibilidad” del accionar delictual en Internet, esta se transforma, como señala GONZÁLEZ RUZ, en otro pretexto para ampliar el campo de acción del Derecho penal, que produce a su vez que se genere un desequilibrio en la protección que se le da a bienes jurídicos de semejante naturaleza si los ataques provienen de dentro o fuera de la Red.²⁴³

Se habla del Derecho penal del riesgo, del Derecho penal de la Sociedad de la Información o del Derecho penal de la globalización. La elección de una nomenclatura tiene estrecha relación con la forma como se entiende configurada la sociedad actual, tal como se revisó en este capítulo. Sin embargo, más allá de una denominación u otra, que finalmente radica en la importancia que se le entrega a uno u otro elemento, el Derecho penal de la actualidad tiene características más o menos comunes, con independencia de la legislación concreta o la opinión de un autor determinado.

En el escenario contemporáneo, factores como la criminalidad organizada, la sensación subjetiva de inseguridad, la crisis ambiental o la aparición de nuevos riesgos personificados por la evolución tecnológica en materias como la informática y la genética, han dado marcha a lo que se denomina el “efecto expansivo” del Derecho penal. Este fenómeno, con independencia de la valoración crítica que pueda tenerse sobre él, está totalmente presente en la gran mayoría de las legislaciones mundiales, incluso con independencia de si hablamos de sistemas jurídicos de tradición romanista o del *common law*. Sus características son la tendencia a una mayor cantidad y gravedad de tipos penales, la reinterpretación de los principios y garantías claves del Derecho

²⁴³ GONZÁLEZ RUZ, Juan José (Coord.). *Delito...op.cit.*, p. 31.

penal y procesal penal, la creación de nuevos bienes jurídicos penales y una flexibilización de las reglas de imputación²⁴⁴.

Las manifestaciones que se originan en este escenario no han podido ser bien resueltas con los esquemas clásicos del Derecho penal, que ha llevado al legislador a transformar este en un instrumento político de dirección social, abandonándolo bajo la dirección de una política criminal eminentemente pragmática²⁴⁵, altamente criminalizadora y que finalmente instrumentaliza al Derecho penal²⁴⁶.

Esta política criminal, para Silva Sánchez, utiliza como paradigma el delito económico, tanto organizado (la macrocriminalidad) como empresarial convencional, lo que implica una flexibilización de categorías y una relativización de principios²⁴⁷, además de una inflación normativa y un eventual solapamiento entre ilícitos penales e ilícitos administrativos.²⁴⁸ Técnicamente hablando, esto se traduce en que los delitos propios de este Derecho penal expansivo gestor de riesgos son los de peligro, especialmente los de peligro abstracto²⁴⁹, leyes penales en blanco, tipos abiertos y normas de reenvío, sanción a la mera desobediencia, y un bien jurídico protegido de carácter universal, representativo de intereses colectivos²⁵⁰.

²⁴⁴ Características todas presentes en el Código Penal español de 1995, *Ibid.*, p. 5. Esto incluye, desde nuestra perspectiva, las modificaciones realizadas por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

²⁴⁵ Sobre este punto, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Protección de...op.cit.*, pp. 568-569; Zúñiga Rodríguez apunta a la denominada “crisis del Derecho penal”, al agregar que este se ha transformado en un derecho de gestión punitiva de riesgos generales, que amenaza principios básicos de la tradicional teoría del delito, como las garantías de taxatividad, subsidiariedad o proporcionalidad en la intervención, los principios de ofensividad o culpabilidad. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador?”, en NIETO MARTIN, Adrián (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. Volumen I*, Cuenca: Ed. De la Universidad Castilla-La Mancha y Ed. De la Universidad Salamanca, 2001, p. 1423; respecto a lo mismo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión...op.cit.*, pp. 133, 134, 143.

²⁴⁶ Mendoza Buergo advierte que junto con lesionar los principios y estructuras básicas del Derecho penal, esto atentaría finalmente contra las mismas bases del Estado democrático de derecho. MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal... op.cit.*, pp. 47, 50.

²⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión...op.cit.*, pp. 106-109. Gomes señala las principales tendencias político-criminales en la era de la globalización, que son la descriminalización de los crímenes antiglobalización, la globalización de la política criminal, la globalización de la cooperación policial y judicial y la globalización de la justicia criminal. GOMES, Luiz Flávio, “Globalización y Derecho penal”, en ZAFFARONI, Eugenio R (Editor), *El Derecho penal del siglo XXI*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, pp. 205-207.

²⁴⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Relaciones...op.cit.*, p. 1422.

²⁴⁹ Sobre el particular, véase CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de penal y criminología*. N° 10, 2002, pp. 47-72.

²⁵⁰ HASSEMER, Winfried, *Perspectivas...op.cit.*, p. 38.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Relaciones...op.cit.*, p. 1422; MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal...op.cit.*, pp. 66 y ss. Para una exhaustiva enumeración de las principales características de la modernidad penal en la era de la globalización, GOMES, Luiz Flávio, *Globalización... op.cit.*, pp. 212-219.

La cuestión de si el Derecho penal debe intervenir en las redes informáticas, de qué forma lo hace y desde que punto, son asuntos de política criminal que el legislador debe responderse adecuadamente para una correcta intervención penal en la Red. Para hacerlo, es necesario que el legislador conozca y considere las alternativas que posee²⁵¹, con independencia y anterioridad al Derecho penal, cuáles son las características técnicas y sociales del mundo globalizado configurado por Internet, cómo son los individuos o grupos que desarrollan conductas socialmente dañinas en el ciberespacio y de que manera la “inmersión” del ordenamiento punitivo en el ciberespacio restringe o afecta los Derechos Fundamentales. Recién allí podrá dar una solución adecuada a los problemas de relevancia penal que se le presenten.

²⁵¹ Me refiero a alternativas tanto en su acepción de opción entre dos o más cosas como en cuanto al elemento capaz de alternar con función igual o semejante.

CAPÍTULO II
LO PORNOGRÁFICO Y LA PORNOGRAFÍA COMO ELEMENTO CENTRAL
DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL Y SUS
FIGURAS RELACIONADAS COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET

1. LA PERSPECTIVA INDIVIDUAL O COLECTIVA EN LA EVOLUCIÓN DE LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA

1.1. PANORAMA ANTERIOR A LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

Así como en la actualidad los delitos sexuales están marcados, principalmente, por el rol de los menores de edad y los incapaces, durante el siglo XIX lo estaba por el rol de la mujer en la sociedad: hija, esposa o madre, mas no protagonista de la vida política o económica.²⁵² Esa característica inundaba las normas relativas a los delitos sexuales, que se mantuvieron inalterables durante un largo periodo de tiempo, prácticamente hasta unos años después de la entrada en vigencia de la CE.

El Derecho penal sexual, es decir, aquella parcela del ordenamiento jurídico penal que tiene por objeto de regulación punitiva ciertas conductas relacionadas con la sexualidad, tanto individual o personal como colectiva, compartía una particular característica con otro estanco del Derecho penal, el que incluye los denominados “delitos contra la vida humana”. Dicho elemento era la inmutabilidad de sus normas, no absoluta por supuesto, que implica el que las disposiciones del Código o de leyes especiales presentan pocas variaciones en el tiempo.

El homicidio simple se mantiene de forma casi inalterable desde el primer Código penal español, en 1822, mientras que sus figuras relacionadas presentan pocos cambios a lo largo del periodo de codificación, incluyendo los realizados por la LO 01/2015. A modo de ejemplo, se ha eliminado el delito de parricidio, se han incluido elementos propios de la evolución tecnológica, como los vehículos motorizados en algunos supuestos de cuasidelitos²⁵³ o se han modificado algunas circunstancias calificantes del homicidio, además de la pena, en virtud de la Reforma de 2015.

En tanto, el Derecho penal sexual tenía una especie de núcleo duro, que sufrió relativamente pocos cambios a lo largo de la codificación. Específicamente es el caso de

²⁵² CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 23-24, 86, quien además refuerza la idea al concluir que la mujer, sobre todo joven, era vista, o como un ente frágil e inmaduro necesitado de resguardo, o como una fiera perversa, pero nunca como una persona sensata capaz de tomar decisiones propias.

²⁵³ Art. 142.1 inciso segundo: “Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años”.

la violación y los abusos sexuales²⁵⁴, cuya regularidad además encuentra referencia en la criminología, que da cuenta de una estabilidad estadística en la comisión de los delitos sexuales clásicos²⁵⁵. Sin embargo, paralelamente a este núcleo estanco de delitos, han comenzado a agregarse nuevas modalidades de los mismos, figuras *sui generis* o derechamente nuevos delitos, que representan un esfuerzo del legislador por adaptarse a los cambios sociales y tecnológicos ya abordados en esta investigación, como ha podido apreciarse en la Reforma de 2015.

Respecto al primer grupo, su estabilidad se refleja al revisar los códigos penales españoles de 1822 a 1989, según da cuenta NÚÑEZ FERNÁNDEZ,²⁵⁶ pues en este periodo, que contempló siete códigos, los delitos sexuales se mantuvieron casi inalterables. La violación y los abusos deshonestos se diferenciaban, en general, sobre la base del sexo no consentido, lo que se mantuvo hasta el código de 1995, que ocupa la violencia sexual como criterio distintivo.²⁵⁷ Sólo la denominación daba una cierta nota distintiva, ya que no existía un título dedicado a los delitos sexuales, sino más bien estos –en el Código de 1822 por ejemplo- se contenían en dos capítulos: El IV, denominado “De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos”; y el Capítulo V, “Del adulterio y del estupro alevoso”. Esto cambia en el Código de 1848, donde las figuras en estudio se unifican bajo un solo epígrafe, en el título “Delitos contra la honestidad”, lo que deja plena claridad respecto a qué es lo que el legislador buscaba proteger penalmente con estos delitos.²⁵⁸

Los cuerpos normativos mencionados protegían objetos jurídicos como el pudor, la honestidad, la honra, la seguridad personal, la moral y las buenas costumbres, hasta mediados del siglo XX –al menos en la Europa democrática-, donde comienza a centrarse la protección en la libertad sexual, especialmente a partir de la Constitución de

²⁵⁴ Que se consideran de cierta forma como “delitos naturales” (no en el sentido iusnaturalista del término) en alusión a aquellos que han estado y deberían estar presentes entre las normas penales de cualquier tiempo y lugar, CUGAT MAURI, Miriam, “Situación y panorama de los delitos sexuales”, en *La Ley Penal*, N° 35, 2007, p. 1.

²⁵⁵ FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás, “La medición de los delitos sexuales como base empírica de la expansión del derecho penal”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Temas actuales de investigación en ciencias sociales*, Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2009, p. 272.

²⁵⁶ El autor se centra en este periodo en consideración a que la reforma de 1989 significa el inicio de un nuevo periodo de los delitos sexuales, en razón del cambio en el bien jurídico protegido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Madrid: Ed. Congreso de Diputados, 2010, p. 149.

²⁵⁷ En estricto rigor, debe consignarse que el autor reconoce este criterio solo desde el código de 1848, y no desde 1822, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Regulación...op.cit.*, p. 151.

²⁵⁸ CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.*, p. 25.

1978, tanto para la violación como para los abusos deshonestos.²⁵⁹ Antes de eso, el rol de la mujer seguía siendo absolutamente secundario, y no había una especial protección a los menores de edad o incapaces, como muestran los Códigos de 1870 y el de 1928.²⁶⁰ Esto se acentuó en el periodo franquista, donde abundaron las normas de carácter moralista, y el tono conservador-catolicista inundó la regulación jurídico-penal del denominado Derecho penal sexual, como se verá *infra*.

La CE significó contar con las bases para una profunda modificación a los delitos sexuales, sin embargo, esto no se produjo sino hasta 1989, en los delitos de violación y abusos, por lo que la legislación penal al respecto estuvo desfasada en once años.²⁶¹

1.2. PANORAMA POSTERIOR A LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995, HASTA LA REFORMA DE LA LO 1/2015

Las TIC han sido uno de los motores del vertiginoso proceso de modificaciones legales emprendido por el legislador durante la última década del siglo XX, que tuvieron su punto neurálgico en el Código Penal de 1995 y que se han visto reafirmadas en la última gran reforma al cuerpo normativo. En materia de delitos sexuales, y tomando la sistematización hecha por CUGAT MAURI, las principales líneas de reforma en el citado cuerpo normativo fueron tres: Las reformas técnicas, las reformas que afectan a la parte general con ocasión de los delitos sexuales, y las reformas que expresan una evolución o giro político-criminal.²⁶²

²⁵⁹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Regulación...op.cit.*, p. 196; en opinión de Gimbernat, el criterio preponderante era que el legislador debía intervenir en dos supuestos, tratándose de delitos sexuales: cuando el comportamiento carnal no es aceptado libremente por una de las personas involucradas; y cuando se actúa en contra de un niño, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estado de derecho y ley penal*, Madrid: Ed. La Ley, 2009, p. 295.

²⁶⁰ En el caso de la mujer, según apunta CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.*, pp. 25-27, este rol secundario se veía reforzado por una legislación civil que la sometía a la potestad marital, y que sólo veía una luz de cambio en la Constitución de 1931, que establecía igualdad de sexos. Sin embargo, la Ley de Divorcio de 1932 devolvió la discriminación a la esfera legal y la mujer vio reasignado, por vía legal, su rol conservador dentro del matrimonio y la familia.

²⁶¹ Allí se equiparó la condición de hombre y mujer en los delitos de abusos y violación, CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.*, p. 40.

²⁶² CUGAT MAURI, *Situación...op.cit.*, pp. 3 y ss. Un panorama del proceso de reformas del Derecho penal sexual de menores en el ámbito europeo, específicamente Francia, Italia, Alemania y Portugal, en TAMARIT SUMALLA, Josep, *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 edición revisada y actualizada, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2002, pp. 39-50.

Entre las primeras, secundarias en el marco de la reforma, se consideran las que cubren vacíos legales y las dirigidas a corregir ambigüedades.²⁶³ Entre las segundas, se cuentan modificaciones en las normas concursales, los plazos de prescripción y algunos alcances del principio de universalidad.²⁶⁴

En relación con aquellas que expresan una evolución o giro político-criminal, estas buscan reforzar la protección a los menores, sobre todo frente a delitos de carácter internacional o extra-territorial, como los relacionados con la pornografía infantil y juvenil. Se sube la edad mínima de protección absoluta o reforzada frente a conductas sexuales como abusos y agresiones de doce a trece años, se modifica el delito de corrupción de menores –adquiriendo un carácter residual– y se incluye por primera vez la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el caso de los menores de edad.²⁶⁵

Traducir a la política criminal las decisiones de la política general usualmente deriva en malas decisiones, pues el Derecho penal tiende a utilizarse exclusivamente como mecanismo de actuación política en su significado más genuino, en un constante sentido incriminador y como herramienta que aparentemente todo soluciona.²⁶⁶ Esto ha derivado en que la expansión del Derecho penal español en la primera década después del cambio de milenio ha estado centrada más en aumentar el rigor punitivo de ciertos delitos tradicionales que en abarcar nuevos ámbitos de acción delictivo, sobre todo en delitos patrimoniales.²⁶⁷

Ahora, este fenómeno y sus defectos no son patrimonio exclusivo del legislador de turno. Muchos grupos de interés, como las asociaciones de víctimas de diversos tipo (terrorismo, accidentes de tránsito, etc.), reclaman nuevas y mayores penalizaciones centradas sólo en su interés particular –sin una visión global del problema jurídico

²⁶³ Vacíos como la falta de mención a la introducción de otros miembros corporales, distintos al pene, para completar los tipos de agresión y abuso sexual, y ambigüedades como la exclusión de la vía bucal en la agresión o introducción de objetos, CUGAT MAURI, *Situación...op.cit.*, pp. 3 y ss.

²⁶⁴ Se incluye una norma concursal, del tipo real, entre los delitos relativos a la prostitución y las agresiones y abusos sexuales. La nueva forma de computar los plazos de prescripción, en tanto, buscan beneficiar a los menores de edad que no pudiesen comprender sino con el transcurso de los años la gravedad del ataque del que fueron víctimas, *Ibid.*, pp. 7-8.

²⁶⁵ También puede agregarse a otros como los delitos relativos a la prostitución o el tráfico de personas, cuyas características exigen el trabajo conjunto de la comunidad internacional. El alza de las penas y la introducción de nuevas modalidades en los delitos de agresión y abuso sexual completan el panorama de esta reforma, CUGAT MAURI, *Situación...op.cit.*, pp. 8 y ss.

²⁶⁶ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “Las reformas penales de 2003: Consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en FARALDO CABANA, Patricia, *Política criminal y reformas penales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007, p. 20.

²⁶⁷ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Las reformas...op.cit.*, p. 21.

penal- , y no ya tanto para solucionar problemas, sino para buscar una razón de ser a su existencia en el abanderamiento de una represión político penal.²⁶⁸

Dentro de este panorama, Internet y menores de edad se conjugan como elementos centrales y verdaderos motores de arranque para el proceso de reformismo recién visto, y prolongado en las reformas de 2010 y 2015, en una interacción que refleja lo observado *supra* a propósito de la nueva configuración tecno-social y sus impactos en el Derecho penal sexual, dándole un cariz de modernidad al sistema. Sin embargo, y como se verá a lo largo del trabajo, los problemas no están ausentes en este proceso.²⁶⁹

Recién tras la dictación de la CE, y con posterioridad a las reformas al Código penal de los años 1978, 1983, 1988 y 1989, junto a la reforma al Código civil de 1981, el Derecho penal sexual comenzó su democratización, dejando atrás los oscuros días del nacional-catolicismo franquista. Este proceso ha tenido un hito oscuro en la dictación del Código penal de 1995, en el que se advierte una tendencia al inflacionismo –o expansión- en materia de delitos sexuales y un endurecimiento de las penas, en lo que parece un punto de retroceso hacia un ideal moralizador del legislador en materia sexual.²⁷⁰

TAMARIT SUMALLA afirma que los cambios introducidos por el CP en 1995 han supuesto una verdadera paradoja en cuanto a los delitos sexuales: por una parte, se ha producido una despenalización o una disminución de la protección antes conductas que tenían como sujeto pasivo a menores de edad, mientras por otra parte se advierte cierta expansión en el seno de algunos tipos delictivos respecto a la protección de aspectos de la libertad sexual de personas mayores de edad. Ejemplo de lo primero es la supresión del delito de corrupción de menores (después reinsertado, y una vez más eliminado en 2015), mientras que de lo segundo la inclusión del delito de acoso sexual.²⁷¹

²⁶⁸ *Ibid*, p. 22.

²⁶⁹ Solo a modo de *teaser*, los problemas que surgen por la edad de protección de los menores y el consentimiento que este presta, o la capacidad del bien jurídico libertad sexual para transformarse en baremo sistematizador de los delitos sexuales, CUGAT MAURI, *Situación...op.cit.*, pp. 11-12.

²⁷⁰ Algunas notas históricas sobre el tema en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 585.

²⁷¹ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 51, Tamarit asume que la reforma de 1999 entregó un producto peor que el original del Código de 1995.

Apenas a un año del nuevo Código penal, el Parlamento aprobó, el 26 de noviembre de 1996, una declaración que dio lugar al Proyecto de Ley de reforma del mismo. El acuerdo del Pleno de la Cámara de Diputados establecía dos objetivos para este proyecto: Primero, la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual, para brindar una auténtica protección a la integridad y libertad sexual de los menores; y segundo, tipificar penalmente las conductas de vender, difundir, exhibir o facilitar estas mismas actividades, por cualquier medio, de material pornográfico en que aparezcan menores de edad. Un año después se presenta en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Título VIII del Libro II del CP, invocando en la exposición de motivos la Acción común aprobada por el Consejo de la Unión Europea de 29 de noviembre de 1996, además de otros acuerdos internacionales, y una Recomendación del Defensor del Pueblo de 28 de noviembre de 1996, estableciendo la necesidad de proteger otros bienes jurídicos además de la libertad sexual, en específico, la indemnidad sexual. En la exposición de motivos también se tiene en consideración otros “bienes jurídicos”, como los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de menores o incapaces.²⁷²

El proyecto eleva las penas e introduce algunas modificaciones estructurales importantes, como la fijación de los trece años como la edad mínima para prestar el consentimiento sexual, además de devolverle al Código el delito de corrupción de menores, suprimido en 1995. Sin embargo, también contiene otras disposiciones que no alcanzaron a ser ley. Por ejemplo, se suprimía el abuso sexual por prevalimiento de una situación de superioridad, poniéndose en su lugar una extensión de la presunción *iures et de iure* de irrelevancia del consentimiento a los mayores de trece y menores de quince años respecto a las relaciones sexuales con mayores de dieciocho años.²⁷³ Para TAMARIT SUMALLA, la fijación de este límite de edad es una decisión político-criminalmente contradictoria con otras líneas legislativas en que se le otorga validez a la voluntad del menor.²⁷⁴ El panorama, como vemos luego, vuelve a modificarse con la Reforma de 2015.

²⁷² *Ibid*, pp. 53-54.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ Por ejemplo, el art. 177 del CC respecto a la adopción del menor. Un resumen de las críticas hechas durante la tramitación parlamentaria, y con posterioridad por la doctrina, en *Ibid.*, pp. 54-57.

La LO 11/1999, del 30 de abril; la LO 11/2003, del 29 de septiembre; y la LO 15/2003, del 25 de noviembre, se constituyeron en los principales medios de reforma al CP de 1995 en materia de delitos sexuales, durante su primera década de vigencia.²⁷⁵

El tipo penal de agresiones sexuales se mantuvo como eje central de este tipo de delitos, no sufriendo cambios en este punto con la reforma. Se mantienen también las críticas a esta figura, principalmente por la ambigüedad con que fue redactado, ya que el significado sexual puede tener contenidos muy diversos.²⁷⁶ Algo similar ocurre, en términos de su negativa apreciación, con el problema del tipo subjetivo en esta figura, pues resulta complejo determinar si debe exigirse algún tipo de ánimo especial, que restringiría la conducta únicamente al dolo directo. GÓMEZ TOMILLO entiende que debe descartarse tal hipótesis por tres motivos: Exigirlos sería una intromisión del intérprete en las labores del legislador, quién no señala en forma expresa un elemento de esas características; se dejaría de considerar la perspectiva de la víctima, quien no está en condiciones de poder determinar, en todos los casos, la presencia o ausencia de algún elemento volitivo especial en el agresor; y, finalmente, los problemas probatorios que presentaría la exigencia de un elemento de estas características.²⁷⁷

La LO 11/1999 se centra en la manera de garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de menores e incapaces, introduciendo nuevamente al Código el delito de corrupción de menores, tipificando nuevos delitos en materia de pornografía infantil y juvenil, ampliando el delito de acoso sexual e introduciendo el delito de tráfico de personas para fines sexuales.²⁷⁸

²⁷⁵ El movimiento “reformista” no se detendría allí, pues otras reformas al Código en la materia de estudio le seguirían a las aquí examinadas. Gómez Tomillo, entre otros, critica duramente el actuar del legislador en este periodo, considerando el esquema regulativo de los delitos sexuales como deficiente y uno de los peor concebidos a lo largo de la historia del CP de 1995, y cuya mejoría vendría de la mano de una reconfiguración global y no de sucesivos parches, GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (on line)*, núm. 07-04, 2005, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf> (Última visita 20 de Marzo de 2012); ampliamente sobre las reformas al Código del año 2003, CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 6ª edición, Madrid: Ed. Tecnos, 2004, pp. 165-179.

²⁷⁶ GÓMEZ TOMILLO, *Derecho penal...op.cit.*, p. 4.

²⁷⁷ En todo caso este último argumento no serviría por sí sólo para desestimar la hipótesis, toda vez que aceptar ese problema implicaría admitir la imposibilidad de tipificar conductas con requerimientos.

²⁷⁸ La utilización de menores e incapaces para la elaboración de material pornográfico; el financiamiento de las actividades de utilización de menores e incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y de elaboración de material pornográfico utilizando a menores; la producción, venta, distribución, exhibición de este material o la facilitación de esos actos y la posesión de ese material para la realización de tales conductas; la agravación de la pena por pertenecer a una organización o asociación, permanente o transitoria, que se dedique a tales actividades.

La LO 11/2003, del 29 de septiembre,²⁷⁹ modificó el artículo 188 del Código con el fin de castigar penalmente a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona y reconducir a un nuevo artículo 318 bis la conducta de tráfico de personas para fines de explotación sexual. La exposición de motivos de esta ley nada dice sobre los delitos sexuales, a pesar de que el único artículo modificado es el 188, relativo a la prostitución. Este precepto ha sido drásticamente modificado en relación al original existente en el Código de 1995, que era mucho más simple y castigaba sólo las injerencias coactivas sobre la persona prostituida, dejando fuera de la órbita penal conductas relativas a la prostitución que no parecían merecer sanción penal. Eso hasta que la LO 11/2003 sanciona a quien se lucre con la prostitución ajena, incluso con el consentimiento de la misma, lo que demuestra que el legislador no quiere únicamente proteger la libertad sexual (en el caso de los adultos, pues en los menores se protege, según SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, su adecuado proceso de formación y socialización que les corresponde), sino también censurar a través del Derecho penal ciertas formas de vida dependientes del meretrício, imponiendo una determinada moral sexual colectiva.²⁸⁰

Esta idea de un Derecho penal de claro corte moralizante es respaldada por DE LA MATA BARRANCO, quien ofrece como prueba de ello, entre otros, los delitos de los arts. 153.2, 173.2, 172.2 y, especialmente, el proxenetismo del 188.1 y la tenencia de material pornográfico infantil del art. 189.2, modificados por la ley en comento y otras sucesivas. Esto se ve también en ciertas medidas que buscan la redención del delincuente, por ejemplo, a través del perdón de las víctimas.²⁸¹

Por último, la LO 15/2003, del 25 de noviembre, tuvo directa injerencia en la regulación de estos delitos, particularmente en las agresiones y abusos sexuales calificados, con el objetivo de impedir una interpretación obstaculizante al castigo de

²⁷⁹ Suárez-Mira critica que la Exposición de Motivos de esta ley no se refiriera explícitamente a los delitos sexuales, considerando que los temas que motivaron la ley eran la violencia de género, la inseguridad ciudadana y la inmigración ilegal, que al menos indirectamente tienen relación con los delitos de prostitución tipificados en el art. 188, único reformado con esta iniciativa legal, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007, p. 69; vid., también RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso, “Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico”, en DIEZ RIPOLLÉS, José L. (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 17 y ss.

²⁸⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, pp. 262-263.

²⁸¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Las reformas...op.cit.*, pp. 23-24. En la misma línea, Tamarit Sumalla cree que la protección de los menores es usada frecuentemente como un verdadero “caballo de Troya”, para introducir al ordenamiento jurídico un Derecho penal moralizante. TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 33.

conductas de especial gravedad. En la explotación sexual de menores e incapaces, esto comportaba una reforma importante de los delitos de pornografía infantil y juvenil, en el sentido de endurecer las penas, mejorar la técnica de tipificación e incorporar nuevos tipos penales, entre los que se cuentan la posesión para el uso propio de material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces, o la denominada pornografía infantil virtual. Lo buscado, según el legislador, fue impedir que determinadas –y graves- conductas contra la libertad e indemnidad sexuales queden impunes por “lagunas de punibilidad”, que pudiesen afectar la labor del juez al momento de incriminar aquellos comportamientos e intentar subsumirlos en los tipos penales existentes antes de la citada ley.

Para lograr este objetivo, y de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, el legislador realizó una extensa reforma, que SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ reconduce a tres órdenes:

- a. Los casos en que sólo se aumentó la pena: acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual;
- b. Los casos en que se “mejoró” la técnica de tipificación: violación (art. 179) y abusos sexuales (art. 182.1 y 183.2); y
- c. Los casos de introducción de nuevas figuras y modificación de otras circundantes: delitos relativos a la corrupción de menores y la pornografía, art. 189.²⁸²

Siguiendo con en esta rápida revisión, no puede dejarse de lado la LO 5/2010, una de las de mayor importancia en el ámbito de la protección de la indemnidad sexual respecto a los menores de 13 años, que introdujo un nuevo capítulo en el Título VIII del Libro II, de los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años”, transformándose en el capítulo II bis. A este capítulo fueron reconducidos los abusos y agresiones sexuales contra menores de 13 años de edad, lo que derivó en una reformulación de tipos penales, una reorganización del capítulo II y la introducción del novedoso tipo penal conocido como ciberacoso infantil o *childgrooming*, al que nos referiremos más adelante.²⁸³

Los aportes de la victimología moderna han sido determinantes en esta reforma, toda vez que el legislador ha entendido que existe un disvalor mayor de los ataques o abusos sexuales cuando estos tienen un sujeto pasivo menor de 13 años, individuos que

²⁸² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, pp. 270-272.

²⁸³ Puede agregarse un aumento en las penas de los tipos penales contenidos en los artículos 178 y 180, y la omisión a los menores de 13 años que se hizo en el artículo 180.1 del Código.

tienen una menor o incluso ausente capacidad de defensa frente a este tipo de agresiones, que usualmente tienden a afectar su desarrollo no sólo sexual, sino también psicológico o incluso físico, lo que influye en su personalidad incluso años después de ser víctima de tales conductas.²⁸⁴

No obstante esta visión, aparentemente positiva sobre la reforma, CANCIO MELIÁ es especialmente crítico de la misma, señalando que “[...] la legislación española en materia de delitos sexuales sigue en esta reforma inmersa en aquella espiral de aceleradas modificaciones, de nuevas tipificaciones en la periferia, los márgenes y el subsuelo del bien jurídico libertad sexual en la que entró hace ya un tiempo...una espiral de la que sólo una exhaustiva reordenación y reformulación integral parece poder salvar a las infracciones sexuales”.²⁸⁵ No sería descabellado tomar estas palabras para describir, al menos brevemente, la última reforma al CP, que en estos delitos se generó a través de la LO 1/2015.²⁸⁶

Esta ley, de 30 de marzo de 2015, viene a generar una de las más (sino la más) importantes reformas al CP desde su dictación en 1995, afectando una serie de instituciones de la parte general, así como muchas de las figuras de la parte especial, fundada, según se indica en el preámbulo, en el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia del Código original, en las nuevas conductas criminales y en las demandas sociales.²⁸⁷ Por desgracia, su amplitud no ha ido de la mano con su calidad, pues ha sido recibida con críticas por parte de la doctrina que ha podido manifestarse hasta ahora.²⁸⁸ GONZÁLEZ CUSSAC lleva al extremo esta crítica, al cuestionarse si, después de la

²⁸⁴ Crítica con la decisión de técnica legislativa de señalar expresamente el bien jurídico –indemnidad sexual– por su actual indeterminación, GONZÁLEZ TASCÓN, María, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, p. 232.

²⁸⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos sexuales”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Pamplona: Ed. Civitas, 2011, pp. 379-380.

²⁸⁶ Junto a la LO 2/2015, de 30 de marzo, que modifica el CP en materia de delitos terroristas, y la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, todas con la misma fecha de entrada en vigencia, 1º de julio de 2015.

²⁸⁷ Nuevas conductas que, para Quintero Olivares, no serían tales, sino sólo modos o formas de comisión que han ido cambiando. Es más, el autor afirma que de las “nuevas” formas de criminalidad introducidas por la reforma costaría encontrar alguna que fuera atípica antes de esta, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Estudio preliminar”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2015, pp. 40-41.

²⁸⁸ Al momento de escribir estas líneas, hay tan sólo un puñado de obras que han asumido la labor de revisar sistemática y críticamente la Reforma de 2015. Una bajo la dirección del Prof. Gonzalo Quintero Olivares, otra de autoría conjunta de los profesores Manuel Jaén Vallejo y Ángel Luis Perrino Pérez; una tercera del Prof. José Luis Manzanares Samaniego, también de Lorenzo Morillas Cueva y de Antonio Roma Valdés, y la última una obra colectiva dirigida por José Luis González Cussac. La razón de esto podría ser el poco tiempo de *vacatio legis*, inferior al habitual aplicado en España, que implica poco tiempo para su estudio dogmático.

LO 1/2015, podemos hablar realmente de un “Código penal”, en el sentido tradicional de compilación sistematizada de normas e instituciones jurídicas, con vocación de permanencia y estabilidad. Para él, lo que está en vigencia desde el 1º de julio de 2015 se aleja cada vez más de ambas cualidades, y por ende de la seguridad jurídica como valor a realizar.²⁸⁹ En palabras de MANZANARES SAMANIEGO, “la certeza del ordenamiento jurídico cede paso a la inestabilidad y a la carencia de previsibilidad en las consecuencias de algunas acciones u omisiones”.²⁹⁰

Debe agregarse, como fundamento declarado de la Reforma, el dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España, lo que es particularmente importante en esta investigación. Entre estos se cuentan algunos importantes en materia de delitos sexuales, como los sustraídos a través de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, también conocido como el Convenio de Lanzarote, hecho en esta ciudad el 25 de octubre de 2007.²⁹¹

²⁸⁹ Lo denomina, irónicamente, “compilación de leyes penales españolas”, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., “Prefacio”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATELLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 17. Comparten la crítica Jaén Vallejos y Perrino Pérez, que agregan como problema de los constantes cambios al Código el posible desconocimiento de la ciudadanía sobre el hecho prohibido, así como de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, JAÉN VALLEJOS, Manuel; y PERRINO PÉREZ, Ángel L., *La reforma de 2015 (análisis de las principales reformas introducidas en el código penal por las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*, Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 13. En similar sentido, y cuestionándose si esta afectación a la seguridad jurídica será compensada por un reforzamiento de los principios de justicia y oportunidad, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Prólogo”, en MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma del código penal de 2015. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Las Rozas (Madrid): Ed. la Ley, 2015, p. 17. También VIVES ANTÓN, Tomás, “La reforma penal de 2015: Una valoración genérica”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATELLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 34-35, quien señala que, de ser aún un Código penal y no una recopilación anterior a la etapa codificadora, sería en todo caso un Código autoritario, y no un Código penal democrático.

²⁹⁰ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, pp. 23-24. Sobre el ideal de previsibilidad ciudadana de las decisiones judiciales, crítico, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Estudio preliminar...op.cit.*, pp. 36-37.

²⁹¹ En este último caso se incorporó al CP el art. 129 bis, que en casos de delitos graves contra la vida, libertad sexual, indemnidad sexual o integridad física, y existe un grado importante de riesgo de reiteración delictiva (debió decir reincidencia, para no confundir con el delito reiterado), permite la incorporación de los perfiles genéticos de los condenados en las bases de datos de los organismos policiales.

“Artículo 129 bis.

Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e

Los mayores cambios vienen de la mano del primer instrumento,²⁹² fiel reflejo de una política criminal represiva en materia de abusos y explotación sexual contra menores.²⁹³ En primer término, se eleva la edad de consentimiento sexual, quedando como margen mínimo los dieciséis años, tres más que lo existente hasta el momento, si bien es necesario aclarar que esto no es una obligación impuesta por la Directiva. El legislador entendió que, en el panorama de Derecho comparado, España ofrecía una edad límite muy inferior, lo que derivaría, desde su perspectiva, en una deficiente protección frente a las prácticas asociadas a la prostitución de menores.²⁹⁴ En razón de esto también incorporaron nuevas agravantes para los casos más graves de prostitución de menores, y otras modificaciones a los delitos de prostitución que afectan a mayores de edad.²⁹⁵ Se mantiene en todo caso un régimen especial, en algunos delitos y bajo ciertas circunstancias, para los menores de edad pero mayores de dieciséis (particularmente en algunas formas de abuso sexual), así como también se incorpora un nuevo delito de determinación y exposición de menores a ciertos actos de connotación sexual (art. 183 bis actualmente vigente).

En relación a la edad, se incorpora un criterio corrector para evitar la criminalización exacerbada de conductas que, por Justicia material, debieran estar ajenas del ámbito criminal. Nos referimos a la cláusula del art. 183 quáter, entendida por GONZÁLEZ CUSSAC como una excusa legal absolutoria,²⁹⁶ que otorga valor al consentimiento libre del menor de dieciséis años, en razón de proximidad de edad y

inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”.

Podemos notar aquí, como se ha indicado en el capítulo anterior, la importante presencia del factor “riesgo” en la política criminal actual en los delitos bajo análisis.

El detalle de los otros instrumentos internacionales cuya transposición se efectuó en esta reforma en JAÉN VALLEJOS, Manuel; y PERRINO PÉREZ, Ángel L., *La reforma...op.cit.*, pp. 14-15.

²⁹² Que sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

²⁹³ Nota que, según GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Prefacio...op. cit.*, p. 18, es transversal a toda la Reforma, y totalmente injustificada a la luz de las cifras duras sobre criminalidad y encarcelamiento de España a la fecha, propias de una tendencia sostenida hacia el populismo legislativo. Vivés Antón lo atribuye a una razón política, ligada al cambio de un régimen socialdemócrata a uno conservador o neoliberal, que se plasma en la política criminal como una manifestación más de la política general, VIVES ANTÓN, Tomás, *La reforma...op.cit.*, p. 30.

²⁹⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Prefacio...op. cit.*, p. 21, critica fuertemente este punto, pues considera que la realidad fenomenológica indica lo contrario, o al menos un panorama diferente, mucho menos grave que en otros países del continente.

²⁹⁵ Crítico al respecto, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Estudio preliminar...op.cit.*, pp. 54-55.

²⁹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Prefacio...op. cit.*, p. 21.

grado de madurez con el hechor. Por desgracia, esta regla se hace aplicable sólo para los delitos contenidos en el Capítulo II Bis del CP.

En materia de pornografía infantil y juvenil, se da por primera vez interpretación auténtica al concepto, estableciendo en el art. 189.1 letra b una definición de “pornografía infantil” transpuesta desde la Directiva 2011/93/UE, que también incluye al material en que se utilice a incapaces, o en la nueva nomenclatura usada por el legislador de 2015, “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.²⁹⁷ Varias son los supuestos incorporados, que se analizarán en los siguientes apartados de este mismo capítulo. Algunos de ellos merecen un especial análisis por su casi evidente inidoneidad para lesionar el bien jurídico que se intenta proteger.

En estos delitos el legislador es explícito al reconocer el importante rol que juegan, desde una perspectiva fenomenológica, dos de los elementos que revisamos en el capítulo anterior: las nuevas tecnologías y los riesgos que estas generan, lo que deriva en la inclusión –lamentable, desde nuestra perspectiva- del delito de acceso a pornografía a través de estas tecnologías, lo que va acompañado de mayores atribuciones a los jueces para intervenir en el ciberespacio.²⁹⁸ Se sigue, en materia sustantiva y procesal, con la lógica de la cadena de producción a la que nos referiremos más adelante, que, según QUINTERO OLIVARES, llevaría a excesos tan indeseables

²⁹⁷ El legislador español adecua el Código a las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en New York el 13 de diciembre de 2016, motivado por la especial vulnerabilidad de quienes, hasta este momento, eran individualizados como “incapaces”. Esto ya había sido recogido en la Ley 51/2002, de 2 de diciembre, ratificada por España el 21 de abril de 2008. Se cambia el concepto “minusvalía” por “discapacidad” y el de “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, dando una nueva redacción al art. 25 del CP.

“A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con 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 con 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”.

Para Martínez Garay, esta nueva definición de persona con discapacidad necesitada de especial protección se aleja de la tradicional idea de incapaz del Derecho civil, para acercarse al Derecho administrativo (aunque con dudas respecto a si el legislador fue conciente de este efecto), MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección” (art. 25), en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 129-130, y especialmente pp. 142 y ss.

²⁹⁸ El bloqueo al acceso a sitios web que contengan pornografía de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o derechamente el cierre (retirada) de los mismos sitios.

como el castigo solapado de formas de sexualidad inadmisibles, ligadas a la personalidad del sujeto y propio del Derecho penal de autor.²⁹⁹

También sufrió cambios otra de las figuras que estudiaremos, conocida como *cibergrooming* o ciberacoso de menores,³⁰⁰ merced de la especial consideración que el legislador tuvo de Internet y su rol en la realización de estas conductas. Se hace una vinculación mucho más expresa con la pornografía infantil y juvenil, a través de la incorporación de un nuevo numeral segundo al art. 183 ter, que recoge el grueso de la conducta castigada en el art. 183 bis, antes de esta reforma.

Por último, entre las reformas de nuestro interés, el legislador incorpora y reconoce la figura conocida en doctrina como *stalking*, en el nuevo art. 172 ter, ante la imposibilidad de subsumir este fenómeno en los tradicionales delitos de amenazas y coacciones. Hace expresa mención a que la conducta acosatoria puede realizarse a través de cualquier medio de comunicación, lo que por supuesto incluye a Internet.

²⁹⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Estudio preliminar...op.cit.*, pp. 57-58.

³⁰⁰ La nomenclatura usada aquí es muy diversa, como veremos en su momento.

2. SOBRE LO PORNOGRÁFICO, LA PORNOGRAFÍA Y EL MATERIAL PORNOGRÁFICO QUE INVOLUCRA A MENORES DE EDAD

Muchas de las conductas tratadas en esta investigación tienen, como punto en común, el que la sexualidad humana, especialmente cuando involucra a menores de edad, se transforma en característica central de la conducta, o directamente es el bien jurídico penalmente protegido por los tipos penales relacionados. Por eso suelen tener el apelativo de “delitos sexuales”, aunque algunas de estas conductas tengan poco de “sexual” en sí, como por ejemplo, el almacenamiento de material pornográfico infantil y juvenil. ¿Qué tiene de sexual descargar un archivo informático desde el correo electrónico y guardarlo en una carpeta del directorio “documentos”, aun cuando se supiera el contenido del archivo? Quizás el deseo lascivo de quien descarga, pero que no tendrá trascendencia penal mientras se mantenga en el fuero interno del sujeto. Porque es claro que no es una actividad deportiva descargar un video de un sitio web que muestre los goles de la selección española en el último mundial de fútbol, por mucho que su objeto sea representativo del “deporte rey”. Ni el delito que pudiera configurarse –eventualmente de aquellos contra la propiedad intelectual- sería parte del denominado Derecho penal del deporte.

Sin embargo, las conductas que tienen relación con la pornografía infantil y juvenil tienen la caracterización de “delitos sexuales”, en sentido amplio, y así son estudiados por la doctrina³⁰¹, siempre al alero de aquellos. Cuestión similar debería ocurrir con aquellas conductas criminógenas que *a priori* no encuentran aun consagración positiva, o bien lo hacen sólo parcialmente, como el *sexting*, el *ciberstalking* o el *cibergrooming*. Por lo mismo, no existe plena claridad respecto a si son simples variantes de las macro-conductas asociadas a la pornografía relativa a menores, o bien son actos preparatorios de otros delitos expresamente consagrados, como las agresiones sexuales, el abuso sexual³⁰² o los delitos contra la libertad en general.³⁰³ Finalmente, está la opción –no excluyente- de que estemos frente a conductas incluidas dentro de la no menos problemática categoría de los delitos informáticos o ciberdelitos.

³⁰¹ Por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., completamente revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 207 y ss.

³⁰² En el caso del *cibergrooming*.

³⁰³ Sería el caso del *ciberstalking*.

Es por ello que se vuelve importante en esta investigación realizar las aclaraciones terminológicas necesarias a fin de delimitar correctamente el objeto central de estudio, y determinar si es posible hablar de “delitos sexuales en la Red” o bien de “delitos informáticos de contenido sexual”, por ejemplo, o incluso derechamente de un “Derecho penal de la pornografía”³⁰⁴. Otra opción, no descartable, es la de incluirlos en la denominación “contenidos ilícitos o nocivos en la Red”³⁰⁵.

Las razones que han motivado las constantes reformas a los delitos sexuales desde la dictación del Código en 1995 hasta la de 2015 son varias. Una de ellas, quizás la más importante sustantivamente hablando, es la respuesta a los nuevos fenómenos tecno-sociales necesitados de una solución jurídica, según se ha visto en el primer capítulo de este trabajo. Fruto de esto es la modificación o creación de una serie de figuras vinculadas al concepto de pornografía de menores de edad o, para ser más preciso, pornografía infantil y juvenil, idea que permite comprender a tipos de pornografía que pudieran tener una valoración completamente distinta desde la perspectiva jurídico-penal.³⁰⁶ La pornografía infantil, es decir, aquella relativa a niños en el sentido más común de la palabra, tiene un desvalor mucho mayor que aquella que involucra a jóvenes o adolescentes, donde el castigo penal ofrece algunos respiros, aunque sean menores.³⁰⁷

Más allá de esto, tanto las definiciones dadas por organismos internacionales como aquellas entregadas por la doctrina no pasan de ser una aproximación, más o menos acertada, del producto u objeto material de una serie de conductas que suelen denominarse genéricamente de la misma forma que dicho objeto, esto es, pornografía infantil (forma más usada que pornografía infantil y juvenil y asumida ahora en forma

³⁰⁴ Lo que, de todas formas, me parece una exageración. Acuña el término ABOSO, Gustavo E.; ZAPATA, María Florencia, *Cibercriminalidad y derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: Ed. B de F, 2006, p. 157.

³⁰⁵ Con la salvedad de que contenidos ilícitos y contenidos nocivos son, en realidad, dos categorías distintas, que merecen un tratamiento y medidas diferenciadas desde el Derecho penal. MORALES PRATS, Fermín, “Los ilícitos en la red (II): Pornografía infantil y ciberterrorismo”, en ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Ed. Comares, 2006, p. 271; en profundidad sobre el tema, JAREÑO LEAL, Ángeles, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid: Ed. Iustel, 2008.

³⁰⁶ Razón que debe sumarse al cumplimiento de obligaciones internacionales por parte de España –aunque la severidad nacional sobrepasa el marco de estas obligaciones– y, en otros casos, la respuesta simbólica a demandas de seguridad de parte de la sociedad, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual: otra vuelta de tuerca”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.), *El nuevo código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid: Ed. La Ley, 2011, pp. 281 y ss.

³⁰⁷ Así lo manifiesta también BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., “Pornografía infantil en la red: fundamento y límites de la intervención del derecho penal”, en ROMEO CASABONA, Carlos; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (Eds.); ARMAZA ARMAZA, Emilio (Coord.), *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada: Ed. Comares, 2010, p. 399.

expresa por el legislador). Aquí se incluye la producción, difusión, distribución, comercialización, almacenamiento, mero acceso u otras similares, donde lo que se produce, difunde, comercializa o almacena es, justamente, la pornografía que involucra a niños o niñas, pero también aquella que involucra a adolescentes. Esta simetría conceptual entre producto y objeto de la conducta se transforma en otro obstáculo para poder comprender cabalmente el asunto.

Desde la perspectiva fenomenológica, las conductas relativas a la pornografía infantil y juvenil actual o moderna, presentan una amplia gama de características. Algunas particulares, dado los elementos especiales que la componen (menores de edad, TIC, Internet, redes sociales, etc.), y otras compartidas con diversas formas modernas de delincuencia (globalización, crimen organizado, grandes mercados de consumidores, etc.). Sin embargo, los elementos centrales se reducen a dos, pornografía e Internet. Ya nos hemos referido a la Red, por lo que los siguientes párrafos estarán centrados en el siempre polémico concepto de pornografía.

2.1. FENOMENOLOGÍA DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL

2.1.1. Sobre el concepto y la evolución histórica de la pornografía en general

La discusión sobre los alcances de lo pornográfico y su relación con otros conceptos similares como el erotismo o la sensualidad lleva siglos instalada en diferentes círculos académicos, políticos, artísticos, filosóficos o religiosos.³⁰⁸ En la filosofía no es tan importante definir un término como lo es para el Derecho, o mejor dicho, para la legislación. Incluso a falta de una definición precisa, la mayoría de las veces tendremos claridad respecto a lo que se está hablando. Por lo mismo, los conceptos jurídicos son más importantes que los filosóficos o morales (pre-jurídicos), pues son estos los que determinan la factibilidad de aplicación de la ley. En Inglaterra, por ejemplo, la pornografía está definida desde lo obsceno, pero la incapacidad de

³⁰⁸ A pesar de que, en estricto rigor, el vocablo pornografía, como lo entendemos hoy, no tiene más de siglo y medio, apareciendo por primera vez en el *Oxford English Dictionary* en 1857, con dos acepciones muy distintas: “*a treatise on prostitution*” (un tratado sobre prostitución) y “*obscene painting*” (pintura obscena). A propósito de la primera acepción, su raíz etimológica proviene de los vocablos griegos πόρνη (“*pórne*”), que podría traducirse como prostituta, y γράφειν (“*gráphein*”), que se entiende como grabar, escribir o ilustrar, a lo que se agrega el sufijo ία (“*ia*”), *pornographos*, para referirse al estado o propiedad de una cierta cosa o situación. ARAGÓN VARO, Asunción, “La pornografía ilustrada: Inglaterra, siglo XVII”, en VÉLEZ NÚÑEZ, Rafael (Ed.), *Géneros extremos/ extremos genéricos. La política cultural del discurso pornográfico*, Cádiz: Ed. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2006, pp. 227-228.

definir obscenidad con claridad suficiente ha hecho que muy pocos casos terminen en Tribunales.³⁰⁹

Lo pornográfico, independiente de la nomenclatura que se haya utilizada como denominación, ha estado presente históricamente en la cultura humana, desde los antiguos frescos de Pompeya o la Venus paleolítica, hasta el cine o el video contemporáneo. Incluso no deja de ser aventurado calificar de pornográficas a muchas expresiones culturales de las antiguas civilizaciones,³¹⁰ aún cuando pareciera ser que en la cultura greco-romana sí pudieron catalogarse como tales ciertas obras pictóricas cuyo fin era únicamente provocar excitación.³¹¹ Incluso en la propia Biblia había referencias al tema.³¹²

Sin embargo, existe un periodo que puede considerarse clave para entender la pornografía como lo hacemos hoy en día: la Inglaterra del siglo XVIII. Allí la pornografía pasó de ser un entretenimiento de la clase alta a convertirse en un producto mucho más masivo y al alcance de la clase media.³¹³

En una primera parte de la época ilustrada en Inglaterra, la pornografía era un género básicamente literario, cuyas obras provenían en su mayoría de Francia e Italia, y su público objetivo era la clase aristocrática, lo que era entendible al ser el segmento social alto donde se sabía leer, mientras la población en general se mantenía aún en el analfabetismo, y lo que se leía era de ediciones baratas.³¹⁴ Además las obras originales no siempre estaban traducidas al inglés, lo que dificultaba aún más su lectura.³¹⁵

³⁰⁹ GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación...op.cit.*, p. 110.

³¹⁰ Sobre todo por la presencia de elementos míticos, místicos e incluso religiosos, si se asocia, por ejemplo, a la capacidad generadora de vida asociada a los órganos sexuales, CASTRO FARÍÑAS, José A., “Pornografía, erotismo y derecho”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, p. 8; cfr. GUHA, Anton Andreas, *Moral sexual y represión social*, Barcelona: Ed. Granica, 1977, p. 204.

³¹¹ Y que por tal objetivo “debían apartarse de la vista de los jóvenes”. En tal categoría quedaron, por ejemplo, las *Libidines* de Parrasio o los *Aphrodites Tropoi* de Aristófanes. CASTRO FARÍÑAS, José A., *Pornografía...op.cit.*, p. 87, estima que la cultura romana, deudora de la griega en muchos sentidos, habría “bastardeado” la escuela griega, despojándola de su impronta artística para dejar únicamente lo obsceno. Opinión distinta recoge GUHA, Anton Andreas, *Moral sexual...op.cit.*, p. 203, para quien la pornografía era una forma de representar el placer y la alegría de vivir de griegos y romanos.

³¹² Sobre el pudor y el sexo en la biblia, en RIQUETTI, Honorato Gabriel (Conde de Mirabeau), *Erotika biblion: la pornografía en la Biblia y en la Antigüedad*, traducción de Enrique Díaz-Retg, Barcelona: Ed. Alta Fulla, 2000.

³¹³ Aunque Boldova Pasamar considera que el punto de inflexión está dado por la aparición de la fotografía, BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil..., op.cit.*, pp. 392-393.

³¹⁴ Ya daba cuenta de esta preocupación por el bajo precio de las obras pornográficas la Liga Contra la Pornografía en España, a comienzos del siglo XX, que hablaba de unos 365 millones de ejemplares de documentos “obscenos” disponibles en Francia, en formatos tales como las revistas, suplementos, grabados, fotografías, cartulinas transparentes, etc. En este último país, tal rol lo cumplían la *Ligue Française pour le relevement de la moralité publique* y la Estrella Blanca Contra la Inmoralidad Pública y Privada, fundada en Roubaix en 1899, la primera de inspiración católica mientras la segunda protestante.

Se caracterizaban estos textos por ciertos elementos comunes a la literatura pornográfica moderna, como una narrativa en torno a mujeres, el placer femenino y un tono sáfico en la descripción de los encuentros sexuales entre mujeres. La especial atención que se ponía a los fluidos corporales, particularmente la sangre menstrual y el semen, tenía una triple lectura. Primero, obviamente apuntaba a aumentar la excitación sexual del lector; en segundo lugar, se relacionaba con una especie de pánico social asociado a la masturbación, por considerarla una forma de perder “semilla” para la procreación, además de ser especialmente “dañina” a la mujer (más proclive que el hombre a estas prácticas, según se pensaba); y finalmente, como tercer punto, existía una crítica político-social, constituyéndose en una respuesta desafiante a una sociedad civilizada pero controladora, demandante de orden y moderación. A esto se agrega la inclusión de monjas y sacerdotes en los relatos, que además tenían lugar usualmente en claustros, iglesias y monasterios, todo con el objetivo de criticar al Papa y al catolicismo en general.³¹⁶

Hacia finales del siglo XVIII, la pornografía comienza a cambiar ciertos elementos, como los escenarios en que se desarrollan las historias. Los monasterios pierden el monopolio escenográfico frente a la esfera de lo doméstico, representada por el hogar o el internado, así como monjas y curas dan lugar a madrastras, institutrices o profesores. El cambio en la locación de la historia refleja una crítica que ya no se centra en la Iglesia o el catolicismo, sino que en lo más íntimo de la familia protestante inglesa.³¹⁷

CALIPPE, Charles, *La lucha contra la inmoralidad pública*, traducción de Plácido Buylly y Lozana, Madrid: Ed. Publicaciones de la Liga Contra la Pornografía, 1912, pp. 4-5; La “pobreza” en la producción de obras pornográficas durante la Edad Media se explica en razón de la persecución de la Iglesia Católica a lo obsceno y deshonesto, CASTRO FARÍÑAS, José A., *Pornografía...op.cit.*, p. 87.

³¹⁵ Los asuntos más tratados en esta literatura eran aquellos relacionados a la iniciación sexual, desfloración y los fluidos corporales, siendo algunas de las obras más importantes de la época *Sonnetti iussuriosi*, de Pietro Aretino; *La puttana errante*, de Nicholo Franco; *The whore's rhetorick calculated to the meridian of London*, de Ferrante Pallavicino; o las francesas (luego traducidas al inglés) *L'Académie des dames* o *Venus dans le cloître*, entre otras, ARAGÓN VARO, *La pornografía...op.cit.*, pp. 230-231.

³¹⁶ En esta crítica anti-religiosa pronto se agregaría otro elemento, como es la flagelación, asociando el dolor al placer sexual, lo que derivaría en la literatura sado-masoquista. El punto cúlmine de esta expresión artística se encuentra en la novela de Jhon Cleland “*Fanny Hill or memories of a woman of pleasure*” (Fanny Hill o las memorias de una mujer de placer), de 1749, ARAGÓN VARO, *La pornografía...op.cit.*, p. 234; el elemento religioso en todo caso ya era posible encontrarlo en la cultura griega, con una serie de imágenes calificadas como contrarias a la honestidad representadas por sacerdotes, o incluso se incluían imágenes obscenas en los templos y lugares de culto. Yendo aún más allá, CASTRO FARÍÑAS, José A., *Pornografía...op.cit.*, p. 86, afirma que “[...] toda la religión griega se prestaba a la pornografía, y el Olimpo a manera de vasto campo en donde el libertinaje del arte llegaba a todo género de inspiraciones...”.

³¹⁷ La pornografía se transforma en un arma contra la ideología de la familia, ARAGÓN VARO, *La pornografía...op.cit.*, p. 236.

El siglo XIX es el escenario donde surgen dos nuevos movimientos sociales, el Romanticismo y el Evangelicalismo, ambos teniendo como punto inicial la cultura pornográfica británica. El primero idealiza el amor, despreciando la sexualidad burda y ordinaria, representada por la literatura pornográfica ilustrada.³¹⁸ El segundo, por su parte, intenta desterrar el hedonismo de la vida pública y de la sexualidad en general.³¹⁹

Si bien la pornografía no decayó durante las épocas siguientes, no es sino hasta la década de los sesenta, en el siglo pasado, cuando el tema vuelve a tomar interés social, básicamente a propósito de la revolución sexual planteada por la cultura *Hippie*. La sexualización generalizada de esta década tiene origen en una serie de factores distintos, como el interés comercial, la moda, libertad artística o la manipulación del inconsciente.³²⁰ Sin embargo, puede apreciarse que esta circunstancia reflejó en su momento un trastorno cultural largo y persistente, que ya se veía en la Inglaterra ilustrada, como se indicó *supra*, demostrando que la sociedad no logró –y la situación no ha cambiado demasiado- conjugar el valor propio de la sexualidad humana.³²¹

A principios de la década del setenta, por ejemplo, se discutía fuertemente sobre los planes de educación sexual en los colegios, siendo catalogado por algunos autores como arriesgado para la estabilidad de la convivencia y el normal desarrollo sexual y moral de los menores de edad.³²² Sin embargo, FERRER MARTÍN recoge opiniones favorables a la pornografía en la década del setenta, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

a. La pornografía es una forma de liberación de las masas de las rígidas normas morales burguesas;

³¹⁸ Como contrapartida, la sociedad china históricamente se concientizó para limitar fuertemente todo lo relativo al sexo y al romanticismo, pues al darle mucho espacio al amor se genera una distinción entre lo público y lo privado, que distrae al hombre de producir para la sociedad, lo que se ha mentalizado para cumplirse sin necesidad de represión estatal, FERRER MARTÍN, Daniel, “Derecho, erotismo y pornografía”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, p. 43.

³¹⁹ ARAGÓN VARO, *La pornografía...op.cit.*, p. 237.

³²⁰ El problema se presenta mayormente en la actualidad pues la obra pornográfica por excelencia es visual (video y fotografía), que a diferencia de la literatura, tiene una mayor realidad, provocando un mayor efecto erógeno (FERRER MARTÍN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, p. 42.)

³²¹ Lo que llevó a Forcano a preguntas como ¿La masturbación, es un hecho inocuo o un pecado?, el divorcio, ¿debe admitirse o reprobarse?, ¿la homosexualidad es objeto de castigo, curación o es normal?, FORCANO, Benjamín, “Antropología y sexualidad”, en *Tribuna Médica*, Madrid, 25 de octubre de 1974, p. 37, citado en FERRER MARTÍN, Daniel, “Derecho, erotismo y pornografía”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, p. 50.

³²² FERRER MARTÍN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, p. 51.

- b. La pornografía circula libremente porque los valores morales han cambiado, por tanto, su prohibición es una muestra de hipocrecia que invalida el respeto a la norma autenticamente válida;
- c. La pornografía, en sí, no es dañosa.³²³

Durante la década de los ochenta en EEUU, y sobre todo bajo la presidencia de Ronald Reagan, se vivió un periodo clave en la forma de enfrentar el tema de la pornografía, y que ha perdurado hasta nuestros días. Los movimientos feministas comenzaron a utilizar como herramienta para la lucha contra la pornografía el que esta violaba los derechos civiles de la mujer. Feministas (no obstante un ala importante del feminismo estaba en contra de esta lucha y de la censura que implicaba) y conservadoras se unieron para presentar proyectos de ley sumamente duros contra la pornografía, y el presidente Reagan ordenó la formación de una comisión para estudiar los impactos de la pornografía en la conducta antisocial y las medidas para su control (Comisión Messe).³²⁴

Estos mismos movimientos feministas comenzaron a relacionar dos situaciones: pornografía y violación, siendo la primera “la teoría” y lo segundo “la práctica”, bajo la idea de que “cuánto más ves, más haces”, lo que explicaría una supuesta relación entre consumo de pornografía masculino y violación contra mujeres.³²⁵ Sobre el mismo punto, ese vínculo causal que parecen establecer no ha tenido un claro enfoque científico (a la época de la publicación al menos) y más bien, como indica OSBORNE, para un recursos retórico y propagandístico por su enorme impacto popular.³²⁶

Al entender de TAMARIT SUMALLA, uno de los primeros problemas en el caso de las conductas sexuales atentatorias contra menores de edad, fue la negación del problema, lo que se prolongó por varias décadas. Sólo la citada revolución sexual de los setenta generó un llamado de atención a la sociedad y a la comunidad científica sobre el asunto. Fue justamente en esta época donde grupos de pedófilos comenzaban a hacer

³²³ *Ibid.*, pp. 66-67.

³²⁴ OSBORNE, Raquel, *La construcción sexual de la realidad (el debate sobre la pornografía en el seno del feminismo contemporáneo)*, Madrid: Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1989, pp. 12-14.

³²⁵ En detalle, OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.*, pp. 140-154.

³²⁶ OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.*, pp. 54-55. Aunque los movimientos feministas aborrecían la pornografía por considerar que esta muestra a la mujer como objeto sexual al servicio del placer masculino, como objeto de belleza y adorno, sin embargo, se asociaron con la derecha ultraconservadora en esta lucha, pero este sector ideológico también tiene una visión de la mujer muy lejana a las libertades que buscan las feministas. Esta derecha lucha contra la pornografía por considerar que muestra una sexualidad que no se ciñe a los valores y patrones defendida por ellos, “la heterosexual santificada en el matrimonio”, sino más bien mostrar la sexualidad por la sexualidad con el placer como único objetivo, OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.*, pp. 36-37.

públicos sus planteamientos, escudados en predicamentos sobre amor a los niños y filosofías contestatarias a la sociedad conservadora imperante en la época, amparados en la desvirtuación de la literatura científica de aquel momento.³²⁷

Aquí se produce un nuevo punto de partida para la discusión moderna respecto a la pornografía, su concepto, sus alcances y un eventual efecto nocivo en la sociedad, o en ciertos grupos vulnerables en particular. Se retoma la vieja discusión conceptual sobre qué es la pornografía y en qué se diferencia del erotismo o lo obsceno. Además, comienzan a aparecer los conceptos jurídicos, incorporados sobre todo en instrumentos internacionales.

De lo dicho antes, es claro que el concepto pornografía es un término pre-jurídico, que sólo ha sido reconocido por los diversos instrumentos jurídicos en distintas épocas, pero que ha existido antes de estos, ligado a otros vocablos de los que no es difícil separar, como lo erótico y lo obsceno.³²⁸

Como ya se indicó *supra*, la raíz etimológica de la palabra pornografía (“tratado acerca de la prostitución”) poco tiene que ver con el significado que actualmente se le atribuye, tanto social como jurídicamente.³²⁹ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define pornografía utilizando tres acepciones: 1. f. Carácter obsceno de obras literarias o artísticas; 2. f. Obra literaria o artística de este carácter; 3. f. Tratado acerca de la prostitución. La primera recoge la intrínseca relación con el concepto de obscenidad; la segunda, como se había indicado anteriormente, da cuenta de la similitud entre la sustantividad y la adjetividad de lo pornográfico; mientras que la última acepción recoge su raíz histórica, tanto del vocablo griego como de su recepción en el *Oxford English Dictionary*.

Siguiendo con la misma fuente, el DRAE define obsceno³³⁰ como: “1. adj. Impúdico, torpe, ofensivo al pudor”, mientras que erótico como: “1. adj. Perteneciente o

³²⁷ Gracias a la idea establecida de la inexistencia de un problema social relativo a abusos sexuales contra menores TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, pp. 17-18.

³²⁸ Prácticamente existe unanimidad en la doctrina respecto a la necesidad de delimitar, aunque sea aproximativamente, estos conceptos. Vid., por todos, CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel, “Consideraciones sobre el concepto de pornografía y la regulación jurídica de la libertad de expresión”, en *Persona y Sociedad*, Volumen V, 1978, p. 78.

³²⁹ En estricto rigor, y como muy bien indica PIERA JIMÉNEZ, Guillermo, “El dinero y la pornografía” en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, p. 243, un auténtico “Tratado de la prostitución” o un artículo científico sobre tal oficio, hoy en día no tengan nada de pornográfico, a pesar del sentido que le dala tercera acepción del DRAE.

³³⁰ Del latín *Obscēnus* (repulsivo, detestable).

relativo al amor sensual; 2. adj. Que excita el apetito sexual”.³³¹ Por último, aunque bastante más alejado de los anteriores, está el concepto sensual³³², explicado por el DRAE como: “1. adj. Perteneciente o relativo a las sensaciones de los sentidos; 2. adj. Se dice de los gustos y deleites de los sentidos, de las cosas que los incitan o satisfacen y de las personas aficionadas a ellos; 3. adj. Perteneciente o relativo al deseo sexual”.

Pareciera más o menos claro que lo sensual dista bastante de lo erótico, así como esto último se distancia de lo pornográfico. Entre unos y otros habría una cierta gradualidad, donde la escala más baja está representada por lo sensual. Pareciera ser que las diferencias entre lo erótico y lo pornográfico están en el carácter implícito de lo primero y lo explícito del segundo. Además lo erótico tendría un valor artístico, mientras que lo pornográfico estaría desprovisto de todo valor.³³³ Aclaratorias resultan aquí las palabras del célebre director de cine italiano BERNARDO BERTOLUCCI, para quien “El erotismo es el contrapunto de la pornografía”. GIL TOVAR, que comparte la visión “artística” de BERTOLUCCI, por formación, entiende que erotismo “[...] es el conjunto de sensaciones y reacciones de todo tipo que de algún modo se relacionan con la atracción sexual”.³³⁴ En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, “[...] no cabe duda de que cuando un libro, un cuadro o una escultura son realmente obra artística, no se le podrá calificar de obsceno, aunque objetivamente lo parezca”.³³⁵

FERRER MARTÍN estima que la diferencia entre lo erótico y pornográfico no puede afincarse en la intencionalidad artística u obscena del autor, pues ello llevaría a un subjetivismo de complejo entendimiento y alcances.³³⁶ No obstante esto, si seguimos

³³¹ Etimológicamente proviene del latín *erotīcus*, y este del griego *ἐρωτικός*, proveniente del Dios Eros, que representaba el amor y el deseo sexual.

³³² Del latín *Sensuālis*.

³³³ Sobre la característica del simple desnudo como pornográfico o erótico, FERRER MARTÍN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, pp. 74-78.

³³⁴ GIL TOVAR, Francisco, *Del arte llamado erótico*, Barcelona: Ed. Plaza & Janés Editores, 1975, p. 38. No obstante, se comparte la afirmación de Ferrer Martín, para quien no debe identificarse *a priori* todo erotismo con sensualidad, pues el erotismo puede complacerse con acciones no sexuales o para-sexuales, que no constituyen propiamente actos de sexo. En esta línea, muy propia del arte, acciones cotidianas como comer una fruta o limpiar un coche, bajo un cierto prisma, puede considerarse erótico, mas no sexual, FERRER MARTÍN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, p. 69. Como indica Graham, en muchos juicios sobre pornografía, se ha defendido ciertas obras aludiendo un criterio estético, indicando que son arte y no pornografía, lo que implica que debemos ser capaces de distinguir entre arte y pornografía. GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación... op.cit.*, p. 111.

³³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La protección penal del pudor público*, Buenos Aires: Ed. Departamento Editorial Universidad de Buenos Aires, 1920, p. 332.

³³⁶ FERRER MARTÍN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, p. 70. A esto debemos agregarle el siempre difícil escenario de la prueba de lo subjetivo en materia procesal. En Argentina, los tribunales de principios del siglo XX entendían que el libro era menos peligroso que las imágenes para dañar el pudor o la moral pública, y que debía considerarse la intención del autor para considerarla obsena. Existiendo un

la línea conceptual dada desde las artes, es posible encontrar un problema con las calificaciones cinematográficas. En efecto, en la industria norteamericana del cine porno, es clásica la distinción entre *hard-core* o *hard-porn* y *soft-core* o *soft-porn*. El primero, usualmente entendido como pornografía dura, es un subgénero con material puramente sexual, con primeros planos genitales y del coito, sin mayor línea argumental que provocar el más potente impacto sexual en los espectadores. El segundo en tanto, conocido como pornografía blanda, prescinde muchas veces de los primeros planos genitales o coitales, siendo menos explícito, equilibrando los contenidos explícitos con ciertos niveles estéticos en su presentación. En razón de esto, ¿el *soft-porn* es realmente pornografía o sólo es material erótico? Pues, de ser la primera, nuevamente se diluyen los límites entre lo erótico y lo pornográfico.³³⁷ Por lo mismo, debemos entender que se trata más bien de cine erótico, mas no pornográfico.

En otra línea argumental, ACOSTA PATIÑO estima que la diferencia entre pornografía y erotismo se encuentra en que el erotismo tiene relación con el placer y la sexualidad, pero en el marco de una relación emocional positiva, mientras la pornografía se encuentra disociada de cualquier consideración amorosa.³³⁸ En la misma línea, y apoyado en el sentido gramatical que le da el DRAE, CAMACHO Y DE CIRIA cree que mientras obscenidad y pornografía se relacionan con la sexualidad pura, el erotismo se acerca también a la sensualidad y el amor.³³⁹ Parece entonces haber mayor similitud conceptual es entre pornografía y obsceno, como indican un par de

cariz artístico, no puede llamarse a la obra obscena, JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *La protección penal del pudor público*, Buenos Aires: Ed. Departamento Editorial Universidad de Buenos Aires, 1920, p. 338.

³³⁷ En todo caso, la legislación audiovisual no hace eco de este tipo de pornografía, pues la calificación hecha por la Ley del Cine, 55/2007 de 28 de diciembre, únicamente denomina como película u obra audiovisual X a aquellas que, según su art. 9 número 2, 2, tengan carácter pornográfico o que realicen apología de la violencia serán calificadas como películas «X», y que estarán restringidas a los menores de 18 años. La calificación en España es hecha por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA). Al respecto, cabe destacar que el Consejo Audiovisual de Cataluña (CAC), en su *Propuesta de definición operativa del concepto de pornografía en el sector audiovisual*, de 25 de julio de 2007, determina una serie de contenidos que pueden calificarse, a estos efectos, como pornográficos. Se cuentan al respecto: a) La presentación y referencia explícitas y reiteradas de actos sexuales; b) la exhibición de órganos genitales y de prácticas masturbatorias; c) un contexto narrativo que connote la intencionalidad de estimular sexualmente y d) los contenidos acompañados de lucro adicional para esta actividad, ya sea en forma de *chat* de contactos, a través de mensajes SMS, etc. Véase MUÑOZ, Juan José, “Acieros y limitaciones de la regulación del sector audiovisual. La normativa del ICAA para la calificación de películas”, en *Revista Telos (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, N°87, julio-septiembre de 2011, p. 8.

³³⁸ ACOSTA PATIÑO, R., “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2, 1992, pp. 127-128.

³³⁹ CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel, *Consideraciones sobre...op.cit.*, pp. 78-79, quien de todas formas reconoce que el concepto obsceno es más amplio que la mera sexualidad. El Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, Ley de Prensa e Imprenta, en el artículo 64.2 letra c), se refiere a los impresos obscenos o pornográficos, entendiéndolos como sinónimos.

resoluciones del Juez Especial de Prensa e Imprenta de Madrid, “[...] en estas últimas manifestaciones se ha huido de lo que se ha llamado siempre pornografía, concebida como equivalente a obsceno, y representadas por llamadas a lo sexual en forma grosera, centrando la atención en la distorsión o en el aspecto de pura animalidad del sexo, habiéndose dado en llamar a estas nuevas manifestaciones *erotismo*”.³⁴⁰ Para ACOSTA PATIÑO, obsceno es “[...] lo ofensivo a las normas de moral o gusto público y que resulta socialmente dañino, por ejemplo, si se presenta la tendencia (a) depravar y corromper a las personas que probablemente lo lean o vean (el material obsceno)”. *A priori*, creemos, lo sexual, erótico o pornográfico pareciera ser sólo una fracción de lo obsceno, y no su esencia.³⁴¹

Aunque pareciera tener alguna similitud con estas últimas ideas, CAMACHO Y DE CIRIA marca la diferencia entre pornografía y erotismo en el hecho característico de la primera de producir una ruptura de lo segundo en el ámbito de la privacidad. La pornografía pasaría, desde este punto de vista, a ser una degradación de lo erótico,³⁴² que implica al ser humano, tanto en una dimensión individual como en una social o colectiva.³⁴³ Según el Informe Longford, esta degradación degenera, a su vez, en una degradación de la sociedad, a través del socavamiento de sus pilares básicos, los lazos de pareja y la vida familiar. En el Informe se encuentra respaldo a esta línea, cuando define pornografía de la siguiente forma: “[...] aquello que excita y deshumaniza el sexo, por lo que los seres humanos son tratados como cosas y las mujeres, particularmente, como objetos sexuales”.³⁴⁴

La Comisión Messe finalmente declinó definir pornografía desde una perspectiva normativa, como asimismo lo hizo con lo obsceno, considerándola una tarea casi imposible, más aún en el caso de la pornografía de adultos, porque hacerlo rebasaría límites constitucionales.³⁴⁵

Uno de los problemas de definir pornografía como aquello que tiene una tendencia a depravar o corromper los sentidos y las sensibilidades, como en la línea de CAMACHO Y DE CIRIA, es que esto depende claramente de que el material pornográfico sea expuesto frente a alguien capaz de ser corrompido. Por lo mismo, para

³⁴⁰ Autos del 23 y 26 de marzo de 1976 del Juez Especial de Prensa e Imprenta de Madrid, citado en FERRER MARTÍN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, p. 72.

³⁴¹ ACOSTA PATIÑO, R., *De los delitos...op.cit.*, p. 128.

³⁴² CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel, *Consideraciones sobre...op.cit.*, p. 81.

³⁴³ *Ibid.*, p. 84.

³⁴⁴ LONGFORD, Lord, *La pornografía. Informe Longford*, Barcelona: Ed. Grijalbo, 1975, p. 446.

³⁴⁵ OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.*, pp 23-24.

que algo sea pornográfico, primero, debe ser expuesta y percibida, y segundo, lo pornográfico depende de la mente de quien la percibe. Esto deriva en que la pornografía sólo es problemática en relación a alguien, y para el legislador español, ese alguien lo constituyen menores de edad e incapaces.³⁴⁶ En este sentido, para GRAHAM, la mera visualización de pornografía infantil, incluida en el CP con la Reforma de 2015, no puede ser dañina, pues es una cuestión que forma parte de los intereses subjetivos del observante. Esto puede significar un estado mental sórdido o depravado de quien visualiza pornografía de este tipo, pero esto no causa daño al prójimo.³⁴⁷

Aunque se discrepa de que ambos conceptos puedan ser considerados “simplemente subjetivos”, y cuyo contenido “dependa de cada uno”, si es posible compartir la metáfora hecha por CASTRO FARIÑAS, para quien erotismo y pornografía son dos conceptos “anguila”, pues en cuanto se cree poder llegar a aprehenderlo y se le tiene entre los dedos, por su untuosidad y carencia de esqueleto sólido se nos escapa haciendo un quiebre.³⁴⁸

Todos los aludidos son conceptos relacionados con el sexo y la vida sexual del ser humano. Desde la teología, GONZÁLEZ RUIZ afirma que lo pornográfico no es solamente una referencia al amplísimo problema del sexo, sino que se refiere a una parte muy específica de este, como es la manipulación del sexo con fines primariamente comerciales.³⁴⁹ El sexo es el motor de la evolución de los seres vivos, transformándose en el mecanismo por el que la naturaleza permite que las especies lentamente vayan

³⁴⁶ Es lógico entonces preguntarse si el incapaz es capaz de ser corrompido, GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación...op. cit.*, p. 121.

³⁴⁷ GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación...op. cit.*, pp. 122-123.

³⁴⁸ CASTRO FARIÑAS, José A., “Pornografía, erotismo y derecho”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, p. 81. El propio Tribunal Supremo español ha entendido que no es la simple moral del juzgador la que debe prevalecer al juzgar, sino la convicción moral del ciudadano medio, a la concepción media que de los valores morales tiene la sociedad nacional, tal como ha quedado de manifiesto, entre otras, en las STSs de 18 de marzo de 1976 y de 04 de julio de 1973. Esta concepción media funciona a su vez como una especie de “mínimo ético”, que actúa como baremo para valorar y medir ciertos comportamientos humanos, FERRER MARTIN, Daniel, *Derecho, erotismo...op. cit.*, p. 58.

³⁴⁹ Mientras que, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán entiende que hay pornografía cuando “[...] los fenómenos sexuales se describen de forma creciente y marcada, sin conexión de sentido con las demás manifestaciones de la vida, o cuando los hombres son degradados a simple objeto intercambiable de las apetencias sexuales. Ambos citados en citados en CASTRO FARIÑAS, José A., *Pornografía, erotismo...op. cit.*, p. 82. A principios del siglo XX, tanto en Francia como España, ciertos grupos conservadores como la Liga Contra la Pornografía consideraban el comercio como algo esencial de la pornografía existente en la época, y que se reflejaba preocupantemente en los lugares donde esta era comercializada: en los liceos, en las inmediaciones de los cuarteles e incluso en las escuelas primarias, además de la proliferación de espectáculos públicos en grandes ciudades y en pequeños poblados, espectáculos reservados, fiestas patronales, etc. Yendo aún más allá, preocupaba a estos grupos que entre el público asistente a tan obscenos espectáculos pudiera contarse a alcaldes, concejales o altos funcionarios públicos, por ejemplo, CALIPPE, Charles, *La lucha contra...op. cit.*, p. 5.

evolucionando, adaptándose a los cambios y el entorno. A pesar de estar presente desde siempre en todo tipo de formas de vida, es en los vertebrados donde toma un rol más importante. La cópula se transforma en un estandarte, representando en los animales un símbolo de convivencia social. En el ser humano, cumple por una parte un básico rol reproductor, pero no se restringe a eso sino que cumple muchas otras funciones. Al superar estos últimos en importancia al simple rol reproductor, se habla de una sociedad sexualizada, que da lugar a la pornografía como producto de consumo.³⁵⁰

Volviendo a la década del setenta, la sexualización de la sociedad española, al entender de FERRER MARTIN (en una mirada claramente conservadora), se vio incrementada merced de una serie de causas, entre las que se cuentan las siguientes:

- a. El mejoramiento de las condiciones económicas que, según el autor, permite mayor tiempo libre, menos agobio, un crecimiento de la libido y los recursos pecuniarios para satisfacer estas necesidades, lo que no está reservado sólo a las clases acomodadas, sino que queda al alcance de todos. Esta excesiva sexualidad pasa también a ser una sexualidad pasajera;
- b. La sexualidad comienza a perder su carácter espiritual para transformarse en un fenómeno biológico, perdiendo los tabúes de las que históricamente ha estado acompañada;
- c. El turismo, que ha permitido un intercambio cultural en torno a la sexualidad no sólo con el extranjero, sino también entre las propias provincias en el caso español, modificando la “escala de valores del turista”;
- d. El erotismo se ha transformado en un producto de mercado, siendo utilizado como un medio de publicidad y marketing. Los medios de comunicación acentúan el afrodisiaco de esta mercancía.³⁵¹ En la industria pornográfica, la diferencia entre los costos de producción de un determinado producto y el valor que paga el consumidor es muy alto, lo que podría explicarse en buena parte por la clandestinidad de la industria. Este amplio margen de ganancias hace de este un mercado saneado.³⁵²

Si bien esta mirada demonizadora del rol de la sexualidad en la comunidad ha sido en buena parte superada, es innegable que en la Sociedad del Riesgo, el sexo es

³⁵⁰ González Ruiz cree que el abuso del sexo, tal como el cigarro o el alcohol, es un vicio, pero que no está constituido por todas las prácticas sexuales, sino sólo por aquellas llevadas al exceso, como el uso o consumo de pornografía. Citado en BOTELLA LLUSIA, José, “Una interpretación biológica de la sexualización del mundo actual”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, pp. 209-212.

³⁵¹ FERRER MARTIN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, pp. 59-60

³⁵² En opinión de un economista, PIERA JIMÉNEZ, Guillermo, *El dinero y...op.cit.*, p. 252.

mucho más que una condición natural del ser humano, o al menos convive un rol mercantil, herramienta conquistadora de riquezas o poder, casi prostitución, en sentido muy amplio (que incluye desde la venta del cuerpo masculino o femenino hasta la explotación de la pornografía en formas directas e indirectas), lo que genera una interferencia entre una sexualización biológica y la sociedad del consumo.³⁵³ Para BOTELLA LLUSIÁ, en esta sociedad, luchar contra la pornografía es luchar contra una sociedad de consumo.³⁵⁴

Volviendo al problema conceptual, CASTRO FARIÑAS afirma algo muy similar a las clásicas palabras de Bertolucci, ya citadas, indicando que existirá pornografía cuando se trate de “[...] una exposición de los fenómenos sexuales insistente, deformante e irreal, de la que se deriva una glorificación de los excesos y perversidades, así como en la forma obscena de expresarlos”.³⁵⁵ Se ha tratado de diferenciar pornografía y erotismo recurriendo a la falta de clase y elegancia de la primera respecto, versus la elegancia de la segunda (en el fondo, clase y cultura); o bien que el erotismo suele ir acompañado de sentimientos de aquellos que usualmente sienten las parejas, para reflejar de mejor manera las emociones más frecuentemente ligadas al sexo, careciendo la pornografía de estos, ya que su única finalidad es excitar. Los movimientos feministas de la última parte del siglo pasado solían relacionar erotismo a la influencia de la naturaleza, y pornografía a la influencia cultural, particularmente del varón. Para el movimiento feminista anti-pornografía, esta es una forma de violencia anti-femenina.³⁵⁶

UMBRAL y GIL TOVAR comparten la idea de que el criterio diferenciador entre pornografía y erotismo está en el componente económico de la primera, es decir, existe pornografía cuando se paga, cuando hay comercio con el sexo, estimulándose artificialmente el deseo y la satisfacción sexual.³⁵⁷ Lo demás es erotismo, es decir, una

³⁵³ Cuestión que, para CANOVAS GAILLEMÍN, Guillermo, *La otra cara de la pornografía*, Bilbao: Ed. Mensajero, 1996, pp. 22 y ss., faceta directamente a los niños y jóvenes, merced de una serie de factores como, por ejemplo, el aumento de la violencia y las agresiones sexuales en los medios de comunicación y en el entorno social y familiar de los menores, además de un aumento de las agresiones y la violencia sexual hacia y entre los menores de edad.

³⁵⁴ BOTELLA LLUSIÁ, José, *Una interpretación...* op.cit., pp. 214-216.

³⁵⁵ CASTRO FARIÑAS, José A., *Pornografía, erotismo...* op.cit., p. 82.

³⁵⁶ OSBORNE, Raquel, *La construcción...* op.cit., pp 17-19.

³⁵⁷ El criterio mercantil ha sido recogido en la STS de 18 de marzo de 1976, que señala, respecto a la pornografía, que “[...] la persistencia de este fenómeno de tan variada proyección en lo psicológico, ético, sociológico y jurídico, y que en nuestros días va teniendo un progresivo acrecentamiento y aceptación en sectores sociales antes inerte a su contagio, hasta ganar la desvelada curiosidad del gran público, ya por *esnobismo*, bien por la creciente exaltación ambiental de un erotismo mal entendido y que una infraliteratura trata de promover con inconfesable propósito de lucro hasta hacer de la pornografía un mercado

tendencia natural del ser humano.³⁵⁸ En todo caso, GIL TOVAR no abandona el criterio estético, afirmando que la pornografía es una degradación del erotismo, una especie de erotismo de baja calidad.³⁵⁹

El problema que tiene la visión “económica” del tema, es que conductas como la introducción de material pornográfico en Internet, sobre todo entre pedófilos, no son motivadas por el lucro, o no es la necesaria finalidad. Las TIC han favorecido el intercambio aficionado de material amateur, con carácter gratuito, o con otros motivos más perversos que el lucro, como obtener membresías o “matrícula de honor” en asociaciones pederastas organizadas en torno a la Red.³⁶⁰

Sin duda, como lo ha sostenido FERRER, la importancia de esta discusión conceptual, por mucho que pueda parecer casi un sinsfín, radica en que constituye el límite entre lo penalmente relevante y lo que queda al margen de la prohibición criminal.³⁶¹

Cualquier intento de definir pornografía se enfrenta a tres problemas:

- a. Cualquier definición que tenga como criterio los efectos que esta provoca se basa en afirmaciones empíricas que no tiene base sólida;
- b. Si se utiliza como criterio lo ofensivo a los sentidos y las sensibilidades (obsceno) implicaría someter a la ley a modelos cambiantes de opinión pública, lo que implicaría la injusticia de tratar a la gente diferente por haber hecho lo mismo, pero en tiempos distintos;

internacional”, FERRER MARTIN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, p. 42; en doctrina, lo comparte Acosta Patiño, al entender que material pornográfico es aquel “[...] deliberadamente creado para provocar una poderosa excitación sexual, más que exhibición...es la explotación comercial del sexo con referencia especial a las anormalidades y perversiones...”, ACOSTA PATIÑO, R., “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2, 1992, pp. 125; cfr. CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel, *Consideraciones sobre...op.cit.*, pp. 85-86, quien considera que este no es un elemento esencial de la pornografía, pero sin duda un factor de amplia trascendencia para su estudio, siendo una manifestación de la manipulación cultural a través de intereses económicos.

³⁵⁸ Francisco Umbral, citado en FERRER MARTIN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, pp. 61-62; GIL TOVAR, Francisco, *Del arte llamado erótico*, Barcelona: Ed. Plaza & Janés Editores, 1975, p. 48.

³⁵⁹ De la grosería de este erotismo de baja calidad nace el carácter pornográfico, que carece de la sutileza de lo erótico, no dando lugar a la imaginación del receptor, GIL TOVAR, Francisco, *Del arte...op.cit.*, p. 53; ORTIZ BERENGUER, Enrique; y ROIG TORRES, Margarita, “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”, en AAVV, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Thomson Civitas, 2005, p. 1638, son mucho menos tajantes al entender que ambos conceptos son de naturaleza relativa y dependientes, o sometidos a una interpretación personal.

³⁶⁰ CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 201, pp. 694-695.

³⁶¹ Este autor sostiene que lo erótico es residual de lo pornográfico, es decir, todo lo que se relaciona con la sexualidad y no es pornográfico sería erótico, FERRER MARTIN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, p. 68.

c. Hay una íntima conexión entre la pornografía y el propósito, es decir, el mismo contenido puede figurar en actividades lejanas entre sí (un estudio sobre pornografía no necesariamente es pornográfico, y lo que un pequeño grupo de sujetos –niños o pedófilos, por ejemplo- consideren como pornográfico no lo transforma necesariamente en tal).³⁶²

2.1.2. El concepto de pornografía infantil y juvenil en el Derecho internacional

El concepto moderno de pornografía, que sustenta a su vez cualquiera de sus variantes –incluyendo la concerniente a menores- tiene un referente fundamental en los criterios fijados por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Miller vs California*, en 1973.³⁶³ Estas pautas se integraban con una serie de criterios socio-culturales, que buscaron eliminar la valoración judicial basada simplemente en la moral individual del juzgador, en un contexto social marcado por la revolución sexual y la masificación del comercio sexual en todas sus variantes, particularmente de la pornografía dura o *hardcore*. Este último sub-género audiovisual era calificado como obsceno, y por tal perdía la protección constitucional brindada por la libertad de expresión, según fallo de la Corte Suprema norteamericana de 1957, en el caso *Roth vs United States*.³⁶⁴

Sin duda, y más allá del valor estandarizador que tiene el fallo, pasado más de medio siglo desde su dictación, es que los criterios utilizados por la Corte en ese momento siguen plenamente vigentes, en su gran mayoría, y son los utilizados en la doctrina y la jurisprudencia moderna, en mayor o menor medida, y también por la legislación nacional e internacional.³⁶⁵ En concreto, el máximo tribunal estadounidense

³⁶² GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación...* op.cit., p. 127.

³⁶³ Disponible en http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0413_0015_ZS.html (Última visita 05 de febrero de 2014).

³⁶⁴ Vid MILSTEAD, Virginia, “*Ashcroft v. Free Speech Coalition: how can virtual child pornography be banned under the first amendment?*”, en *Peppidine University Law Review*, t. 35 (2003-2004), pp. 829-830; y BAURACH, Jason, “Case comments: constitutional law: prmitting virtual child pornography –a first amendment requirement, bad policy, or both? *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002)”, en *Florida Law Review*, t. 55 (2003), p. 1074.

³⁶⁵ Por ejemplo, en el considerando N°17 de la Directiva 2011/93/UE, se señala “En el contexto de la pornografía infantil, el término «de forma ilícita» permite a los Estados miembros establecer una excepción respecto de las conductas relacionadas con «material pornográfico» *en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares*. También posibilita las actividades autorizadas por la legislación nacional, como la posesión lícita de pornografía infantil por parte de las autoridades con miras a llevar a cabo actuaciones penales o prevenir, detectar o investigar delitos. Por otra parte, no excluye las excepciones jurídicas o principios pertinentes similares que eximen de responsabilidad en determinadas circunstancias, como ocurre con las actividades realizadas mediante las líneas directas de teléfono o de Internet para denunciar tales casos” (las cursivas son nuestras).

entiende que la valoración de lo que debe considerarse obsceno –elemento central para la penalización de la conducta- o no visto desde la perspectiva de un ciudadano promedio, realizando un juicio axiológico que tiene como referencia a la comunidad contemporánea considerada como tal. Se exige un interés lascivo, como ha sido tradicional en la valoración histórica de lo obsceno y pornográfico, pero se exige además que la obra en su conjunto carezca de un sentido literario, artístico, político o científico.

De los criterios contenidos en la sentencia del caso Miller vs California, pueden sintetizarse aquellos usados por la Corte Suprema de EEUU para construir un concepto de material obsceno-pornografía de la siguiente manera:

- a. Elementos positivos: Un interés predominantemente libidinoso y un carácter potentemente ofensivo;
- b. Elementos negativos: Ausencia de un serio valor literario, artístico, científico o político.
- c. Elementos contextuales: Lo que una comunidad, en un espacio y un momento determinado, considerado generalmente como obsceno. O sea, un estándar de la comunidad.³⁶⁶

Sin embargo, de la decisión del Tribunal norteamericano no queda clara la relación y diferencia entre los obsceno y lo pornográfico. Mas bien parece establecer una relación de requisito del primero para lo segundo.

En 1984, el Congreso norteamericano promulgó una ley llamada *Expanded by the Child Protection Act*, que modificó la edad del sujeto pasivo en los casos de producción de material pornográfico, elevándola de 16 a 18 años. Esta ley es importante no sólo por este cambio en una característica especial del sujeto pasivo, sino porque además suprimió el requisito de la “obscenidad” como elemento esencial de la pornografía, afirmando que todo material pornográfico infantil es de por sí lascivo, aunque este no se refiera o implique la manifestación o representación de actos sexuales explícitos.³⁶⁷

³⁶⁶ El Tribunal Supremo norteamericano recurre a los *community standards* para establecer qué es pornografía. Aquellos son vigencias ideológicas imperantes en cada localidad, desde las cuales queda prefijado lo que sus habitantes entienden por pornografía. Esto demuestra la variabilidad del concepto, de una época en otra, y de un lugar a otro incluso en una misma época, OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.*, p. 21.

³⁶⁷ Con esto se cambia uno de los parámetros establecidos en el caso Miller vs California, recién visto. Apenas dos años después, una ley llamada *The Child Abuse and Pornography Act*, elevó de dos a cinco años las penas recomendadas a los Estados para algunos delitos de pornografía infantil, además de incorporarse otras conductas relacionadas a la difusión de dicho material. Pasaron dos años más para que

Volviendo algunas décadas atrás, las leyes francesas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, penalizaban particularmente una serie de conductas consideradas obscenas o inmorales que se realizaban en público, bajo la clásica figura de ultraje a las buenas costumbres (Ley del 02 de agosto de 1882, modificada el 16 de marzo de 1898; y la ley de 07 de abril de 1908). Se castigaba específicamente la difusión, fijación, venta, exposición o publicación, en lugares públicos o la vía pública, de escritos, carteles, dibujos, grabados, pinturas, emblemas u objetos obscenos o contrarios a las buenas costumbres. Estas mismas normas reflejaban un cierto nivel de tolerancia (por ejemplo, la posesión privada), siempre y cuando esto no afectara o involucrara a menores de edad, idea que era reforzada por una serie de leyes laborales (por ej: ley de 02 de noviembre de 1892), que prohibían la participación de niños o niñas en eventos, espectáculos o labores que, aún no siendo obscenas, pudieran atentar contra su moralidad. Esto nos da cuenta de dos cosas: primero, las conductas punidas eran básicamente aquellas que se realizaban en público, dejando lo privado, en general fuera de lo punible; y segundo, que el punto anterior se exceptúa si hay menores que puedan verse afectados.³⁶⁸

A principios del siglo XX, el Bureau International d'Information contre la Litterature Immorale de Ginebra, y la Société Française de Protestation contra las Costumbres Licenciosas en las Calles, prepararon sendos encuentros internacionales para dar cuenta del estado de la inmoralidad pública en la mayoría de los países europeos, con especial atención a la legislación que la reprime. Se celebró un Congreso en París el 21 y 22 de mayo de 1908, y luego una Conferencia Internacional entre el 18 de abril y el 04 de mayo de 1910. En el primer evento, se acordó la creación de una federación internacional de las sociedades contra la pornografía, mientras que en la segunda, los estados participantes se obligaron a adoptar ciertas reformas legislativas para perseguir más eficazmente los objetivos comunes. Se propuso castigar las siguientes conductas:

una nueva ley asumiera el tema. Se trata de la *The Child Protection Obscenity and Enforcement Act*, que modificó la normativa existente para hacer frente al nuevo escenario tecno-social estadounidense, marcado por la presencia de ordenadores caseros y de Internet, refiriéndose expresamente al soporte digital de la pornografía infantil. OXMAN VILCHES, Nicolás, "Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica", en *Política Criminal* [online], N°12, vol. 6, 2011, pp. 263-264, Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000200002> (Última visita 06 de febrero de 2014).

³⁶⁸ CALIPPE, Charles, *La lucha contra...op.cit.*, pp. 4-5.

- a. El que fabrique o provea con el fin de comerciar o distribuir escritos, dibujos, imágenes u objetos *obscenos*;
- b. El que importe o haga importar, transporte o haga transportar con el mismo fin dichos escritos, dibujos, imágenes u objetos *obscenos* o los ponga en circulación en cualquier otra manera;
- c. El que comercie con ellos, aunque no sea públicamente, o tenga por oficio alquilarlos; y
- d. El que anuncie este comercio por un medio cualquiera de publicidad.³⁶⁹

Si bien el objetivo de estos encuentros, y de la propuesta surgida de la Conferencia, era absolutamente claro (la lucha contra la “pornografía”), el concepto utilizado para tipificar los materiales inmorales fue el de obsceno, y no pornográfico.³⁷⁰ A la altura de 1910, la mayoría de los países europeos no perseguía al fabricante de literatura u otras obras pornográficas, sino más bien al vendedor o distribuidor (salvo Alemania). Frente a eso los cuestionamientos de CALIPPE respecto a la inutilidad de perseguir al vendedor si se deja en entera libertad al productor y al fabricante, así como la falta de eficacia al atajar el comercio internacional de productos clandestinos, sin penar la importación, circulación o el anuncio, o la conducta de los sujetos que viajan a países donde ciertas conductas no son punibles, como en sus países de origen.³⁷¹

Volviendo al presente, los organismos internacionales son los que han aportado las aproximaciones conceptuales sobre las que ha trabajado la doctrina en las últimas dos décadas, y que derivaron, finalmente, en la inclusión de un concepto de pornografía infantil en el CP.³⁷² La ONU ha definido pornografía infantil como “[...] toda

³⁶⁹ Las cursivas son propias, *Ibid.*, pp. 16-17. Estos cuatro numerandos muestran como, hace un siglo atrás, ya existía la idea de luchar contra toda la cadena de producción, y no solamente contra aquellos que realizan las actividades finales de venta o exhibición al público.

³⁷⁰ Contrario a esta intrínseca relación entre pornográfico y obsceno, PIERA JIMÉNEZ, Guillermo, “El dinero y la pornografía” en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, p. 243, para quien obsceno es un concepto demasiado “resbaladizo” (subjetivo) para objetivar lo que debe considerarse como pornográfico; también crítico en la relación, aunque basada en que se da pie al relativismo, la subjetividad y el indeterminismo, ACALE SÁNCHEZ, María, “Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores”, en VÉLEZ NÚÑEZ, Rafael (Ed.), *Géneros extremos/ extremos genéricos. La política cultural del discurso pornográfico*, Cádiz: Ed. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2006, pp. 227-228.

³⁷¹ CALIPPE, Charles, *La lucha contra...op.cit.*, p. 16. Lo interesante de esta referencia es que ya a principios del siglo XX existía un interés en castigar “toda la cadena de producción”.

³⁷² Aunque no constituyen documentos oficiales, las actas o publicaciones varias de diferentes encuentros internacionales (congresos, jornadas, seminarios, etc.) también han aportado a la discusión, efectuando recomendaciones para el combate contra la delincuencia asociada a la pornografía infantil y juvenil. Entre otros muchos se cuentan el I Congreso Mundial contra la explotación sexual de los niños (Estocolmo, 1996); el Congreso de Lyon (Francia, 1998); la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet (Viena, 1999) –en este se concluyó la tolerancia cero en todo el mundo respecto a la producción, distribución, exportación, transmisión, publicidad y posesión de la pornografía infantil,

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”, en un cuerpo normativo que además considera no sólo la necesidad de sancionar la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta y posesión de pornografía infantil, sino que también la incorporación de medidas como la incautación y confiscación de bienes, materiales, medios, activos y las utilidades del delito, junto con el cierre de los locales utilizados, propugnando al mismo tiempo la protección en todas las fases del proceso penal los derechos de los niños y niñas que han sido víctima de tales conductas.³⁷³

2.1.3. El concepto de pornografía infantil y juvenil en el Derecho comunitario

En el marco del Derecho comunitario, la normativa es profusa en relación a la pornografía infantil y juvenil,³⁷⁴ aunque en pocos de ellos es posible encontrar definiciones o acercamientos conceptuales con el término. Se cuentan los siguientes instrumentos:

- a. Carta Europea de los Derechos del Niño, de 08 de julio de 1992;³⁷⁵
- b. Resolución del Parlamento Europeo Europeo de 19 de septiembre de 1996, sobre menores víctimas de la violencia, donde se recomienda la creación de unidades policiales especializadas en la persecución de la delincuencia sexual infantil y la cooperación internacional contra el crimen organizado;

marcando lo que ha sido la tendencia legislativa de las últimas décadas. El *World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children* –WCACSEC– definió pornografía infantil como la reproducción sexualmente explícita de la imagen de un niño o niña, disponible en <http://www.usis.usemb.se/children/cses/2256.htm>. (Última visita 10 de febrero de 2013). Un completo panorama de estos encuentros internacionales y sus alcances en DE LA ROSA CORTINA, José M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 29-31.

³⁷³ Contenida en el Anexo II de los Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativos a la Participación de Niños en los Conflictos Armados y a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, de 16 de mayo de 2000 (A/54/L.84) creado por la Resolución 54/263, del 25 de mayo del 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificado por España el 31 de enero de 2002. Cabe agregar aquí también la Resolución 51/77 de 20 de febrero de 1997 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre Derechos del Niño, en orden a prevenir el tráfico sexual internacional de menores.

³⁷⁴ Calificada como una “frenética” actividad tendiente a aprobar documentos armonizadores de la lucha contra este tipo de delincuencia, en el marco de la Unión Europea, DE LA ROSA CORTINA, José M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 22.

³⁷⁵ Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de junio de 1992).

- c. Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1099, de 15 de septiembre de 1996, sobre explotación sexual de menores;
- d. Resolución del Parlamento Europeo sobre Medidas de Protección de Menores en la Unión Europea, de 12 de diciembre de 1996;³⁷⁶
- e. Acción Común de 24 de febrero de 1997 del Consejo de Europa;³⁷⁷
- f. Resolución sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet, de 24 de abril de 1997, que busca promover la formación de Policías especializadas en la persecución de la pornografía infantil;
- g. Resolución del Consejo Europeo de 6 de noviembre de 1997, también sobre explotación sexual infantil, y Protocolos facultativos de la Convención de Derechos del Niño relativos a la participación de niños en conflictos armados, venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía, adoptados en la Asamblea de Naciones Unidas (A/54);
- h. Memorándum relativo a la Contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños, de 06 de noviembre de 1997;³⁷⁸
- i. Decisión 2000/375/JAI de 29 de marzo de 2000 relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet;³⁷⁹
- j. Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, hecho en New York, el 25 de mayo del 2000;
- k. Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual infantil y la pornografía infantil 2001/2025 (CNS) y Anexo de la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo sobre lucha contra la trata de seres humanos, la explotación sexual y la pornografía infantil 2001/0025 (CNS), aprobada por Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre cooperación policial y judicial en materia penal 06/2001 (A5-0206/2001);
- l. Moción de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la protección de los menores contra la pornografía infantil en Internet de 7 de mayo de 2001;

³⁷⁶ DOC 20, de 20 de enero de 1997.

³⁷⁷ Este instrumento determina lo que debe entenderse por explotación sexual de los niños de la siguiente forma, “la explotación de niños para actuaciones y material pornográfico, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material”.

³⁷⁸ Resolución A4-0306/97, DOCE C358/37, 24 de noviembre de 1997.

³⁷⁹ Instrumento que pone especial atención en la delincuencia organizada en torno a la pornografía infantil en Europa.

- m. Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, de 08 de noviembre de 2001;³⁸⁰
- n. Propuesta de Decisión Marco del Consejo de Europa relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 14 de diciembre de 2001;
- ñ. Recomendación Número 1583 de 2002, del Consejo de Europa a los gobiernos para que coordinen esfuerzos contra la pornografía infantil y la explotación sexual de niños;
- o. Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de niños y a la pornografía infantil;³⁸¹
- p. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, publicado en el BOE N° 274 de 12 de noviembre de 2010;³⁸² y, por último,
- q. La Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

Algunos de estos instrumentos han contribuido con definiciones de pornografía infantil y juvenil, según se verá a continuación, siendo el últimos de los mencionados quizás el más importante para la legislación española, toda vez que la definición de pornografía relativa a menores que usó el legislador en 2015 fue transpuesta directamente desde allí.

De los otros mencionados, por ejemplo, el Consejo de la Unión Europea ha definido la pornografía infantil como “[...] cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño, 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)”³⁸³.

³⁸⁰ Conocido también como Convenio de Budapest.

³⁸¹ Introduce la responsabilidad penal y civil de la persona jurídica, complementaria a la de la persona física, si el delito se comete en beneficio o provecho de aquella.

³⁸² Conocido como Convenio de Lanzarote.

³⁸³ 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. Con detalles sobre el punto, CUGAT MAURI, Miriam, “La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión Marco 2004/68/JAI (arts. 187 y 188)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010, pp. 173 y ss. Crítico de esta definición es MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*,

Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa define el término pornografía infantil de la siguiente forma: “[...] todo material que muestre bien a un menor desarrollando una conducta sexual explícita, bien a una persona que aparentemente sea un menor desarrollando una conducta sexual explícita o bien represente imágenes realistas de un menor desarrollando una conducta sexual explícita”.³⁸⁴

A su vez, la Convención del Consejo de Europa (Convenio de Lanzarote) la define en su art. 20.2 como “[...] todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales”.

La Convención sobre Ciberdelincuencia conceptualiza la pornografía infantil como “[...] todo material que contenga la representación visual de: i) un menor comportándose de una forma sexualmente implícita; ii) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente implícita; y iii) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente implícita.

Por último, la Directiva 2011/93/UE entrega la siguiente definición de pornografía infantil, en el art. 2 letra c): “i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada; ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales; iii) 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

Madrid: Ed. Dykinson, 2005, p. 64, para quien presenta una serie de déficits conceptuales producto de su amplitud verborreica, comparada con la definición contenida en la Propuesta de Decisión Marco del Consejo de Europa relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 14 de diciembre de 2001, al incluir la pseudopornografía y la pornografía técnica, y omitir por su parte definiciones o referencias a elementos importantes, como la “representación visual”, central en casi todas las definiciones que se han intentado sobre pornografía infantil. Esto a diferencia de otro concepto clave: “conducta sexualmente explícita”, definido en el Informe Preparatorio de la Convención sobre Delincuencia en la Red, del 08 de noviembre de 2001, y que incluye contacto sexual del tipo genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal, entre menores o entre un adulto y un menor, del mismo sexo u opuesto; brutalidad; masturbación; desarrollo de conductas sádicas o masoquistas; o exhibición lasciva de los genitales o del área pública del menor; cfr. RODRÍGUEZ MESA, María J., “Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., *et al*, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Cizur Menor: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 243, para quién este concepto sirve para llenar la ausencia de un concepto material de pornografía infantil en el Código penal español, como ocurría antes de la LO 1/2015.

³⁸⁴ Recomendación (2001) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de octubre de 2001 (*Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2001) 16 on the protection of children against sexual exploitation*).

menor, con fines principalmente sexuales; o iv) 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”. Como se ha dicho, esta es la base de la definición de pornografía infantil tomada por el legislador español para la Reforma de 2015.

Sin embargo, si se quiere cierta fidelidad con el desarrollo histórico del concepto, debemos remitirnos nuevamente a la legislación norteamericana de la década del setenta, donde se aprobó la ley que protegía a los menores de edad de la explotación sexual, específicamente en el año 1977. Allí se penaliza la distribución de pornografía infantil, siempre y cuando cumpliera con un objetivo, que era la obscenidad del material³⁸⁵. Actualmente es el Código penal federal el que ha sistematizado estos delitos, en el párrafo 2252A, *Certain activities relating to material constituting or containing child pornography* (Determinadas actividades en relación al material que constituya o contenga pornografía infantil), definiendo la pornografía infantil como “[...] cualquier representación visual que envuelve el uso de un menor participando en una conducta sexual explícita”.³⁸⁶

2.1.3. El concepto de pornografía en la doctrina, particularmente el de pornografía infantil y juvenil

En la doctrina, no son muchos los autores que definen la pornografía infantil o infantil y juvenil como un solo núcleo o grupo de conductas. Más bien se hace una revisión de ellas en particular³⁸⁷. MORILLAS FERNÁNDEZ es uno de los que sí la definen, entendiendo que es “[...] toda representación visual y real de un menor

³⁸⁵ El año 1984 se eliminó el requisito de obscenidad, ampliando el espectro del delito. Cabe hacer presente que estamos hablando aun de la era pre-Internet. DE LA ROSA CORTINA, José M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 11.

³⁸⁶ Un completo panorama sobre la situación norteamericana en OXMAN VILCHES, Nicolás, *Aspectos político-criminales...op.cit.*, especialmente pp. 254 y ss.

³⁸⁷ Solo a modo de ejemplo, MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Delincuencia informática y derecho penal*, Madrid: Ed. Edisofer, 2001, pp. 102 y ss. Incluso existe quien estima derechamente que no debe establecerse un concepto “legal” genérico de pornografía infantil, sino que esta tarea debe dejarse al juzgador para el caso concreto, GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Acerca del delito de pornografía infantil”, en CORTES BECHIARELLI, Emilio; DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; y GURDIEL SIERRA, Manuel (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 417.

desarrollando actividades sexuales explícitas”³⁸⁸. Sin embargo, y como se ha sostenido, lo que está haciendo no es definir una conducta o un conjunto de ellas, sino el objeto que las aúna.

TERRADILLOS BASOCO define material pornográfico como aquel “[...] de inequívoco contenido sexual, que por sus características puede tener eficacia provocadora superior a la normalmente aceptada en el entorno social en que se difunde y que, por tanto, puede incidir negativamente en el ámbito de autonomía que en materia sexual tiene tanto el menor como el incapaz”³⁸⁹.

Para MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, material pornográfico es “[...] la representación gráfica de carácter obsceno que se dirige a la excitación del impulso sexual, comprendiendo todas las formas de manifestación de la comunicación”³⁹⁰.

BOLDOVA PASAMAR también plantea un concepto sintético de lo que denomina pornografía infantil, al menos como punto de partida, definiéndola como “[...] aquel material que incorpore a un menor real en una conducta sexual explícita”³⁹¹.

SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO entienden el mismo concepto como “[...] la producción literaria o artística de contenido lúbrico u obsceno, que pretende reproducir vivencias reales en los sujetos que tienen acceso a la misma...que en este caso serán los menores de dieciocho o los incapaces”³⁹².

Por su parte, VENTURA PÜSCHEL, haciendo una especie de resumen de lo sostenido por doctrina y jurisprudencia, estima que una producción sería pornográfica si cumple las siguientes características:

- a. Contenido obsceno, representado entre otros por posturas lascivas, zonas del cuerpo, actos sexuales, etc.;
- b. Exclusiva ordenación a la excitación sexual de sus destinatarios;
- c. Carencia de todo valor artístico, literario, científico o educativo; y

³⁸⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, Madrid: Ed. Dykinson S.L., 2005, p. 67.

³⁸⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, Tomo III, Volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011, p. 209; misma línea AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, pp. 835-836, N° 9565.

³⁹⁰ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, “Los delitos contra la libertad sexual”, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, N° 15, 1996, p. 123.

³⁹¹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...*, op.cit., p. 397.

³⁹² SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª edición, Madrid: Ed. Dykinson, 2010, p. 247.

d. En relación con su difusión entre menores, desborda los límites de lo ético, estético y erótico.³⁹³

MUÑOZ CONDE opta por un concepto funcional de pornografía infantil, entendiendo que lo es aquel idóneo para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad de menores o incapaces,³⁹⁴ línea que también sigue QUERALT JIMÉNEZ, quien entiende que estaremos ante un material pornográfico cuando este sobrepase una función educativa o ilustrativa de la sexualidad ante los ojos de un menor o un incapaz.³⁹⁵

El insigne juez norteamericano POTTER STEWART, frente a la tarea de definir pornografía, la entendía de la siguiente forma: “No puedo definirla, pero sé lo que es en cuanto lo veo”. Los norteamericanos, en general, se refieren a la pornografía como obscenidad –desde la perspectiva legal- dejándose más el primer concepto para cuando concurren intereses lascivos.³⁹⁶

2.1.4. Clasificación de la pornografía

La doctrina no ha sido conteste a la hora de clasificar la denominada pornografía infantil y juvenil. En atención a esto, y a la revisión de los distintos criterios utilizados, propondremos diferentes clasificaciones de pornografía, haciendo la salvedad de que esto se hará en relación a la pornografía en general, para situar la pornografía de menores dentro del género.

³⁹³ VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Exhibicionismo y provocación sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 659; en similar sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “La sanción de la llamada distribución de pornografía infantil a través de internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003”, en BUENO ARÚS, Francisco *et al* (Dir); GUZMÁN DÁLBORA, José L.; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Ed. Dykinson, 2006, p. 715, considera que deben exigirse tres elementos para calificar una obra de pornográfica: primero, la plasmación de un elemento visual; segundo, la intervención de menores reales en esas imágenes; y tercero, una conducta sexual explícita, que se satisface con actos de carácter sexual o al menos gestos o representaciones de claro contenido sexual, no siendo suficiente la mera desnudez.

³⁹⁴ Para este autor, la interpretación del concepto debe ser restrictiva y acorde con la rúbrica del capítulo IV como un medio de provocación sexual, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., completamente revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 237-238.

³⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición revisada y actualizada, Barcelona: Ed. Atelier, 2010, pp. 135-136. En diferente forma respecto a las funciones de la pornografía, CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel, “Consideraciones sobre el concepto de pornografía y la regulación jurídica de la libertad de expresión”, en *Persona y Sociedad*, Volumen V, 1978, p. 64, quien considera que la pornografía es un arma de control de masas de una nueva cultura sexual.

³⁹⁶ OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.*, p. 16.

2.1.4.1. Clasificación de la pornografía en general

2.1.4.1.1. Según su gravedad

Siguiendo a GUHA, se pueden distinguir dos clases de pornografía:³⁹⁷

- a. Pornografía Simple: Es toda representación visual, escrita o sonora de la unión heterosexual, homófila o lésbica, en su crudo realismo, con posturas, imágenes en primer plano de genitales y posturas sexuales o descripción de relaciones sexuales grupales.
- b. Pornografía fuerte: Es toda representación visual, escrita o sonora que incluya la relación sexual con animales (bestialismo), con niños (paidofilia), el contacto sexual con cadáveres (necrofilia), los actos sexuales que involucren excrementos o secreciones corporales (coprofilia) o la realización de actividades sexuales que incluyan azotes, golpes, sangre, o en general, recibir o infringir dolor (sadomasoquismo).³⁹⁸ Aunque GUHA no lo considera, debiese incluirse aquí otro subgénero, que no necesariamente es sexual. Se trata de las llamadas *snuff* movies, películas o videos que registran, supuestamente, agresiones reales, tales como homicidios o violaciones.³⁹⁹ En este último caso estaríamos frente a un tipo de pornografía dura. Es dentro de la pornografía fuerte donde encontramos la pornografía infantil y juvenil.

2.1.4.1.2. Según los medios de soporte

- a. Pornografía material. Es aquella que tiene un soporte físico, aprehensible corporalmente, como un libro, un disco DVD, un CD o un VHS.⁴⁰⁰

³⁹⁷ GUHA, Anton Andreas, *Moral sexual y represión social*, Barcelona: Ed. Granica, 1977, p. 203.

³⁹⁸ Aunque no lo señala expresamente, ACOSTA PATIÑO, Rafael, “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2, 1992, p. 125, da a entender que son las expresiones sexuales anormales o las perversiones las que le dan verdadero sentido y son esencia de la pornografía. No obstante, la visión del autor es bastante conservadora y considera como desviaciones sexuales, por ejemplo, a la homosexualidad o el lesbianismo.

³⁹⁹ Las letras c) y) del art. 189.2, en su redacción posterior a la Reforma, contendrían, en opinión de Escudero García-Calderón, supuestos de *snuff* movies, al agravar la responsabilidad penal si el material pornográfico representa a menores o personas con discapacidad necesitados de especial protección siendo víctimas de violencia física o sexual, o cuando el culpable hubiese puesto en peligro la vida o salud de aquellos, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, “El delito de pornografía infantil”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2015, p. 456.

⁴⁰⁰ Dentro de esta categoría, PIERA JIMÉNEZ, Guillermo, *El dinero y...op.cit.*, p. 253 reconoce tres tipos de pornografía. En primer lugar la pornografía escrita, donde se encuentra la prensa (prensa pornográfica heterosexual, homosexual, para *swingers*, *underground*, *cómics*, etc.) y la literatura (literatura

b. Pornografía virtual. Es aquella cuyo soporte no es digital, no aprehensible corporalmente pero sí a través del intelecto, y es transmisible por redes informáticas o telemáticas.

2.1.4.1.3. Según las características biológicas y de maduración del involucrado

a. Pornografía de adultos. Es aquella donde los sujetos que participan de la actividad sexual representada son mayores de edad.

b. Pornografía infantil y juvenil. Es aquella en que los sujetos intervinientes de la representación pornográfica son menores de edad.

c. Pornografía de incapaces. En esta, los sujetos intervinientes en la representación de carácter pornográfico son incapaces, indistintamente de su edad. De acuerdo a la Reforma de 2015, debiéramos hablar de pornografía relativa a personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

2.1.4.1.4. Según la utilización de seres humanos en la representación

a. Pornografía real. En esta son utilizados seres humanos reales en la representación, pudiendo ser adultos o menores de edad. En este último caso, toma la denominación de pornografía infantil y juvenil real.⁴⁰¹

b. Pornografía virtual. Es aquella donde no se utilizan seres humanos, sino que la conducta sexual es representada a través de dibujos animados, marionetas, *animatronics*, efectos especiales generados por ordenador, u otro medio o tecnología análoga.

pornográfica de masas, intelectual o crítica); luego la pornografía audiovisual, donde encontramos el cine (cine pornográfico comercial o privado), el teatro, los *live shows*, la fotografía y la pornografía sonora (discos compactos, cassettes o pornografía telefónica); y finalmente la pornografía objetivada, que considera la indumentaria (disfraces, por ejemplo) y los adminículos de estímulo directo (por ej: dildos o muñecas inflables); FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *La sanción...op.cit.*, p. 716, especifica dentro de esta categoría a la pornografía infantil literaria, que son aquellas descripciones escritas de actividades sexuales que, careciendo de valor literario, artístico, científico o pedagógico, tiene por finalidad exclusiva excitar sexualmente a quien las lee o contemple; Vid., también MORALES PRATS, Fermín, “Pornografía infantil e internet: la respuesta en el código penal español”, en AAVV, *Problemática jurídica en torno al fenómeno internet*, Madrid: Ed. CGPJ, 2000, pp. 179-180, aunque este autor la identifica, de forma aparentemente contradictoria, sólo como pornografía infantil erótica.

⁴⁰¹ ROMEO CASABONA, Carlos, *De los delitos...op.cit.*, p. 28, quien la califica como la más grave de todas las clases de pornografía infantil, por el atentado que por sí sola pueden constituir contra la imagen del menor, su desarrollo psicológico, su carácter eventualmente vejatorio y el potencial a desarrollar otro tipo de ataques contra los menores;

2.1.4.2. Clasificación de la pornografía infantil y juvenil

De acuerdo a lo visto en la primera parte de este capítulo, y especialmente en el punto 2.1.4.1.3 letra b), lo que usualmente se conoce como pornografía infantil, debiese ser denominado como pornografía infantil y juvenil. Esta es, de hecho, la nomenclatura que consideramos correcta, toda vez que lo que usualmente resulta punible es la utilización de menores de edad, no solamente niños o infantes. Si bien el concepto de menor de edad varía de una legislación a otra, el umbral se mueve entre los 16 y los 18 años. La Directiva 2011/93/UE establece en su art. 2 letra a) que “menor” es toda persona menor de 18 años, aunque en la letra b) del mismo artículo, al definir “edad de consentimiento sexual”, lo hace en los siguientes términos, “la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”. La utilización de un joven de 15 años en una actividad sexual explícita será considerado como pornografía infantil, aun cuando el que participa, en el lenguaje común, no es un infante o niño, sino un joven o adolescente.⁴⁰²

La base psicológica para la separación entre niños y adolescentes, que incluye además a los bebés o lactantes, se encuentra en la distinción entre infantofilia o nepofilia, que es la atracción sexual hacia niños o lactantes; la pedofilia, que es la atracción sexual hacia niños pre-púberes, y que es el término popularmente utilizado; y efebofilia o hebefilia, que es la atracción sexual hacia adolescentes⁴⁰³.

Además, consideramos importante la distinción conceptual para efectos del error de prohibición, pues en el lenguaje común existe una clara diferencia entre niño y adolescente, y, en virtud del principio de legalidad, en particular la garantía de *lex certa*,

⁴⁰² De todas formas debe considerarse que hay otro sustento normativo para el uso del concepto “infantil”, ya que la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, señala en el art. 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En igual sentido el Convenio de Budapest sobre cibercriminalidad, aunque este instrumento deja un margen a los estados miembros para rebajar la edad a los 16 años.

⁴⁰³ Sin duda la más compleja, pues en el ámbito de los delitos sexuales tradicionales, la relación sexual consentida con un adolescente es, usualmente, una conducta atípica. Sobre parafilias, Vid., OTÍN DEL CASTILLO, José, *Psicología criminal. Técnicas aplicadas de intervención e investigación criminal*, 2ª ed., Valladolid: Ed. Lex Nova, 2010, pp. 62 y ss., que considera el coleccionismo de pornografía infantil como una parafilia específica, constituida por la conducta compulsiva del pederasta que le impulsa a buscar continuamente nuevos estímulos para satisfacer sus fantasías sexuales, y que además es usado para convencer a otros niños o chantajearles para que no hablen.

las palabras usadas por el legislador deben considerar el uso que le dan comúnmente los destinatarios de las normas, para poder motivar su conducta conforme a ellas.⁴⁰⁴

En razón de los anterior, la pornografía infantil y juvenil puede clasificarse de acuerdo a los siguientes criterios:

2.1.4.2.1. Según el desarrollo del menor involucrado

- a. Pornografía nepiofílica: Es aquella en que se utiliza para la realización de conductas sexuales a lactantes o niños de muy corta edad, aunque no sean lactantes.
- b. Pornografía pedofílica o pornografía infantil propiamente tal: En este tipo se utiliza a niños pre-púberes, que no son lactantes ni bebés.
- c. Pornografía hebefílica: Es aquella donde se utilizan a púberes o adolescentes en la realización de conductas sexuales.

2.1.4.2.2. Según si se utilizan o no seres humanos menores de edad en la representación⁴⁰⁵

- a. Pornografía infantil y juvenil real: En ella se utilizan menores reales (de carne y hueso) para la representación de actividades sexuales explícitas.⁴⁰⁶
- b. Pornografía infantil y juvenil aparente o pseudopornografía.⁴⁰⁷ En esta clase de pornografía no se utiliza físicamente al menor, y puede dividirse en las siguientes categorías:

⁴⁰⁴ Al respecto, aunque sin limitarse al error de prohibición, ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...op.cit.*, p. 654.

⁴⁰⁵ Aunque utiliza en parte esta nomenclatura, difiere en la clasificación ROMEO CASABONA, Carlos. *De los delitos...op.cit.*, p. 28, para quien la pornografía infantil aparente es aquella ilustración que representa, al menos de forma aparente, a menores de edad, a través de imágenes o voces de menores recreadas o recompuestas a partir de otras reales, o incluso a través de procedimientos técnicos en su totalidad, lo que se llamaría pseudo-pornografía infantil virtual. Si se utilizan a adultos representando menores, estamos frente a la pseudo-pornografía infantil técnica.

⁴⁰⁶ Para ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el código penal español (Art. 189.2): Razones para su destipificación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 18, 2006, p. 177, la pornografía infantil real es aquella elaborada mediante la utilización directa y efectiva de los menores. MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático...op.cit.*, p. 68, considera que el factor “real”, que hace sinónimo de “verdadero” es un elemento esencial de la pornografía infantil. Sin embargo, prefiere denominar lo que aquí se ha llamado “pornografía infantil real” como “pornografía infantil expresa”, entendiéndola como aquella que representa una conducta sexual explícita desarrollada o en la que participe directamente un menor de edad o un incapaz; SANZ MULAS, Nieves, “Pornografía en internet”, en *Revista Penal*, N° 23, 2009, la denomina pornografía infantil expresa, siendo aquella que representa conductas sexuales explícitas desarrolladas o en las que participa directamente un menor de edad o incapaz.

⁴⁰⁷ BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...*, op.cit., p. 401.

- i. Pornografía infantil técnica, que es aquella donde no se utiliza al menor directamente, sino que se construye el material pornográfico a partir de imágenes o audios de menores reales que tampoco han sido utilizados, a través de técnicas como fotomontajes o el *morphing*.⁴⁰⁸ Si los menores han sido utilizados en algún sentido, aunque sólo se haya grabado o fotografiado partes del cuerpo, o recogida su voz o sonidos, se trataría de pornografía infantil y juvenil real.
- ii. Pornografía infantil virtual, que es la que se construye íntegramente a través de técnicas informáticas, plásticas, pictóricas o similares, pero donde no se utilizan menores reales íntegramente, como tampoco sus audios o imágenes. Aquí cabe, por ejemplo, la pornografía oriental conocida como *Hentai*.⁴⁰⁹
- iii. Pornografía infantil y juvenil simulada o falsa pornografía infantil y juvenil, que es aquella donde mayores de edad simulan ser menores, a través de disfraces, cortes de vello púbico o maquillaje. En estricto rigor, y al menos en términos pre-jurídicos, esto no constituye pornografía infantil y juvenil,⁴¹⁰ aunque el legislador, haciendo gala de su sentido expansionista, intentó hacer otra cosa a partir de la Reforma de 2015.

⁴⁰⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “La sanción de la llamada distribución de pornografía infantil a través de internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003”, en BUENO ARÚS, Francisco *et al* (Dir.); GUZMÁN DÁLBORA, José L.; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 715-716, concibe este tipo de pornografía como pornografía virtual, entendiendo que hay tal en aquel material “en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”. El autor hace una analogía entre el castigo de este tipo de pornografía, y el eventual castigo al consumo de sustancias por el solo hecho de parecer o simular ser droga real.

⁴⁰⁹ Coincide con esta nomenclatura SANZ MULAS, Nieves, *Pornografía en...op.cit.*, p. 186; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *El tipo de...op.cit.*, p. 177, considera a este tipo de pornografía como pornografía infantil simulada, que puede ser artificial, si se crea únicamente a través de medios tecnológicos de manipulación de imágenes, o técnica, si participan adultos representando a menores. Lo que aquí se ha calificado como pornografía infantil y juvenil virtual, la autora lo entiende como aquella que consiste en imágenes ficticias creadas parcialmente mediante fotografías de menores reales e identificables (lo que aquí se ha denominado pornografía infantil técnica); por su parte, MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático...op.cit.*, p. 69, la llama pornografía infantil artificial, entendiendo por tal aquella que representa un menor o incapaz creado íntegramente a partir de un patrón irreal, como un dibujo animado; en igual sentido FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *La sanción...op.cit.*, p. 715; BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., “Artículo 189”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José L., y ROMEO CASABONA, Carlos M., *Comentarios al código penal, Parte especial*, Volúmen II, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 531-532, incluye esta pornografía en la categoría de pseudopornografía infantil.

⁴¹⁰ Coincide en esta afirmación, MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático...op.cit.*, p. 69, n.p.p. 106, aunque la califica de pornografía infantil técnica. Para el autor es importante distinguir estas dos sub-clases de pornografía infantil, ya que son términos que necesariamente deben ir separados, pues en un caso se mezcla realidad y ficción (nuestra pornografía infantil técnica) la otra es totalmente ficticia (nuestra pornografía infantil simulada o falsa pornografía infantil); Vid., también MORALES PRATS, Fermín, y GARCÍA ALBERO, Ramón, “Artículo 189”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Nuevo código penal*, Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2004, p. 982; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *La sanción...op.cit.*, p. 715; SANZ MULAS, Nieves, *Pornografía en...op.cit.*, p. 186, la llama pornografía (infantil) técnica, aunque esta autora incluye aquel material en que adultos son “retocados” digitalmente para asemejar a menores de edad, lo que aquí se ha llamado pornografía infantil

2.2. LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL Y SUS FIGURAS RELACIONADAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La actual sistémica del CP no permite apuntar a un Capítulo o Sección dedicada exclusivamente a los delitos relacionados a la pornografía infantil y juvenil. Aunque esto pudiera ser criticable a primera vista, lo cierto es que tal sistematización responde a la amplia gama de comportamientos que pueden relacionarse, directa o indirectamente, con este tipo de pornografía.

En concreto, y antes de la Reforma de 2015, los tipos penales más importantes estaban contenidos en el Título VIII del CP, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, principalmente en el Capítulo V, art. 189, en menor medida el Capítulo II y de forma más lejana en el Capítulo IV:

Capítulo V: De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores

Art. 189. 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

- a) El que capture o utilice a menores de edad o a incapaces 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.
 - b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare 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 poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.
2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

simulada o falsa. En cambio, siguiendo su razonamiento, si el retoque digital se hace utilizando imágenes o la voz de menores reales, pasa a denominarla seudopornografía infantil o pornografía simulada.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.
- b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.
- d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.
- e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
- f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, 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 incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes 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 anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años de edad”

Art. 183 bis. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Podemos agregar también el art. 186, contenido en el Capítulo IV: “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”

Art. 186. 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 12 a 24 meses.

Por último, se revisará la figura de corrupción de menores del art. 189.4, transcrita *supra*, en cuanto figura subsidiaria de los delitos de pornografía infantil y juvenil, al menos hasta antes de la Reforma de 2015.

Con la LO 1/2015, el panorama cambió sustancialmente en algunos delitos, aunque los tipos penales más importantes se mantienen en el Título VIII, principalmente en el Capítulo V, art. 189, en menor medida el Capítulo II y de forma más lejana en el Capítulo IV:

Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores

Artículo 189. 1. 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.

b) 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 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.

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.

2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

- c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.
- d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
- e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.
- f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
- g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, 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.
- h) Cuando concurra la agravante de reincidencia.

3. Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.

4. 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, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

5. 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.

La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

6. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

7. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes 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 anterior.

8. Los jueces y tribunales ordenarán 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 español.

Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal.

Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años

Artículos 183 bis. El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.

Artículo 183 ter. 1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los

delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Artículo 183 quater. El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Capítulo IV. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual

Artículo 185. 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 12 a 24 meses.

Artículo 186. 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 12 a 24 meses.

Lo profuso de las normas antes vistas en cuanto a conductas, hipótesis calificadas y sujetos pasivos, principalmente el art. 189, obligan a sistematizar las conductas para verlas detalladamente. Sin embargo, no se analizarán las disposiciones típicas más lejanas al objeto de estudio, ni las hipótesis agravadas del 189.2, salvo en cuanto pudieren aportar algo a la discusión o análisis de los temas centrales de este trabajo, en este apartado o en los sucesivos. A su vez, realizaremos el análisis y las comparaciones con los tipos penales que han sido reformados o bien introducidos por la Reforma de 2015, manteniendo el estudio de algunas figuras que, aún eliminadas –al menos en su primitiva redacción- y por tanto ya no Derecho vigente, sí puede ser derecho aplicable, en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal.

2.2.1. Delitos contenidos en el art. 189 CP.

Comprendido en el Capítulo V, titulado actualmente como “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, el artículo analizado posee una serie de figuras relativas a la pornografía infantil y juvenil, transformándose en el “núcleo duro” de este tipo de delitos en el Código de 1995.⁴¹¹ En el capítulo comparten sistemáticamente con los llamados “Delitos relativos a la prostitución”,⁴¹² tanto de mayores como de menores, lo que sin duda dificulta el análisis de las figuras en comento,⁴¹³ a lo que se suman los delitos de exhibicionismo o corrupción de menores, en sentido amplio. Este capítulo es una especie de “gran cláusula de cierre del sistema” de los ilícitos sexuales, lo que sistemáticamente puede parecer acertado, por la coherencia, pero que a su vez encierra figuras que, para cumplir con ese rol, sufren algunos de los peores defectos del sistema penal (tipos abiertos, tipos moralizantes, delitos de *prima ratio*, etc.).⁴¹⁴

TAMARIT SUMALLA estima que en la reforma de 1999, que afectó de manera importante el art. 189, el legislador tomó decisiones altamente discutibles desde la perspectiva político-criminal. Entre ellas, la más importante sería el error de prescindir de la distinción necesaria entre aquellos actos cuyo injusto se agota en un atentado a la

⁴¹¹ La mayoría de ellos introducidos, en su momento, por la LO 5/2010, con una fuerte influencia de la Decisión Marco 2004/68/JAI. Esto hasta la LO 1/2015, que como sabemos, tuvo de referencia a la Directiva 2011/93/UE. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (Coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 3ª edición adaptada a la LO 5/2010, Barcelona: Ed. Atelier, 2011, p. 136.

⁴¹² CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 669; TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, Tomo III, Volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011, pp. 209-214.

⁴¹³ En este sentido TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 105, para quien es discutible que se ubiquen ambos grupos de delitos sistemáticamente en un mismo artículo (CP original), toda vez que desde una perspectiva político criminal, convendría tenerlas separadas, por su especificidad. Antes de 2015, los art. 187 y 188 también contenían los delitos relativos a la prostitución. Aunque a primera vista parecían ordenados a través del criterio de edad del sujeto pasivo, una mirada más profunda llevaba a considerar como criterio clasificador las características de la conducta típica, en el sentido de la mayor o menor intensidad de ella (de hecho, el art. 188 también castigaba conductas que atenten contra menores o incapaces). Hoy el legislador ha dejado algo más claro, no por eso de mejor manera, el criterio clasificador, dejando en el art. 187 los delitos que afectan a mayores de edad, y en el 188 los que afectan a menores.

⁴¹⁴ En igual sentido, CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 693; y con mucha ironía, después de la Reforma de 2015, ORTS BERENGUER, Enrique, “Determinación a la prostitución (arts. 187, 188, 189 y 192 CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 649.

intimidad del menor o incapaz de aquellos en que el interés vulnerado tiene connotaciones sexuales por afectar la libertad o indemnidad de las víctimas, cuestión que tiene importancia si se prescinde de la consideración de la moral sexual como bien jurídico protegido. Una segunda cuestión discutible es respecto a la penalidad de las figuras del art. 189 (en el marco de la reforma de 1999), que era inferior a los delitos contra la intimidad del art. 197, lo que hacía compleja la labor de elaborar criterios para la delimitación de los distintos ámbitos típicos y la solución de problemas concursales.⁴¹⁵ Hoy el panorama es distinto, pues la media del art. 189 es superior a la del 197.

Siguiendo a CUGAT MAURI en este punto, los delitos de corrupción de menores o incapaces del art. 189 podían clasificarse en dos grupos. Primero, los tipos relativos al empleo de personas o sus imágenes con fines exhibicionistas o pornográficos, y segundo, el genérico atentado contra la indemnidad de las víctimas (corrupción de menores propiamente tal).⁴¹⁶ El panorama actual nos muestra la eliminación del polémico art. 189.4, que sufrió los mayores desaires (afortunada y desafortunadamente) por parte del legislador en los procesos de reforma de la última década y fracción, y se mantienen, de forma ampliada, los delitos relativos a la pornografía y al exhibicionismo.

Se realizará una descripción típica de ambos grupos de delitos, que pueda servir de base a los posteriores apartados de la investigación. Sin embargo, parece recomendable comenzar con los elementos típicos comunes a las figuras que se analizarán, para evitar un doble o triple análisis de los mismos.

En relación al sujeto activo, el legislador, por regla general, no ha establecido requisitos especiales, por lo que cualquier persona puede serlo. Es más, las características de las conductas típicas no exigen, en muchos casos, el contacto físico entre víctima y victimario, por lo que no cabe seguir hablando de “delitos de propia mano”, clasificación que la doctrina tradicional le entregaba a los delitos sexuales.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Llama la atención aquí que Tamarit Sumalla se refiera a la indemnidad, siendo que su postura es reduccionista a la libertad sexual, TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, pp. 107-108.

⁴¹⁶ El primer grupo ofrecería problemas de concreción típica por la falta de tradición en el Derecho español, CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 670.

⁴¹⁷ Entendiendo por tales aquellos en que la acción típica consiste en la realización de un acto corporal por el propio autor, de tal manera que en ellos no es posible la autoría mediata, la coautoría ni la comisión por omisión, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 144-145, 148-149. La misma autora estima que, al no requerirse contacto corporal entre víctima y victimario en el delito de agresión sexual, sino sólo sobre la persona del sujeto pasivo, “[...] es posible calificar de agresiones sexuales aquellas conductas en que un sujeto obliga a otro, en contra de su

Sin embargo, existe una serie de figuras agravadas en razón de características particulares del actor, como las contenidas en el art. 189.2 letras f y g (ex art. 189.3 letras e y f),⁴¹⁸ esta última con cambios en relación a la norma existente antes de la Reforma,⁴¹⁹ además de la especial figura omisiva del art. 189.6 (ex art. 189.5), donde se pena a quien tenga bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o

voluntad, a realizar manipulaciones de carácter sexual sobre su propio cuerpo o a soportar tales manipulaciones por la acción de un tercero”. Ergo, no serían delito de propia mano como los concebía Binding, y la consecuencia de esto, como se adelantaba, es la posibilidad de apreciar autoría mediata o coautoría en esta clase de delito. En detalle sobre los delitos de propia mano, particularmente la distinción entre autoría mediata hacia dentro y desde fuera –íntimamente ligado a aquella clase de delitos, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Madrid: Ed. Dykinson, 2004, especialmente pp. 31-36; 107-111; 115-128.

⁴¹⁸ “Art. 189. 2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

Respecto a la participación en una organización o asociación delictiva, se establece algo similar para los delitos de prostitución, específicamente en el art. 188.3 letra f) (ex art. 187.4), y es considerada por Muñoz Conde como plenamente justificada, en razón de la forma operativa de estas bandas, que usualmente tienen ramificaciones internacionales. Esto también ha llevado a la aplicación del principio de justicia universal –art. 23.4 LOPJ–, intensificando la lucha transnacional contra este tipo de delincuencia. Según el mismo autor, el concepto de asociación debe interpretarse de la misma forma que el art. 515 –asociación ilícita– mientras que el vocablo organización habrá de interpretarse teniendo en cuenta el concepto de organización criminal del art. 570 bis.1. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 262-263; en relación a la misma norma, CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 705, señala que ya el TS ha puesto en entredicho la situación de grupos de internautas como eventuales sujetos activos de la figura calificada, especialmente en las SSTS 913/2006 y 1444/2004; a este punto Queralt Jiménez agrega que la organización requiere un mínimo de tres personas, aún en forma transitoria, además de un reparto de funciones y una organización jerárquica, y si bien Internet facilita la organización delictiva, el mero intercambio de datos o información por la Red no implica la existencia de organización alguna, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición revisada y actualizada, Barcelona: Ed. Atelier, 2010, p. 256; cfr., AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 832, Nº 9534, donde se estima que en el Derecho penal español los términos organización y asociación son equivalentes, que esta ha de ser permanente (si son transitorias se resuelve jurídico-penalmente a través de las reglas de la coautoría, pues en caso contrario estarían derogadas tácticamente), además de existir un problema concursal con el delito de asociación ilícita”.

Consideramos que la división que hace el legislador entre las letras e) y f) del art. 188.3 permite hacer la distinción indicada por Queralt Jiménez, pues no toda asociación o grupo de personas, incluso coordinada, podrá ser considerada, para efectos de agravar la pena, como organización criminal.

“g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, 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”.

Cugat Mauri, en relación a la letra f) (hoy letra g), cree que la aplicación de esta agravante desplaza por especialidad y gravedad a aquella contenida en el art. 192.2 del CP, pero que sí es compatible con la imposición de otras medidas específicas a estos sujetos, como las del art. 192.3, CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 705.

⁴¹⁹ Para ORTOS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...op.cit.*, p. 657, se trata de supuestos de abuso de confianza o posición de superioridad, cuya justificación se da sólo en la medida de que “[...] el sujeto está en posición de coartar la libertad o condicionar al menor o al discapacitado. El mero dato del parentesco o de la convivencia deben ser irrelevantes si no aportan alguna clase de ventaja o capacidad de influir en las personas”.

incapaz.⁴²⁰ Por último, cabe señalar que el art. 189 bis establece reglas especiales de responsabilidad para las personas jurídicas responsables de los delitos cometidos en el Capítulo V, lo que no sufrió cambios con la Reforma.⁴²¹

Los sujetos pasivos son aquellos con los que se lidiará constantemente en este trabajo, es decir, menores de edad, además de incapaces, o como se les denomina ahora, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por lo que no se realizará en este punto un mayor análisis de ellos.⁴²² Los supuestos que más problemas generan son aquellos de producción de pornografía infantil y juvenil introducidos por la LO 1/2015, donde no hay utilización de menores reales para la elaboración, pues aquí no habría sujeto pasivo (volveremos luego sobre ello), así como la disposición de la letra c) del inciso segundo del art. 189.1, que también merece líneas aparte por su aparente contradictoriedad.

El medio comisivo es indeterminado por regla general, lo que permite incluir a Internet u otras redes informáticas o telemáticas, aunque esto se hace explícito en el nuevo delito incorporado en el art. 189.5 inciso segundo, que analizaremos *infra*. En cuanto al objeto material de la acción será, por un lado, el propio menor de edad o persona con discapacidad, como el caso del número 1 letra a) y algunos de los supuestos de la letra b); las formas agravadas del N°2 y el N°4, mientras que en los demás casos se tratará del material pornográfico o espectáculos exhibicionistas. En este último caso, se entiende que aquí los usuarios entren en contacto visual con los menores o personas con discapacidad, aunque estos últimos no puedan ver a sus observadores.⁴²³

⁴²⁰ También denominada en doctrina “Incumplimiento de deberes asistenciales”, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 259-260, y entendida por este autor como un delito de comisión por omisión, donde la posición de garante del sujeto está dada por la calidad de quien tiene bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o un incapaz, lo que se hace extensivo también a los delitos de prostitución contenidos en el mismo párrafo.

⁴²¹ Disposición incorporada por la LO 5/2010, y que constituyó un cambio sustancial que no sólo se centra en los delitos de pornografía infantil y juvenil, sino que abarcan todas las figuras del capítulo, TAMARIT SUMALLA, Josep, “Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual (arts. 189 y 192)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010, pp. 177-178.

⁴²² Puede señalarse tajantemente que es indiferente si el menor o incapaz es hombre o mujer, y si se ve envuelto en un contexto homo o heterosexual. Coincide BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español. Tomo II, el sistema de la parte especial. Volumen 1, delitos contra bienes jurídicos individuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2005, p. 249.

⁴²³ Otra cosa le quitaría sentido a la norma, como ocurre con las cabinas o casetas donde un menor o incapaz realice un baile exhibicionista o pornográfico, y donde el cliente no es visto, CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 697. Esto mismo ocurriría en los espectáculos de esta naturaleza que se realizan en Internet a través de servicios de *streaming*, donde el usuario visualiza el espectáculo a través de la webcam.

2.2.1.1. Captación o utilización de menores o discapacitados con fines exhibicionistas o pornográficos, art. 189.1.a⁴²⁴

Este tipo resultó casi indemne con la Reforma de 2015, salvo por el ya citado reemplazo de la expresión “incapaces”. La conducta es múltiple, ya que la tipicidad reforzada consagrada por el legislador recoge las siguientes hipótesis:

a. Captar o utilizar a las víctimas con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Esta modalidad (captar) fue introducida por la LO 5/2010, derivada de la DM 2004/68/JAI, e implica incluir nuevas formas comisivas a la legislación existente. Captar pudiera tener, *a priori*, una doble interpretación. Primero, la acción de registrar o fijar la imagen del menor o incapaz en un formato audiovisual; y segundo, atraer o ganar la voluntad del menor o incapaz.⁴²⁵ En el contexto del art. 189, captar debe entenderse en la segunda acepción.⁴²⁶ Con esta interpretación, se da cabida a castigar lo que en otras circunstancias podría ser un acto ejecutivo de la utilización de un menor o incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos, es decir, una tentativa, o incluso un simple acto preparatorio.⁴²⁷ Para restringir la conducta, concordamos con ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN en que debe exigirse más que un simple ofrecimiento a participar en los espectáculos o en el material tipificado, sino que es necesario que el hechor se gane la confianza del menor o del discapacitado necesitado de especial

⁴²⁴ Considerado por Monge Fernández, junto al 189.1.b, como el tipo básico de este grupo de delitos, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Delitos sexuales”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Tomo I, adaptadas a las Leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del código penal, Madrid: Ed. Tecnos, 2010, p. 208.

⁴²⁵ La primera acepción podría dar lugar al delito contenido en el art. 197.1, en caso de que fuera de manera subrepticia, o a la misma letra b) del 189.

⁴²⁶ Lo que ha provocado críticas por el solapamiento que se produce con el tipo penal del art. 177 bis del CP, que también fue introducido por la LO 5/2010; Muñoz Conde agrega que también se puede superponer con el ciberacoso infantil del art. 183 bis (hoy 183 ter), introducido por la misma ley recién citada, pero que debiese optarse por el 189 en caso de superposición, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 256.

⁴²⁷ En igual sentido, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 450. Cfr., MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, Tomo I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011, p. 1227, para quienes “[...] si se repara en que la conducta final no es, <<sensu stricto>>, sólo la utilización del menor en un espectáculo, sino su utilización con fines exhibicionistas o pornográficos, acaso quepa concluir que tal modalidad ya podía incorporar, sin forzar el tenor literal, el acto de reclutamiento. En todo caso, la reforma allana el camino a esta extensión a estadios más alejados de la ofensa al bien jurídico” (cursivas de los autores citados).

atención, o atraiga su voluntad para dichos fines.⁴²⁸ Quedaría fuera de la órbita de tipicidad de esta figura la captación que no esté destinada a elaborar material pornográfico o a la participación en espectáculos del mismo carácter o exhibicionista, aunque, para hechos ocurridos con anterioridad a la Reforma, subsista la opción del derogado art. 189.4.⁴²⁹

CANCIO MELIÁ es crítico respecto a los cambios introducidos por la LO 5/2010 en materia de delitos de pornografía infantil y juvenil. En cuanto al verbo captar, considera que esta conducta ya estaba incluida antes de la reforma, pues le parece claro que quien capta también facilita la producción del material o la realización de un espectáculo.⁴³⁰ Comparte esta idea RAGUÉS I VALLÈS, para quien en el caso de la captación, por tratarse de un supuesto evidente de cooperación necesaria, podría haber sido punible con las reglas generales de participación.⁴³¹

Cuando se reformó este artículo con la LO 15/2003, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ analizaba críticamente el precepto, considerándolo un ejercicio de complicación innecesaria por parte del legislador. Por ejemplo, estima innecesario el concepto “espectáculo”, pues si se utiliza a los menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, se hace justamente con estos fines. Además, es perfectamente reconducible, en opinión del autor, la idea de exhibicionismo a la de pornografía, que incluye a aquella, pues ambas buscan la excitación sexual de quien contempla al sujeto utilizado.⁴³²

Por otra parte, la voz utilizar significa aprovecharse o servirse del menor o incapaz, y ya era la conducta típica antes de la LO 5/2010.⁴³³ El verbo rector implica que el sujeto activo somete al menor de edad o al incapaz a sus designios, careciendo este de la capacidad para resistirse o formular una decisión propia, sea por edad u otra

⁴²⁸ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 450.

⁴²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 256. Despejando, eso sí, los eventuales problemas de aplicación de la ley más favorable.

⁴³⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos sexuales”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Pamplona: Ed. Civitas, 2011, p. 378.

⁴³¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *Los delitos...op.cit.*, p. 296.

⁴³² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión”, en FARALDO CABANA, Patricia, *Política criminal y reformas penales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007, p. 273.

⁴³³ La previsión de la reforma a “cualquier clase de material pornográfico” es calificada por MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1227, como redundante, “[...] por cuanto quedaba ya aprehendida en la originaria modalidad[...]”.

característica intrínseca o extrínseca a ellos.⁴³⁴ AGUADO LÓPEZ critica acertadamente la disposición al asimilar dos conductas –captar y utilizar– con distinta gravedad desde la perspectiva del bien jurídico.⁴³⁵

En la conducta de utilizar, los sujetos pasivos deben intervenir directamente en el espectáculo exhibicionista o pornográfico, lo que diferencia este tipo penal de los contenidos en los arts. 185 y 186, o incluso en la nueva redacción del art. 183 bis. En aquellos son los receptores, mientras aquí son el medio.⁴³⁶ Esta participación puede consistir en la realización de actos de significación sexual, sea o no acompañado de otras personas.⁴³⁷

Ambas conductas poseen una circunstancia común, que es la de ser el espectáculo exhibicionista o pornográfico tanto público como privado, lo que ahorra un problema en la interpretación del concepto “espectáculo”, que sin la existencia del término “privado”, podría haber sido entendido como una circunstancia que exigía un auditorio masivo, excluyendo situaciones íntimas.⁴³⁸

⁴³⁴ O por cualquier otro mecanismo de control que posea el sujeto activo, AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 836, Nº 9571.

⁴³⁵ AGUADO LÓPEZ, Sara, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (6): delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Disposiciones comunes”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010, pp. 392-393; TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, pp. 106-107, asume que, aunque diferentes, ambas conductas deben tener un inequívoco contenido sexual y a la vez provocador, excluyendo supuestos de menores desnudos sin tales características. No obstante, asume las dificultades que presenta el carácter inequívocamente sexual, al implicar este la utilización de un estándar de comportamiento sexual, y no sólo lo que el hechor pueda considerar como tal. Agrega Tamarit Sumalla que “la filmación o transmisión de la imagen de un desnudo de un niño no puede ser legítimamente castigado como delitos sexual por el mero hecho de que determinadas personas puedan excitarse sexualmente con ella”. Para Gómez Tomillo, la simple desnudez como elemento esencial de material pornográfico varía en su influencia si se trata de menores o adultos. Es decir, la mera exhibición del cuerpo humano desnudo de un adulto, aún en pose erótica, no tendría carácter pornográfico, como si lo tendría si el mismo ser humano fuese menor de edad. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* Nº7-04, 2005, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf> (Última visita, 07 de febrero de 2014).

⁴³⁶ LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, 16ª edición, undécima conforme al código penal de 1995, Madrid: Ed. Dykinson, 2009, p. 97; TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra...op.cit.*, p. 214; cfr., MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1228, quienes consideran que, de acuerdo a la *ratio* del precepto, es posible incorporar conductas en las que el menor o incapaz únicamente se limitan a presenciar la conducta obscena realizada por el o los hechores mayores de edad, pues en tales casos el menor o incapaz quedan involucrados en un contexto que atenta contra la indemnidad sexual de ellos; vid. también RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso, *Los delitos...op.cit.*, pp. 44-45, para quien las conductas del art. 186 pueden diferenciarse de la consagrada en el art. 189.1 en que en las hipótesis del primer artículo, los menores o incapaces son los destinatarios de la conducta; mientras que en el segundo artículo citado, aquellos sujetos tienen un “rol protagónico”, al ser utilizados con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

⁴³⁷ La diferencia está en los concursos a que puede dar lugar la presencia de un tercero, AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 393.

⁴³⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra...op.cit.*, p. 214; en igual sentido, MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en

Por último, no existe referencia alguna a un ánimo de lucro, aunque la expresión “con fines” y la presencia del adjetivo “pornográfico”, llevan implícita la exigencia de un componente subjetivo especial, que limita las hipótesis vista al dolo directo.⁴³⁹

b. Elaborar cualquier clase de material pornográfico. AGUADO LÓPEZ estima que la elaboración de material pornográfico estaría subsumida ya en las hipótesis anteriores, es decir, captar o utilizar menores con fines pornográficos, lo que tornaría redundante esta disposición. No compartimos esta opinión, toda vez que la captación en realidad es un acto preparatorio a la producción propiamente tal. En sentido audiovisual, constituiría el trabajo de preproducción.

Antes de la Reforma, TAMARIT SUMALLA consideraba que serían subsumidos por esta hipótesis los actos encaminados a elaborar material con imágenes manipuladas, siempre y cuando sean de menores reales, para dar respuesta punitiva a los supuestos de pseudopornografía en que se insertan imágenes de menores reales, obtenidas en contextos no pornográficos, a uno de tales características. Los supuestos de pornografía técnica quedarían, desde su perspectiva, absolutamente fuera del ámbito típico.⁴⁴⁰ Sin embargo, estimamos que la incorporación de un concepto amplísimo de pornografía de menores y personas con discapacidad debe incidir directamente en la interpretación de este supuesto. El legislador señala expresamente “cualquier clase de material pornográfico”, sin importar su soporte, y dentro de la letra b) del mismo

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, tomo I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011, p. 1227; Queralt Jiménez agrega que el local donde se realice el espectáculo puede ser legal o ilegal (sin autorización competente), QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición revisada y actualizada, Barcelona: Ed. Atelier, 2010, p. 253; cfr. TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, pp. 105, 108, quien considera como requisito la publicidad del espectáculo exhibicionista, pudiendo comportar la utilización de medios de comunicación masivos, o bien limitarse a un círculo más o menos reducido de personas que contemplen el espectáculo en vivo. Con esto descarta la tipicidad de supuestos en que se induzca al menor a realizar una exhibición para un único sujeto, incluso si este realiza un registro audiovisual para uso personal, salvo que tenga intención de difundir el material a terceros; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, pp. 273-274, estima que la distinción entre lo público y lo privado no es muy clara e este precepto, y bastaría con haber señalado el concepto “espectáculo” sin mayor valoración. Ahora, una vez hecho esto, el sentido que pudiera tener es que los espectáculos públicos estarían abiertos a cualquiera, a diferencia de los privados, donde sólo algunos podría asistir, llevándose a cabo en ciertos locales o domicilios particulares, o incluso podría considerarse privado aquel espectáculo organizado para una persona determinada. Algo así como un show “a la carta”.

⁴³⁹ Para TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 106, esta opción es discutible político-criminalmente hablando, pues no se ajustaría a la realidad. Aunque el autor no lo menciona explícitamente, su juicio se refiere a los “mercados” de pornografía infantil, donde el ánimo de lucrarse mueve al accionar de muchos de los participantes en él. De todas formas, se considera acertada la opción del legislador, pues dejaría fuera a quienes realizan conductas por tendencias pedófilas, sin importarles el lucro.

⁴⁴⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, pp. 109-110.

número considera casi todos los supuestos de pornografía de menores, o alusiva a ellos. Si el hechor, por ejemplo, capta a un menor, para que pose en traje de baño frente a un programador que, utilizando su propia imaginación, crea dibujos realistas basados en este menor, tendría que considerarse captado por la hipótesis en comento, por estar subsumido en el concepto legal de pornografía infantil. Aunque lamentable, como muchas de las interpretaciones a las que se puede llegar con las normas vigentes en la actualidad, parece ser lo más acorde al principio de legalidad.

c. Financiar cualquiera de estas actividades. Esta modalidad introducida por la LO 11/1999, consiste en entregar cualquier aporte económico que permita la realización o mantenimiento de las conductas contenidas en la primera parte del art. 189.1.a. Para AGUADO LÓPEZ, esto debe interpretarse en forma restrictiva, para no considerar una simple compraventa de entradas, por ejemplo, como un acto de cooperación castigado penalmente a este título.⁴⁴¹ El legislador, como ha sido la tónica en estos delitos, sanciona una conducta como principal cuando su rol, desde el prisma de las clásicas estructuras de autoría y participación, sería probablemente secundario.⁴⁴²

Debe tenerse en consideración que, antes de la Reforma, el espectador que se limitaba a pagar para ver el espectáculo no cometía el delito, pues otra interpretación permitía seguir extendiendo el alcance de un tipo penal “hiperhormonado”.⁴⁴³ Además, el lenguaje común permite distinguir con mediana claridad al “financista” de una obra o espectáculo de quien es un mero espectador o consumidor del mismo. Por desgracia, el legislador decidió incorporar un nuevo número 4 al art. 189, que castiga expresamente esta conducta, como veremos unos párrafos más adelante.

d. Lucrar con estas actividades. Forma comisiva introducida por la LO 5/2010, esta hipótesis sería ultra-subsidiaria, pues correspondería darle aplicación en el hipotético caso en el que el hechor no hubiese participado ya en los otros supuesto del art. 189.⁴⁴⁴ Coincidimos con MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERÓ al considerar redundante

⁴⁴¹ AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 394; concuerda SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, p. 274.

⁴⁴² CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 700; TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 109; cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 256, quien sólo deja en el ámbito de la atipicidad la hipótesis del asistente a un espectáculo de estas características que no paga entrada; Vid., también respecto al lucro, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 378.

⁴⁴³ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 697.

⁴⁴⁴ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 700.

esta disposición, pues no se concibe una forma de lucrar que no pase por la previa captación o utilización del menor o incapaz, a través de cualquiera de las formas establecidas por el legislador en el art. 189.1 a) o b).⁴⁴⁵ RAGUÉS I VALLÈS estima que aquí la figura genérica de blanqueo de capitales hubiese bastado para captar la misma hipótesis, siendo cuestionable que la mera obtención del lucro pueda equipararse a captar o utilizar menores con fines pornográficos.⁴⁴⁶

2.2.1.2. La producción y el tráfico, o difusión en sentido amplio, de material pornográfico infantil y juvenil, art. 189.1.b, parte primera

El legislador, que introdujo esta figura con la LO 11/1999 y la modifica con la LO 1/2015, opta nuevamente por una tipicidad ultra-reforzada,⁴⁴⁷ para captar en la descripción típica un supra-umbral del proceso de producción (en sentido amplio) del mercado de la pornografía de menores y de discapacitados,⁴⁴⁸ con una injustificada equiparación punitiva, a supuestos cuyo diferente disvalor es casi evidente.⁴⁴⁹ Esto lo hace al usar los verbos producir,⁴⁵⁰ vender, distribuir, exhibir y ofrecer material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados los sujetos antes descritos, y a su vez facilitar cualquiera de las acciones anteriores.⁴⁵¹

⁴⁴⁵ MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1228.

⁴⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *Los delitos...op.cit.*, p. 296.

⁴⁴⁷ Técnica legislativa acertada, según TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 110.

⁴⁴⁸ La redacción original del Código de 1995 solamente contenía la hipótesis de producción de material pornográfico infantil, obviando las conductas de tráfico. Para subsumir estas últimas, derechamente era necesario forzar los límites exegéticos, poniendo en grave riesgo el principio de legalidad. Por ejemplo, se estimaba que la mera difusión o cesión del material pornográfico infantil, una vez concluido el proceso de producción o elaboración, debía ser equivalente a la utilización del menor para tales fines, aunque era evidente que ya no se tenía contacto con estos. Otra opción era incriminar a través del favorecimiento real del art. 451 del CP, lo que debía descartarse por una serie de problemas dogmáticos, ya que llevaría a interpretaciones tan contradictorias como que se castigue el tráfico de pornografía infantil y de incapaces sólo si es sin ánimo de lucro. Por último, quedaba la opción de incluir los supuestos problemáticos en los delitos contra la intimidad, específicamente en el art. 197.3 apartado segundo del CP, sin embargo, esto sólo podría aplicarse en el caso de que la filmación o registro pornográfico del menor o incapaz se hubiese realizado en forma subrepticia; vid., MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 1233-1234, quienes estiman que, especialmente con la primera, se abría la puerta a la analogía in *malam partem*; sobre la dignidad del menor y el derecho a la propia imagen, comparte opinión GÓMEZ INIESTA, Diego, en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al* (Dirs.), *Comentarios al código penal*, Madrid: Ed. Iustel, 2007 p. 460; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en *La Ley*, N° 4069, 1996, p. 5.

⁴⁴⁹ Coincide, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 452.

⁴⁵⁰ Entendido en AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 837, N° 9572 en un sentido similar al cinematográfico, es decir, como “[...] la conducta de quien transforma un material preexistente”.

⁴⁵¹ Excluyendo la producción, el resto de las conductas recibe la denominación conjunta de “tráfico de pornografía”, vid., CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Barcelona: Ed. Bosch, 2010, p.166.

Con los cambios hechos en 2015 reemplaza la expresión “material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces” por “pornografía infantil”, lo que entendemos realiza para tener una redacción acorde y coherente con la inclusión de un concepto de pornografía de menores y discapacitados. Secundariamente el legislador pudo haber quitado la referencia a “material”, para que no existiesen inconvenientes en la inclusión de contenidos digitales, carentes de materialidad. Sin embargo, la letra a) de la nueva definición incluye expresamente tal concepto, lo que permite descartar este último motivo.

Una interpretación exegética de la norma no hace fácil la distinción del ámbito típico de la producción y la difusión a gran escala, respecto de aquella con sujeto determinado o de entrega puntual. La jurisprudencia ha entendido que ambas están contenidas en los supuestos típicos.⁴⁵²

Para QUERALT JIMÉNEZ, no se entiende la inclusión del verbo “ofrecer”, pues no añadiría ninguna ventaja sustancial.⁴⁵³ MUÑOZ CONDE cree que “ofrecer”, como acto preparatorio, podría generar problemas si lo ofrecido es un material que no existe, al menos al momento del ofrecimiento, llevando a arbitrariedades judiciales por lo ambiguo de la situación.⁴⁵⁴ Al respecto, consideramos que la conducta de ofrecimiento de material pornográfico infantil y juvenil o de discapacitados ya estaría suficientemente cubierta por las figuras de distribución o facilitación de la difusión, haciendo superflua e innecesaria su inclusión.⁴⁵⁵

TAMARIT SUMALLA compara la situación del que ofrece o difunde material pornográfico infantil y juvenil o de incapaces respecto a similar situación en los delitos contra la intimidad, pues en los casos de tráfico de pornografía, el legislador separa completamente las hipótesis de producción y las de tráfico, desvinculándolas en forma absoluta y equiparándolas punitivamente. En los delitos contra la intimidad, se castiga

⁴⁵² Por ejemplo, STS 782/2007 de 3 de octubre, que considera que hay distribución cuando se envía un correo electrónico a personas determinadas.

⁴⁵³ Agrega el autor que, dado que el tipo penal no pretende abarcar todo el proceso, es penalmente irrelevante que el origen de las piezas sea extranjero o desconocido. QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 254. Aunque lo último está expresamente recogido en la última parte de la letra b), discrepamos de la primera idea, toda vez que el legislador, que castiga desde la producción al consumo, incluso para uso personal, tiene una manifiesta intención de castigar todo el proceso de producción (en sentido amplio).

⁴⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 256.

⁴⁵⁵ De la misma opinión RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *Los delitos...op.cit.*, p. 296; y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 378, este último además cree que existen problemas de delimitación con dos tipos penales, el del art. 177 bis 1.b y el del 183 bis. Finalmente, la inclusión del lucro también le parece redundante, en razón de que no habría hipótesis de obtención de ganancias sin haber utilizado al menor o haber financiado la actividad.

con mayor pena el descubrimiento seguido de la divulgación que la mera revelación de los secretos descubiertos por un tercero.⁴⁵⁶

En el tipo subjetivo, para AGUADO LÓPEZ esta figura se satisface con cualquier tipo de dolo, al no existir elementos subjetivo en el tipo.⁴⁵⁷ Particularmente, aunque se utilice en doctrina la palabra “tráfico” (que el legislador no utiliza), no se requiere ánimo de lucro en estas conductas.⁴⁵⁸ Coincidimos parcialmente con esta afirmación, pues si bien estimamos correcto el que no se exige ánimo de lucro, por las razones fenomenológicas que hemos venido exponiendo en este trabajo, sí consideramos que el producto u objeto de estas conductas es pornografía infantil y juvenil, lo que deriva en que se requiera tanto el conocimiento de esta característica en el dolo, como la voluntad de realizar las conductas descritas sobre un material que posea tales características. Es decir, el contenido del injusto a nivel subjetivo está dado por producir, vender, exhibir, etc., un material que se ha elaborado con menores de edad o discapacitados.

Al respecto uno de los problemas que el uso de nuevas tecnologías ofrece es la subsunción de conductas realizadas a través de programas P2P, cuyo funcionamiento se produce eminentemente a través de Internet. En concreto, se trata de los supuestos en que un sujeto permite que otros accedan a sus archivos para visualizarlos o ser copiados. Esto podría ser considerado una distribución, pero es importante la delimitación del dolo en estas hipótesis, debido a que estas operaciones son realizadas usualmente por software especializados o aplicaciones que funcionan de forma casi automática, lo que hace complejo determinar el alcance de la faz cognitiva y volitiva del dolo.⁴⁵⁹

Según la Consulta FGE 3/2006 de 29 de noviembre, el tipo del 189.1.b se realiza cuando se permite que otros accedan al sistema propio y descarguen o visualicen material. No obstante, el Acuerdo adoptado en Sala General por Pleno de la Segunda Sala del TS de 27 de octubre de 2009, señala que estos supuestos de utilización y puesta a disposición de terceros de archivos informáticos no deben interpretarse extensiva e

⁴⁵⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 110.

⁴⁵⁷ AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 395.

⁴⁵⁸ CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 166; MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1237, lo califican como un acierto, en consideración a que muchas de las conductas típicas son realizadas por pedófilos, o grupos de ellos, donde el lucro es inexistente o absolutamente secundario, y la motivante es el ánimo lascivo, la atracción sexual por niños y adolescentes, sobre todo gracias a la facilidad de medios de contacto que otorga Internet.

⁴⁵⁹ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 701; también en este sentido AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 836, N° 9568.

irreflexivamente,⁴⁶⁰ visión que consideramos acertada frente a un panorama típico ya excesivamente abierto.

Desde nuestra perspectiva, todas las conductas típicas contenidas en esta letra pueden realizarse a través de Internet, incluyendo la producción en sentido estricto o elaboración de material pornográfico infantil y juvenil. La existencia de medios de comunicación visual en Internet permite que el sujeto activo registre a través de una webcam lo que uno o más menores realicen en un lugar distinto, siguiendo sus instrucciones.⁴⁶¹ La única duda surge en relación al concepto distribución, que implica la entrega de ejemplares físicos de una obra. Sin embargo, creemos que el legislador establece una relación de especie a género con la difusión, que no tiene esa exigencia, según se desprende del castigo a la facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición (quella habían sido nombradas), cambiando distribución por difusión.

2.2.1.3. La posesión de material pornográfico infantil y juvenil para su difusión, art. 189.1.b, *in fine*

En esta figura, introducida por la LO 11/1999 e inalterada en la Reforma de 2015, el legislador equipara, en forma desproporcionada, la pena del que produce y trafica material pornográfico con menores o discapacitados a la de aquel que posea dicho material con la finalidad de realizar las conductas típicas allí descritas. Este último elemento es clave para diferenciar esta hipótesis de aquella contenida ahora en el art. 189.5 (ex 189.2), la posesión para uso propio, lo que no es menor considerando que los máximos de las penas respectivas tienen una diferencia de cuatro años.

Se ha intentado emular el criterio cuantitativo con que se resuelven hipótesis similares en los delitos de drogas, sin embargo, en el caso de la pornografía infantil y juvenil, como advierte CUGAT MAURI, podrían no ser homologables –en razón de la

⁴⁶⁰ Se han pronunciado a favor de la tipicidad a título de distribución, difusión o facilitación (distribución pasiva) del 189.1.b., las STS 921/2007 de 6 de noviembre; 873/2009 de 23 de julio; 292/2008 de 28 de mayo y 1055/2009 de 3 de noviembre, entre otras. En contra, STS 105/2009 de 30 de enero, que absolvió por los cargos de distribución y uso propio a un sujeto que tenía archivos en la carpeta *incoming* de emule, que no habían sido descargados en su ordenador, y a los que accedió por un mecanismo automatizado sin control del autor, es decir, sin intervención directa (lo que, entendemos, sería considerado como falta o ausencia de acción del sujeto activo), desconociendo este que otros tenían acceso a ese material (lo que, entendemos, implicaría ausencia de dolo, al no cumplirse la faz cognitiva del mismo, o incluso si hubiese sido representado por el actor, pero no se hubiese querido, lo que resultaría en la ausencia de la faz volitiva, CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 701.

⁴⁶¹ En contra, BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...*, *op.cit.*, p. 412, por considerar que la conducta típica es ajena a la Red, y entra en esta una vez que el material ya está elaborado.

naturaleza de los bienes transables, uno digital, el otro físico-, pues un sujeto puede poseer una sola imagen para difundirla muchas veces en el futuro (puede replicarse infinitamente sin perder calidad), como también puede tener mucho material para el futuro consumo personal.⁴⁶² GIMBERNAT ORDEIG ha sido contrario a hacer esta homologación, por una razón bien simple. En el tráfico de drogas se trata de proteger al consumidor de la misma, lo que no ocurre en la pornografía infantil, donde se trata de combatir a este consumidor, lo que de todas formas es considerado insuficiente por TAMARIT SUMALLA para justificar el castigo a la mera posesión. GIMBERNAT ORDEIG cota-argumenta con una asimilación al delito de receptación, pero TAMARIT SUMALLA estima que, a diferencia de este, la posesión de pornografía no viene antecedida necesariamente de un ataque mayor a la libertad sexual del menor.⁴⁶³ Concordamos con la imposibilidad de asimilación, tanto en relación a las drogas como a la receptación, por las razones antes expuestas, y en este último caso por lo que deriva del argumento de TAMARIT SUMALLA, la diferencia penológica entre autor de robo o hurto y receptor, cuestión que no se da entre productor y poseedor de material pornográfico infantil y juvenil.

Respecto a los materiales que pudieran calificarse como “insumos”, es decir, que estén destinados a elaborar pornografía de menores o incapaces, como fotografías o videos que se tienen para ser introducidas posteriormente en un contexto pornográfico (sin serlo *per se*), TAMARIT SUMALLA considera que debían ser excluidos de la tipicidad, sobre todo en consideración a la existencia de un elemento subjetivo en el tipo, que estén destinadas al tráfico, en sentido amplio.⁴⁶⁴ Sin embargo, el argumento es discutible, pues el elemento subjetivo implica que se tengan los instrumentos para la realización de algunas de las conductas existentes en el tipo, y entre ellas está “producir”. Además debe considerarse que en la era de las TIC, el material poseído puede tener soportes físicos identificables (fotografías, películas, Cds, etc), pero también puede ser inmediatamente accesible *on line*. El problema de estos “insumos” es que, en la gran mayoría de los casos, constituyen *per se* material pornográfico de aquel

⁴⁶² CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 701; también MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1228; la STS 873/2009 de 23 de julio advierte un elemento criminológico importante: los delincuentes en estos delitos tienden a coleccionar material pornográfico, por lo que guardar grandes cantidades de material no necesariamente significa que se usará para difusión o distribución; se admite un paralelismo en AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 837, N° 9572, aunque luego se descarta en el N° 9574.

⁴⁶³ Prólogo a la 5ª ed. Del Código Penal, citado en TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 111.

⁴⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 112.

descrito en las hipótesis incluidas por la LO 1/2015 (por ejemplo, una fotografía digital de dos menores manteniendo relaciones sexuales que luego se pretende incorporar en un video que, luego de agregársele títulos, se convertirá en un “promocional” de algún sitio web de contenido pornográfico).

Parece obvio, en opinión de TERRADILLOS BASOCO, que la desmesura punitiva a que podría conducir el entendimiento de la posesión como accesibilidad obliga a requerir que la pornografía esté incorporada a un soporte material, que será el objeto de la posesión. Para el autor, en el panorama anterior a la Reforma, resultaba insatisfactoria la diferente valoración penal de la posesión de pornografía incorporada al disco duro o memoria flash de un ordenador personal, que resulta típica, y la accesible en la red mediante un simple click en el mismo ordenador, que resultaría atípica.⁴⁶⁵ Hoy, en virtud del nuevo inciso segundo del art. 189.5, esta última conducta deja de ser atípica.

Por último, se presenta en esta figura uno de los problemas típicos de las figuras que poseen un elemento subjetivo: la prueba de este. Por su existencia, claro está, el tipo se satisface sólo con dolo directo.

2.2.1.4. La adquisición o posesión de material pornográfico infantil y juvenil para propio uso, y el acceso al mismo a través de las TIC, art. 189.5

Introducido por la LO 15/2003, en el antiguo art. 189.2, y modificado por la LO 1/2015, que lo incorpora en el número actual, este tipo penal deja en absoluto entredicho el respeto que el legislador tiene por el principio de intervención mínima, el que aquí es sobrepasado,⁴⁶⁶ para castigar una serie de conductas que difícilmente puede poner en peligro, incluso abstracto, el bien jurídico mayoritariamente aceptado en estos delitos: la indemnidad sexual.⁴⁶⁷ La doctrina mayoritaria es crítica de la disposición, por vulnerar

⁴⁶⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra (II)...*op.cit., p. 215.

⁴⁶⁶ No deja de tener razón QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...*op.cit., p. 257 al afirmar que, para verificar la conducta típica, habrá que utilizar medios desproporcionados en atención a la lesividad de la conducta, como allanamientos domiciliarios, escuchas telefónicas, violación de correspondencia, entre otras, que si bien legítimas cumpliéndose los requisitos, deberían ser dejadas para aquellos delitos de mayor gravedad; en relación a la reforma de 1999, TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...*op.cit., pp. 110-111, estimaba que el legislador había acertado en ese momento en exigir que la posesión sólo se castigara si estaba destinada al tráfico, de lo contrario el ámbito de punibilidad se abriría desmesuradamente, como ha quedado demostrado con la última reforma.

⁴⁶⁷ CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...*op.cit., p. 166, considera que lo protegido en esta figura y en la del art. 189.7 es la dignidad del menor y el derecho a su propia imagen; TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra...*op.cit., p. 216, incluye a la libertad sexual junto a la indemnidad sexual,

el derecho fundamental a la intimidad, y por constituir en delito conductas que, si bien pueden ser inmorales, no afectan directamente el bien jurídico protegido.⁴⁶⁸ Lo que hace el legislador en el fondo es castigar al “consumidor” de pornografía infantil y juvenil y de incapaces, abarcando toda la cadena de producción del material. O sea, es un ataque franco a un mercado altamente lucrativo, reforzado por la inclusión de la conducta del que adquiere dicha pornografía para propio uso (parte final del inciso primero), y, sobre todo, con el inciso segundo, que castiga el acceso a la misma a través de las TIC.⁴⁶⁹

Antes de la LO 1/2015, CUGAT MAURI estimaba que, por coherencia del sistema del Capítulo V, también debiese pensarse la conducta del espectador de espectáculos exhibicionistas o pornográficos.⁴⁷⁰ Esto sería en razón de que el espectador cumple un rol similar en la “cadena de producción” al del poseedor, al “incrementar o mantener la demanda”. El legislador ha tomado estos argumentos e incluyó al espectador en la hipótesis del nuevo N°4 del art. 189, al menos con la exigencia de dolo directo (“a sabiendas”), lo que permite reducir en algo el ámbito de acción de la norma.

Para cumplir los requisitos del tipo objetivo, la posesión del material comprende tanto la tenencia física como la virtual del mismo, incluyendo esta última a los archivos digitales existentes en cualquier dispositivo de almacenamiento, físico o en la nube.⁴⁷¹

y considera que también se vulnera el principio de lesividad, por idénticas razones a las señaladas por Muñoz Conde. Contraria a nuestra opinión parece ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 454, quien parece hacer suyos argumentos dados por la doctrina para justificar la punición del consumo, tales como un paralelismo entre estas conductas y la del delito de receptación (que debemos descartar, por lo dicho anteriormente), y la perpetuación del ataque contra la indemnidad sexual que implica la conducta del adquirente. Esto último lo podemos compartir sólo en la medida de que por perpetuación no entendamos un “nuevo ataque” a dicho bien jurídico, cuestión que debemos descartar de plano.

⁴⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 258; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, p. 276. Para DE LA CUESTA ARIZMENDI, el sancionar penalmente a los consumidores de pornografía infantil puede derivar en una criminalización indeseable de las propias víctimas de explotación sexual infantil, toda vez que la libertad de expresión e información impide que se considere ilícito cualquier mensaje que pueda afectar a niños y jóvenes, pero que no tendría que ser perseguido si va dirigido a un adulto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 1999, pp. 368-371.

⁴⁶⁹ Si la sanción a esta conducta no resulta verdaderamente contra-motivadora, menguaría el sentido de un tipo penal discutible por su ofensividad, toda vez que el usuario no puede considerarse responsable directo de las agresiones o abusos cometidos contra los menores o incapaces que aparezcan en el material, salvo hipótesis de adquisición de material por encargo (que podría constituir financiamiento), según estima CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 692; también GÓMEZ INIESTA, Diego, en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al* (Dirs.), *Comentarios al código penal*, Madrid: Ed. Iustel, 2007, pp. 459-460. El castigo de ambas conductas viene dado directamente por la Directiva, RODRÍGUEZ MESA, María J., *La Directiva...op.cit.*, p. 251.

⁴⁷⁰ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 692.

⁴⁷¹ A propósito de las técnicas de almacenamiento en la nube, o *cloud computing*. Véase al respecto, por ejemplo, DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel A., “A las vueltas con la nube: ventajas e inconvenientes”, en *Diario La Ley*, N° 2928, 2012; HERNÁNDEZ, Lourdes, “El camino lo marca la nube”, en *Diario La Ley*, N° 2065, 2012.

La Propuesta de la Comisión Europea de 29 de marzo de 2009 propugnaba la incriminación de la simple visualización de este material, considerando que realiza un aporte similar a la estimulación del mercado que el que lo posee o el que asiste a espectáculos de este tipo.⁴⁷² MUÑOZ CONDE estimaba que deberían considerarse atípicas por no ser constitutivos de “posesión” los supuestos de material pornográfico obtenido gratuitamente en Internet, o por simple descarga de la imagen siendo después borrada.⁴⁷³ La redacción utilizada por el legislador en la Reforma contrarresta tales argumentos, pues ninguna palabra del tipo permite restringir a la adquisición, posesión o acceso sólo a título gratuito (adquirir no es lo mismo que comprar o alquilar), mientras que el que descarga a sabiendas, con ese sólo hecho, consuma la posesión.

Este último término, y al igual que en la parte final de la letra a) del art. 189.1, contiene implícitamente un elemento subjetivo, el ánimo de señor y dueño, pues de otra forma el legislador habría utilizado el concepto “tener”, que alude a la mera tenencia en terminología civil.⁴⁷⁴ Este es otro elemento útil para restringir el ámbito de aplicación de tan amplio tipo penal, aunque apenas daría para los supuestos en que un sujeto no adquiera ni posea, pero llegue a tener pornografía de menores, lo que sería atípico al tenor de la norma actual. Podría ser este el caso del que encuentra en su dormitorio o en su computador tal material, no la borra o no se deshaga de ella, pero tampoco la utilice ni siquiera para verla, entendiendo que “no es suya”, aunque sepa de que tipo de material se trata.

El tipo subjetivo de este delito debiese satisfacerse sólo con dolo directo, por varios motivos. Primero, lo recién dicho respecto al “ánimo de señor y dueño”. Luego, se exige que la tenencia o la adquisición sean “para” uso propio, es decir, que tenga esta finalidad específica en cualquiera de los dos supuestos.⁴⁷⁵ Por último, el recién incorporado segundo inciso exige que el acceso a través de las TIC sea “a sabiendas”, lo

⁴⁷² En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, p. 276.

⁴⁷³ Lo mismo para el caso de material pornográfico con la presencia de un menor de edad cuando el poseedor haya participado en las relaciones sexuales grabadas o fotografiadas, y estas mismas relaciones no sean constitutivas de delito, guardando el material como “recuerdo”, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 256; sin embargo, es probable que esta hipótesis pueda ser constitutiva de otra figura del art. 189, como la producción de material pornográfico, por ejemplo.

⁴⁷⁴ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 703; cfr. AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 836, N° 9571, donde se asimilan adquirir (comprar) con la tenencia de material.

⁴⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., completamente revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 244-245.

que recalca las exigencias subjetivas del tipo, y busca evitar el castigo de los accesos accidentales.⁴⁷⁶

Altamente cuestionables son las razones político-criminales y las bases criminológicas y victimológicas de este tipo penal, según se verá en los capítulos venideros, particularmente en el último de estos. Nuevamente vemos como el legislador ha modificado esta parcela de los delitos sexuales en consideración al “riesgo” que estas conductas generarían para menores de edad y personas con discapacidad.⁴⁷⁷

2.2.1.5. El nuevo concepto de “pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección”

No es desproporcionado decir que la gran novedad de la Reforma de 2015 ha sido la introducción del concepto de pornografía infantil y juvenil y de discapacitados en el art. 189, lo que se realizó con la transposición casi exacta de la definición contenida en el art. 2 de la Directiva 2011/93/UE, salvo en lo referente a las personas con discapacidad, agregado por el legislador español,⁴⁷⁸ y la última parte de la letra c) de la definición (de complejo entendimiento hasta para una persona razonable). Sin embargo, a pesar de la utilidad que podría significar para el juez que el legislador entregue interpretación auténtica de tan complejo concepto, lo agregado al art. 189 está lejos de ser perfecto, coherente y autosuficiente. Muchos son los problemas interpretativos que entrega,⁴⁷⁹ como veremos a continuación, llegando casi al límite de la contradicción, y de todas formas requiere que se recurra a elementos externos a la norma para poder interpretar su contenido.

Para ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, la introducción del concepto viene a zanjar dos cuestiones hasta ahora controvertidas. Por una parte, se aleja de las definiciones restrictivas de pornografía infantil existentes en el Cciber o en la

⁴⁷⁶ Según el considerando 18 de la Directiva, serán antecedentes que permitan acreditar el dolo exigido el pagar por el acceso, o que este, aunque sea gratuito, sea recurrente.

⁴⁷⁷ Coincide en esta línea restrictiva del tipo ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...op.cit.*, pp. 658-659, para quien ni siquiera cabría algún delito de la LO 1/1996, considerando que a los menores no se les reconoce plena disposición de su intimidad. Cfr., RODRÍGUEZ MESA, María J., *La Directiva...op.cit.*, p. 252, para quien el desvalor del acceso a sabiendas justifica su castigo, pues su desvalor es semejante a la posesión o adquisición para uso privado, básicamente por la capacidad difusora de las TIC, que no requieren la descarga ni posesión para difundir las imágenes.

⁴⁷⁸ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, pp. 195-196.

⁴⁷⁹ Los errores que provienen de la propia Directiva, que según RODRÍGUEZ MESA, María J., *La Directiva...op.cit.*, p. 250, pierde de vista en algunos supuestos el bien jurídico protegido, pero también los errores generados por el propio legislador.

Recomendación del Consejo de Europa de 2001, y en segundo término, señala expresamente incluidas la utilización de menores para actos sexuales simulados.⁴⁸⁰

A continuación revisaremos los cuatro supuestos incluidos en la definición dada por el legislador, en las letras a), b), c) y d) del inciso segundo del art. 189.1 letra b):

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”.

Como señalamos con anterioridad, el concepto “material” no hay que entenderlo en su acepción física, sino que también comprende los soportes digitales, si interpretamos esta norma en concordancia con la letra a) del número 1 del 189, que señala “en cualquier soporte”. Otra cosa sería absolutamente incoherente con las últimas reformas en esta materia, que han tratado de incluir el amplio espectro de fenómenos ocurridos en Internet.

La representación es un requisito exigido en casi todas las definiciones de pornografía infantil y juvenil existentes en doctrina y en el Derecho comparado, y dice relación con la fijación en un soporte físico o digital, que permite sustantivizar la pornografía, de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior. Razón tiene ORTS BERENGUER al reflejar el amplio espectro de significados de los conceptos representar y representación, que además poseen significados relacionados entre sí, lo que llevaría a introducir en el ámbito de tipicidad conductas con escaso o nulo poder de lesividad al bien jurídico declarado.⁴⁸¹ Como indica BOLDOVA PASAMAR, las representaciones visuales son las únicas capaces de incorporar conductas sexuales explícitas, por lo que se descarta del ámbito penal la pornografía infantil literaria.⁴⁸²

Para evitar lo anterior, debe tenerse en cuenta el encabezado del inciso, en que, para definir pornografía infantil o de discapacitados necesitados de especial protección, se exige que estos sean “utilizados”, lo que no debe entenderse sólo como un uso de estos, sino como un aprovechamiento de los mismos, de su participación en actividades

⁴⁸⁰ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 454. La segunda forma de pornografía es entendida por JAÉN VALLEJO, Manuel; y PERRINO PÉREZ, Ángel L., *La reforma...op.cit.*, p. 96, como “pornografía infantil simulada”, lo que creemos puede llevar a confusión con la pornografía infantil y juvenil virtual.

⁴⁸¹ ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...op.cit.*, p. 650.

⁴⁸² BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil..., op.cit.*, p. 398.

sexuales explícitas o simuladas.⁴⁸³ Tampoco debe centrarse sólo en las personas con discapacidad, sino que debe entenderse como una técnica legislativa algo deficiente, en la medida de que se incluye aquí un concepto transpuesto desde la Directiva 2011/93/UE, que sólo se refiere a la “pornografía infantil”, un concepto a su vez muy masificado en la comunidad jurídica, a pesar de su imprecisión, no incluyendo el art. 2 letra c) a los discapacitados.

Utilizar, según el DRAE, significa “aprovecharse de algo”, mientras que aprovechar, en su sexta ascepción, significa “sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso”, siendo esta la única ascepción que se refiere a un ser humano y no a una cosa. Es claro que el tenor literal de la palabra usada por el legislador apunta a que la acción tenga un mínimo de disvalor.⁴⁸⁴ Es coincidente en este punto RODRÍGUEZ MESA, para quien este tipo de pornografía requiere un abuso sexual previo sobre el menor, siendo una forma de explotación sexual que busca romper barreras de inhibición de los menores para participar en estas actividades.⁴⁸⁵

Puede sumarse a lo anterior el hecho de que el propio legislador de 2015, en el epígrafe del Capítulo V, señala que nos encontramos ante los delitos relativos a la prostitución (encardinados en los artículos 187 y 188) y aquellos relativos a la explotación sexual y corrupción de menores (en un olvido más del legislador, quedaron fuera las personas con discapacidad necesitadas de especial protección). Esto indica que en las figuras contenidas en el art. 189 (únicas restantes) debe existir explotación y producirse un estado de corrupción del menor, lo que sólo puede lograrse si estos son utilizados en algunas de las conductas descritas en estos artículos. Otra cosa es asumir el castigo a la creación de riesgos, cuestión que veremos en el último capítulo de esta tesis.

Por último, y a mayor abundamientos, creemos que la postura que aquí se sostiene permite delimitar conductas que ya de por sí representan una excesiva intervención del Derecho penal, como las del art. 189.5, que integran directamente como objeto material de la conducta a la pornografía infantil y juvenil.

⁴⁸³ Aunque no lo desarrolla, reconoce esta línea ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 455.

⁴⁸⁴ Discrepamos aquí con el mismo ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...op.cit.*, p. 655, para quien, considerando el amplio espectro del concepto “representar”, no sería imprescindible, al menos en apariencia, que las conductas sexuales representadas tengan participantes reales.

⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ MESA, María J., “La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el anteproyecto de reforma del código penal”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, N°32, septiembre-diciembre 2013, pp. 247, y especialmente 252.

El carácter sexual de la conducta viene dado, por esencia, de la cualidad de pornográfica de la representación visual, según se vio largamente en el comienzo de este capítulo. Lo que se representa son prácticas sexuales explícitas, como el coito o la masturbación.⁴⁸⁶ Quedarían fuera de este tipo penal las conductas meramente sensuales o incluso eróticas, que pueden ser comunes en representaciones artísticas como el teatro, danza o cine, donde un adolescente puede perfecta y válidamente participar. El carácter pornográfico debe ser inequívoco.⁴⁸⁷

Otra visión de la conducta pone en serio riesgo los principios de legalidad y lesividad, como reconoce el mismo ORTS BERENGUER, y vuelve a darle un tono moralizante al concepto.⁴⁸⁸

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

En esta parte de la definición, una interpretación excesivamente exegética dejaría algunos supuestos importantes fuera del ámbito de la tipicidad. Por ejemplo, por órganos sexuales debemos entender algo relativamente distinto a la perspectiva biológica, que restringe estos a los testículos y el pene, en el caso de los hombres, y los ovarios, la vagina y el clítoris en el caso de las mujeres.⁴⁸⁹ Sin embargo, es innegable el rol que tienen en la sexualidad humana ciertas partes del cuerpo como la boca, el ano, los glúteos y los senos. En este último caso, por ejemplo, las tocaciones en los senos de una adolescente serían, en general, considerados como abusos sexuales si se dan las circunstancias que exige el tipo correspondiente.

La representación, por las mismas razones que se expusieron respecto a la letra a), debe ser de órganos sexuales de menores o de las personas con discapacidad descritas, los que debieron ser utilizados para obtener las imágenes. Aquí también serán importantes los criterios propios del adjetivo pornográfico, para delimitar el ámbito típico y excluir obras de carácter artísticas, científicas o educativas. Coincidimos aquí con ORTS BERENGUER respecto a la utilidad del elemento subjetivo exigido en el

⁴⁸⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...*, op.cit., p. 399.

⁴⁸⁷ Coincide en esto ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...* op.cit., p. 655, quien agrega que la conducta debe generar desasosiego. Consideramos que, si bien esto puede ser razonable, podría exigirse sólo en carácter potencial, pues de otra forma haría depender la calificación de la recepción concreta en un espectador.

⁴⁸⁸ ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...* op.cit., p. 651.

⁴⁸⁹ LE VAY, David, *Anatomía y fisiología humana*, 2ª ed., traducción de Faustino Diéguez-Vide y Núria Casals-Girons, Barcelona: Ed. Paidotribo, 2004, pp. 331 y ss.

tipo para discernir,⁴⁹⁰ pero la interpretación de esto debe estar marcada por los estándares de la comunidad, a fin de dejar al margen del ámbito típico el simple fetichismo, como indica BOLDOVA PASAMAR.⁴⁹¹

La exigencia de “fines principalmente sexuales” podemos considerarla superflua, pues, como vimos en este mismo capítulo, es de la esencia del concepto de pornografía. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN considera que esta expresión permitiría excluir las imágenes (representaciones) que posean contenido artístico, científico o médico, a lo que podríamos agregar, en línea con los patrones introducidos por la jurisprudencia norteamericana, los contenidos literario o educativo.⁴⁹² También deben considerarse los estándares de la comunidad, pues si bien se trata de un elemento subjetivo, lo “sexual” que caracteriza a la finalidad de las representaciones debe entenderse desde una perspectiva cultural, lo que la sociedad en un lugar y momento determinado entiende por relativo al ejercicio de la sexualidad, excluyendo, por ejemplo, las perversiones o el fetichismo.

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”.

Como adelantábamos, JAÉN VALLEJO/ PERRINO PÉREZ definen a esta como “pornografía infantil simulada”, lo que a nuestro juicio lleva a ciertas confusiones con la conducta que lleva a cabo la persona que, sin ser menor de edad, parece serlo.⁴⁹³ Lo simulado no puede oponerse aquí a lo real, pues la persona que aparente ser menor existe, y es la acción sexual que realiza la que puede ser real, es decir, que efectivamente se produzca, o simulada, o sea, que pareciera ser real. El popular “perreo”, forma de baile asociada al caribeño ritmo del reggaetón, muestra una simulación de una relación sexual animalesca, pero con sentido artístico (de muy mala calidad, por cierto). Aquello que no existe en el mundo físico forma parte del mundo virtual. Consideramos que el tipo de pornografía que el legislador quiso incluir aquí es

⁴⁹⁰ ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...* op.cit., p. 656.

⁴⁹¹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...*, op.cit., p. 399.

⁴⁹² ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...* op.cit., p. 452; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *La sanción...* op.cit., p. 716.

⁴⁹³ JAÉN VALLEJO, Manuel; y PERRINO PÉREZ, Ángel L., *La reforma...* op.cit., p. 97.

la que denominamos pornografía infantil y juvenil simulada o falsa pornografía infantil y juvenil, pero no por los criterios mencionados por JAÉN VALLEJO/ PERRINO PÉREZ, sino que nos referimos a aquella donde mayores de edad simulan ser menores, a través de disfraces, cortes de vello púbico o maquillaje.

La cuestión es que si una mayor de edad simula, a través de maquillaje y vestida de colegiala, ser menor de edad, sumando una apariencia adolescente, y realiza conductas sexuales reales para ser grabada en video, no será pornografía infantil y juvenil por dos motivos: primero, porque aquí no se utiliza a un menor, como exige a nuestro juicio el encabezado del apartado; y segundo, porque al momento del registro audiovisual, la mujer no tenía menos de dieciocho años, beneficiándose de la expresión “salvo”, que utiliza el legislador en la última parte de la letra c). Al primer punto podemos agregar otro argumento, referente a que el legislador excluyó de esta letra a los mayores que se hicieran pasar por personas con discapacidad necesitados de especial protección, seguramente por lo complejo que sería esto (y porque fenomenológicamente parece no haber antecedentes de algún tipo de pornografía similar, al menos no de forma masiva). Por ende, sólo queda la opción de que se “utilice” un menor de edad, en los términos ya visto, para ser representado por un mayor, pero eso tampoco sería punible por la cláusula de la parte final de la letra c), ni lo sería por las letras a) o b), pues allí es el menor el que debe ser representado.⁴⁹⁴

Ni hablar de la representación de los órganos sexuales de alguien que parece ser un menor, sin serlo. Además de lo ya señalado *supra* respecto a los órganos sexuales, no se advierte el desvalor de fotografiar o grabar estos órganos cuando en realidad son de un adulto (con suerte, puede ser pornografía de adultos). Será imposible siquiera pensar en la utilización de un menor, pues para esto habría que hacer una cirugía plástica, y tal interpretación es ridícula. Por lo demás, sería la incriminación del aspecto físico de un adulto, que parece ser alguien menor de dieciocho años.⁴⁹⁵

Para ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN la última parte de la letra c) es redundante, “[...] pues si en el momento de tomarse las imágenes el sujeto tenía dieciocho años ya no podemos hablar de un menor”.⁴⁹⁶ Más que redundante, esta cláusula es absolutamente contradictoria y carece de todo sentido jurídico, tanto que si

⁴⁹⁴ Dependiendo de la naturaleza y características de lo realizado por el adulto, podría considerarse subsumido en el art. 185 CP.

⁴⁹⁵ Para este y el anterior supuesto Orts Berenguer desliza la opción de aceptar las “personas irreales”, pero termina desviando estos supuestos a la letra a). Discrepamos en ambos sentidos por los argumentos ya expuestos. ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...* *op.cit.*, p. 656.

⁴⁹⁶ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...* *op.cit.*, p. 452.

no existiera el panorama jurídico no variaría en lo absoluto.⁴⁹⁷ Se trata de un verdadero autogol legislativo.

Finalmente quedó fuera de la Reforma la eximente de responsabilidad planteada en el número 8 del art.5 de la Directiva, y que se incluiría en el N° 6 del art. 189 CP, en torno a eximir de responsabilidad al productor que posea material del tipo descrito en la letra c) del 189, siempre que sea para uso privado y sin riesgo de difusión, la que de todas formas era facultativa para los Estados.⁴⁹⁸

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.

Hay varios puntos cuestionables de esta letra. Por una parte, el legislador cambia el encabezado de las letras anteriores, donde la idea de representación era clave, utilizando aquí la palabra “imágenes”, lo que puede tener dos sentidos: o simplemente quiso evitar redundancias, o bien porque aquí no hay un “modelo” que sea fijado en un determinado soporte, es decir, no hay representación, sino que creación directa de una imagen. Parece lógico, a la luz del encabezado del inciso segundo del art. 189.1 b), que debe existir un menor o discapacitado real que ha sido “utilizado” para la creación de imágenes realistas, siendo entonces más aceptable tomar la opción de un simple ejercicio verborreico del legislador.⁴⁹⁹ Además, la Directiva limitó las representaciones sólo a las visuales (imágenes), para evitar conflictos con la libertad de expresión, y descartar las obras literarias, por ejemplo.⁵⁰⁰

Por otra parte, consideramos que en esta letra es complejo hablar de “menor”, pues este es un concepto cultural con una base cronográfica indiscutible. Una persona

⁴⁹⁷ De forma más elocuente, “Innecesario, redundante y perturbador”, según RODRÍGUEZ MESA, María J., *La Directiva...op.cit.*, p. 2450.

⁴⁹⁸ “Artículo 5.8:

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”.

RODRÍGUEZ MESA, María J., *La Directiva...op.cit.*, p. 250. Tan sorpresiva fue la exclusión que en alguna obra reciente que analiza la Reforma de 2015 se le da como parte del CP. Vid., ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 457.

⁴⁹⁹ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 453 considera como sinónimos “representación visual” e “imagen”, tomando como argumento para esto la propia redacción de la Directiva 2011/93/UE, que utiliza de la misma forma ambos conceptos. Discrepamos de esto, pues de su lectura sólo puede entender que toda representación visual es una imagen, pero no lo contrario, es decir, puede haber imágenes sin representación visual (una creada directamente desde la imaginación del autor).

⁵⁰⁰ RODRÍGUEZ MESA, María J., *La Directiva...op.cit.*, p. 249.

tiene dieciocho años o más, o tiene menos de esa edad, mientras que una imagen, por muy realista que sea, sólo tiene apariencia de edad. Esto puede ser claro en el caso de los niños, pero si se quiere crear una imagen de adolescente, sólo tiene sentido señalar que “parece” tener cierto margen de edad, y no mucho más. Siendo más específico, es posible cuestionarse si el dibujo creado por ordenador de un par de jóvenes teniendo relaciones sexuales puede incardinarse en esta hipótesis, pues si tienen diecisiete, pero tienen contextura mayor a su edad, pueden parecer de diecinueve en la imagen realista. Así las cosas, pierde sentido que se castigue la creación de imágenes realistas, pues lo importante no es esa cualidad de la creación visual, sino el hecho basal de que debe utilizarse a menores de edad para ello.

Lo que complica esta interpretación es lo señalado por el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en el sentido de que la pornografía definida en esta letra incluye imágenes realistas aunque no reflejen una realidad sucedida.⁵⁰¹ El criterio corrector para evitar una desmedida interpretación de esta norma es recurrir, nuevamente, a la idea de menores “utilizados”, es decir, que exista un aprovechamiento de ellos, aunque lo que refleje la imagen no haya ocurrido “realmente” (por ejemplo, que el hechor tenga delante suyo a los menores desnudos besándose, pero en la imagen realista aparezcan teniendo relaciones sexuales). Otra interpretación permitiría castigar al sujeto que, teniendo delante suyo a dos amigos de su hijo jugando Playstation, cree una imagen donde estos aparecen en actividades sexuales explícitas, que no han sucedido en la realidad. La evidente falta de antijuridicidad de estos hace necesaria su exclusión, so pena de castigar la tendencia pervertida del sujeto y no una conducta materialmente antijurídica.⁵⁰²

Llama la atención en este punto, y por las mismas razones recién señaladas, que se excluyera a la persona con discapacidad necesitada de especial protección, toda vez que si se le utiliza para la creación de una imagen, el desvalor lógico es el mismo que en el caso de los menores de edad, con independencia de que la discapacidad no tenga signos externos que puedan quedar reflejados en una imagen (por ejemplo, sordomudez, retardo mental, autismo u otros similares).

⁵⁰¹ ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...op.cit.*, p. 649.

⁵⁰² Coincide en la necesidad de una interpretación restrictiva ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...op.cit.*, pp. 656-657, aunque insistiendo en que la exégesis de las letras a), b) y c) permiten otra cosa.

Por último, es evidente la abierta transgresión al principio de intervención mínima así como el de lesividad, cuestión que veremos con más detalles en los últimos capítulos de esta tesis.

2.2.1.6. La pornografía infantil y juvenil técnica del desaparecido art. 189.7⁵⁰³

En esta disposición, de evidente y dudosa fundamentación político-criminal,⁵⁰⁴ lo punible era producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar por cualquier medio material pornográfico en el que se emplee la voz o la imagen de los menores, alterada o modificada, que nosotros llamamos técnica, aunque ha sido más conocida como virtual.

Dos problemas básicos se presentaban en este tipo. En primer lugar, lo referido al bien jurídico (objeto de posterior análisis), pues resulta altamente discutible sostener la indemnidad sexual como el bien afectado en esta disposición, cuando los menores no son usados directamente.⁵⁰⁵ En segundo lugar, el sustento personal del material pornográfico, situación en que CUGAT MAURI estima que los menores o incapaces ocupados deben ser reales, quedando excluido cualquier supuesto de pornografía técnica (adulto que asemeja un menor luego de retoques técnicos) y la absolutamente virtual o irreal (menor o incapaz creado totalmente por el ser humano, a través de tecnologías informáticas).⁵⁰⁶ Un supuesto dudoso lo constituye la utilización “parcial” de menores o incapaces –por ejemplo, utilización del cuerpo sin el rostro-, lo que ha sido considerado típico por alguna jurisprudencia.⁵⁰⁷

Al momento de su introducción en el CP, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ apuntaba que si la alteración de la voz o de la imagen del menor o incapaz era de tal magnitud que no permitiera el reconocimiento de aquellos, no sería necesaria la

⁵⁰³ Erróneamente, porque provoca confusión con este tipo específico, CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 166, quien denomina como pornografía virtual a toda aquella que se propaga por Internet; en AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 837, Nº 9575, se estima que esta pornografía es real, pues aparecen la voz o imagen de menores e incapaces reales, aunque no se haya abusado realmente de ellos.

⁵⁰⁴ Salvo lo de favorecer otras conductas, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 255.

⁵⁰⁵ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 259; también BEGUÉ LEZAÚN, Juan J., “Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, Nº 13, 2005. p. 101.

⁵⁰⁶ Diferimos de esta clasificación, según lo expuesto en este mismo capítulo. CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 693.

⁵⁰⁷ SAP de Valencia, Sección 2ª, 664/2004 del 8 de noviembre; otras situaciones complejas, como la pseudo-pornografía o las de actos sexuales simulados, se analizarán con posterioridad.

punibilidad de estas conductas, al resultar dudoso el bien jurídico a proteger en ese escenario.⁵⁰⁸

Para TAMARIT SUMALLA, la LO 5/2010 no introdujo cambios sustanciales a las conductas ya penadas por el CP, pues la adaptación a la Decisión Marco 2004/68/JAI derivó un aumento de los límites mínimo y máximo de las penas asignadas a algunas de estas conductas. Esa reforma desestimó, según el autor, seguir los lineamientos de la legislación anglosajona, manteniendo fuera del espectro penal la pornografía virtual y la pornografía técnica, a pesar de que las directrices político-criminales comunitarios apuntan en esa dirección. Coincide con esto último RAGUÉS I VALLÈS, “[...] en términos político-criminales, debe considerarse acertada, por cuanto en los casos de uso de material en cuya elaboración no han sido utilizadas personas reales {cómic, dibujos} falta aquella lesividad real susceptible de legitimar la intervención penal”, además el castigo de estas conductas se aproximaría peligrosamente al derecho penal de autor, al sancionar presumiblemente las tendencias del sujeto y no la capacidad lesiva de la conducta, en otras palabras, se castigaría “[...] la presunción de que quien posee este material pueda demandar también aquél en cuya participación hayan participado menores reales”.⁵⁰⁹

Por su parte, MORALES PRATS Y GARCÍA ALBERÓ estimaban que esta disposición, después de la reforma de 2003, incrementó los márgenes de incriminación, incorporando la pornografía técnica o la pornografía simulada alusiva a menores.⁵¹⁰ Sin embargo los autores van más allá, pues consideraban que la denominada pseudopornografía⁵¹¹ ya estaba incluida después de la reforma de 1999, pues el precepto legal no tutela la libertad o indemnidad sexual de menores o incapaces, sino su dignidad

⁵⁰⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Carlos, Delitos relativos...op.cit.*, p. 280.

⁵⁰⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Los delitos...op.cit.*, p. 297.

⁵¹⁰ Lo que, según los autores, sería aplicable sólo a las hipótesis de la letra b) del art. 189.1, y no a la letra a), siempre y cuando se utilice la voz o imagen de los menores, pues aquellos casos en que adultos realizan conductas sexuales aparentando ser menores o incapaces estaría absolutamente fuera de la tipicidad, por no producir lesión a los bienes jurídicos protegido (dignidad y derecho a la propia imagen, según los autores, aunque vale de igual forma para la indemnidad sexual, que sostiene la doctrina mayoritaria), MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1229.

⁵¹¹ “Aquella en la que se insertan fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas (animadas o no), en las que no intervienen realmente”, MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1229, (lo escrito entre paréntesis corresponde a los autores citados).

y derecho a la propia imagen, conectado con la idea anglosajona de *privacy*, por lo que esta opción hermenéutica haría viable tal interpretación.⁵¹²

Respecto al tipo subjetivo, no parecían existir problemas para considerar que el tipo se satisfacía con cualquier tipo de dolo, al no existir elemento subjetivo específico.⁵¹³ Sin embargo, la hablar de pornografía, está implícito el elemento subjetivo de que tenga una finalidad sexual, lo que redundaría en la exigencia de dolo directo.

Tras la Reforma de 2015, se elimina completamente el art. 189.7, reemplazándolo por una disposición de carácter procesal respectiva a las atribuciones del Ministerio Fiscal. En lo que respecta a la voz, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN considera, acertadamente, que quedó completamente al margen de la definición tomada por el legislador, dando marcha atrás a la inclusión de esta parte de las técnicas incluídas con la LO 5/2010. Concordamos con esto, pero estimamos que también quedan fuera del tipo las imágenes alteradas o modificadas en que no se utilizaba directamente a un menor o incapaz, lo que está restringido por el encabezado del artículo en comento (“[...] hayan sido utilizados...”), como hemos venido sosteniendo.

2.2.2. La difusión de material pornográfico contenida en el art. 186⁵¹⁴

Este delito, que no fue intervenido por la Reforma de 2015, es la versión moderna, “mejorada” y restringida, del antiguo delito de escándalo público (arts. 431 y 432 del Código penal de 1973). Fue incorporado por la reforma de 1988 y mantenido intacto en el Código de 1995. Con posterioridad sólo sufrió reformas tendientes a incrementar su penalidad, y las modificaciones de 2015 ni siquiera alteraron la referencia a los “incapaces”, que ya sabemos como son llamadas actualmente. Calificar este tipo de “mejorado” no significa bueno. Ha sido considerado, de entre toda la gama

⁵¹² MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1229; Cfr. AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 837, Nº 9575-9577, en que, si bien se reconoce alguna afectación a la propia imagen y la dignidad, en realidad el bien jurídico protegido sería la libertad/indemnidad sexuales, según el caso, y el 189.7 sería un delito de peligro abstracto contra tales bienes.

⁵¹³ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, pp. 706-707.

⁵¹⁴ Perteneciente a los llamados “infracciones periféricas” a la libertad e indemnidad sexuales, en el sentido de que penalizan conductas que no atacan de modo directo contra los bienes jurídicos mencionados, o bien sólo contra el núcleo de estos, AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 825, Nº 9465, como por ejemplos los delitos contenidos en los arts. 189.1.b), 189.2, o 189.7, por ejemplo.

de delitos sexuales, aquel en que la lesión al bien jurídico protegido es de la menor entidad.⁵¹⁵

De acuerdo a la descripción típica, este delito de tipicidad reforzada se satisface al difundir, vender o exhibir material pornográfico entre menores de edad o incapaces, por cualquier medio. Entonces, cuatro son los puntos más importantes a revisar: Conducta, medio comisivo, sujeto pasivo y objeto material.

Respecto a la conducta, difundir equivale a esparcir o divulgar (CARMONA SALGADO agrega “ante una pluralidad de personas”);⁵¹⁶ vender a entregar algo a cambio de un precio u otra contraprestación económica; y exhibir a mostrar algo, a exponerlo directamente a la vista,⁵¹⁷ o sea, actos de comunicación de la pornografía.⁵¹⁸ La conducta del exhibicionista, cuya acción reclama actos obscenos, que incorporen conductas de contenido lúbrico, como por ejemplo la exhibición de genitales o bien de prácticas masturbatorias, debe derivarse al art. 185⁵¹⁹

En relación al medio, aunque el legislador ocupa una cláusula amplia (“cualquier medio”), inmediatamente pone una restricción, pues este medio debe ser “directo”. ORTS BERENGUER lo ha entendido de la forma en que el medio propicie un contacto directo entre el hechor y el menor o incapaz, lo que incluso podría llevarse a cabo a través de correos electrónicos, una videoconferencia o del mismo correo postal, entre otros.⁵²⁰ CARMONA SALGADO habla de una confrontación directa entre sujetos

⁵¹⁵ GARCÍA PÉREZ, Juan J., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia I*, 2ª edición, Madrid: Ed. Sepin, 2006, p. 1038.

⁵¹⁶ CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, Madrid: Ed. Dykinson, 2005, p. 305.

⁵¹⁷ ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, en VIVES ANTÓN, Tomás *et al*, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 283.

⁵¹⁸ AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 825, N° 9470.

⁵¹⁹ MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, tomo I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011, p. 1228.

⁵²⁰ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 284; VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 658; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Civitas, 2011, pp. 178-179, asume que la relación debe ser directa, pero no necesariamente física, pudiendo cometerse entonces por correos electrónicos, pero no por correos *spam* o indiscriminados, pues aquí los destinatarios serían inciertos; sigue la línea de sujetos pasivos determinados o determinables, AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 375-376; Queralt Jiménez descarta la opción de Internet o los canales de pago de la televisión, en la medida de que los programas o terminales disponen de mecanismos que permiten limitar el acceso a menores o incapaces, lo que quita la característica de ser “directo” al medio, como exige el tipo, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición revisada y actualizada, Barcelona: Ed. Atelier, 2010, p. 240, sin embargo, el autor yerra al considerar Internet de forma genérica. Esto pues los

activos y pasivo, requisito que sería una respuesta del legislador a las demandas de la doctrina en torno a extraer del ámbito de lo penal conductas como la mera tenencia de material pornográfico en un quiosco o el almacenaje de dicho material.⁵²¹

Concordamos con esta última postura, que en ningún caso restringe la conducta que se realice a través de Internet, pero habría que hacer una distinción. Si se trata de pornografía de adultos, sería aplicable este artículo, pero si se trata de pornografía infantil y juvenil, debemos reconducirnos al art. 183 ter N°2, que recoge tal hipótesis.

Los sujetos pasivos mencionados en el tipo son de dos clases. Los primeros, deben ser entendidos en su contenido formal, como menores de 18 años; los segundos en tanto, serán entendidos materialmente, de acuerdo a la interpretación auténtica que hace el legislador en el art. 25 CP.⁵²² Sin embargo, y como se verá en las próximas líneas, si el bien jurídico fuera de carácter colectivo –moral sexual, por ejemplo- el sujeto pasivo sería la sociedad y los menores o incapaces pasarían ser simples objetos de la acción.⁵²³

QUERALT JIMÉNEZ estima que debe tratarse de sujetos pasivos, en plural, y no a uno sólo, lo que se fundamentaría –aunque no lo explicita el autor- en un argumento de texto, pues el art. 186 habla de menores o incapaces, y no de menor o incapaz.⁵²⁴ Sostener esto implica dejar en el ámbito de la atipicidad aquella difusión hecha a un solo menor, lo que descartamos por considerar que el concepto usado por el

correos electrónicos, medio perfectamente idóneo para el tipo penal, funcionan sobre la base de redes telemáticas o informáticas como Internet. Son sitios web en particular los que tienen, en algunos casos, medios de control (los que a veces son simplemente un control de “honestidad”, pues el navegante tendrá que darle un clic avisando si tiene o no más de dieciocho años de edad) y no la Red en sí.

⁵²¹ CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 305-306; también SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II)”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Ed. Dykinson, 2011, p. 271.

⁵²² Se pregunta Orts Berenguer hasta que punto el material pornográfico puede afectar el bienestar síquico o el normal desarrollo de un menor de edad (al menos mayor de trece años), cuando él mismo se masturba o tiene relaciones sexuales con regularidad, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 287; en relación al exhibicionismo entre adultos, este sería atípico salvo que, como considera Ventura Püschel, pueda ser subsumido en la falta de vejación injusta del art. 620.2, VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Exhibicionismo y provocación sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 646; también CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 300.

⁵²³ VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 653; Gallego/Hortal estiman que la simple exhibición del material pornográfico ante el menor de edad no implica una conducta típica, pues deberán considerarse en el caso concreto elementos como el grado de formación sexual del sujeto pasivo, que deriva en una capacidad del acto para influenciar su normal desarrollo sexual, GALLEGO, José I.; HORTAL, Juan C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 253;

⁵²⁴ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español...op.cit.*, p. 249.

legislador es simplemente referencial, como hace en el art. 189.1 a), por ejemplo, que puede satisfacerse con la captación de un solo menor de edad.

Sin abandonar este punto, algunos autores sostienen que el concepto de incapaz, o como manda la disposición docientos cincuenta y ocho número 1 del artículo único de la LO 1/2015, persona con discapacidad necesitadas de especial protección, debe interpretarse restrictivamente, aún a pesar de la definición del art. 25, excluyendo de la órbita de tipicidad los supuestos de incapaces mayores de edad que no pueden gobernar sus bienes, pero que sí tengan capacidad en otros ámbitos, o aquellos con incapacidades físicas. La incapacidad debe conducir específicamente a no estar en condiciones de procesar adecuadamente los contenidos pornográficos, tal como sucede con los menores de edad. Sostener lo contrario llevaría a hipótesis poco sostenibles político-criminalmente hablando, como la punibilidad del sujeto que exhibe material pornográfico a un ludópata, a un derrochador o a un mayor de edad en silla de ruedas.⁵²⁵ Esto tiene mayor sentido ahora por una razón de texto, pues casos como el del ludópata o derrochador, para estos efectos, pueden no necesitar de especial protección.

Respecto al medio comisivo del delito, se trata de material pornográfico “a secas”, cuestión que ya abordamos en la primera parte de este capítulo. Cabe consignar que, en lo que respecta a este artículo, no se trata únicamente de material pornográfico en que hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, sino que cualquier material, con independencia del soporte, que pueda recibir el adjetivo de pornográfico, como una película protagonizada por adultos, o un afiche de estos.⁵²⁶ Sin embargo, MUÑOZ CONDE estima que debe restringirse el tipo penal –considerando que la pornografía

⁵²⁵ Sostienen esta postura VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 654; ACOSTA PATIÑO, R., “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2, 1992, pp. 141-144; AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 826, N° 9473.

⁵²⁶ Coincide en esto, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 284-285. El autor cita un fallo donde se consideró pornográfico un video que un profesor exhibía a sus alumnos –algunos de ellos menores de edad– quienes había consentido en que se les mostrara el material, que contenía la grabación de dos personas –una de ellas conocida públicamente– manteniendo relaciones sexuales, y que había sido obtenido de manera furtiva. El autor estima que un video, que muestra un pasaje de la vida íntima de dos personas, obtenido sin su consentimiento, merece ser llamado “pornográfico”, cuando lo que menos querían los involucrados era excitar a otros, y siquiera que alguien más lo pudiese ver?; para un análisis del caso, véase ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “Delitos contra la libertad sexual”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. (Dirs.), *Derecho penal parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra las personas*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 275-280; VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 660 sostiene que, en consideración al bien jurídico que el legislador busca proteger –moral sexual– sería tan pornográfico enseñar el pene a un menor como enseñarle un dildo, pues ambos comportamientos entrañan actos “escandalosos” o “provocadores”, atentatorios contra la moral sexual; valga la apreciación de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, *Delitos contra...op.cit.*, p. 271 respecto a la inutilidad de intentar definir el concepto de pornografía.

entre adultos está permitida-, lo que puede lograrse de dos formas. Primero, interpretando el concepto en relación al epígrafe “[...] provocación sexual”, es decir, que el material sea “provocador”.⁵²⁷ Sin embargo, al no entregar una solución totalmente satisfactoria, puede echarse mano a un segundo elemento, centrado en los sujetos pasivos. El material pornográfico debería ser idóneo para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad de incapaces o menores de edad o en el control de sus instintos sexuales.⁵²⁸

Un elemento gramatical que ha sido considerado problemático es el vocablo “material”, pues permitiría incorporar elementos físicos como consoladores, juguetes sexuales, etc., que van más allá de la representación audiovisual o gráfica de actos susceptibles de excitar o satisfacer instintos libidinosos, y que obviamente deberían quedar excluidos de la interpretación típica.⁵²⁹

Respecto al tipo subjetivo, la postura de MUÑOZ CONDE y ORTS BERENGUER, entre otros, es exigir un elemento subjetivo especial, un ánimo libidinoso, un ánimo de involucrar a los menores o incapaces en un cierto contexto, restringiendo la figura al dolo directo.⁵³⁰ De similar manera, MORALES Y GARCÍA,

⁵²⁷ Sainz-Cantero afirma que, a diferencia de lo que considera la doctrina mayoritaria, el Capítulo IV engloba dos figuras constitutivas de provocación sexual, y que este apelativo no le corresponde únicamente al art. 186. En ambos delitos se encuentra el elemento esencial del injusto, ya que el exhibicionismo contenido en el art. 185 es un medio para atentar contra el bien jurídico protegido, provocando a la víctima o involucrándolo en un situación sexual no consentida por él, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 270-271.

⁵²⁸ En igual sentido, CALDERÓN CEREZO, Ángel.; y CHOCLÁN MONTALVO, José A., *Derecho penal. Tomo II parte especial*, 2ª edición, actualizada a marzo de 2001, Barcelona: Ed. Bosch, 2001, p. 124; AGUADO LÓPEZ, Sara, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (5): exhibicionismo y provocación sexual”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010, p. 375; AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 827, N° 9489; o como le llama Sainz-Cantero, “el futuro desarrollo <<normal>> de su sexualidad”, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, *Delitos contra...op.cit.*, p. 271, lo que claramente muestra una postura moral frente al tema; por último, uno de los límites más importantes a la incriminación del objeto se encontrará en la propia Constitución, en la libertad de expresión del art. 20 de la CE, MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, 2ª edición, revisada, actualizada y puesta al día, Elcano (Navarra): Ed. Aranzadi, 2001, p. 186.

⁵²⁹ MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 916.

⁵³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 252; ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 286; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Delitos sexuales”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Tomo I, adaptadas a las Leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Madrid: Ed. Tecnos, 2010, p. 205; Vid., también AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 376-377; LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, Carmen et al (Coords.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Colex, 2011, p. 172; CALDERÓN CEREZO, Ángel.; y CHOCLÁN MONTALVO, José A., *Derecho penal. Tomo II parte especial*, 2ª edición, actualizada a marzo de 2001, Barcelona: Ed. Bosch, 2001, p. 123.

que lo consideran un delito de tendencia interna intensificada, exigen la presencia de un ánimo lascivo o lúbrico, que informe la conducta del sujeto, lo que se infiere del elemento típico “directo”, en relación al medio comisivo. Así, la aparición del ánimo lascivo o lúbrico sólo es posible en la medida de que entre los sujetos activo y pasivo se trabee una relación directa, lo que deriva en la atipicidad de las conductas realizadas a sujetos indeterminados.⁵³¹

La exigencia de un elemento subjetivo adicional se realiza pues afirmar otra cosa (como que basta el interés pecuniario, por ejemplo), podría llevar a una serie de absurdos o incoherencias, como por ejemplo: al menor de edad pero mayor de dieciséis se le reconoce capacidad para mantener relaciones sexuales consentidas con otra persona (salvo en ciertas circunstancias) pero no se le permite ver como esa persona se desnuda, si es mayor de edad, o para ver junto a este mismo adulto una película que pueda ser catalogada de pornográfica. O sea, el adulto pareja del menor cometería un delito al desnudarse frente al menor de dieciocho pero mayor de trece, pero no al tener relaciones con él.⁵³²

Posición contraria sostienen CARMONA SALGADO Y VENTURA PÜSCHEL, entre otros, para quienes no es exigible ánimo alguno en el tipo, pudiendo satisfacerse con dolo de cualquier tipo. Sin embargo, los argumentos que da este último autor no tienen relación directa con el tipo subjetivo, sino con la característica de “pornográfica” de lo que se exhiba al menor o incapaz.⁵³³ SAINZ-CANTERO, en la misma posición, entiende como exagerada la exigencia de un elemento subjetivo de esta naturaleza.⁵³⁴

Por último, en relación al bien jurídico protegido, la doctrina mayoritaria apunta hacia la indemnidad sexual de menores e incapaces, concepto que permitiría englobar otros usados como bienestar síquico de los mismos sujetos (cuestionable esto en el caso del incapaz), su protección como interés del Estado o el adecuado proceso de formación

⁵³¹ MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 916.

⁵³² ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 287; en el mismo sentido, VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, pp. 653-654, a propósito de que el consentimiento del menor o incapaz tendría nulo valor en esta figura.

⁵³³ Por lo mismo, se consideran insuficientes los argumentos de Ventura Püschel para sostener la postura, VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 660; CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 307; siguen esta línea ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Delitos contra...op.cit.*, p. 278; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 250; GÓMEZ INIESTA, Diego, en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al* (Dirs.), *Comentarios al código penal*, Madrid: Ed. Iustel:, 2007, pp. 446-447.

⁵³⁴ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, *Delitos contra...op.cit.*, p. 272; sin embargo, si la opinión del autor se fundamenta en una exageración, no exigir un elemento subjetivo implicaría ampliar el espectro punitivo, lo que a su vez significaría otra exageración.

y desarrollo del plano sexual de los mismos sujetos.⁵³⁵ Interesante es la opinión de CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, quienes si bien optan por la indemnidad sexual como bien jurídico, le dan el carácter de colectivo, y no individual, ya que por la condición de menores o incapaces deben ser objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico.⁵³⁶ Dicho argumento, sin embargo, no permite llegar a la conclusión de que se trata de un bien colectivo, sino sólo que es el Estado el que debe tomar las mayores medidas para brindar tal resguardo. Por el contrario, VENTURA PÜSCHEL estima que, bajo la fachada de proteger el libre desarrollo de menores e incapaces, existiría un interés oculto del legislador por penar hechos escandalosos, que atentarian contra una cierta moral sexual colectiva.⁵³⁷ Clara es para el autor la diferencia que hace el legislador entre los delitos sexuales con contacto físico –agresiones y abusos sexuales– con aquellos sin contacto físico –exhibicionismo y provocación sexuales–, donde el consentimiento tiene valor en los primeros (excluye la tipicidad), pero carece de él en los segundos. Esto se debería, para el autor, a la distinta naturaleza de los bienes jurídicos protegidos: la libertad sexual en los delitos con contacto –*ergo*, disponible– versus la moral sexual en aquellos sin contacto –*ergo*, indisponibles–.⁵³⁸

⁵³⁵ Por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 208 y ss.; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II)”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Ed. Dykinson, 2011, pp. 269-270; CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 299; Aguado López, que rechaza expresamente la opción de la moral sexual como bien jurídico, sigue la línea de la indemnidad, pues el legislador sólo castigaría las conductas que afecten la evolución o desarrollo de la personalidad del menor o incapaz, aunque estos presten su consentimiento, a diferencia de la validez que se le otorga en los casos de acceso carnal –menores de edad pero mayores de trece– o los incapaces –si no hay abuso–, AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 371-372; sentido CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Barcelona: Ed. Bosch, 2010, p.157; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 3ª edición adaptada a la LO 5/2010, Barcelona: Ed. Atelier, 2011, p. 133; SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.), *Código penal...op.cit.*, p. 1039;

⁵³⁶ CALDERÓN CEREZO, Ángel.; y CHOCLÁN MONTALVO, José A., *Derecho penal...op.cit.*, p. 122.

⁵³⁷ VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 646; “bienestar síquico y adecuado proceso de formación de menores e incapaces”, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Civitas, 2011, p. 144.

⁵³⁸ Agrega el autor que también se puede restringir la interpretación del delito en base a la conducta, excluyendo todo lo que no implique contacto con las víctimas (por ejemplo, las labores de preparación del material), MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 251-252; en igual sentido AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 372.

Existen también los autores que sostienen que lo protegido es la libertad sexual sin más,⁵³⁹ encarnando una visión monista del bien jurídico tutelado en todos los delitos sexuales, lo que se verá con más detalles en el Capítulo III de este trabajo.

2.2.3. El delito de corrupción de menores en sentido estricto: figura subsidiaria eliminada con la reforma de 2015⁵⁴⁰

El legislador, al poner en marcha el Código de 1995, decidió extirpar del mismo el antiguo delito de corrupción de menores, contenido en el número 1 del art. 452 bis b) del Código vigente a la fecha, en razón de haberse transformado en una figura altamente moralizante,⁵⁴¹ utilizada para perseguir conductas contrarias a los cánones morales imperantes. Sin embargo, esta determinación del legislador sólo se prolongó hasta el año 1999,⁵⁴² cuando el delito fue reintroducido, primero en el art. 189.3 y luego en el 189.4, merced esto último a la LO 15/2003.⁵⁴³

Para GARCÍA ALBERÓ, el legislador volvió a introducir el delito de corrupción de menores al CP en consideración a que habría existido un vacío regulatorio (que según el Grupo Popular se debió a un olvido involuntario del legislador), que ese vacío perjudicaba la adecuada protección de niños y adolescentes, y

⁵³⁹ Por esta opción, SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª edición, Madrid: Ed. Dykinson, 2010, p. 247.

⁵⁴⁰ Coinciden en este carácter CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, pp. 693-694, quien la llama “figura residual”, lo que permite que en el tipo de corrupción de menores e incapaces tengan acogida modos de relación sexual excluidos de otros tipos como la agresión o los abusos sexuales, e incluso las derivadas de conductas relativas a la prostitución. No obstante, la creación de tipos penales específicos como el ciberacoso infantil del art. 183 bis hacen perder campo de cobertura al art. 189.4; también CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 165; AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 400;

⁵⁴¹ Reflejado, según QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 251, en el solo hecho de la utilización por parte del legislador del término “corrupción”.

⁵⁴² Siendo, para CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 320, un verdadero “caballo de batalla” de esa reforma. La autora es crítica del precepto, no sólo por su matiz moralizante, sino por considerarlo disfuncional en el sistema de delitos sexuales del CP.

⁵⁴³ Una sentencia que contribuyó a la reacción del legislador fue la STS 1/1998, de 12 de enero, que absolvía a un sujeto que había contratado los servicios sexuales de menores ya prostituidos, por entender el máximo Tribunal que con su conducta el hechor no favorecía de modo relevante el estado de prostitución de los menores, pero indicando que los hechos habrían podido castigarse de encontrarse vigente el antiguo delito de corrupción de menores; un resumen de las posturas de diversas entidades en la tramitación de la reforma de 1999, en CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 320-321. Un repaso de los principales argumentos respecto a la atipicidad del consumidor de prostitución infantil antes del reintegro del delito de corrupción de menores, en GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “El nuevo delito de corrupción de menores (artículo 189.3)”, en DIEZ RIPOLLÉS, José L. (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial:, 1999, pp. 161-191.

que la mejor forma de cubrirlo era a través del reimplante de esta figura.⁵⁴⁴ ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ contradicen la intención del legislador, pues como ellos señalan –respaldado por jurisprudencia citada- no existía tal laguna de punibilidad, en razón de que las conductas comprendidas en el antiguo delito de corrupción de menores, o habían sido absorbidas por las figuras de agresión o abuso sexual del CP, o bien lisa y llanamente no eran merecedoras de reproche penal. Agregan lapidariamente los autores que el delito reintroducido no era necesario, no se ajusta a las exigencias inherentes a los principios de legalidad y de proporcionalidad, ni resuelve problema alguno, sino todo lo contrario.⁵⁴⁵

Como se había indicado, todos los tipos penales del art. 189 pueden considerarse delitos de corrupción de menores. Incluso, concordamos con CUGAT MAURI en que, en general, las agresiones o abusos sexuales cuya víctima es un menor de edad constituyen una forma de corromper⁵⁴⁶ a estos,⁵⁴⁷ y lo mismo corre para los delitos relativos a la prostitución.⁵⁴⁸ Sin embargo, técnicamente hablando, sólo los del 189 recibían esa denominación por parte del legislador en el epígrafe del Capítulo V. Por eso era preferible hablar de un delito de corrupción de menores en sentido estricto⁵⁴⁹ o propiamente tal, para referirse al art. 189.4.⁵⁵⁰

⁵⁴⁴ Uno de los supuestos vacíos que fueron utilizados para fundamentar el regreso del delito de corrupción de menores fue la atipicidad de los actos del usuario de los servicios sexuales de menores. La jurisprudencia respaldó tal situación, en fallos como las SSTs del 7 de mayo de 1998 y del 12 de enero de 1998, entre otras. Aunque esto llevó a asociar constantemente la corrupción de menores a los delitos de prostitución infantil, en la actualidad se entienden claramente como figuras distintas, *Ibid*, pp. 115-116; 158-160.

⁵⁴⁵ ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2001, pp. 259-260; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, p. 278.

⁵⁴⁶ Por corrupción, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a los delitos contras la honestidad, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho N° 25*, Sevilla: Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, p. 105, citando a Jannitti Piromalo, ha entendido a “[...] aquel estado fisio-psíquico en el que viene a encontrarse una persona menor a causa del intempestivo despertar anormal de los instintos sexuales y de la consiguiente necesidad de satisfacerlos”, otorgándole el corte sexual de la corrupción, como se entiende hasta hoy.

⁵⁴⁷ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 693; también SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª edición, Madrid: Ed. Dykinson, 2010, p. 258; en diverso sentido, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 250-251, estima que sería preciso englobar estos delitos bajo el rótulo de explotación sexual de menores e incapaces, pues muchos de los delitos allí contenidos no tienen relación directa con la prostitución, por ejemplo, pero sí con el ánimo lucrativo de quienes permiten que negocios como la pornografía o la prostitución subsistan actualmente.

⁵⁴⁸ Una panorámica de lo que la doctrina ha dicho en la relación entre corrupción y prostitución, en BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado...op.cit.*, p. 268.

⁵⁴⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 3ª edición adaptada a la LO 5/2010, Barcelona: Ed. Atelier, 2011, p. 122.

⁵⁵⁰ Las concepciones que ha dado la jurisprudencia del concepto corrupción, ampliamente, en BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado...op.cit.*, pp. 269-282

Al analizar los elementos típicos específicos –los comunes fueron vistos *supra*⁵⁵¹, la conducta es claramente signo de un tipo penal abierto de contornos difusos, atentatorio contra los principios de legalidad y proporcionalidad,⁵⁵² al castigarse el hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual, sin determinar la forma específica de comisión.⁵⁵³ Sería innecesaria la coerción o el engaño, pudiendo realizarse con el hechor, el tercero o sobre sí mismo.⁵⁵⁴ “Hacer participar” al sujeto pasivo significa implicarlo de forma significativa en un acto sexual, convenciéndolo de tal (justamente por la innecesariedad de la fuerza o engaño recién mencionados). Del tenor literal parecía desprenderse que el menor o el incapaz deben asumir una participación activa en la conducta de naturaleza sexual (elemento normativo que también tiene límites difusos).⁵⁵⁵

Por comportamiento de naturaleza sexual, para ORTS BERENGUER debería entenderse aquella conducta que, de acuerdo con el sentir general (estándar de la comunidad), es susceptible de estimular o saciar el apetito venéreo. Si se presenta violencia o intimidación, y falta el consentimiento de la víctima, serían susceptibles de canalizarse en los tipos penales de agresión o abuso sexual.⁵⁵⁶ Para GARCÍA ALBERÓ, por comportamiento sexual hay que entender aquel que, de existir violencia o intimidación sería una agresión sexual, o de existir prevalimiento o engaño sería abuso. Ni el visionado de material pornográfico ni la exposición de doctrinas más o menos heterodoxas en materia sexual pueden ser considerados comportamientos sexuales.⁵⁵⁷

⁵⁵¹ Cabe señalar en todo caso que, respecto al sujeto activo, el Acuerdo del TS de 9 de Febrero de 2005 realiza una interpretación restrictiva del art. 189.4, entendiendo que sólo pueden ser sujetos activos del mismo quienes realicen una actividad de tercería respecto de la conducta típica del mismo; AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 402 estima que la redacción del tipo, en este sentido, es ventajosa frente a la del Código de 1973, pues permite dejar fuera de la punibilidad a simples cómplices cuya conducta era muy lejana al bien jurídico.

⁵⁵² Como indican ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 260, la taxatividad brilla por su ausencia y las conductas que finalmente podían ser punibles por el delito de corrupción de menores quedaban fuera de lo que el Derecho penal debiese sancionar.

⁵⁵³ Coinciden, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 303; CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, pp. 705-706; AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 838, N° 9585; AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 400; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 260, para quien esta indeterminación era una peligrosa arma en manos del juzgador, quien podía utilizarla para castigar penalmente conductas que, siendo atípicas en relación a otros tipos penales, debía ser castigado (por ejemplo, por consideraciones morales), lo que hace que el art. 189.4 rayara en la inconstitucionalidad.

⁵⁵⁴ CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 165, quien agrega que bastaría un solo acto corruptivo para cumplir las exigencias del tipo penal.

⁵⁵⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Delitos contra...op.cit.*, p. 173; AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 403; ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 303.

⁵⁵⁶ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 303.

⁵⁵⁷ GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *El nuevo...op.cit.*, pp. 136-138.

Los menores deben involucrarse con sus cuerpos en una práctica sexual, con el autor o un tercero, no limitándose al mero visionado.⁵⁵⁸ Autor del delito de corrupción de menores del art. 189.4 sería quien tiene una relación sexual con el menor o el incapaz, como quien contribuye decisivamente a que la tenga otro.⁵⁵⁹

La vaguedad de los términos utilizados llevan a pensar a QUERALT JIMÉNEZ que incluso pudieran incluirse conductas inicialmente lícitas, como una terapia, del que se deriven efectos corruptores contra el menor o incapaz. Para el mismo autor, el exceso de proteccionismo mal tipificado puede llevar a atentar contra la personalidad que se busca proteger, como contra el derecho de educación que asiste a padres o tutores.⁵⁶⁰

Corrupción puede entenderse como conducta y como resultado, doble sentido que comparte con la prostitución, por ejemplo. En un primer sentido, constituye la actividad que por sí misma es idónea para determinar en una persona el estado de corrupción, mientras que en un segundo sentido, se entiende como aquel estado fisiopsíquico de un menor a causa de una intempestiva o anómala excitación de los instintos sexuales y la necesidad de satisfacerlos.⁵⁶¹ Si bien el legislador no ocupaba el término en el tipo penal,⁵⁶² como si lo hace en el epígrafe, la primera parte del art. 189.4 hace referencia a la conducta, a la actividad corruptiva (“hacer participar”), mientras que *in fine* se refiere al resultado típico (“perjuicio de la evolución o desarrollo”).

A nuestro entender, este delito exige un resultado: perjudicar la evolución o desarrollo de la personalidad del menor o incapaz,⁵⁶³ que deriva en la prescindencia del

⁵⁵⁸ ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 261, creen que debe descartarse la hipótesis en que el menor realice conductas en solitario, pues el verbo rector da la idea de compartir el comportamiento sexual de o con otro, lo que cumpliría con suficiencia el injusto penal y así merecer sanción.

⁵⁵⁹ ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 267.

⁵⁶⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 256.

⁵⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 106.

⁵⁶² El proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros para reintroducir el delito de corrupción de menores al CP definía lo que debía entenderse por corrupción (art. 189 bis el proyecto): “A los mismos efectos, se considerarán actos de corrupción los actos encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual precoz o prematura, así como los actos de naturaleza sexual cuya intensidad, persistencia o continuidad puedan alterar el proceso normal de formación o desarrollo de la personalidad de aquellos”, GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *El nuevo...op.cit.*, p. 123.

⁵⁶³ Así lo consideraba en su época POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 104, para quien el delito de corrupción no debe identificarse con la mera existencia de peligro de una futura prostitución del menor, sino que ha de ser constatado (el estado de corrupción). No obstante, lo califica como un delito de peligro, particularmente de peligro presunto; concuerdan con la exigencia de resultado, CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 165; CALDERÓN CEREZO, Ángel.; y CHOCLÁN MONTALVO, José A., *Derecho penal. Tomo II parte especial*, 2ª edición, actualizada a marzo de 2001, Barcelona: Ed. Bosch, 2001, p. 185; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 28-259, quienes estiman que de no darse el resultado la conducta sería atípica, al menos respecto al art. 189.4, desestimando cualquier opción de un delito en grado de tentativa; dudosa frente a la calificación de delito de resultado, CARMONA SALGADO,

consentimiento de estos. La exigencia de un resultado genera una serie de problemas que son comunes a los delitos de esta naturaleza, pero además, y particularmente, genera otros centrados en la relación de causalidad (¿cómo el perjuicio será imputable a la conducta corruptiva del hechor?)⁵⁶⁴ y los efectos psicológicos en el menor o incapaz, que suelen ser subterráneos y tardar años en aparecer.⁵⁶⁵ Además abre la puerta a considerar que una conducta meramente desviada de una concepción de sexualidad moralizante pueda ser considerada como “corruptora” *per se* del menor o incapaz, o, como indican ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, que el juez considere que funde su sentencia en un simple “pronóstico” sobre el daño que eventualmente pueda ocurrir.⁵⁶⁶

Para saber si existirá un perjuicio en el desarrollo del menor parece lógico que deba seguirse tal evolución en la personalidad del sujeto pasivo, lo que tendría el juicio en *status quo* por un tiempo indeterminado, con las consecuencias dogmáticas lógicas para el *iter criminis*, y procesales perjudiciales para el imputado por el delito.⁵⁶⁷ Para solucionar esto se debería establecer *a priori* que ciertas conductas tienen el potencial de corromper al menor o incapaz, lo que permitiría librarnos del resultado típico, a costa del tenor literal de la norma, lo que tampoco parece una solución satisfactoria. Por lo demás, es posible que algún comportamiento eventualmente subsumible termine favoreciendo el desarrollo del menor, o bien no provocando efecto alguno, lo que quizás nunca logre verificarse.⁵⁶⁸ Y de ser negativo, es posible recurrir a las reglas de

Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 322; sobre el punto, ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 266 ven improbable una forma de ejecución imperfecta de este delito, ya que “el mero intento de hacer participar a un menor o un incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual no debiera considerarse una tentativa del delito, si no comporta un mínimo riesgo para la formación de la personalidad de la víctima, y el autor desea crearlo o es consciente de que puede crearse y el perjuicio producirse”.

⁵⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 106-107.

⁵⁶⁵ Frente a esto, AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 401 acude al bien jurídico protegido –indemnidad sexual según la autora– para delimitar el perjuicio típico, que no sería uno moral, sino uno directamente relacionado con tal bien jurídico; sin embargo, la autora termina defendiendo la inclusión de un daño síquico-sexual, pues el tenor literal del tipo penal exige un daño o perjuicio a la evolución o desarrollo de su personalidad, a pesar de que también recurre como baremo al bien jurídico indemnidad sexual del menor o incapaz.

⁵⁶⁶ ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 263.

⁵⁶⁷ Vid., MARSHALL, William L.; SERRAN, Geris A., “Naturaleza y alcance del delito sexual y su prevención”, en MARSHALL, William L., *Agresores sexuales*, Barcelona: Ed. Ariel, 2001, pp. 21-22; es posible que factores como el tratamiento psicológico posterior influya en los efectos perdurables de la agresión, lo que a su vez depende de la cercanía o lejanía del tratamiento con el momento de la agresión misma. Al respecto, vid., ECHEBURÚA ODRIOZOLA *et al.*, “Tratamiento psicológico de las víctimas de agresiones sexuales”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona: Ed. Ariel, 2002, pp. 348-352.

⁵⁶⁸ ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 263.

imputación objetiva para otorgar un mejor juicio de atribución de resultados a la conducta del hechor.

Claro en las críticas a este punto es ORTS BERENGUER, para quien sería necesario esperar un tiempo para comprobar la existencia del perjuicio, comprobar que el origen de este es el acto corruptor y descartar que en el lapso intermedio no hayan existido otros episodios traumáticos que hayan podido desencadenar el resultado.⁵⁶⁹ Asimismo, y para sumar otra dificultad, ante la imposibilidad de fijar límites claros para la obtención del resultado, surgen problemas para los cálculos de los plazos de prescripción.⁵⁷⁰

Por último, en relación al resultado típico, ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ creen derivar de este punto un requisito tácito, que es que la conducta típica del hechor limite de alguna forma la libertad del menor o incapaz, incluso considerando que no se les reconoce tal valor –al menos en forma plena- a tales sujetos. Esta limitación puede provenir de la diferencia de edad entre víctima y victimario o de cualquier otra causa susceptible de coartar la libertad de aquellos. Si no se exigiera tal requisito, agregan los autores, se daría pie a la aplicación inmediata y automática del art. 189.4.⁵⁷¹

También surgen dudas en relación a la necesidad del estado previo incólume del menor, o bien si es indiferente si este ya se encuentra corrompido. En relación a este punto, existe acuerdo en la doctrina respecto a que es innecesario que el menor o incapaz esté previamente corrompido, pues no se castiga la conducta de iniciar al menor en un contexto sexual, sino la realización de conductas de esta índole que lo perjudiquen.⁵⁷²

Lo que es claro, al final de cuentas, es que la práctica sexual consentida con un menor de edad pero mayor de trece años, mínimo exigido antes de la Reforma de 2015-

⁵⁶⁹ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 303.

⁵⁷⁰ Respecto al momento aquel en que el menor puede entender como corrompido, es decir, cuando el resultado típico –si se admite- se ha producido y lleva el delito a la consumación, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 107 señala que hay dos opiniones al respecto: La primera, exige la perversión sexual del menor; la segunda en tanto considera suficiente cualquier experiencia erótica, optando el autor por la primera; véase también LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Delitos contra...op.cit.*, p. 173; AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 403.

⁵⁷¹ ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 265.

⁵⁷² Por todos, AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 403; ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 265, en la misma posición al señalar que lo castigado no es la iniciación sexual del menor, sino complicarlos en actos idóneos para ocasionarles los efectos señalados en el precepto.

quedaría fuera del campo de acción del art. 189.4 si no existe perjuicio para el desarrollo del menor o incapaz.

Para CUGAT MAURI, esta figura se satisface con cualquier tipo de dolo,⁵⁷³ no siendo necesario que el sujeto activo busque corromper o perjudicar la normal evolución de la personalidad del menor o incapaz. La faz cognitiva se llenaría con el conocimiento de la minoría de edad o el estado de incapacidad del sujeto pasivo, de hacerlo participar en una actividad que tiene una connotación sexual, y la probabilidad al menos de que se produzca un perjuicio al menor con esta participación.⁵⁷⁴ Compartimos esta visión del tipo subjetivo, pues no existen elementos de texto ni sistémicos que permitan sostener otra cosa.

En su momento, la inclusión de este delito sólo se explicaba en la intención del legislador de crear una cláusula general de cierre para evitar que ciertos comportamientos sexuales con menores o incapaces escaparan del ámbito de tipicidad de los delitos sexuales.⁵⁷⁵ El problema es que una interpretación sistemática del precepto (ni siquiera extensiva) podía llevar a la conclusión de que el ámbito de aplicación del art. 189.4 quedaría reducido a todo comportamiento sexual con un menor de edad –pero mayor de trece años– que no fuera subsumible en los delitos de agresión sexual, abuso sexual, prostitución, etc., incluyendo cualquiera de aquellos que se realice a través de Internet, lo que implicaría, más que una simple cláusula sistémica de cierre, una verdadera prohibición general de mantener actividades sexuales con menores de edad o con incapaces, por el riesgo de ser calificada de típica.

Una postura de estas características, además de criticable por su estricta moralidad y por la vulneración a principios básicos del Derecho penal, podría llevar a situaciones tan ridículas como la siguiente: Una pareja de jóvenes, ambos de diecisiete años, comienzan una relación afectiva que incluye vida sexual (impune, por regla general). Sin embargo, cuando él cumple la mayoría de edad, siendo la novia un año

⁵⁷³ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, pp. 706-707.

⁵⁷⁴ Agregan ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 266 que la constancia que tenga el hechor vendrá asociada, de alguna forma, a la conciencia del autor de estar propiciando una relación de características sexuales con una persona que no actúa en plena libertad y con la que se tiene alguna relación de superioridad.

⁵⁷⁵ GALLEGU, José I.; HORTAL, Juan C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo I*, Valencia: Ed: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 257; GARCÍA ALBERÓ entiende que el nuevo delito de corrupción de menores ya no está llamado a asegurar una penalidad razonable cuando determinadas conductas sexuales no puedan ser reconducidas a delitos como la agresión o los abusos, sino que directamente se convierte en una cláusula de cierre del sistema, y en garante del futuro respeto del principio de legalidad para el Tribunal Supremo, GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *El nuevo...op.cit.*, pp. 133-134.

menor, deberán abstenerse de actividades sexuales hasta que ella cumpla los dieciocho años, para no correr el riesgo de que sus acciones se vieran subsumidas en el art. 189.4.⁵⁷⁶

Hoy el legislador ha reparado ese error (aunque haya cometido otros iguales o peores), derogando el art. 189.4, y tomando parte de esas conductas en tipos penales ya existentes y modificados, o bien en otros de reciente inclusión, como los del 183 bis, ter o del actual art. 189.4, por ejemplo.⁵⁷⁷

⁵⁷⁶ En esta línea, ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 262.

⁵⁷⁷ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, pp. 456-457.

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Con la dictación del CP de 1995, se consolida un cambio en la regulación de los delitos sexuales, pasando de la protección de bienes jurídicos colectivos “moralizantes” (moral sexual pública) a otros de corte individual (libertad e indemnidad sexuales),⁵⁷⁸ haciendo el legislador un especial énfasis en la protección de los menores de edad e incapaces, hoy denominados personas con discapacidad necesitados de especial protección. Esto se aprecia, por ejemplo, en la exclusión definitiva de delitos como el adulterio (derogado un poco antes) y la modificación o inclusión de otros, como los abusos sexuales o la producción de pornografía infantil y juvenil. Una zona gris se mantuvo, intermitentemente, con el vilipendiado delito de corrupción de menores.

Por desgracia, este proceso se vio desprovisto, en algunos casos, de la necesaria coherencia interna, así como de un mayor equilibrio entre las libertades de los mayores de 18 años en relación a la protección de los menores de edad pero mayores de 13 años (antes de la Reforma).⁵⁷⁹ Lo primero se refleja en la parcializada libertad sexual reconocida a este segmento etéreo, quienes pueden mantener una vida sexual activa y normal con un mayor de edad, en relaciones hetere, homo o bisexuales consentidas, pero no pueden participar de *motu proprio* del registro audiovisual de dichas relaciones, sin que esto genere responsabilidad penal para el mayor que interviniere. Más notorio es esto, desde nuestra perspectiva, si tomamos ejemplos como el del art. 182, que castiga los abusos sexuales para los mayores de 13 pero menores de 18, siempre y cuando el hechor actúe mediante engaño. Se entiende que faltando este, el menor tiene libertad para decidir con quien y de qué forma participa en un actividad sexual, por tener el grado de madurez suficiente para ello.

La falta de equilibrio a la que aludíamos se refleja en la ampliación de las barreras punitivas hasta ámbitos de privacidad del sujeto, como es el caso de la posesión de material pornográfico infantil y juvenil para uso propio, castigada en el art. 189.2, antes de la Reforma de 2015, y en el art. 189.5 con posterioridad a esta. Esto se acentúa drásticamente luego de la LO 1/2015, pues a los supuestos de posesión, se agregan al mismo artículo las hipótesis de adquisición y acceso a dicha pornografía, en ambos casos para uso propio.

⁵⁷⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Las reformas...op.cit.*, pp. 23-24.

⁵⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 51.

Al respecto, DIEZ RIPOLLÉS es claro al sostener que lo realizado en la esfera privada puede ser relevante para el Derecho penal en algunas circunstancias, utilizando el ejemplo del sexo sadoomasoquista, pues el ordenamiento penaliza las lesiones y le resta valor al consentimiento en este campo.⁵⁸⁰ Lo que el sujeto realiza en su esfera privada puede llegar a tener repercusión social (al masificarse conductas que comienzan como privadas), pero en ese momento tendrá que valorarse si la conducta ahora masificada atenta o no contra los principios esenciales de convivencia en el marco de una sociedad plural y tolerante. En esta, las conductas de la esfera de lo privado que sean punibles deben ser notoriamente pocas en relación a las realizadas en el ámbito social, y deben estar referidas a la afectación que producen al derecho reconocido de ciertas personas —como menores e incapaces— ante cuya presencia y contra su voluntad se realizan determinadas acciones sexuales muy características y en condiciones muy precisas.⁵⁸¹ Coincidimos plenamente con esta apreciación del autor, y entendemos que el equilibrio antes mencionado se rompe injustificadamente, al menos en el caso de las figuras tipificadas en el actual art. 189.5, en ambos incisos. Más discutible es el caso de la posesión castigada en el número 1 letra b) del mismo artículo, cuestión que analizaremos en los próximos capítulos, pues dependerá de lo que se intenta proteger, y de la naturaleza de esa protección.

El proceso que describimos se ve acentuado por la incorporación o modificación de figuras penales que intentan recoger los cambios tecno-sociales que han generado las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas, como Internet. Los delitos que giran directamente en torno al fenómeno de la pornografía infantil y juvenil ocupan un lugar central en el nuevo panorama que ofrece el CP, agrupados en el art. 189, a los que se suman, especialmente, aquellos contenidos en los artículos 183 bis y 183 ter (en particular el último), incorporados como están por la Reforma de 2015.

En el texto original del Código de 1995, el legislador optó por no incluir una definición expresa de lo que debe entenderse por material pornográfico en general o de pornografía infantil y juvenil en particular, a pesar de que este elemento del tipo objetivo era utilizado en distintos tipos penales, como los descritos en los arts. 186, 188 o 189 de la redacción original. Esto obligó a la doctrina y la jurisprudencia a intentar

⁵⁸⁰ Esto mismo puede apreciarse en otros ámbitos, como el de la violencia doméstica, donde el legislador irrumpe en unos de los ámbitos más privados que existen, como es la vida familiar, ante las lesiones o puestas en peligro concretas de importantes bienes jurídicos, como la vida o la integridad física y síquica, frente a hechos de notoria repercusión social.

⁵⁸¹ DIEZ RIPOLLÉS, José L., *El derecho penal ante el sexo*, Barcelona: Ed. Bosch, 1981, pp. 114-115.

determinar cuando un material específico podría calificarse como pornográfico, y de esa manera entender que, de participar menores de edad, estaríamos ante pornografía infantil y juvenil. El panorama cambió con la LO 1/2015, pues la transposición de la Directiva 2011/93/UE entregó al CP por primera vez un concepto de pornografía infantil y de personas con discapacidad necesitados de especial protección, en el art. 189.1 inciso segundo.

La historia de la pornografía permite entender de forma más clara los distintos elementos característicos de la misma, así como las diferencias entre lo pornográfico como adjetivo, y otros conceptos similares, como obsceno, sensual o erótico. Es especialmente importante en esto el periodo comprendido entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, en Inglaterra, donde ciertas obras calificadas en su momento como pornográficas fueron utilizadas por artistas o literatos de aquel entonces para realizar una fuerte crítica social a la clase política y al poder de la Iglesia en la época, privando a estas obras de aquel adjetivo, en nuestra perspectiva.⁵⁸²

Estas características son observables casi dos siglos más tarde, por la Corte Suprema de Estados Unidos, que en la década del 50 acuñó ciertos criterios para entender que un material podría calificarse de pornográfico u obsceno (utilizándolos como sinónimos, aunque no lo son). Dichos criterios pueden resumirse en la presencia de ciertos elementos intrínsecos, como el interés predominantemente libidinoso (fin sexual) y un carácter potentemente ofensivo (capacidad lesiva); y contextuales, es decir, lo que una comunidad, en un espacio y un momento determinado, considera generalmente como pornográfico - *community standards* o estándar de la comunidad-; además de la ausencia de otros, como un serio valor literario, artístico, científico o político.⁵⁸³ Estos criterios son plenamente aplicables en la nueva definición del art. 189, sobre todo en la representación de órganos sexuales, que para algunos autores puede derivar en la penalización de la simple desnudez. Esta podrá ser calificada de pornográfica cuando esté desprovista de valor artístico, científico, educativo o político, y cumpla con los otros elementos normativos requeridos.

Los instrumentos comunitarios que han optado por definir la pornografía infantil y juvenil lo han hecho a partir de algunos elementos comunes, particularmente el de la

⁵⁸² ARAGÓN VARO, *La pornografía...op.cit.*, p. 237.

⁵⁸³ El Tribunal Supremo norteamericano recurre a los *community standards* para establecer qué es pornografía. Aquellos son vigencias ideológicas imperantes en cada localidad, desde las cuales queda prefijado lo que sus habitantes entienden por pornografía. Esto demuestra la variabilidad del concepto, de una época en otra, y de un lugar a otro incluso en una misma época, OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.*, p. 21.

representación visual de conductas sexuales explícitas por parte de menores de edad.⁵⁸⁴ La misma línea ha seguido el legislador español, en la medida que tomó como base de la definición insertada por la LO 1/2015 a la Directiva 2011/93/UE, que a su vez derogó la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Esto necesariamente debe ser complementado por una valoración judicial que utilice el “estándar de la comunidad”, criterio que permitirá al Juez delimitar, de una forma más o menos razonable, la delgada línea entre lo erótico y lo pornográfico en un momento y lugar determinado.

Consideramos errónea la opinión de quienes intentan incluir un requisito pecuniario o valor económico en el concepto de pornografía, por dos razones. Primero, porque la fenomenología de la sociedad del riesgo, las redes y la información demuestra que, en ciertos círculos, el valor del material pornográfico no se mide desde su perspectiva económica, sino que por su valor honorífico (por ejemplo, el ingreso a un círculo de pedófilos en La Red); y segundo, porque el legislador consideró expresamente como agravante, en el antiguo art. 189.3 letra c), que los hechos (capatación, difusión, producción, etc., de material de este tipo) tengan cierta gravedad atendido su valor económico. A *contrario sensu*, podían no tener ese valor y aún así ser considerado material pornográfico con participación de menores de edad. En la actual redacción dicha agravante fue derogada, y en la nueva letra e) del número 2 se considera como agravante la “notoria importancia” del material pornográfico, dentro de la que también cabe el particular valor económico que este pueda tener. Compartimos la crítica de ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN a este precepto, tanto por su vaguedad como por su fundamento, pues sea este el profesionalismo de los autores o la gravedad de las conductas o situaciones representadas, ya se encuentran incorporadas implícitamente al precepto, constituyendo una vulneración al *non bis in idem*.⁵⁸⁵

La definición de pornografía infantil y de discapacitados incorporada por el legislador español de forma casi textual de la Directiva 2011/93/UE tiene una redacción que, sin una adecuada interpretación, permitiría entender por tal supuestos en que la lesividad es prácticamente inexistente (un dibujo de un pene de una persona inexistente). Por lo mismo, se requiere dar sentido a los conceptos utilizados por el legislador de forma precisa, teniendo presente siempre el concepto genérico de pornografía, y sobre todo, los principios de lesividad e intervención mínima.

⁵⁸⁴ En tal sentido, la Convenio de Lanzarote o la Convención de Budapest.

⁵⁸⁵ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 456.

En resumen, estaremos ante pornografía infantil y juvenil cuando este sea un material, físico o digital, (el art. 189.1 letra “a” señala “en cualquier soporte”), que represente a menores reales en sí mismos o en imágenes realistas, en conductas sexualmente explícitas, reales o simuladas, o sus órganos sexuales, cuando sean representaciones pornográficas (con fines sexuales, lesivas, de acuerdo a los cánones de la sociedad, sin valor artístico, cultural o científico).

La representación dice relación con la fijación en un soporte físico o digital, que permite sustantivizar la pornografía,⁵⁸⁶ de menores que han sido “utilizados”, esto es, que han sido víctimas de un aprovechamiento⁵⁸⁷ al participar en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas (El carácter sexual de la conducta viene dado, por esencia, de la cualidad de pornográfica de la representación visual).⁵⁸⁸ Este concepto de utilización, entendido como aprovechamiento de menores reales, es clave para poder interpretar todos los supuestos de pornografía de la nueva definición, no sólo de las personas con discapacidad, sino también de los menores. La forma de redactar el encabezado (que parece, a primera vista, no alcanzar a niños y adolescentes), se entiende como un defecto en la técnica legislativa, pues se incluye aquí un concepto transpuesto desde la Directiva que sólo se refiere a la “pornografía infantil”, una noción muy masificada en la comunidad jurídica, y que no incluye a los discapacitados. De otra forma, sería imposible hablar de corrupción o explotación de menores de edad, como describe el legislador en el epígrafe del Capítulo V. Otra cosa es asumir el castigo a la creación de riesgos, cuestión que veremos en el último capítulo de esta tesis.

Los supuestos que recogía el hoy derogado art. 189.7, y que permitían dar cabida a lo que entendemos aquí como pornografía infantil y juvenil técnica, a través de la utilización indirecta del menor (o del discapacitado), es decir, aquellas donde ha existido un menor real, pero que no ha sido utilizado en su integridad humana, sino sólo su voz o imagen por un sujeto distinto al que lo utilizó en forma directa, se encuentran absorbidas parcialmente por los nuevos supuestos. En lo que respecta a la voz, esta quedó completamente al margen de la definición tomada por el legislador, dando marcha atrás a la inclusión hecha con la LO 5/2010. En cuanto a las imágenes alteradas o modificadas en que no se utiliza directamente a un menor o incapaz, estimamos que

⁵⁸⁶ ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...op.cit.*, p. 650.

⁵⁸⁷ La acción o situación representada debe tener un mínimo disvalor, al ser una manifestación de explotación y corrupción sexual de menores, RODRÍGUEZ MESA, María J., *La Directiva...op.cit.*, pp. 247 y ss.

⁵⁸⁸ Aunque no lo desarrolla, reconoce esta línea ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, p. 455.

también quedan fuera del tipo, lo que está restringido por el encabezado del artículo en comento (“[...] hayan sido utilizados”), como hemos señalado en este capítulo.

Con la interpretación aquí sostenida, la letra c) queda prácticamente sin aplicación, lo que, desde nuestra perspectiva, es el “precio a pagar” para evitar males mayores en la interpretación de toda la disposición, y evitar la vulneración a los principios de legalidad y lesividad, o un tono moralizante al concepto, como reconoce ORTS BERENGUER.⁵⁸⁹

El legislador español tipifica una serie de conductas asociadas a la pornografía infantil y juvenil, captando un espectro de acciones bastante amplio que intentan transformarse en una especie de cláusula de cierre del sistema de delitos sexuales contra menores. El rol que en su momento cumplió el delito de corrupción de menores,⁵⁹⁰ antes de la LO 1/2015, hoy se distribuye en varias figuras, como la posesión de pornografía infantil y juvenil o de discapacitados, tanto la del art. 189.1 letra b), como en especial la del art. 189.5, su adquisición e incluso acceso a sabiendas mediante las TIC, o el art. 186, que se refiere a la pornografía de manera genérica.

Si bien es común que se asimile el tratamiento penal de la pornografía de menores a aquel relativo a las drogas y estupefacientes, particularmente en lo relativo al “castigo a la cadena de producción”, consideramos que no son equiparables, sobre todo si tomamos en cuenta el nivel más bajo de la cadena (el simple acceso). Esto sería así por razones tecno-sociales, como la naturaleza digital de la pornografía en redes (en comparación a la naturaleza física de las drogas), como también por razones político-criminales, pues en los delitos de drogas se busca proteger al consumidor, mientras que en los relativos a la pornografía de menores o discapacitados el poseedor-consumidor es un sujeto combatido por el Derecho penal.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...* op.cit., p. 651, y que GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Prefacio...* op. cit., p. 25 califica como de “[...] inconfundible olor a pasado”.

⁵⁹⁰ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...* op.cit., p. 303; CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...* op.cit., pp. 705-706; AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...* op.cit., p. 400; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...* op.cit., p. 260.

⁵⁹¹ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...* op.cit., p. 701; también MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...* op.cit., p. 1228; y TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...* op.cit., p. 111.

CAPÍTULO III
CIBERACOSO SEXUAL A MENORES (*CIBERGROOMING*) Y EL ENVÍO DE
PORNOGRAFÍA A TRAVÉS DE LAS TIC POR PARTE DE MENORES
(*SEXTING*): FIGURAS DELICTIVAS RELACIONADAS CON LA
PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL EN INTERNET

1. EL CIBERACOSO SEXUAL A MENORES O *CIBERGROOMING*: UNA ANTESALA HABITUAL DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL A TRAVÉS DE INTERNET

1.1. FENOMENOLOGÍA DEL CIBERACOSO SEXUAL A MENORES

La LO 5/2010, inspirada en la Convención europea sobre protección de los niños contra la explotación sexual y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, del Consejo de Europa (art. 23),⁵⁹² incorporó en la legislación española los principales aspectos de la figura conocida en doctrina como *cibergrooming*, aunque no se tipificó con un nombre definido.⁵⁹³ Luego, la reforma hecha mediante la LO 1/2015 intervino el antiguo art. 183 bis e incorporó el art. 183 ter, ampliando su campo de acción, en los términos que se verán en el presente capítulo, pero manteniendo su “anonimato jurídico”.

⁵⁹² Instrumento en que se plasma la iniciativa de castigar estas conductas penalmente como figura autónoma, y no sólo como acto preparatorio, particularmente el castigo penal del adulto que se sirve de las tecnologías de la información y las comunicaciones como medio para proponer un encuentro con un niño con el propósito de cometer contra él determinados delitos de abuso y explotación sexual (art. 23); TAMARIT SUMALLA, Josep, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010, p. 167, el autor señala que este tipo penal, transcripto de forma casi idéntica a como estaba redactado en la Convención, nació de un consenso parlamentario, pues el proyecto incorporaba a todos los menores de edad, mientras que el grupo socialista propugnaba fijar los límites en la edad en que el menor pudiera, en ese momento, consentir un acto sexual, para evitar una sobre-incriminación. El art. 23 señala que los Estados firmantes se comprometen a adoptar medidas –legislativas o de otra naturaleza- para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las nuevas tecnologías, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad para consentir válidamente en materia sexual, con el fin de realizar actividades de tal naturaleza o bien para ser utilizado en la producción de pornografía infantil cuando a dicho propósito le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *Los delitos...op.cit.*, p. 289.

⁵⁹³ Cabe señalar que esta figura no estaba contemplada originalmente en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba el Código penal en ese entonces. Esta se incorporó en el Informe de la Ponencia del Congreso a raíz de un acuerdo político con el Partido Popular, con el objetivo de prevenir el actuar de pederastas que utilizaban las TIC para ganar la confianza de menores de edad, disminuyendo sus inhibiciones y así lograr abusar sexualmente de él. La primera redacción del artículo era la siguiente: “El que, por cualquier procedimiento de Internet, teléfono móvil u otro medio telemático, que facilite el anonimato, contacte o establezca conexión con un menor de edad y consiga mediante coacción, intimidación, engaño u otro ardid, lograr un acercamiento con el mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos comprendidos en los dos capítulos precedentes de este título, será castigado con la pena de 1 a 3 años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos, en su caso, por haber conseguido el acercamiento”, CHACÓN MEDINA, Antonio, “Una nueva cara de internet: el acoso” en *Revista Ethic@net*, Nº1, 2013, p. 16, disponible en <http://www.ugr.es/~sevimeco/revistaeticanet/Numero1/Articulos/NUEVACARADEINTERNET.pdf> (Última visita, 20 de marzo de 2014); sobre los errores político-criminales del legislador español en la incorporación de este delito, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del anteproyecto de reforma de código penal de 2012 y 2013”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXV, 2012, especialmente pp., 187-188.

Como indica CORCOY BIDASOLO, a esta figura se le han atribuido diversos *nomen iuris* en la ciencia y la práctica jurídico-penal. Nuestra investigación ha encontrado, entre otros, “ciberacoso sexual”, “ciberacoso infantil”,⁵⁹⁴ “solicitud de niños con propósito sexual”,⁵⁹⁵ “embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos”,⁵⁹⁶ “Contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores”,⁵⁹⁷ “acoso por medios de comunicación”⁵⁹⁸ o “seducción informática”, todos ligados a su origen anglosajón “*online childgrooming*”⁵⁹⁹, “*cyber/ cibergrooming*” o “*baby grooming*”.⁶⁰⁰

Respecto a la figura criminógena en estudio, cabe señalar que la palabra *grooming* es un vocablo de habla inglesa, forma verbal del verbo *to groom*, cuyo significado alude a conductas de preparación o acicalamiento de algo o alguien para un propósito o actividad en particular⁶⁰¹. Cuando se adiciona la expresión *child* se asocia a toda acción que tenga por objetivo minar y socavar moral y psicológicamente a un menor con el fin de conseguir su control a nivel emocional con fines primordialmente sexuales.⁶⁰² El prefijo *cyber* -o ciber- se agrega para explicitar que la conducta de

⁵⁹⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; y SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, “Delitos contra la libertad sexual”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I Arts. 1 al 318 bis*, 3ª edición con concordancias y jurisprudencia, Barcelona: Ed. Bosch, 2012, p. 704; VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP”, en *Revista Práctica Penal*, N°66, 2012, p. 13.

⁵⁹⁵ Art. 23 de la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños contra su Explotación y Abuso Sexual.

⁵⁹⁶ SALVADORI, Iván, “Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el derecho penal europeo comparado”, en MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.); y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2012, p. 452.

⁵⁹⁷ DÍAZ CORTÉS, Lina, “Ciberacoso. Contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores”, en RIVAS VALLEJO, Pilar; GARCÍA VALVERDE, Mª Dolores (Dirs.); CABALLERO PÉREZ Mª José; TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (Coords.), *Tratamiento integral del acoso*, (Cizur Menor) Navarra: Ed. Aranzadi, 2015, p. 505.

⁵⁹⁸ Por esta opción, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 373.

⁵⁹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming o propuesta telemática a menores*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, p. 6.

⁶⁰⁰ GALLEGU, José I.; HORTAL, Juan C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo I*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 243; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición revisada y actualizada, Barcelona: Ed. Atelier, 2010, p. 240; el texto en inglés del Convenio de Lanzarote lo describe como “*Solicitation of children for sexual purposes*”.

⁶⁰¹ “(Of a paedophile) prepare (a child) for a meeting, especially via an Internet chat room, with the intention of committing a sexual offence”. *OXFORD DICTIONARIES ON LINE*, disponible en <http://oxforddictionaries.com/definition/groom?region=us> (Última visita 31 de marzo de 2015); por tal razón, como bien indica HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, “Las conductas de acoso por medio de la tecnologías de la información y las comunicaciones”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2011, p. 270, cabe hablar de comportamientos de *grooming* y no de “actos de *grooming*”.

⁶⁰² En ese sentido es tomado por el Diccionario de Oxford.

preparación o acicalamiento se realiza a través de medios informáticos o telemáticos, como mensajes de texto, chats u otros servicios de Internet.⁶⁰³

En un primer momento se optará por utilizar la expresión *cibergrooming*, toda vez que la forma anglosajona permite incluir tanto a conductas unitarias de acercamiento como a aquellas repetitivas constitutivas de acoso. Se suma a esto, en primer lugar, que el verbo *to groom* no hace distinción alguna de sujeto víctima ni medio comisivo, al no ser una palabra técnica de la ciencia jurídica; y en segundo lugar, ya que utilizar la nomenclatura *childgrooming* margina un concepto esencial de las conductas en estudio, al excluir el medio comisivo –red informática o telemática-. Por su parte, las expresiones ciberacoso sexual a menores o ciberacoso sexual infantil y juvenil, se usarán principalmente para hacer referencia al fenómeno criminal, a pesar de que el tipo penal del art. 183 bis del CP no consagra en forma excluyente conductas de acoso. Además los términos *sexual cibergrooming*, ciberacoso sexual a menores o ciberacoso sexual infantil y juvenil permiten centrar el estudio en aquellas conductas de acercamiento o acoso que se dirigen a menores de edad a través de redes telemáticas como Internet. Por último, si se opta por una de las expresiones más usadas, como es ciberacoso infantil, se estaría utilizando una nomenclatura que, en el uso común del lenguaje, estaría centrada en conductas donde la víctima es un niño o infante, mas no un adolescente (que coloquialmente no absorbe el vocablo “niño”). Cabe agregar a todo lo anterior que el estudio, al menos en esta primera parte, trata de una realidad fenomenológica y no únicamente dogmática.

En un segundo momento, la perspectiva y la nomenclatura pueden ser distintas, sobre todo cuando aterricemos el análisis en los artículos 183 bis (en su redacción antigua y nueva) y 183 ter del CP, pues las conductas allí tipificadas pueden no corresponder necesariamente a la figura de ciberacoso sexual a menores. En tal sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ califica derechamente de errónea la postura, masificada en la doctrina, de atribuir tal denominación. Para él, el art. 183 bis original no hace punible una forma de acoso, sino que basta una sola conducta, por lo que prefiere usar la

⁶⁰³ Robles Carrillo discrepa de la opinión mayoritaria que estima como completamente trasladable a la Red la fenomenología del acoso físico, y si bien reconoce que el sexual es su principal manifestación en Internet, considera que en el ciberespacio se pierden los parámetros del modelo originario de acoso (incluyendo las relaciones de poder). Por todos, ROBLES CARRILLO, Margarita, “El acoso: una perspectiva internacional”, en RIVAS VALLEJO, Pilar; GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores (Dirs.); CABALLERO PÉREZ M^a José; TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (Coords.), *Tratamiento integral del acoso*, (Cizur Menor) Navarra: Ed. Aranzadi, 2015, PP. 227-228.

expresión “acercamiento a menores con fines sexuales”.⁶⁰⁴ Consideramos interesante esta apreciación, sin embargo, la propia fenomenología demuestra que las formas comisivas que terminan siendo subsumidas por el 183 bis comienzan con una serie de actos de acercamiento que no alcanzan muchas veces a constituir la proposición de contacto real, lo que puede suceder un tiempo después del primer ciber-contacto. Si bien estos hechos serían impunes, permiten que, desde una perspectiva académica, se trate este fenómeno como ciberacoso sexual a menores, como lo hace también el significado del verbo *to groom*.

Si bien el *cibergrooming* puede producirse en cualquier instancia, es particularmente grave en los casos en los que una persona realiza estas prácticas en contra de un niño (en sentido coloquial) con el objetivo de obtener algún tipo de contacto sexual. En términos generales, se constata cuando un adulto engaña a un menor a través de programas de conversación como MSN o salas de Chat para obtener imágenes pornográficas mediante el engaño y/o extorsión, dificultando que la víctima pueda salir o protegerse en esa relación. Se trata, básicamente, de una forma de abuso sexual virtual.⁶⁰⁵ RAGUÉS I VALLÈS lo entiende como “[...] aquellas situaciones en que un adulto, aprovechándose del anonimato que le proporciona internet, contacta con un menor con el propósito de mantener algún tipo de conversación o intercambio de información de naturaleza sexual (imágenes eróticas del propio menor) o de propiciar un posterior encuentro sexual”.⁶⁰⁶ Esta última concepción, hace referencia al conjunto de acciones realizadas deliberadamente con la finalidad de establecer una relación y un *control emocional* sobre la víctima a fin de generar un eventual abuso sexual posterior.

⁶⁰⁴ Apoya esta postura en argumentos empíricos, pues considera que la forma comisiva habitual en estos casos es la de seducción o paulatina aproximación, y no el acecho u hostigamiento, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del anteproyecto de reforma de código penal de 2012 y 2013”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXV, 2012, p. 191.

⁶⁰⁵ La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, se refiere en su art. 5 al *cibergrooming* como “[...] seducción de niños con fines sexuales”, entendiendo a esta como “[...] la propuesta de un adulto, transmitida por medio de un sistema informático, para encontrarse con un niño que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual establecida en las disposiciones aplicables de la legislación nacional, con el fin de cometer determinados delitos de abuso sexual y de producción de pornografía infantil, cuando tal propuesta haya sido seguida por actos materiales encaminados al encuentro”. Finalmente, el texto de la Directiva 2011/93/UE la identifica como embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos.

⁶⁰⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Los delitos...op.cit.*, pp. 288 y 289; similar es la definición de VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP”, en *Revista Práctica Penal*, N°66, 2012, p. 13, que lo considera como una modalidad delictiva caracterizada por el uso de medios tecnológicos de comunicación para lograr el acceso a menores de edad y, una vez conseguido este, alcanzar encuentros sexuales u obtener material de carácter pornográfico infantil a partir de imágenes o secuencias en video de los propios menores que han sido contactados.

Para HERNÁNDEZ GUERRERO, *cibergrooming* o ciberacoso sexual a menores es un comportamiento consistente en la realización de acciones deliberadas por parte de un adulto para tomar contacto con menores de edad, con el propósito de obtener una satisfacción sexual mediante la captación de imágenes de contenido erótico o pornográfico –voluntariamente o no aceptada su captación por el menor- o incluso como preparación para un encuentro sexual. Se caracteriza porque el actor siempre es un adulto que actúa sobre menores de edad.⁶⁰⁷ Como fenómeno, no podemos afirmar que el *grooming* nace con la sociedad del riesgo ni con la revolución de Internet, pero sí podemos afirmar que el *cibergrooming* responde a esta característica.⁶⁰⁸

HERRERO define al ciberacoso como la conducta de “[...] ponerse intencionalmente, por parte de un adulto, en contacto con un menor, a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, con el fin de ganarse, de entrada, la confianza del niño (o su control emocional) y así poder acceder a la práctica de su propósito principal: el abuso sexualmente del mismo, sea a través de imágenes, sea por el encuentro físico con la misma. En una segunda fase, el sujeto activo hasta utilizará, incluso, el chantaje o la intimidación (amenaza de publicar fotografías comprometidas de la misma, etc.) para doblegar la voluntad de aquel, renuente, muchas veces, a sus proposiciones”.⁶⁰⁹

GONZÁLEZ TASCÓN lo describe como “[...] el hecho de que una persona adulta deliberadamente inicia a través de las TIC un contacto con un menor con el propósito de ganarse la confianza de este para establecer una relación o actividad sexual, que bien podría implicar o no un contacto físico”.⁶¹⁰

Por su parte, MANZANARES SAMANIEGO entiende que “[...] el *childgrooming* consiste en acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse la conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él”,⁶¹¹ mientras que FERNÁNDEZ TERUELO lo define como el

⁶⁰⁷ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, pp. 269-270.

⁶⁰⁸ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del anteproyecto de reforma de código penal de 2012 y 2013”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXV, 2012, p. 183.

⁶⁰⁹ HERRERO HERRERO, César, *Fenomenología criminal y criminología comparada*, Madrid: Ed. Dykinson, 2011, pp. 279-280.

⁶¹⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, María, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, p. 218.

⁶¹¹ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *Código penal (adaptado a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio) (comentarios y jurisprudencia), II parte especial*, Granada: Ed. Comares, 2010, p. 256.

conjunto de estrategias que una persona adulta desarrolla para ganarse la confianza de un menor a través de internet, con el fin último de obtener concesiones de índole sexual, sean voluntarias o forzadas.⁶¹²

Finalmente, y tan sólo para reforzar la gran cantidad de definiciones que existen sobre el ciberacoso, HERNÁNDEZ GUERRERO entiende que estamos frente a un procedimiento para obtener el consentimiento del menor en virtud del cual el corruptor pretende satisfacer sus deseos sexuales a través de actos de propósito sexual que obliga al menor a ejecutar, que en algunos casos –según el autor, principalmente cuando estamos frente a víctimas de sexo femenino- deriva en abusos o agresiones sexuales.⁶¹³ De la misma forma, es posible entenderla como la nueva táctica con la que los explotadores o abusadores tratan de contactar con sus potenciales víctimas.

Los autores anteriormente aludidos insisten en destacar que la expresión *preparación*, que opera mayormente mediante la utilización del engaño, resulta relevante para definir la modalidad utilizada por el ciberacosador, espacio donde “prepara el terreno” y se aproxima a su víctima, la que no tiene posibilidad de conocer la verdadera identidad del agresor.⁶¹⁴ Por tanto, postulan que estaríamos ante un doble vicio del consentimiento del menor, el producido por la relación estuprosa entre el adulto y la víctima, toda vez que el primero se encuentra en una situación de superioridad maduracional (cognitiva y emocional) y en segundo término, porque el menor cree (o se le hace creer, mediante el engaño) estar relacionándose con “otra persona”, con un par.⁶¹⁵ En el mismo sentido, se aprecia que en la preparación en la que incurre el agresor, el engaño es comúnmente utilizado, como también es posible hacer uso de la intimidación o de la extorsión.⁶¹⁶

En este escenario, el *modus operandi* habitual consiste en que el delincuente se gane la confianza de su víctima vía *chat* u otro medio telemático hasta lograr obtener de ella alguna imagen o video comprometedor. Para ello el acosador suele adentrarse en

⁶¹² FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2011, p. 153.

⁶¹³ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 290. El autor considera que el *grooming* es un atentado contra la libertad sexual del menor, aunque esta libertad esté viciada por falta de capacidad o por engaño el hechor.

⁶¹⁴ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, María, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, p. 215 se refiere a esta figura también como “preparación de menores para fines sexuales a través de las TIC”, reduciendo su ámbito de acción, como se verá luego; también HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 289.

⁶¹⁵ CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 153-155.

⁶¹⁶ Una completa y detallada descripción de la forma habitual en que opera el *cibergroomer* en VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 14.

comunidades virtuales que aglutinen a menores de edad como usuarios,⁶¹⁷ entablando con rapidez contacto con menores –conocidos o no– que ha estado observando, animándolos a seguir la comunicación. Usualmente el sujeto oculta su verdadera edad e identidad para que el menor crea que se comunica con otro niño o niña.

Una vez ganada su confianza, y realizadas acciones tendientes a reducir la inhibiciones sexuales de los menores, a menudo el *cibergroomer* consigue que la víctima dé el primer paso enviando previamente imágenes de contenido sexual, de modo tal que la víctima estima normal ciertas actitudes o imágenes altamente eróticas o incluso pornográficas. Es aquí donde comienza el chantaje, ya que el menor es sometido a presiones para enviar más imágenes de este tipo, ante la amenaza de enviar a todos sus contactos las imágenes que el delincuente posee. Por ende, una parte importante del ciberacoso sexual hace referencia a la acciones encaminadas a establecer una relación y control emocional sobre un menor, con la finalidad última de abusarlos sexualmente.⁶¹⁸

Aunque pareciera evidente que el acoso sexual a menores por redes telemáticas suelen ser uno o varios actos que se realizan para preparar otros delitos sexuales, como aquellos relativos a la pornografía infantil y juvenil, se considera erróneo circunscribirlo sólo al ámbito de los denominados actos preparatorios, o etapas imperfectas de ejecución del delito.⁶¹⁹ Es común entre los tipos penales con un alto componente de participación tecnológica, encontrar figuras conocidas como delitos “multi-etapa”, que es el conjunto de delitos que vulneran diversos bienes jurídicos (lo que impide hablar de un delito continuado) y que se encaminan a la consecución de una finalidad aglutinadora de la voluntad criminal desplegada de esa manera. El propósito delictivo unitario (en el caso del *cibergrooming*, la desdignificación de la víctima) permite el fenómeno acumulativo, que a su vez deriva en dos cuestiones: el tratamiento dosimétrico único de las penas aplicables a todos los hechos cometidos, y un tratamiento procesal unitario de todas las causas que se incoen, para hacer posible el tratamiento penal unitario y una acertada investigación.⁶²⁰

⁶¹⁷ Entre estos, uno de los más famosos y masificados actualmente es Club Penguin, una red social para que los niños puedan reunirse virtualmente con sus pares, conversar y jugar. Vid., <http://www.clubpenguin.com/es/> (Última visita 25 de febrero de 2014).

⁶¹⁸ Disponible en <http://www.explotacionsexualinfantil.org/inicio/que-es-es-ci/modalidades.aspx> (Última visita 25 de noviembre de 2014).

⁶¹⁹ Coincide en esta apreciación MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010)*, Barcelona: Ed. Bosch, 2011, p. 123, por considerar que la gravedad de las conductas recogidas en el antiguo artículo 183 bis va más allá de la propia de los actos preparatorios de los delitos referenciados.

⁶²⁰ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 279.

Estos planteamientos doctrinales nacidos de una visión fenomenológica del ciberacoso a menores, ha sido recogido de distintas formas en el Derecho comparado.⁶²¹ Haciendo una rápida revisión, Australia es uno de los países pioneros en el intento por afinar la idea de ciberacoso telemático, al entender por *childgrooming* o *luring* “[...] aquel proceso que comienza cuando los depredadores sexuales eligen un área de interés que pueda atraer a los niños. En el mundo físico, esto puede suceder en escuelas, centros comerciales y parques infantiles. El proceso se inicia cuando el agresor toma un interés particular en el niño y lo hace sentir especial con la intención de crear un vínculo, a fin de tener algún tipo de contacto. El victimario comparte detalles íntimos de su vida sexual con el niño confidente con miras a que el receptor se involucre o someta a una actividad sexual con el agresor o con otra persona”.⁶²²

Esta conducta se encuentra tipificada en el capítulo 8º del Código penal australiano, en el apartado dedicado a los delitos relativos a servicios de telecomunicaciones, particularmente el uso de los servicios de comunicación que impliquen conductas de carácter sexual con persona menor de 16 años.⁶²³ Particularmente, se castiga la utilización de sistemas de comunicación como Internet para facilitar la consecución de la involucración de un menor de 16 años en actividades sexuales.⁶²⁴

Las modalidades castigadas en el Código punitivo australiano contienen tanto elementos normativos como subjetivos que hacen bastante particular su tipificación. En concreto se castigan las siguientes conductas:

- a. Quien teniendo al menos 18 años utiliza un servicio de comunicaciones para transmitir una comunicación a otra persona, menor de 16 años o que el ofensor crea que es así, con el propósito de hacer más fácil la obtención de su implicación en una actividad sexual con el remitente de la comunicación;
- b. Quien se sirve de un servicio de comunicaciones para transmitir a un menor de 16 años una comunicación con el propósito de hacer más fácil que este se involucre en una

⁶²¹ Un panorama actualizado, incluyendo Estados Unidos, Europa continental e insular, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, pp.125 y ss.

⁶²² *Online Child Grooming Laws, Australian Institute of Criminology*. Disponible en <http://www.aic.gov.au/publications/htcb/htcb017.html> (Última visita 18 de agosto de 2013).

⁶²³ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *Código penal...op.cit.*, p. 256.

⁶²⁴ Art. 474.27 A del Código penal australiano, “[...] using a carriage service to groom persons under 16 years of age”.

actividad sexual con otra persona de 18 años o más, o que el ofensor cree que tiene esa edad.⁶²⁵

En Francia, el Código penal tipifica en el artículo 227-22-1 al mayor de edad que hace proposiciones sexuales a un menor de 15 años o a una persona que se presenta como tal mediante la utilización de un medio de comunicación electrónica.⁶²⁶

En el Reino Unido, el ciberacoso se castiga a través de la *Malicious Communications Act*, de 1998 y en la *Protection from Harassment Act*.⁶²⁷ El *ciberbullying* es regulado en forma diferenciada, con las leyes estatutarias *The Obscene Publications Act*, de 1959; *The Computer Misuse Act*, de 1990; *The Criminal Justice and Public Order Act*, de 1994; *The Protection from Harassment Act*, de 1997; y *The Communications Act*, de 2003. Específicamente en Nueva Gales del Sur, la figura está contenida en la *Crime Act*, del año 1990, particularmente en el artículo 66EB,⁶²⁸ que hace punibles una serie de modalidades de conducta muy similares a las ya vistas.⁶²⁹

En concreto, se castiga la acción consistente en tratar de conseguir de un menor de 16 años la realización de una actividad sexual contraria a la ley, sea con él mismo agresor o con cualquier otra persona. Esta conducta requiere de un elemento subjetivo adicional, el ser deliberada. En segundo lugar, resulta punible el que se reúna con un menor de edad para implicarlo en una actividad sexual explícita, o viaje con la intención de reunirse con él, cuando el menor ha sido previamente sometido, por parte del adulto, a conductas de exposición de material indecente. Esta conducta también requiere que se actúe deliberadamente y con la intención de reunirse con el menor. Por último, en la *Crime Act* galesa es punible la conducta de un adulto que, con la intención de reunirse con un menor de edad para implicarlo en una actividad sexual explícita, o de viajar para reunirse con él, realiza una comunicación personal o telefónicamente, Internet u otros medios, o facilita una imagen de ordenador, video o publicación mediante la que se expone al menor a material indecente o le proporciona alguna sustancia intoxicante.⁶³⁰

⁶²⁵ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, pp. 223-224.

⁶²⁶ No deja de ser curioso que se castigue el tomar contacto con quien “se hace pasar por un menor de 15 años”, toda vez que en este caso no habría bien jurídico que proteger, y mas bien parece castigar penalmente gustos desviados, cierta perversidad o tendencias sexuales, lo que se acerca peligrosamente al Derecho penal de autor.

⁶²⁷ AGUILAR CÁRCELES, Marta, “Los delitos informáticos: cuantificación y análisis legislativo en el Reino Unido”, en *Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época*, N° 110, 2013, p. 234.

⁶²⁸ “*Procuring or grooming child under 16 for unlawful sexual activity*”.

⁶²⁹ Con más detalle sobre UK, GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, pp. 218 y ss.

⁶³⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 226.

En Canadá se castiga penalmente en el artículo 172.1 del Código punitivo la conducta del que se comunica por medios informáticos con una persona menor de 18 años, o que él crea que es menor de 18 años, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de explotación sexual, incesto, corrupción moral, proxenetismo o agresiones sexuales en contra del menor. La conducta se replica en el caso de menores de 16 años, cuando el propósito contempla la facilitación de un delito de contacto sexual con un menor de esa edad, de incitación a tal contacto, de bestialismo en presencia de un menor de 16 años, de exhibicionismo, rapto o secuestro de un menor de tal edad. Por último, si se trata de un menor de 14 años o de quien el agresor crea que tiene menos de esa edad, se castiga a quien se comunica por medios informáticos con el propósito de cometer un delito de rapto de menor de 14 años.

Llama la atención que nuevamente se recurra a la figura de “el que cree tener menos de una cierta edad”, requisito que, desde nuestra perspectiva, no hace sino acercarse a un castigo penal del Derecho penal de autor, puniendo tendencias internas que no dañan algún bien jurídico, y donde la puesta en peligro es extremadamente difusa (y cuestionable).

Por último, en Estados Unidos, el Código Federal norteamericano castiga en el párrafo 2422 (b) a los que emplean el correo (electrónico, se entiende) o cualquier otro medio similar para inducir a un menor a subir un acto sexual. En varios estados en particular se castiga el delito de sollicitación sexual *online* de menores.⁶³¹

1.2. LA IRREGULAR INCORPORACIÓN DEL CIBERACOSO SEXUAL A MENORES O *CIBERGROOMING* AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se señala que el objetivo de la introducción de esta figura es combatir las conductas de adultos que, prevalidos de las nuevas tecnologías, logran ganarse la confianza de los menores con el fin de entablar contactos de características sexuales, aprovechando muchas de las “garantías” que estas otorgan –chat, redes sociales, etc.- como el anonimato o la opacidad, según indica la

⁶³¹ Una revisión detallada de la legislación federal estadounidense acerca del *childgrooming* en <http://www.ncsl.org/default.aspx?tabid=13448> (Última visita 05 de mayo de 2014).

Convención Europea de 2007 en su art. 23,⁶³² y que son propias de la realidad tecno-social en que se insertan, como se ha visto en la primera parte de este trabajo.

La LO 1/2015 repite las consideraciones de la LO 5/2015, para justificar la inclusión del nuevo art. 183 ter, pero lo hace bajo una redacción que da a entender que estos supuestos de la delincuencia sexual cometida a través de Internet no hubieren sido abordados en la reforma anterior, además de señalar erróneamente que se debe actuar con un menor de quince años, cuando el texto del nuevo artículo señala claramente los dieciséis, acorde a la nueva edad de consentimiento sexual.⁶³³

Para CORCOY BIDASOLO, basándose en la redacción del antiguo 183 bis, la naturaleza jurídica del *childgrooming* es la de un acto preparatorio de los delitos de agresión sexual,⁶³⁴ abuso sexual o corrupción de menores de trece años (art. 189 CP), autónomamente castigado,⁶³⁵ que no serían penados ni siquiera a título de tentativa, lo

⁶³² La figura implica el cumplimiento de las obligaciones contraídas por España en el Convenio de Lanzarote, cuyo artículo 23 señala “Proposiciones a niños con fines sexuales: Cada parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a) del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro”. A su vez, esta definición es muy similar a la formulada por la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que en su artículo 6, párrafo 1 establece la obligación para los Estados miembros de castigar la propuesta por parte de un adulto de, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer un delito sexual, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro. Esta Directiva pone especial énfasis en la peligrosidad de las conductas de ciberacoso, debido al anonimato bajo el que actúan estos delincuentes gracias a Internet.

En concordancia con lo anterior, la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, suscrita en Badajoz el 11 de octubre de 2005 (Instrumento de Ratificación de 6 de noviembre de 2007, BOE 67, 18 de marzo de 2010, pp. 26518 y ss.), reconoce el derecho de los jóvenes a su desarrollo moral, físico e intelectual, debiendo ser protegido contra el abuso sexual, de su intimidad o de su imagen, debiendo tomarse las medidas para que no se merme su dignidad persona.

⁶³³ “La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”. Al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, p. 147.

⁶³⁴ En igual sentido, y crítica con la disposición, por considerar que castiga la mera “[...] toma de contacto con el menor de edad”, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 123; MANZANARES SAMANIEGO, José L., *Código penal...op.cit.*, p. 256, tacha de delito de mera actividad, y al ser de ejecución escalonada, permitiría la tentativa; en igual sentido CHACÓN MEDINA, Antonio, *Una nueva cara...op.cit.*, p. 16; HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 290; TAMARIT SUMALLA, Josep, *Los delitos sexuales...op.cit.*, p. 172. Crítica de estas opiniones, a las que llega a considerar incluido de “taimadas”, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, p. 150.

⁶³⁵ Concuerta, RAMÓM RIBAS, Eduardo, “La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., *et al* (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, p. 859; GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 229; TAMARIT SUMALLA, Josep, *Los delitos...op.cit.*, p. 172 y él mismo autor, *Artículo 183 bis...op.cit.*, p. 1186; que menciona como aquí el legislador español se apartó de la

que hace pensar a TERRADILLOS BASOCO que se trata de un tipo penal construido con base en la mera sospecha, además de dudosa constitucionalidad.⁶³⁶ Esto último se ve reforzado, *a priori*, desde la perspectiva policial, como bien indica SALVADORI, toda vez que los órganos de control e investigación y sus agentes pueden intervenir contra un eventual agresor antes de que el delito se cometa.⁶³⁷

SUÁREZ-MIRA lo consideraba un delito de peligro, que protegía la indemnidad del menor de 13 años. La amenaza o peligro estaba constituido por la conducta del victimario que contacta con el menor a través de alguno de los medios descritos en el tipo, para luego concertar un encuentro con el fin de cometer alguno de los delitos descritos en los arts. 178 a 183, además del art. 189, antes de la Reforma de 2015.⁶³⁸

Para responder tales cuestiones, será necesario revisar los elementos típicos del nuevo art. 183 ter, en ambos numerandos, con especial referencia al antiguo 183 bis, como asimismo del tipo penal incluido en el nuevo 183 bis inciso primero, y la figura agravada del inciso segundo.

1.2.1. El tipo de ciberacoso dirigido a conseguir un encuentro (art. 183 ter número 1)

Convención, que en su art. 23 sólo incorporaba como delito ulterior la producción de pornografía infantil; AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 821, N° 9405; GALLEGU SOLER, José I., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 439; para Cancio Meliá es un delito de preparación, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 374; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; y SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, “Delitos contra la libertad sexual”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I Arts. 1 al 318 bis*, 3ª edición con concordancias y jurisprudencia, Barcelona: Ed. Bosch, 2012, pp. 704-705, es un acto preparatorio; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 240, lo caracteriza como un tipo de imperfecta ejecución.

⁶³⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, Tomo III, Volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011, p. 197; coincide con la calificación de “delito de sospecha”, y entendiendo que habría una vulneración al principio de culpabilidad, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 125; cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Los delitos...op.cit.*, p. 290, para quien sí habría espacio a la tentativa, en caso de iniciarse actos ejecutivos.

⁶³⁷ Cabe hacer notar, sin embargo, que el autor admite que los bienes jurídicos protegidos –integridad física y sexual del menor, desde su perspectiva– son de aquellos que harían admisible una intervención penal anticipada. La medida en que una determinada técnica legislativa, como la usada en el Código penal italiano, pone en peligro los derechos fundamentales del futuro agresor, estaría dada, para el caso del *childgrooming* online, por exigir en el tipo penal que el acercamiento al menor vaya seguido de actos materiales destinados al encuentro con este, como hace el Convenio de Lanzarote y, consecuentemente, el Código penal español, en la medida de que esto implique un peligro actual para los menores, cuestión que justificaría la intervención penal. Véase la visión crítica respecto a la tipificación del embaucamiento de menores en Italia en SALVADORI, Iván, *Lucha contra...op.cit.*, p. 462.

⁶³⁸ Lo que para SERRANO/SERRANO implicaría un desplazamiento de ambas partes, o de una de ellas, para contactar personalmente en algún lugar, es decir, una reunión entre ellos, SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...op. cit.*, p. 238; Lo mismo opina MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 123, quien critica que se adelante la intervención penal en este caso.

Concordamos con RAMOS VÁZQUEZ en que los elementos comunes a las conductas del art. 183 son tres: la existencia de un contacto con un menor de 16 años, el uso de Internet u otras TIC para ese contacto y la finalidad sexual del mismo.⁶³⁹

El número 1 del art. 183 ter reproduce, con ínfimas pero importantes variaciones, el contenido del antiguo art. 183 bis. Estas son la edad del sujeto pasivo, como ocurrió en los delitos de pornografía infantil y juvenil del art. 189, y las conductas que deben estar comprendidas en la finalidad del autor, que antes debían ser las contenidas en los artículos 178 a 183, más el 189, mientras que ahora son únicamente este último más el del art. 183.⁶⁴⁰

Comenzando el análisis con tipo objetivo, en cuanto a los sujetos, la figura en estudio parece ser un delito de sujeto activo común,⁶⁴¹ pues el tipo objetivo no exige característica especial alguna a quien realiza la conducta, a diferencia de lo que ocurre con el sujeto pasivo.⁶⁴² Discutible es, de *lege ferenda*, si el tipo debió restringirse a los adultos, o en estricto rigor mayores de edad, ya que fisiológicamente no siempre los mayores de 18 son adultos, en tanto su desarrollo sico-sexual puede ser aún incompleto.⁶⁴³ Es más, esta idea es recogida en el nuevo art. 183 quater, al reconocer que, por ejemplo, un sujeto de 18 años pueda hacer presenciar a otro de 15 actos de naturaleza sexual, y no ser penalmente responsable si este último consiente, y el grado de desarrollo o madurez es similar (ya no sería la edad).

⁶³⁹ RAMOS VÁZQUEZ, José A., “*Grooming y sexting*: art. 183 ter CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATAILLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 622-623.

⁶⁴⁰ Para MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 455, se trata de un acierto parcial, pues los antiguos delitos contemplados en los artículos 178 a 182 no podían ser aplicables a los menores de 13 años antes de la Reforma.

⁶⁴¹ Concuerda con esto MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010)*, Barcelona: Ed. Bosch, 2011, p. 120.

⁶⁴² Criminológicamente hablando, CHACÓN MEDINA estima que el perfil del ciberacosador infantil y juvenil es el de un tipo frío, sin empatía. Un depredador que puede esperar pacientemente conectado en Internet, participando de un foro o chat, hasta que logra entablar contacto con alguien que pueda ser acosado, usualmente niños o mujeres. Este sujeto disfruta de perseguir a su víctima, sea conocida o no, al transformarse la persecución en una muestra de poder, dañando moralmente a su víctima, CHACÓN MEDINA, Antonio, “Una nueva cara de internet: el acoso” en *Revista Ethic@net*, N°1, 2013, disponible en <http://www.ugr.es/~sevimeco/revistaeticanet/Numero1/Articulos/NUEVACARADEINTERNET.pdf> (Última visita, 20 de marzo de 2014); vid., también HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, “Las conductas de acoso por medio de la tecnologías de la información y las comunicaciones”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2011, pp. 270-271-.

⁶⁴³ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 243, hace presente que en el Convenio Europeo sobre el Abuso y la Explotación de Menores, así como la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por ejemplo, consideran como sujeto activo únicamente a adultos.

Con la redacción actual, es posible que a un menor de 18 pero mayor de 14 se le imputen cargos por realizar conductas de *cibergrooming* sobre otro menor, cuestión que no necesariamente implicará un daño al bien jurídico protegido. Es más, puede considerarse socialmente aceptado que los adolescentes púberes comiencen a descubrir y desarrollar su sexualidad con sus pares, de las formas en que estos mismos acostumbran intimar.⁶⁴⁴ Hoy en día, la utilización de redes sociales y/o medios telemáticos para estos fines es algo propio de la sociedad del riesgo y la información, como se vio en el primer capítulo.⁶⁴⁵ A mayor abundamiento, coincidimos con RAMOS VÁZQUEZ en el sentido de que ni siquiera podrá aplicarse la disposición del art. 183 quater recién vista, al menos para la hipótesis del apartado segundo del art. 183 ter.⁶⁴⁶

El sujeto pasivo está claramente definido en el tipo penal. Antes de la Reforma, se fijó en 13 años, lo que era coherente con la modificación realizada por la propia LO 5/2010, de introducir un título especial que castiga los abusos y agresiones sexuales a menores de esa edad, así como lo era con la edad de consentimiento sexual (coherencia que no necesariamente se producía en el margen de trece a dieciséis años). Por lo mismo es que el tipo penal no exigía las circunstancias propias de otros delitos sexuales, como el uso de fuerza o intimidación (al menos en la figura básica), ya que estas circunstancias sólo se consideraban, como aún se hace, para la figura agravada.⁶⁴⁷

RAGUÉS I VALLÈS estimaba como un problema la restricción a los 13 años como límite máximo del *cibergrooming*, ya que esto restringía notablemente las posibilidades de aplicación práctica de la disposición, pues según indicaba, a esa edad los niños tienen aún una limitada capacidad de acceso a Internet.⁶⁴⁸

No compartimos esto por dos razones. Primero, porque los estudios que se presentan año a año dan muestra de que la edad de inicio de los menores en el uso de

⁶⁴⁴ Sin la relación se asimetría o superioridad propia del ciberacosador adulto, como señala HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, pp. 271-272.

⁶⁴⁵ La misma explicación de motivos de la LO 5/2010 hacía alusión al castigo penal de personas adultas que utilizan las TIC para ganarse la confianza de menores de edad con el fin de concretar algún tipo de encuentro sexual con estos. Si bien la LO 1/2015 guardó silencio respecto a esto en su exposición de motivos, la Directiva 2011/93/UE sí lo hace, en los considerandos 8º y 9º, donde expresamente se habla de abusos sexuales cometidos por adultos contra menores, así como de iguales que dan su consentimiento.

⁶⁴⁶ RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Grooming y...op.cit.*, p. 624.

⁶⁴⁷ Para VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op. cit.*, pp. 17-18, la justificación de este límite en la figura original se encuentra al tratarse de un acto encaminado a la comisión de una relación sexual que en todo caso será delictiva, por tratarse de un menor de 13 años, cuyo consentimiento es irrelevante para tales efectos.

⁶⁴⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramòn, *Los delitos...op.cit.*, p. 289. En similar sentido, por esta razón, y particularmente por la exposición, vulnerabilidad y dificultad para gestionar una situación propia del *cibergrooming*, es que Valverde Megías estimaba que debían establecerse términos más amplios en cuanto a la edad del sujeto pasivo, en concreto bajo los 16 años, al menos cuando concurren ciertas circunstancias como el engaño, VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op. cit.*, p. 18.

ordenadores personales o *smartphones* es bastante más bajo que los 13 años indicados en su momento por el legislador;⁶⁴⁹ y en segundo lugar, porque era cuestionable que mereciera castigo una conducta de estas características cuando el sujeto pasivo era alguien que, antes de la Reforma, ya podía ejercer, al menos parcialmente, su libertad sexual. Con el panorama actual esto sigue siendo cuestionable, político-criminalmente hablando, aunque el “error histórico” cometido con el aumento de la edad de consentimiento, como lo califica RAMOS VÁZQUEZ,⁶⁵⁰ al menos le da un mínimo de coherencia a lo punible, ya que, de *lege lata*, el menor de 16 no tiene consentimiento libre según el nuevo art. 183 quater.

Pasando a la conducta típica, esta consiste, en primer término, en un contacto no corpóreo a través de los medios descritos (Internet, telefonía o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación), proponiéndole al menor un encuentro con el objetivo de cometer cualquiera de las conductas descritas en los delitos descritos de los artículos 183 y 189 del Código penal. Esta conducta, que claramente se satisface sólo mediante forma comisiva, por la exigencia de actividad física, debe ir acompañada de la circunstancia de actos materiales encaminados al acercamiento.

Antes de la LO 1/2015, MONGE FERNÁNDEZ entendía que la acción nuclear del tipo penal consistía en “[...] acciones realizadas por un adulto, utilizando medios tecnológicos virtuales, con la finalidad de concertar un encuentro de carácter sexual, consiguiendo un contacto corporal para llevar a cabo un delito de abuso sexual, agresión sexual (artículos 178 a 183 CP), o para utilizarlos en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar material pornográfico”. Aunque la definición es bastante completa, y obviando la referencia a los delitos específicos, entendemos que yerra en dos cosas.⁶⁵¹ Primero, al calificar los medios comisivos como “virtuales”, pues lo realmente “virtual” no es el medio (un teléfono no lo es, como tampoco un ordenador) sino el encuentro que se produce entre víctima y victimario; y segundo, en la restricción a los adultos, por las razones dadas párrafos *supra*.

Siguiendo a GONZÁLEZ TASCÓN, el 183 bis es un tipo mixto acumulativo que requiere para su consumación de tres acciones sucesivas en el tiempo:⁶⁵²

⁶⁴⁹ Valverde Megías cita el estudio sobre La Generación Interactiva en España, del año 2009, donde se afirma estadísticamente que los niños y adolescentes entre 14 y 18 años hacen uso de redes sociales en Internet entre un 80 y un 85%. Bajo los 13 años, la cifra de todas formas supera el 50%. *Ibidem*.

⁶⁵⁰ RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Grooming y...op.cit.*, p. 622.

⁶⁵¹ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 121.

⁶⁵² GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 244. De igual forma, RAMOS VÁZQUEZ, José A., “Ciberacoso”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de*

- a. Contactar con el menor de 16 años para cometer los delitos identificados en el artículo, todos de connotación sexual;
- b. Proponer al menor la realización de un encuentro con él o ella, para cometer los delitos ya individualizados; y
- c. Realizar actos materiales encaminados al acercamiento con el o la menor.

Las analizaremos a continuación:

a. El verbo rector “contactar”, según el DRAE, significa el establecimiento de un contacto o comunicación alguien, en este caso con el menor de 16 años, a través de los medios comisivos determinados por la ley. De esto surgen al menos tres cuestionamientos. Primero, si es necesario que exista una respuesta del menor a la maniobra del *groomer*; segundo, si es necesario un conocimiento mutuo previo entre los intervinientes en la conducta; y tercero, si es necesario que sea el *groomer* quien tome la iniciativa, o esto puede generarse incluso a partir de la conducta del propio menor.

Respecto a lo primero, TAMARIT SUMALLA entiende que el tipo penal exige una respuesta del menor, lo que deriva en la atipicidad del mensaje enviado pero no contestado por el receptor,⁶⁵³ por ejemplo, facilitar dirección o lugar de encuentro, reservar habitaciones, etc. Coincidimos en esta apreciación, en virtud del sentido literal de la expresión, que requiere un “contacto” entre sujeto activo y pasivo, y no solamente la intención o los actos preparativos del “contacto”. En caso contrario, estaríamos frente a una tentativa de un delito cuya naturaleza en sí comparte elementos de un acto preparatorio, lo que a todas luces implicaría una anticipación excesiva de la intervención penal en materia de *cibergrooming*. Sumado a esto, la revisión de las distintas acepciones de la palabra contacto en el DRAE demuestran que en todas ellas se exige una relación o conexión entre dos partes, es decir, contacto implica una acción y efecto, en este caso, de contactarse el hechor con el menor de 16 años.⁶⁵⁴

Respecto a lo segundo, GONZÁLEZ TASCÓN cree que es irrelevante que los participantes del contacto se hayan conocido con anterioridad, ya que se puede producir el contacto, y por ende satisfacer la conducta, con o sin ese conocimiento previo.⁶⁵⁵

2015, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2015, p. 439, que agrega la finalidad relativa a los delitos indicados, aunque esto es parte del tipo subjetivo.

⁶⁵³ TAMARIT SUMALLA, Josep, “Artículo 183 bis”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, Tomo I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011, p. 1185.

⁶⁵⁴ En igual sentido, RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, p. 439.

⁶⁵⁵ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, pp. 245-246.

Coincidimos con esto, pues no existe ningún elemento de texto que lleve a asumir una postura distinta.

Por último, en relación al tercer punto, el mismo verbo rector permite que la conducta de contactar se considere satisfecha si es el menor quien toma la iniciativa en la comunicación, enviando un mensaje al agresor, quien al devolver este mensaje está “contactando” a su víctima. Por lo demás, asumir esta interpretación permite que se incorpore en el tipo penal una de las formas comisivas propias de los ciberagresores sexuales, como es su participación en redes sociales o comunidades virtuales “haciéndose pasar por menor”, con perfiles atractivos que provoquen en el menor de edad el deseo de contactar y/o ser contactado.⁶⁵⁶

La figura del artículo 183 ter número 1 es de aquellas que incorporan un medio comisivo especial para su ejecución. En este caso, y tal como se ha venido planteando, las características socio-tecnológicas exigen del legislador una respuesta específica al fenómeno criminógeno de las TIC en los delitos sexuales. Para cumplir tal objetivo, se ha utilizado un tipo penal con cláusula abierta, pues a Internet y el teléfono⁶⁵⁷ (que es básicamente el móvil), se agrega la expresión “[...] cualquier otra tecnología de la información y la comunicación”, dejando la opción al juez de incorporar cualquier otro dispositivo que la evolución tecnológica permita,⁶⁵⁸ como conexiones mediante *wifi* o *bluetooth*, *ethernet* u otros,⁶⁵⁹ considerando que nuevos medios aparecen año a año en nuestra sociedad.⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ Coincide en esta apreciación González Tascón, quien entiende que otra interpretación dejaría al agresor en condiciones de eludir la aplicación del tipo penal tan sólo con aprovechar el primer contacto hecho por el menor, que impediría subsumir ese hecho en el tipo penal, existiendo no obstante una verdadera preparación del encuentro sexual con tal menor. *Ibidem*.

⁶⁵⁷ No ha sido muy depurada la técnica legislativa, toda vez que Internet es una plataforma de comunicación, mientras que el teléfono es un dispositivo en el que se puede navegar por Internet, o bien únicamente utilizar los servicios tradicionales de telefonía (llamada de voz y envío de datos).

⁶⁵⁸ Pensemos, por ejemplo, en nuevos *gadget* como los lentes de realidad aumentada que compañías como Google han comenzado a introducir en el mercado, al menos a nivel de prototipo.

⁶⁵⁹ CHACÓN MEDINA, Antonio, *Una nueva cara...op.cit.*, p. 16.

⁶⁶⁰ Para HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 287, las TIC incluso podrían considerarse como circunstancias modificatoria de la responsabilidad penal, específicamente como agravante, toda vez que podría incluirse en el apartado 2º del artículo 22 del Código Penal, esto es, “ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente”. No se comparte esta opinión, toda vez que, aunque las TIC –pensemos particularmente en Internet- constituyan un medio que sirva para debilitar la defensa del ofendido o facilite la impunidad del delincuente, no se puede subsumir en ninguna de las alternativas del citado apartado N°2, toda vez que no constituye disfraz, ni es una conducta humana, como para servir de abuso de superioridad, así como tampoco es en sí un lugar o un tiempo. Demás está mencionar que las TIC no pueden subsumirse en “auxilio de otras personas”, aun cuando sirvan eventualmente para ello. Sería simplemente un medio para la realización de cualquiera de estas agravantes.

En relación a este punto, cobra importancia la idea de sexo virtual, muy asociada a estos fenómenos. Con esta denominación, según HERNÁNDEZ GUERRERO, se hace alusión únicamente al medio de contacto, pero no a la inexistencia de carácter sexual del encuentro a través de medios tecnológicos. Según el autor, por sexo virtual se entiende el “[...] mantenimiento de una relación sexual libremente consentida entre dos personas con capacidad de consentimiento sexual por intermedio de las TIC, obteniendo placer sexual mediante la propia exhibición, visualización, comunicación oral o realización de actos de contenido sexual libremente aceptados”.⁶⁶¹ Siguiendo esta definición, conductas de este tipo no serían comprendidas en el *cibergrooming*, al no existir una relación con consentimiento válido.

b. La segunda de las acciones acumulativas del tipo de *cibergrooming* es la existencia de una propuesta de encuentro entre sujeto activo y pasivo. Esto, como ya se ha dicho, debe realizarse a través de los medios que indica el artículo 183 ter, y se entiende satisfecha con la comunicación que el *cibergroomer* realiza al menor, con el objetivo de concretar un encuentro entre ambos. Surgen de esta segunda circunstancia al menos dos cuestionamientos. Primero, si es necesario que se concrete la propuesta del sujeto activo; y segundo, si el encuentro propuesto puede concretarse a través de medios propios de las TIC.

En relación al primer punto, la exigencia de una proposición se satisface con la mera actividad del sujeto activo en el sentido de “invitar” al menor de 13 años a un encuentro, por lo mismo, no sería exigencia típica el que la propuesta de encuentro se verifique como tal, lo que simplemente implicaría una fase de agotamiento de este delito y, probablemente, al menos la tentativa de algunos de los delitos mencionados en la norma en estudio.⁶⁶² No debe confundirse esto con la necesidad, ya vista, de que la proposición sea contestada, para poder hablar de “contacto”.

Respecto a lo segundo, las cuestiones criminógenas ya analizadas en este trabajo dan muestra de que las actuales tecnologías permiten “encuentros virtuales”, en los que dos o más personas pueden comunicarse directamente, intercambiar opiniones, emociones o discusiones, verse directamente a la cara e interactuar a pesar de existir

⁶⁶¹ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 290. El autoe estima que la denominación de sexo virtual a este tipo de hechos es una forma de minorar el disvalor del acto.

⁶⁶² Comparte la opinión VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 18; en contra, MAGRO SERVET, Vicente, “El <<grooming>> o ciberacoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del código penal”, en *Diario La Ley*, N° 7492, 2010, pp. 10 y ss.

decenas, cientos o miles de kilómetros entre ambos.⁶⁶³ Incluso esto puede darse en movimiento gracias a los *smartphones* u otros dispositivos inteligentes con redes 3G o 4G. Ahondando en esto, el encuentro debe estar dirigido a la comisión de algunos de los tipos penales descritos en los artículos 183 y 189, y al menos un par de estos permiten sin mayor inconveniente la forma comisiva “a distancia”.⁶⁶⁴

c. En último lugar, la verificación de actos que vayan encaminados a la materialización de esta propuesta de acercamiento,⁶⁶⁵ sea trascendiendo el mero contacto virtual, o bien aprovechando las tecnologías informáticas o telemáticas para concretar un encuentro virtual, que en este caso deberá ser en una ocasión distinta al de la propuesta.⁶⁶⁶ Un ejemplo de lo primero se daría al acudir personalmente a la cita con el menor, aunque este último finalmente no asista; un ejemplo de la segunda hipótesis se daría si, habiendo contacto al menor por correo electrónico, y proponiendo un encuentro por *webcam*, el sujeto a la hora y por el medio indicado se conecta vía *webcam* por una aplicación como *facetime* u otra similar de videochat.

En relación a la propuesta, particularmente interesantes parecen los comentarios de VALVERDE MEGÍAS al respecto. El autor señala que, en este punto, el legislador español se separó de las expresiones utilizadas por el Convenio de 2007, que indicaba “actos conducentes a dicho encuentro”, haciendo énfasis en la ocurrencia de dicho encuentro más que en los actos, exitosos o no, que pueda iniciar el ciberacosador. En esta última hipótesis, no tendrían cabida los ejemplos dados en el párrafo anterior. Lo

⁶⁶³ De esto da cuenta el Dictamen de la Comisión publicado en BOCG de 28 de abril 2010, enmienda número 350 grupo popular BOCG 18 de marzo de 2010, en el que se sindicó a las redes sociales y otros medios disponibles en la Red como el medio de búsqueda habitual de víctimas por parte de los “nuevos pederastas”, ya que en aquellas plataformas acuden niños y adolescentes. Aquí los agresores “[...] se ganan progresivamente su confianza y de este modo, en ocasiones, consiguen el contacto personal con ellos y llevar a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red”.

⁶⁶⁴ Como mínimo, y según se ha visto, los delitos relativos a la pornografía infantil previstos en el artículo 189 del Código penal, y en general todos aquellos que no requieran acceso carnal o contacto físico, opinión compartida por GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, pp. 246-247; en igual sentido, VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 18.

⁶⁶⁵ Estos actos son entendidos como “[...] todas aquellas actuaciones que resulten necesarias para propiciar el mismo, aunque este finalmente no llegue a producirse (cita con el menor, dirigirse al lugar para el encuentro con el menor)”, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; y SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, “Delitos contra la libertad sexual”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I Arts. 1 al 318 bis*, 3ª edición con concordancias y jurisprudencia, Barcelona: Ed. Bosch, 2012, p. 705, (paréntesis del autor citado); también TAMARIT SUMALLA, Josep, *Artículo 183 bis...op.cit.*, p. 1185.

⁶⁶⁶ De acuerdo con esta postura, GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 247, quien de todas formas entiende que esto podría llevar a interpretaciones distintas a las de la mayoría de las legislaciones que castigan penamente el *cibergrooming*, que restringen el contacto a aquel de carácter físico. Desde nuestra perspectiva, restringir la posibilidad del encuentro virtual implicaría dejar fuera del ámbito normativo muchas conductas que hoy son parte del *modus operandi* de explotadores sexuales infantiles, además de que estas conductas son tan lesivas para el bien jurídico como lo puede ser un encuentro físico.

que no queda claro, según VALVERDE MEGÍAS, es si el legislador voluntariamente se aparta de esa redacción para abarcar dichas situaciones, o bien si se trata sólo de un problema de transcripción.⁶⁶⁷ Como sea, coincidimos con el autor en el sentido de que la redacción del Convenio no deja espacio para situaciones que, existiendo con posterioridad a la proposición, no serían de “encuentro” propiamente tal, sino que buscan, por ejemplo, fortalecer la relación que el *groomer* pretende establecer y solidificar con el menor.⁶⁶⁸ Consideramos que no tiene sentido excluir estas conductas cuando, de *lege lata*, ya se adelantaron las barreras de protección a situaciones como la propuesta de encuentro, pues al mismo tiempo se pierde el sentido de incorporar figuras que den cabida al sinfín de alternativas comisivas que ofrecen las TIC.

Por último, en relación a este elemento, es necesario determinar el alcance del término “material”, que puede entenderse como “opuesto a lo espiritual”, o bien como “opuesto a lo digital”. Una primera vía llevaría a confundir los actos realizados a través de Internet destinados al acercamiento, de aquellos propios de la comunicación y/o propuesta. Por lo mismo, la interpretación más coherente es la que entiende el concepto “material” como opuesto a lo digital o virtual, es decir, que se da en el mundo físico.⁶⁶⁹

Pasando al tipo subjetivo, se exige como un elemento adicional al dolo la voluntad de comisión ulterior de alguno de los delitos mencionados en el tipo objetivo,⁶⁷⁰ lo que excede el contenido del dolo, confiriendo al tipo la estructura de un delito mutilado de dos actos.⁶⁷¹

TAMARIT SUMALLA era crítico respecto a la remisión abierta y sin filtro a los delitos contenidos en el art. 189, y no solamente a las figuras relativas a la producción de pornografía infantil, como propone el art. 23 de la Convención Europea. Entonces, la remisión del actual 183 ter estaría hecha tanto a la producción como a la difusión,

⁶⁶⁷ VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 19.

⁶⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁶⁹ No obstante lo observado por Valverde Megías, en el sentido de que existen conductas que comparten aspectos de naturaleza física y virtual, como por ejemplo, recargar una tarjeta de prepago a través de la Banca online para que el menor pueda comunicarse por móvil con su agresor. Por lo mismo, el mero “tecleo” o “digitación” en un ordenador o teléfono móvil sería un acto físico, para estos efectos. *Ibidem*.

⁶⁷⁰ Cabe destacar que el legislador español amplió la referencia al tipo subjetivo si se le compara con el Convenio de Lanzarote, que en su artículo 23 se refiere únicamente a la finalidad de realizar actividades sexuales con un niño o bien de producir material pornográfico infantil. Misma situación ocurre si se le compara con la Directiva 2011/93/UE.

Para TAMARIT SUMALLA, Josep, *Los delitos...op.cit.*, pp. 171-172, una verdadera incongruencia, “[...] ya que se exige una intención trascendente a los hechos cuya manifestación es requerida en el plano de la tipicidad objetiva”; también CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 244-245; elemento de tendencia, en palabras de CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 374.

⁶⁷¹ TAMARIT SUMALLA, Josep, *Artículo 183 bis...op.cit.*, p. 1186; GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 249

oferta, distribución, etc., del mismo material, y en la redacción anterior, a la figura de corrupción de menores del 189.4, lo que se traducía en un problema peor por lo abierta de la redacción de este último precepto. El autor abogaba por una interpretación restrictiva, para abarcar únicamente las conductas tendientes a cometer una agresión o abuso sexual, o la captación o utilización del menor para elaborar material pornográfico o hacerlo participar de espectáculos exhibicionistas o pornográficos.⁶⁷²

En razón de lo anteriormente expuesto, el *cibergrooming* exige como disposición subjetiva únicamente el dolo directo, lo que se aprecia claramente en las expresiones “[...] proponga concretar un encuentro *con el mismo fin* [...]” y “[...] actos materiales *encaminados a* [...]”, elementos subjetivos incluidos en el tipo.⁶⁷³

RAGUÉS I VALLÈS considera que serían atípicas, al menos por la norma en comento, las conductas en que un sujeto contacta con un menor, entablando una conversación de características sexuales o le suministra pornografía infantil, pero sin tener la finalidad de llegar a encontrarse con el menor,⁶⁷⁴ postura que consideramos correcta a la luz de la norma en estudio, aun cuando pudiera castigarse de acuerdo a otras figuras comprendidas por el legislador en el Título VIII.

A propósito de lo señalado por RAGUÉS I VALLÈS, el apunte criminológico de este elemento subjetivo del tipo está dado por que el medio comisivo permite que, en no pocos casos, simplemente no exista la intención de realizar el encuentro personal por la imposibilidad física de este, pues un sujeto en un país puede contactarse con un menor de otro país sin inconvenientes gracias a Internet, pudiendo exhibir o intercambiar material pornográfico con el menor, chantajearle para mantener el contacto y seguir obteniendo material, sin tener la intención exigida en el tipo. Esto, que sería una conducta criminológicamente constitutiva de *cibergrooming*, aparentemente no

⁶⁷² TAMARIT SUMALLA, Josep, *Artículo 183 bis...op.cit.*, p. 1186.

⁶⁷³ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, pp. 248-249, quien deja presente además que puede presentarse, a propósito del dolo y la edad, un error del ciber-agresor en la edad del menor (creencia, en la redacción actual, de que tiene más de 16 años cuando en realidad tiene menos), lo que la autora considera como un error de tipo que eximirá de responsabilidad al sujeto activo, al no permitirse su punibilidad a título de imprudencia, o al menos de dolo eventual; coincide en ambos puntos MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 126.

El legislador optó por dejar fuera del tipo ciertos ánimos que suelen ser comunes en la fenomenología del ciberacoso a menores, como la dominación del otro o por venganza contra la víctima, como podría darse en los casos que además involucran violencia de género, HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 278.

⁶⁷⁴ Estos supuestos estarían contenidos en los delitos del art. 186 y 189.4 del CP, respectivamente, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Los delitos...op.cit.*, p. 290.

encajaría en la norma estudiada.⁶⁷⁵ Lo mismo sucedería, según VALVERDE MEGÍAS, con la conducta de quien mantiene una relación con un niño o niñas (siendo adulto) y que estén desprovistas del elemento explotación o abuso.⁶⁷⁶

Otro grupo de problemas se presentan en el artículo 183 bis respecto a la figura cualificada, que aumenta las penas cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

CANCIO MELIÁ destaca en el tipo agravado –producto de la poca reflexión que según el autor le dio el legislador- la inclusión de la coacción y la intimidación. En el primer caso, resulta extraña su presencia a la luz de no existir aún contacto personal, además de generar problemas concursales, como ocurre también con la intimidación, esta última en relación con el delito del art. 169, como se verá luego. Similar opinión tiene respecto del engaño, que parece consustancial a la conducta del tipo básico.⁶⁷⁷

Respecto a la primera de las calificantes, la coacción, esta puede ser entendida como fuerza física o fuerza moral, pero se presenta el problema que esta última hipótesis ya está contenida en la segunda de las calificantes, la amenaza, y no sólo cuando la fuerza moral se ejerce sobre la misma víctima (en este caso, el menor de 16 años), sino también cuando es ejercida sobre terceros que puedan afectar al sujeto pasivo (en este caso, algún familiar del menor de 16 años, por ejemplo). Así las cosas, y partiendo de la base de que no hay forma posible que se ejerza fuerza física si el menor es contactado a través de los medios comprendidos en el artículo 183 ter, y que si la coacción es ejercida sobre alguien distinto al sujeto pasivo constituiría fuerza moral o amenaza, ya comprendido como calificante aparte, no queda más remedio que entender

⁶⁷⁵ Sin duda este elemento implicará muchos problemas probatorios, como bien asume SALVADORI, Iván, *Lucha contra...op.cit.*, p. 459, al entender que el juez deberá valorar “[...] los indicios reveladores ulteriores respecto a la simple realización objetiva de la conducta y apreciar también que resulten idóneos para demostrar su carácter instrumental para conseguir una de las finalidades ilícitas previstas para la norma”. A esto le agrega otros elementos, como el contexto (ejemplifica con un *chat room* de pedófilos).

⁶⁷⁶ El mismo autor hace presente los problemas probatorios que surgirían al intentar acreditar la intención del sujeto activo de cometer un ulterior delito al contacto por medios informáticos o telemáticos, lo que, sin ser equívoco, no es sino un problema común a cualquier tipo de delito, más allá de que en algunos casos pueda ser más fácil que en otros. Es más, en los delitos cometidos a través de Internet, puede ser incluso más fácil –o menos difícil- de acreditar, por las “huellas” informáticas que deja el hechor, VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 20. El autor grafica el problema con el siguiente ejemplo: “Si el encuentro que se ha propuesto por el delincuente al niño es, en realidad, para ir al cine, los hechos no serían delictivos aun cuando consiguiéramos acreditar que el imputado tenía perfectamente planificado desde el primer contacto informático mantener relaciones sexuales con el menor de 13 años en una segunda cita, aprovechando la confianza generada por la primera, si tal segunda no ha llegado a ser propuesta” (la referencia es anterior a la Reforma de 2015).

⁶⁷⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, pp. 374-375; en sentido aparentemente contrario, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 125, para quien el fundamento de la agravación está en el mayor desvalor del injusto que supone el empleo de violencia, intimidación o engaños para conseguir el acercamiento.

a la coacción como una calificante “de papel”, que no tendrá valor alguno ni forma de ser aplicada por los tribunales. Esto se refuerza si la última hipótesis que pudiera concebirse, esto es, que la fuerza física se ejerza sobre el menor cuando el encuentro físico se concrete, pasaría a formar parte del tipo penal del artículo 183 número 2, que contempla justamente la violencia o intimidación.⁶⁷⁸

En relación al engaño, GONZÁLEZ TASCÓN, si bien pareciera compartir la posición de CANCIO MELIÁ, aprecia una vía de salida para que la inclusión de esta calificante no deje sin contenido al tipo básico, que pareciera incluirlo en la forma comisiva habitual en este tipo de casos, donde el *cibergroomer* prepara al menor para sus pretensiones sexuales posteriores valiéndose del artilugio. La posición de la autora se centra en una interpretación restrictiva de la calificante, entendiendo que sólo adquirirá relevancia penal cuando el agresor oculta a la víctima la verdadera intención del acercamiento (la comisión de alguno de los delitos allí señalados), en consideración a que el engaño debe cumplir efectivamente con ser la causa del aumento de la pena.⁶⁷⁹

La base criminológica de esta calificante se encuentra en el *modus operandi* habitual del ciber-acosador, sin duda correcto a la luz de los estudios revisados. Sin embargo, que la mayoría de los casos de comunicación y acoso a través de nuevas tecnologías utilicen el engaño no significa que pueda cumplirse con el tipo básico de *cibergrooming* sin que medie tal calificante.⁶⁸⁰ Sería el caso del adulto que, contactándose a sabiendas con un menor de 13 años, le proponga directamente una conversación de contenido sexual, aceptada por este, proponiéndole luego un encuentro físico para hacer lo que han conversado a través de chats o webcam. Esto es posible en razón de ciertas consideraciones criminógenas o victimológicas relativas al *cibergrooming*.

En primer lugar, las víctimas menores de 16 años se encuentran en la etapa de adolescencia, caracterizada, entre otras cosas, por un despertar sexual motivado por el cambio hormonal. La predisposición y curiosidad por temas sexuales los hacen una

⁶⁷⁸ Que el legislador utilice distinta nomenclatura –violencia en el artículo 183 número 2 y coacción en el artículo 183 bis- no significa mas que una forma común del legislador de utilizar ambos conceptos como sinónimos entre sí y abarcando sólo la fuerza física, si es que la mención a cada uno de ellos está hecha acompañada de la circunstancia de intimidación, cuestión que se da en ambos artículos citados.

⁶⁷⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 252; en similar sentido, véase VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 21.

⁶⁸⁰ Por ejemplo, que el adulto utilice una edad que no es la suya (haciéndose pasar por menor, aunque no cambie su identidad), utilizando una identidad y/o género distinto al suyo (haciéndose pasar por niña en vez de varón) o incluso ocultando sus intenciones ulteriores presentando otros (iniciar una conversación para intercambiar fotos de ídolos musicales y luego seguir con material pornográfico).

presa atractiva para los acosadores que llegan a ellos con este gancho, sin necesidad de treta. Por otra parte, se debe recordar que el sujeto activo puede tener apenas sobre 18 años, por ejemplo, que en estricto rigor también implica un adolescente, aunque jurídicamente sea un adulto. Esto permite que el acercamiento con un menor de 16 sea menos complejo y tenga menos barreras que si fuera un adulto. En razón de esto, consideramos que es correcta la inclusión del engaño como figura calificada, aunque estadísticamente pueda transformarse en una modalidad más común que el tipo básico. Por esto último, de *lege ferenda*, estimamos que debería transformarse en una forma comisiva incorporada al tipo básico, no al agravado.

Como se había señalado, las figuras agravadas también presentan problemas de carácter concursal con los delitos específicos penados por el Código, o con los delitos ulteriores perseguidos por el hechor.⁶⁸¹ En el caso de la coacción o la intimidación, se producen problemas con el delito de coacción de los artículos 172 y 172 bis,⁶⁸² aunque más probablemente con alguna de las hipótesis del primer artículo. También se generarían problemas con la figura de amenazas de los artículos 169⁶⁸³ y del 171⁶⁸⁴,

⁶⁸¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 243-244.

⁶⁸² Artículo 172: “1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

⁶⁸³ “Artículo 169: El que amenazarle a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años. Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

descartando la figura del artículo 170 pues en esta se amenaza no a un sujeto en particular, sino a un grupo determinado, como los habitantes de una población, un colectivo social, religioso, un grupo étnico o cultural, entre otros.⁶⁸⁵

Cuando se utiliza la fuerza moral para lograr el acercamiento, la amenaza podrá subsumirse en la figura del artículo 169 número 1 dependiendo del contenido de aquella (por ejemplo: matar o lesionar a los padres o hermanos si no se concreta el encuentro), lo que se vería agravado por el inciso segundo del numeral 1, pues estamos en presencia de un delito que como medio comisivo esencial utiliza medios de comunicación. Sin embargo, debemos descartar esto, pues el desvalor propio del uso de Internet u otra TIC ya está integrado en el art. 183 ter numeral 1.

2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional”.

⁶⁸⁴ Artículo 171: “1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

⁶⁸⁵ Artículo 170: “1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas”.

Si el mal no constituye delito (por ejemplo: acusar al menor víctima de *cibergrooming* de tener conversaciones sexuales con adultos, de una mala calificación en el colegio o de algún secreto íntimo que el agresor logró obtener al ganar su confianza), la conducta sería subsumible en el artículo 171, numeral 1, pudiendo agravarse la pena si el agresor ha conseguido su propósito, que para el caso sería obtener el encuentro con el menor de 16 años. Esto también sería descartable, si al conseguir el encuentro se comete un delito de mayor pena, que permita descartar las amenazas por su menor desvalor.

El caso de la coacción como calificante del artículo 183 bis es distinto, pues como se ha visto, prácticamente no tendría aplicación por la imposibilidad del contacto físico para ejercer violencia, y porque las otras hipótesis imaginable de coacción son en realidad constitutivas de fuerza moral o amenaza.

GONZÁLEZ TASCÓN cree que hay una mala técnica legislativa en la utilización de la coacción y la intimidación como calificantes, pues el fin perseguido por el legislador –castigar más severamente atentados contra menores de 16 años- podría verse fustigado por las relaciones concursales entre el tipo básico y aquellas, al menos en ciertas situaciones.⁶⁸⁶

Respecto al último elemento agravatorio, esto es, el engaño, TAMARIT SUMALLA afirma que debe ser valorado en el contexto de que sea un acto dirigido a evitar que el menor acosado cuente el hecho a sus padres u otras persona que le pueda ayudar, o bien que acepte un encuentro, acudiendo al chantaje (lo que fenomenológicamente se hace amenazando con difundir las fotografías o videos de carácter erótico o pornográfico a través de Internet).⁶⁸⁷

La doctrina ha dado diversos criterios de solución para estos problemas concursales, CORCOY BIDASOLO cree que, bajo esta naturaleza, la concreción de los delitos mencionados implicaría un concurso (aparente) de leyes solucionado por el principio de consunción del art. 8.3, aunque la redacción del artículo 183 ter numeral 1 parece indicar que el legislador optó por la solución de concurso real, dogmática y político-criminalmente muy discutible.⁶⁸⁸ De similar opinión son CONDE-PUMPIDO

⁶⁸⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, pp. 252-253.

⁶⁸⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep, *Artículo 183 bis...op.cit.*, p. 1186.

⁶⁸⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 243-244; también en esta línea MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 127; y en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los delitos...op.cit.*, p. 122, aunque se refiere específicamente a la finalidad de utilizar al menor para espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico, que pudieran superponerse a la captación de menores para tales fines, lo que se resolverá, según la autora, aplicando el delito del artículo

FERREIRO/ SÁNCHEZ-JUNCO MANS, quienes agregan que, por la redacción del tipo, no es exigida la existencia efectiva del acercamiento, bastando los actos materiales para conseguirlo a fin de cumplir con la subsunción típica, con lo que parece difícil que puedan confundirse con los actos ejecutivos de los delitos perseguidos por el autor, no existiendo entonces problemas concursales.⁶⁸⁹

Distinta es la opinión de MONGE FERNÁNDEZ, que considera que se trataría de un concurso ideal de delitos en que una sola conducta sería constitutiva del tipo penal del art. 183 ter N°1 y de la figura ulteriormente cometida,⁶⁹⁰ lo que no es compartido por RAGUÉS I VALLÈS, para quien en ningún caso se puede llegar a castigar como dos delitos distintos -el *cibergrooming* con el ulteriormente perseguido y consumado- al constituirse de esa forma una infracción flagrante al principio *non bis in idem*, en aquellos casos en que existiese coincidencia absoluta entre las víctimas. En opinión del autor, el delito finalmente conseguido absorbería al acoso cibernético.⁶⁹¹ Por último, encontramos la opinión de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, para quien la solución existe aplicando un concurso medial entre el “acoso telemático” -*cibergrooming*- y el delito sexual pretendido, o sea, cualquiera del 183 o 189 (actuales).⁶⁹²

No obstante lo planteado por estos autores, el legislador ha establecido un criterio expreso en el artículo estudiado al señalar que el *cibergrooming* se castigará “[...] sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”, lo que hace para garantizar la autonomía del *cibergrooming*. Esto redundaría en una solución propia del concurso real de delitos, de *lege lata*, pero con claros problemas dogmáticos, pues se castigaría dos veces a un sujeto por conductas, que si bien son distintas, afectan – aparentemente- al mismo bien jurídico. Quizás esta última institución sea la llamada a dilucidar el conflicto, toda vez que únicamente si se considera que el artículo 183 ter protege un bien jurídico distinto a la indemnidad sexual, podemos estar frente a un

189 número 1 letra a) del Código penal por tener una pena más alta; también HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, pp. 292-293.

⁶⁸⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, y SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, “Delitos contra la libertad sexual”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I Arts. 1 al 318 bis*, 3ª edición con concordancias y jurisprudencia, Barcelona: Ed. Bosch, 2012, pp. 704-705, opinión que parece al menos contradictoria.

⁶⁹⁰ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 202; en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 124, reafirma esto entendiendo que el delito de *childgrooming* pierde su autonomía respecto al o los delitos ulteriormente cometidos (por su naturaleza de acto preparatorio).

⁶⁹¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Los delitos...op.cit.*, p. 290; en igual sentido, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 241.

⁶⁹² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de...op.cit.*, pp. 171-172.

concurso real de delitos.⁶⁹³ En caso contrario, aparece como altamente cuestionable la opción expresa del legislador en el tipo, en el sentido de castigar ambas conductas. Deberemos dejar este punto aquí hasta poder revisar qué es lo jurídicamente protegido en este y otros delitos sexuales contra menores cometidos a través de Internet.

Lo que sí podemos afirmar ahora es que el *cibergrooming* suele ir de la mano de otras conductas delictivas, ajenas al ámbito de lo sexual, como por ejemplo los delitos informáticos que pueden cometerse al afectar el equipo del menor acosado (daños o intrusismo) o alguna de las formas delictivas del art. 197 del CP. Consideramos que la solución aquí estaría dada por el concurso real, toda vez que la redacción del tipo permite que se castiguen de esa manera no sólo los hechos que atentan contra la indemnidad sexual, sino también contra otros bienes jurídicos, y el desvalor de unos no sería absorbido por los otros.⁶⁹⁴

Otra situación similar ocurre, según VALVERDE MEGÍAS, con el actual art. 183 ter en relación al supuesto del artículo 189.1 a) del Código Penal, que tras la LO 5/2010 incorporó dos nuevas formas comisivas en los delitos de pornografía infantil y juvenil, como son la captación de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos u obtuviera lucro con las actividades de dicha letra. El problema se daría en aquellos casos en que, a través de tecnologías informáticas o telemáticas, un hechor contactare con discapacitados o menores de edad y lograre su aceptación a participar de un espectáculo de tal naturaleza, cumpliría con el supuesto de ambos tipos penales mencionados, siempre y cuando la víctima tuviese menos de 16 años. Para el autor, y en consideración a la pena de ambas figuras y el bien jurídico que protegen, un problema de estas características debería solucionarse a través del principio de alternatividad, propio del concurso aparente, a favor del artículo 189.1 a).⁶⁹⁵

Creemos que los problemas surgidos con esta compleja e inapropiada regla concursal establecida por el legislador podrían solucionarse de dos maneras.

Por una parte, interpretar la expresión “sin perjuicio” de manera tal que abarque el propio tipo penal del *cibergrooming*, pero desprovisto aún de los juicios de antijuridicidad y culpabilidad (el legislador ocupa luego el término “delito”). Una vez

⁶⁹³ Es la opción de GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, pp. 253-254.

⁶⁹⁴ VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 22.

⁶⁹⁵ Según el mismo autor, esto se debe a que las figuras del artículo n189.1 a) poseen menos exigencias (trabas) que el actual art. 183 ter N°1, dado que, por ejemplo, la primera de las normas en comento incluye a los discapacitados, por una parte, y deja la puerta abierta a cualquier forma comisiva, por otra, con lo que se soluciona la discusión respecto a si la captación se produce por medios físicos o telemáticos, VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 24.

que se determine cuáles son los “delitos” finalmente cometidos, el juez podrá aplicar las reglas generales de los concursos, contenidas en los artículos 8, 73, 74 y 77 del CP, según sea el caso, y prescindir de la aplicación del art. 183 ter N°1 si su desvalor ha sido subsumido por otro delito más grave, por ejemplo (un abuso sexual. Una segunda interpretación, en similar sentido, ocuparía el término “correspondiente”, pero serviría sólo para los casos en que el delito ulterior tenga menos pena que el *cibergrooming*, lo que daría al menos para descartar las figuras de los numerales 4 y 5 del art. 189, *ex ante*, pues para estos casos las penas no serían “correspondientes”, es decir, no correspondería aplicar sanción pues su desvalor sería subsumido por el *cibergrooming*. Por su parte, las penas aplicables a las conductas del 189 (los otros supuestos) o del 183 habría que verlos *ex post*, cuando se tenga la pena concreta a aplicar al hecho.

Entendemos que esto lleva el tenor literal de la norma al máximo, pero pocas son las vías existentes que permitan solucionar esta flagrante alteración de las normas concursales hecha por el legislador, y de no encontrar solución deberemos, como señala MORILLAS FERNÁNDEZ, seguir recurriendo a un ilógico concurso de delitos.⁶⁹⁶

1.2.2. El acoso encaminado a la obtención de material pornográfico de menores (art. 183 ter número 2)

La conducta castigada en este nuevo tipo penal comparte una estructura típica muy similar a la del numeral 1, y por ende, al antiguo art. 183 bis. Sin embargo también deslinda con otros tipos penales, como los contenidos en los artículos 186 y 189, este último en los numerales 1 y 2, especialmente, provocándose en más de algún supuesto un solapamiento o superposición de tipos penales, producto de la deficiente técnica legislativa mostrada, una vez más, por el legislador.⁶⁹⁷

La primera parte del numeral es idéntica al 183 quater N°1, por lo que damos por reproducido todo lo señalado a propósito de este. Se repite el medio (Internet u otra TIC),⁶⁹⁸ la conducta básica (contactar), el sujeto activo (cualquiera con responsabilidad

⁶⁹⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 455.

⁶⁹⁷ RODRÍGUEZ MESA, María J., *La Directiva...op.cit.*, p. 253, afirma que el legislador, para evitarse una serie de problemas sobre la naturaleza de este delito y sus relaciones con el apartado primero, debió tipificarlo como delito autónomo en otro capítulo o apartado, para ganar claridad y coherencia. MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, p. 185, quien agrega que para lograr su correcto entendimiento deberá recurrirse al *granum salis*.

⁶⁹⁸ Calificada de positiva forma por MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 458, por dejar la puerta abierta para futuros medios comisivos fruto de los avances tecnológicos.

penal)⁶⁹⁹ y el sujeto pasivo (menor de 16 años). Lo que cambia son los actos complementarios o acumulativos, según vimos a propósito del apartado 1. Aquí es necesario que el sujeto activo realice actos dirigidos a embaucarle, para que el menor le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor. Veamos cada elemento por separado.

Los actos (entiéndase, cualquier tipo de conducta activa) deben estar dirigidos, es decir, deben tener el objetivo (propio esto de la faz subjetiva) de embaucar al sujeto pasivo (menor de 16 años).⁷⁰⁰ Curioso e interesante es que el legislador haya utilizado este verbo rector, lo que puede entenderse por dos razones. En primer lugar, porque así aparece en la Directiva 2011/93/UE, específicamente en el epígrafe del art. 6, y en el numeral 2 del mismo artículo.⁷⁰¹ En segundo lugar, porque el legislador quiso distinguir esta hipótesis del supuesto agravado del numeral 1, consistente en engañar al menor. Según el DRAE, embaucar consiste en engañar prevaleciéndose de la inexperiencia o candor del engañado, que para los efectos es un menor de 16 años. Esto puede tener sentido si lo interpretamos como un reconocimiento implícito del legislador a que no todo menor de 16 años es un imberbe e inexperto adolescente en el ámbito sexual, dándole mayor sentido a la cláusula del art. 183 quater, pues se reconoce que el menor puede dar un consentimiento libre y razonado a pesar de su edad, y no ser siempre “inexperto” o “cándido”.

Al respecto, concordamos en buena parte con lo señalado por RAMOS VÁZQUEZ, para quien embaucar debe ser un engaño en el que un adulto medio no hubiese caído, aunque entendemos que el estándar debe referirse al menor de 16 años, no al adulto. Por lo mismo, sostiene el autor, debe acreditarse, para hablar de embaucamiento, el engaño, la idoneidad de este para sobre la víctima, y la especial ingenuidad del menor contactado.⁷⁰² Esto último podrá ser entendido de mejor manera cuando se revisen los supuestos criminógenos, propios del fenómeno denominado *sexting*, que se desarrollarán párrafos adelante.⁷⁰³

⁶⁹⁹ Al respecto, es notoria la diferencia con la Directiva, que hace referencia al embaucamiento realizado por un adulto contra un menor que no ha llegado a la edad de consentimiento sexual, mientras el legislador español deja abierta la puerta para que lo haga cualquiera mayor de 14 años.

⁷⁰⁰ Quedan fuera de la tipicidad los actos que tuvieron iniciativa en el menor de 16, quien envía material pornográfico a otro sujeto que no realiza los actos encaminados a tal propósito. RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, p. 443.

⁷⁰¹ De esta opinión es MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, p. 185.

⁷⁰² RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, pp. 442-443.

⁷⁰³ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 458 estima que debiera eliminarse la referencia al embaucamiento, pues si el adulto consigue el material sin mediar engaño, la conducta

El embaucamiento debe estar dirigido a dos objetivos: para lograr que el menor de 16 años le facilite material pornográfico; o para que el menor le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.

El primer caso contiene una forma verbal amplia que permite incorporar cualquier manera en que el menor de 16 proporcione material pornográfico al hechor, lo que puede hacerse a través del envío en soporte digital (*email*, invitación a *dropbox* u otra aplicación de *cloudcomputing*, etc.), o bien a través del envío físico del mismo, lo que no está excluido en el tipo, pues la exigencia del medio comisivo se refiere sólo al contacto. Refleja además que debe ser el menor contactado quien debe hacer entrega virtual del material, y no ser producido en el acto, pues se trataría de un supuesto del art. 189.1 letra b).

El segundo caso exige que sea el menor quien muestre (esta vez no hay entrega virtual o material) imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor. Al respecto, el supuesto típico se cumpliría a través del uso de webcam, pues es la única forma en que por Internet u otra TIC, el sujeto pasivo pueda mostrar (enseñar o permitir la visualización) imágenes como las indicadas. Si hay envío por email, por ejemplo, se trataría del primer caso de este número (facilitar).

El objeto de la acción realizada por el menor nos sugiere al menos dos interesantes lecturas.

La primera de ellas es afirmada por RAMOS VÁZQUEZ, quien considera que el menor embaucado que facilita material pornográfico o le muestre imágenes de este tipo en que se represente o aparezca un menor, podría, a su vez, cometer uno de los delitos tipificados en el art. 189 CP, como la facilitación o exhibición de pornografía infantil y juvenil. Esta afirmación parece del todo correcta, aunque pueda discutirse cuál finalmente sería el delito cometido por el menor contactado y embaucado, y más allá de una eventual ausencia de culpabilidad de este por error de prohibición, por ejemplo.⁷⁰⁴

Lo segundo, no se habla de “pornografía infantil”, concepto definido por el legislador en el art. 189 tras la modificación de la LO 1/2015, sino solamente de

sería atípica a pesar de vulnerar igualmente la indemnidad sexual del menor, quedando aún la posibilidad del art. 183 quater para los casos menos graves.

⁷⁰⁴ El autor ilustra la situación con el siguiente ejemplo: “[...] un menor de 14 años que contacte con otro menor de 15 y lo embaque para que le envíe una fotografía de un menor de 17 años cometerá un delito del artículo 183 ter, apartado segundo, en la inteligencia del legislador de que está atentando contra su indemnidad sexual. Pero si el menor contactado procede al envío, ambos serán condenados por un delito del artículo 189 y el adolescente de 15 años pasará de víctima a victimario”. Su responsabilidad, claro está, quedará sujeta a la LO de Responsabilidad Penal de los Menores. RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, pp. 444-445.

material pornográfico o imágenes pornográficas, en ambos casos donde se represente o aparezca un menor. Como vimos en el capítulo anterior, para estar frente a pornografía infantil es necesario que se utilice (aproveche) a un menor de 18 años, y si no existe tal utilización, sino solo uso o participación del mismo, no se trataría de pornografía infantil, pero perfectamente pueden ser calificadas como material pornográfico o imágenes pornográficas (por ejemplo, las que se sacan dos menores de edad que son pareja mientras mantienen relaciones sexuales consentidas). Esto permite reafirmar el concepto de pornografía infantil y juvenil que sostuvimos en el capítulo anterior, en la medida que permite aseverar dos cosas:

- a. Toda pornografía infantil, en los términos del art. 189.1 b) inciso segundo, es material pornográfico o imágenes pornográficas en los términos del art. 183 ter 2, pero estas últimas no siempre serán pornografía infantil de la definida en la primera norma.
- b. No todo material pornográfico en que se representan menores de edad es pornografía infantil (o infantil y juvenil) en los términos del art. 189.1 b) inciso segundo.

Por último, poco inteligente parece el recurrir a diferentes conceptos dentro del propio art. 183 ter 2, pues “material pornográfico” es más amplio que “imágenes pornográficas”, al incluir el video, cosa que esta última haría sólo si lo entendemos como “imágenes en movimiento”, lo que es razonable desde una perspectiva artística, pero innecesario desde la técnica jurídica.

Subjetivamente, no quedan dudas de que este tipo penal, al igual que el contenido en el numeral 1, exige dolo directo para su comisión, en la medida de que la conducta debe estar “dirigida” hacia un objetivo típico determinado. Además, debe agregarse que la propia Directiva señala en el número 1 del art. 6 que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas *dolosas* siguientes”.⁷⁰⁵

Por último, en cuanto al *iter criminis*, consideramos que no es necesaria, para la consumación de este delito, que el menor contactado facilite o muestre la pornografía descrita en el tipo, en la medida de que basta que los actos estén dirigidos a embaucarlo con tal objetivo, con independencia de que esto ocurra o no. Coincide en esto RAMOS VÁZQUEZ, quien recuerda además que la naturaleza jurídica de esta figura es la de ser una tentativa de los delitos contenidos en el art. 189, por que su castigo podía solucionarse con las reglas generales del CP. Se explicaría su tipificación expresa por

⁷⁰⁵ La cursiva es nuestra.

mandato de la Directiva, que en el N°2 del art. 6⁷⁰⁶ exige a los Estados miembros que garanticen el castigo de la tentativa de los delitos de adquisición, posesión o acceso de pornografía infantil y juvenil.⁷⁰⁷

Concordamos solo en parte, pues como vimos, considerando el concepto de pornografía infantil que sostenemos, no todos los actos desvalorados en el N° 2 del art. 183 ter podrán constituir una tentativa de las figuras del art. 189, en la medida de que las imágenes o el material que se quiere lograr conseguir o ver no cumplirá siempre con la definición dada por el legislador, y por ende, no se cumpliría con el objeto material, producto o medio comisivo exigido en tales tipos.

1.2.3. La involucración de un menor en conductas de contenido sexual: la nueva redacción del art. 183 bis

El legislador condena, con penas que pueden llegar hasta los 3 años, al que determine a un menor de 16 años a participar de o presenciar un comportamiento de naturaleza sexual.⁷⁰⁸ Es posible recoger aquí supuestos de *cibergrooming* que no tienen relación con la pornografía infantil y juvenil, sino que con otros comportamientos sexuales, más cercanos al exhibicionismo o al fisgoneo. En opinión de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, se trata de una versión algo mejorada del delito de corrupción de menores, del derogado art. 189.4, con algunos componentes similares a los aún vigentes delitos de exhibicionismo y provocación sexual.⁷⁰⁹ Para MORILLAS FERNÁNDEZ, quien coincide con la idea anterior, este delito es el eslabón menos grave de los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años, e importa a su vez un ejemplo más de los problemas de coherencia sistemática del legislador en estos delitos.⁷¹⁰

⁷⁰⁶ 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho me-nor”.

⁷⁰⁷ RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, p. 445. Lo único novedoso, para este autor, iría de la mano de la pena. Vid., especialmente npp N° 16.

⁷⁰⁸ JAÉN VALLEJO, Manuel; y PERRINO PÉREZ, Ángel L., *La reforma...op.cit.*, p. 95. TAMARIT SUMALLA, Josep M., “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2015, p. 428.

⁷⁰⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 616.

⁷¹⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, pp. 452-453. En su opinión, debió ser el primer delito en ser tipificado en este capítulo, aunque luego reconoce su carácter de subsidiario.

El verbo rector de la primera modalidad es “determinar”, cuyos alcances no son del todo claros. Como bien indica MANZANARES SAMANIEGO, de las ascepciones contenidas en el DREA, las dos últimas son coherentes con el tipo penal: “tomar resolución” o “hacer tomar resolución”, particularmente esta última, pues cuadran con la modalidad típica.⁷¹¹ Aunque coincidimos con TAMARIT SUMALLA en que no puede identificarse con una simple inducción, creemos que esto no implica que deba exigirse uno de las formas comisivas del abuso o agresiones sexuales, como la violencia, intimidación, engaño, etc.,⁷¹² sino que también puede incorporarse los casos de convencimiento por reiteración, por ejemplo, u otro que implique algo más que una simple petición. Es necesario que el actor influya directamente en la decisión del menor. De otra forma, el legislador habría utilizado la técnica habitual para estos delitos, que aunque deficiente en muchos casos y repetitiva hasta el hartazgo, es fácil de apreciar en la Reforma de 2015.⁷¹³ Además el propio 183 ter, cuya conducta estaba descrita antes – parcialmente- en el 183 bis, concibe una forma básica y otra agravada, si se presenta coacción, intimidación o engaño.⁷¹⁴

Luego, esta determinación al menor de 16 años debe hacerlo participar de un comportamiento de naturaleza sexual, lo que es entendido por TAMARIT SUMALLA como una forma de extender el ámbito de la tipicidad a hechos no abarcados por el abuso sexual del art. 183.1,⁷¹⁵ lo que parece correcto pues se está castigando conducta donde no hay contacto corpóreo entre victimario y víctima, como en el 183 bis. La naturaleza sexual de este comportamiento deberá ser, como buen elemento normativo, valorada por el juzgador, que además de las pautas culturales correspondientes, posee un amplio e ilustrativo espectro descriptivo realizado por el legislador en el CP. Lo claro es que debe tener un inequívoco carácter sexual, pues en caso contrario el legislador podría haber ocupado la expresión “obsceno”, más amplia que aquella, como

⁷¹¹ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, p. 185.

⁷¹² TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Delitos contra...op.cit.*, p. 428. De lo contrario, sería una conducta de “constreñimiento”, como indica Suárez-Mira Rodríguez. Aunque este autor coincide en este punto, no concordamos con él respecto a que, de haber violencia o intimidación, pasaría inmediatamente a ser abuso o agresión sexual, toda vez que existe otro impedimento, y es que en el art. 183 bis se exige que no haya contacto corpóreo con el hechor, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Abusos sexuales...op.cit.*, p. 610, 618.

⁷¹³ Similar es la opinión de MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 452, quien agrega que de otra forma existiría un solapamiento con el tipo del art. 183.2 segunda parte, incorporada a través de la LO 1/2015. De todas formas, consideramos que tampoco nos podría extrañar otro error o descriptorio en términos de técnica legislativa.

⁷¹⁴ Si finalmente existe la violencia o intimidación, y considerando que no hay regla expresa que lo dificulte como en el art. 183 ter, se podrá recurrir a las reglas generales sobre concursos del CP.

⁷¹⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Delitos contra...op.cit.*, p. 428.

lo hace en el art. 185 CP.⁷¹⁶ Discrepamos con TAMARIT SUMALLA⁷¹⁷ y MORILLAS FERNÁNDEZ⁷¹⁸ respecto a la exclusión de comportamientos en solitario del menor (masturbación), pues si bien la expresión “participar en un comportamiento” pareciera indicar de que este se hiciera parte en una actividad donde hay, al menos, otra persona, creemos que una interpretación en función del bien jurídico indemnidad sexual debería incluir esta clase de actos, así como también porque el principal desvalor está puesto en la forma comisiva, a diferencia del desaparecido art. 189.4, cuyo desvalor estaba puesto en el resultado. Si un sujeto determina a un niño de 9 o 10 años a masturbarse, aprovechando sus primeras erecciones, parece tener el contenido de antijuridicidad necesario para subsumirse en este tipo penal. Además, si no tomamos esta interpretación, la existencia de otra persona probablemente traslade los hechos a alguna de las hipótesis del art. 183, dejando con escasas opciones de aplicabilidad esta norma introducida por la Reforma.

La segunda conducta consiste en hacer que el menor presencie actos de carácter sexual, aunque el hechor no participe en ellos. La expresión “le haga presenciar” posee una carga emotiva que parece reflejar algo similar a la determinación, es decir, no consiste solamente en pedir que se observe algo, sino que nuevamente es necesaria cierta influencia del actor sobre el menor de 16 años, aunque no sea necesaria la violencia o la intimidación, al igual que el primer supuesto de este numeral.⁷¹⁹

Tampoco es necesario el contacto corporal entre quien hace presenciar y el menor, lo que permite, al igual que en la primera hipótesis, su comisión a distancia, a través de Internet u otra TIC, tal como en la figura del art. 183 ter. Por eso sostenemos que aquí es posible recoger algunas de las formas comisivas del *cibergrooming*, de forma subsidiaria al 183 ter, pues en aquel fenómeno es habitual que un sujeto aproveche las nuevas tecnologías para, a través de webcam, mostrarse en comportamientos sexuales frente a los menores, sin que se tenga, por ejemplo, la finalidad de cometer alguno de los delitos contemplados en los artículos 183 o 189,

⁷¹⁶ Sobre las relaciones entre estos delitos, brevemente, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Abusos sexuales...op.cit.*, p. 619.

⁷¹⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Delitos contra...op.cit.*, p. 428.

⁷¹⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 453.

⁷¹⁹ Agrega Tamarit Sumalla que este precepto se tipificó en virtud de la exigencia de la Directiva 2011/93/UE, que reproduce conductas que son calificadas de “corrupción” por el Convenio d Lanzarote, de una forma que el autor califica de “más precisa” que el derogado delito de corrupción de menores ya derogado en el CP, TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Delitos contra...op.cit.*, p. 428.

como exige el 183 ter 1.⁷²⁰ Sería así una especie de cláusula concéntrica entre abusos sexuales y *cibergrooming*, inteligentemente ubicado entre 183 y 183 ter. Coincidimos aquí con MORILLAS FERNÁNDEZ al estimar que esta forma comisiva puede diferenciarse de la existente en el art. 185, en razón de que “[...] aquí lo que se persigue es sancionar la conducta de la persona que hace que el menor presencie los actos, allí castiga al que los ejecute o hiciera ejecutar a la otra persona”. Agrega además que los sujetos y motivos pueden ser diferentes, aunque en la mayoría de los casos coincidan unos y otros.⁷²¹

Por actos de carácter sexual debemos entender lo mismo que en la primera hipótesis, no obstante la sutileza gramatical del legislador, que ocupa en la primera parte del numeral “comportamiento de naturaleza sexual” y luego “actos de carácter sexual”. Consideramos que no hay problemas para entender ambas expresiones como sinónimas, pues no parecen ofrecer diferencias significativas.⁷²²

Subjetivamente, no hay duda de que el tipo exige dolo directo, por la inclusión de “fines sexuales” en la descripción típica, entendidos por TAMARIT SUMALLA como la exigencia de que el sujeto actúe con la finalidad de obtener una gratificación de carácter sexual.⁷²³

Por último, la inclusión de una forma agravada en el inciso segundo aplicable sólo a la segunda hipótesis analizada (que se le haga presenciar abusos sexuales, aunque el autor no participe en ellos –entiéndase, en los abusos sexuales-) no genera cambios a la estructura típica, ni al hecho de que aquí se absorbe una forma de comisión del *cibergrooming* de común ocurrencia.⁷²⁴ Podemos afirmar esto pues la idea de *grooming*

⁷²⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Abusos sexuales...op.cit.*, p. 617 plantea la posibilidad de que lo contemplado en el segundo supuesto del 183 bis pudiese estar grabado en cualquier soporte y ser visto vía *streaming*, aunque descarta la opción y exige que la conducta se produzca “en directo”, para evitar solapamientos con el delito del art. 186. Coincidimos con esta visión, pues de estar registrado previamente en video el comportamiento sexual, estaríamos en el ámbito de la pornografía infantil y juvenil, y por tanto podríamos trasladarnos al ámbito del art. 183 ter.

⁷²¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 454. En contra, entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Abusos sexuales...op.cit.*, p. 619; RAMOS TAPIA, M^a Inmaculada, “La tipificación de los abusos sexuales a menores: El proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la directiva 2011/92/UE”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Valencia: Tirant lo Blanco, 2015, p. 131.

⁷²² Diferencia que en todo caso debió ser evitada, según MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, p. 183.

⁷²³ Especie de ánimo lúbrico o libidinoso que no es exigido en los abusos sexuales del art. 183, y que vienen a constituir aquí una restricción del tipo, según TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Delitos contra...op.cit.*, p. 429. Con detalle sobre la finalidad sexual, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Abusos sexuales...op.cit.*, p. 617.

⁷²⁴ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, p. 184.

es más amplia que la simple repetición de conductas exigidas en el acoso, por lo que puede captar una conducta unitaria (acicalamiento o preparación) o reiterada (si la determinación se obtiene por un conjunto de actos, por ejemplo).⁷²⁵

1.3. LA RELACIÓN DEL CIBERACOSO SEXUAL A MENORES CON EL CIBERACOSO PREDATORIO O *CIBERSTALKING* Y EL CIBERMATONAJE O *CIBERBULLYING*: LOS DISTINTOS PUNTOS DE INTERSECCIÓN

Tal como vimos con anterioridad, la conducta central *grooming* es en forma principal, aunque no exclusivamente, el acoso, que puede darse o no a través de medios telemáticos o informáticos (caso en el que hablaríamos de ciberacoso o *cibergrooming*), como puede darse o no respecto a menores de edad (caso en el que hablaríamos de *childgrooming*, ciberacoso infantil o de menores). Tratándose de *bullying* o *stalking* estamos frente a figuras de similares características, es decir, por una parte existe una figura básica central que se repite (el acoso), y que puede darse o no a través de medios telemáticos o informáticos, caso en el que nos referiremos a las figuras como *ciberbullying* o *ciberstalking*, aunque con mayores matices cuando se trata del primero (el acoso puede tomar distintas formas). No es común, en tanto, hacer diferencias en el *stalking* respecto a la víctima menor de edad.

Otro punto en común está dado por las denominaciones, todas ellas extraídas de términos anglosajones y adaptadas a conceptos hispanoparlantes, no siempre con la misma dimensión o exactitud.

En tercer lugar, sólo el ciberacoso sexual de menores y el acoso predatorio mediante internet o *ciberstalking* tienen una consagración expresa (más allá de las denominaciones) en el CP, a través del art. 183 bis y ter para el primero, y del art. 172 ter en el segundo, aunque no en toda su extensión como se ha visto y se verá. El *ciberbullying* como tal no ha sido recogido por el legislador de forma expresa, aunque algunas de sus conductas pueden ser reconducidas a tipos penales existentes en la legislación española.⁷²⁶ En este caso los tipos penalmente eventualmente aplicables van desde las lesiones a la agresión sexual.⁷²⁷

⁷²⁵ Al respecto, con detalle, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, pp. 19 y ss.

⁷²⁶ BOLEA BARDÓN, Carolina, *De las torturas...op.cit.*, p. 400, señala que la jurisprudencia ha venido castigando por coacciones, como el caso del sujeto que durante más de un año presionó a una menor de 14 años para tener un noviazgo, cambiando incluso su domicilio para estar cerca de ella (SAP Navarra, 32/05, 9-3), aunque, como bien señala Rubio Lara, no todas las manifestaciones fácticas de *bullying* o

Al hablar de ciberacoso, hay que referirse en forma obligada a su referencia en el mundo físico, es decir, el acoso escolar, la violencia de género, etc., que persiguen un objetivo de dominación del acosador sobre la víctima, la que podrá tener distintas finalidades que irán dando paso a distintas formas de acoso. Si el propósito es sexual, como el vinculado a la pornografía infantil y juvenil, en principio estaremos frente al *cibergrooming*, si se busca hostigar y humillar entre pares, será el *cyberstalking* o *cyberbullying* (según el tipo de pares).⁷²⁸

En los siguientes apartados revisaremos los aspectos principales del *bullying* y del acoso predatorio o *stalking*, cuando son realizados a través de internet u otras TIC, a fin de determinar sus elementos centrales, ámbitos de aplicación y puntos de contacto con el *cibergrooming*, en relación a la pornografía infantil y juvenil.

2.3.4.1. El cibermatonaje o *ciberbullying*: Cuando el acoso proviene de los propios menores

Ha resultado más fácil determinar las características del *ciberbullying* que encontrar una definición con cierta validez universal, y más aún que permita hacer distinciones claras con otros términos similares como *grooming* o *stalking*.⁷²⁹ El *bullying* es entendido como cualquier forma de maltrato psicológico, verbal o físico entre escolares de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado,⁷³⁰ y suele asociarse a

ciberbullying son punibles, toda vez que algunas de ellas son manifiestamente atípicas, dando el ejemplo de la exclusión social, RUBIO LARA, Pedro, “Acoso sexual de menores por internet: cuestiones penales, procesales penales y civiles”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 152,

⁷²⁷ Para la Fiscalía General del Estado, la figura base para el grueso de los casos sería el art. 173.1 del CP, TÁRRAGO RUIZ, Ana, “El Ministerio Fiscal: menores y violencia escolar”, en GONZÁLEZ MONTES, Fernando (Coord.), *Violencia escolar. Aspectos socioculturales, penales y procesales*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008, pp. 112-113. En la misma línea, MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 94-95.

⁷²⁸ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2010, p. 24.

⁷²⁹ Cabe hacer presente que el tratamiento bibliográfico del *bullying* se ha hecho principalmente desde las ciencias sociales o de la mente, más que desde la ciencia jurídica. Un resumen de los conceptos más usados en PÉREZ MARTÍNEZ, Ana; ORTIGOSA BLANCH, Reyes, “Una aproximación al *ciberbullying*”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 14-16.

⁷³⁰ Olweus, en 1993, lo definió como “[...] una conducta de persecución física y/o psicológica que realiza un estudiante contra otro, al que escoge como víctima de sus repetidos ataques”, citado en HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas: 2010, pp. 266-268.

la idea de acoso escolar. Por esto último, GARCÍA VALVERDE/ GARCÍA VALVERDE entienden a “[...] las conductas violentas de naturaleza diversa, de carácter sistemático y reiterado, prolongadas en el tiempo, que atentan intencionadamente a la dignidad de la persona, dando lugar a situaciones de dominación/sumisión degradantes y humillantes, constituyendo el contexto educativo el vínculo o nexo entre agresor/victimario y víctima”.⁷³¹ Por *ciberbullying* entenderemos, siguiendo a PARDO ALBIACH, como un conjunto de conductas en que un niño, preadolescente o adolescente es atormentado, amenazado, acosado, humillado y avergonzado por otra persona desde Internet, mediante medios interactivos, tecnologías digitales o teléfonos celulares.⁷³²

De acuerdo a esto, sus principales características serían.⁷³³

- a. Es intencionada, es decir, está dirigida a acosar;
- b. Es persistente en el tiempo, por algo es una forma de acoso;
- c. Los agresores se mueven por una necesidad de intimidar y dominar;
- d. La población menor que ejerce la violencia suele tener más edad que las víctimas, con lo que se presenta un abuso de poder;
- e. Conlleva violencia física, síquica o ambas;
- f. Se produce de forma directa (por ej.: agresiones) o indirecta (por ej.: propagando rumores);
- g. Se mantiene por el refuerzo del grupo;
- h. Los adultos suelen no ser conscientes de su ocurrencia;
- i. Las víctimas, como en la violencia sexual, tienden a guardar silencio sobre los hechos.
- j. Es cometido a través de Internet u otra tecnología similar.⁷³⁴

⁷³¹ GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores; GARCÍA VALVERDE, Francisco, “Análisis del sistema educativo y consideraciones jurídicas”, en RIVAS VALLEJO, Pilar; GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores (Dir.); CABALLERO PÉREZ M^a José; TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (Coords.), *Tratamiento integral del acoso*, (Cizur Menor) Navarra: Ed. Aranzadi, 2015, p. 305.

⁷³² PARDO ALBIACH, Juan, “Ciberacoso: *cyberbullying*, *grooming*, redes sociales y otros peligros”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 56. El Departamento de Justicia de EEUU entendió el ciberacoso como “[...] el uso de internet, correo electrónico o cualquier otro dispositivo electrónico para acechar o acosar a otra persona”. En doctrina española, Bolea Bardón lo ha definido como “[...] las conductas de acecho y/o intimidación destinadas a forzar algún tipo de contacto o relación personal indeseada por la víctima. BOLEA BARDÓN, Carolina, *De las torturas...op.cit.*, p. 400.

⁷³³ TÁRRAGO RUIZ, Ana, “El Ministerio Fiscal: menores y violencia escolar”, en GONZÁLEZ MONTES, Fernando (Coord.), *Violencia escolar. Aspectos socioculturales, penales y procesales*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008, p. 110; coincidente en casi todos los puntos MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El derecho penal frente...op.cit.*, p. 83.

⁷³⁴ Vid., también GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores; GARCÍA VALVERDE, Francisco, *Análisis del sistema...op.cit.*, pp. 305-306.

La existencia del elemento personal específico en esta u otras definiciones de *bullying* nos permite reducir estas conductas a un espectro más o menos reducido de sujetos, como es el caso de menores de edad (niños, adolescentes o preadolescentes), que parecen estar contenidos de manera más esencial que en el *grooming*, el que también puede darse sobre o entre adultos (aunque sea menos común). En términos más simples, el *ciberbullying* sería una forma de ciberacoso de un menor por otro u otros menores, sobre todo en ambientes escolares, realizado a través de Internet u otras redes informáticas o telemáticas.⁷³⁵

El estudio fenomenológico del *bullying* demuestra que su principal hábitat es la educación escolar, lo que es razonable considerando que un menor de edad pasa entre 30 y 50 horas semanales en el colegio o instituto.⁷³⁶ Las formas en que se manifiesta pueden ser muy variadas, e ir desde las bromas crueles, dibujos e imitaciones, hasta las amenazas o agresiones, que suelen ser realizadas en grupos, razón por la que se asocia el *bullying* a matonaje escolar.⁷³⁷ Este mismo entorno y las características de los sujetos involucrados hacen que los roles cambien en forma constante, transformándose rápidamente el acosado en acosador y viceversa.

Lo complejo de este fenómeno es que se da, primero, entre menores de edad, y segundo, en un entorno en el que se supone los menores están protegidos, como es el colegio. Además cabe agregar que en la modalidad de *cyberbullying*, los medios de comunicación modernos como Internet han sido potenciados por las propias autoridades educativas, como una forma de introducir a los estudiantes a la sociedad de la

⁷³⁵ También se le ha denominado acoso virtual, *network mobbing*, ciberintimidación, *harassment*, etc., pero *ciberbullying* parece ser el término más extendido y conocido, PARDO ALBIACH, Juan, *Ciberacoso...op.cit.*, p. 56.

⁷³⁶ Aunque Marco cree que esto es más propio del *bullying* que del *ciberbullying*, pues en este último caso el ámbito de socialización es mucho mayor y es transversal a la familia, escuela y comunidad, MARCO MARCO, Joaquín, “Menores, ciberacoso y derecho de la personalidad”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 99; Tárrago Ruiz es más específica en su denominación, pues hace directamente sinónimos *bullying* y acoso escolar, la que define como una forma concreta de malos tratos llevados a cabo dentro del centro educativo entre el grupo de iguales,⁷³⁶ TÁRRAGO RUIZ, Ana, “El Ministerio Fiscal: menores y violencia escolar”, en GONZÁLEZ MONTES, Fernando (Coord.), *Violencia escolar. Aspectos socioculturales, penales y procesales*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008, p. 110; en la misma línea, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N°112, 2014, p. 19.

⁷³⁷ Etimológicamente proviene del vocablo anglosajón “*bull*”, con el que se alude al matón. Una lista de las formas más comunes que adopta el *ciberbullying* en <http://www.ciberbullying.com> (Última visita 23 de noviembre de 2014). RUBIO LARA, Pedro, “Acoso sexual de menores por internet: cuestiones penales, procesales penales y civiles”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 151, npp. 17, hace la distinción entre acoso escolar y violencia juvenil.

información y el conocimiento, formándose un “cuarto espacio de socialización”, después del hogar, la escuela y la comunidad.⁷³⁸

Entre el acoso físico⁷³⁹ y el informático existen diferencias y similitudes. Respecto a las primeras, la prescindencia de la cercanía física víctima-victimario en el ciberacoso y la reducción de las barreras físicas y psicológicas por la falta de contacto físico, a diferencia del acoso no virtual; en el *bullying* o acoso físico se presenta la eventual existencia de una relación previa entre víctima y victimario, que no siempre se da en el *ciberbullying*,⁷⁴⁰ también existe una mayor frecuencia de víctimas femeninas y acosadores masculinos, lo que tiende a diluirse en Internet; y la presencia de grupos acosadores que cuentan con un liderazgo más o menos definido en entornos físicos (matonaje) frente a liderazgos diluidos en redes sociales; además de la diferencia propia por los medios comisivos. Las TIC, sin duda, favorecen el acoso, por la facilidad de comunicación y el anonimato que entregan al acosador. Entre las similitudes, se puede señalar la intercambiabilidad entre acosador y víctima (quien parte como víctima puede terminar como victimario); al *bullying* suelen seguirle actos de *ciberbullying*; por último, en ambos casos, los efectos del acoso en la víctima pueden ser, además de nefastos, perdurables en el tiempo.⁷⁴¹

Una figura específica de *cyberbullying* es el llamado “*happy slapping*”, conducta que consiste en la grabación, para su posterior difusión por medio de teléfonos móviles, plataformas de contenido (*youtube*, por ejemplo) o redes sociales (*Facebook*, por ejemplo) de imágenes o videos de las agresiones o vejaciones a las que se sometió a la víctima. El propósito es sorprender a esta con un ataque que genere una actitud “cómica” o “ridícula” –ninguna de las dos excluye la posibilidad de material con contenido sexual-, y así avergonzarlo ante quienes visualicen las imágenes. En opinión de HERNÁNDEZ GUERRERO, el *happy slapping* es una forma más grave de *cyberbullying*, en la medida en que se aprovecha la indefensión de la víctima (que es atacada en masa), existe una diversidad de bienes jurídicos protegidos, la finalidad

⁷³⁸ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas: 2010, pp. 266-268.

⁷³⁹ Que MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El derecho penal frente...op.cit.*, p. 86, llama *bullying off line*.

⁷⁴⁰ Estos puntos serían esenciales, según Mendoza Calderón, para diferenciar el *bullying* del *ciberbullying*, *Ibid*, 2014, p. 95.

⁷⁴¹ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 265.

denigratoria que se persigue y la amplia difusión que el acto denigrante tiene a través de los múltiples medios de comunicación en internet.⁷⁴²

En resumen, consideramos que el *ciberbullying* es una forma de acoso producido en forma mayoritaria en un entorno escolar (desde la perspectiva de los sujetos involucrados, no del espacio físico) a través del uso de TIC, principalmente Internet u otras redes informáticas o telemáticas, y que puede afectar una serie de bienes jurídicos diversos del menor, como su integridad física, síquica, intimidad, honor, etc., que puede tener contenido sexual (sea o no pornográfico), pero de una forma más amplia que el *cibergrooming* (por ej: pueden ser bromas de contenido sexual, como por el tamaño de los genitales) y en una relación entre pares (en el *grooming* se presenta una asimetría en las relaciones por la presencia de un adulto).

Su incardinación en un tipo penal específico es difícil, por esa multiplicidad de formas comisivas. Por ejemplo, y sólo para centrarnos en lo visto en esta investigación, difícil será subsumirlo en las hipótesis típicas de *cibergrooming*, toda vez que la finalidad aquí exigida es sexual, tanto en el art. 183 bis como en el ter, mientras que en el *ciberbullying* se busca controlar y humillar a la víctima. Existen mayores posibilidad de encardinar los casos de *happy slappyng* en el art. 189.1 b) parte primera, siempre y cuando las imágenes o videos difundidos cumplan con los requisitos de la definición de pornografía infantil y juvenil tratados aquí en el capítulo anterior. Toma mayor sentido aquí hablar de la representación de actividades sexuales simuladas (propias de las bromas de grueso calibre entre escolares), por las características propias del medio en que se producen.

1.3.2. El ciberacoso predatorio o *ciberstalking*: Hostigamiento vía Internet

1.3.2.1. Principales aspectos fenomenológicos del *stalking* o acoso predatorio y su desarrollo a través de las TIC

La figura en estudio es una más de las identificadas con término anglófonos, aunque quizá es la de menos impacto en la doctrina española. Etimológicamente, la palabra *stalking* tiene su origen en una forma frecuentativa de una palabra proveniente del inglés antiguo, *stealcian* o *bestealcian*, que significa “deslizarse sin ruido”.

⁷⁴² *Ibid*, pp. 268-269; en igual línea CUERDA ARNAU, María Luisa, *Menores y redes...op.cit.*, p. 21.

Haciendo una comparación, tal como “*to talk*” (hablar) es “*to tell frequently*” (decir frecuentemente), “*to stalk*” (acechar, acosar) correspondería a “*repeteadly to steal along*”⁷⁴³ (pasar en silencio o deslizarse sin ruido frecuentemente).⁷⁴⁴

De lo anterior podemos extraer la idea de que se trata de un verbo que contiene una acción de carácter repetitiva, es decir, que posee un componente de reiteración, unido a una cualidad o carácter de silencio o sigilo, ambas intrínsecas a su significado. Ahora, en cuanto a imagen metafórica, el *stalking* se refiere en principio a la acción de acecho realizada por los depredadores a la hora de la caza. En otras palabras, la persecución sigilosa que se hace de la presa, con el fin lógico de producir su captura.⁷⁴⁵

Más recientemente la palabra ha devenido en un significado distinto, asociado a patrones complejos de comportamiento caracterizados por la búsqueda persistente de contacto, el monitoreo del comportamiento y vigilancia relacional, y por el envío de mensajes inoportunos de parte de un sujeto acosador hacia un objetivo-víctima, produciendo ansiedad y miedo en este último.⁷⁴⁶ El *stalking* es una metáfora para el juego entre el cazador y la presa.⁷⁴⁷

A pesar de que el acoso se ha manifestado en la sociedad desde tiempos remotos,⁷⁴⁸ sólo después del conocido caso Schafer, en Estados Unidos, a finales de los ochentas y principios de los noventas, que el concepto comienza a utilizarse de un modo más amplio, para incluir a cualquier tipo de persona que se viese afectada, y no sólo

⁷⁴³ NICOL, Bran, *Stalking. Focus on contemporary issues*, Londres: Ed. Reaktion Books, 2006, p. 16.

⁷⁴⁴ “Recogerse, o pasar en secreto, deslizarse dentro de, o a lo largo de, o lejos sin ser percibido, ir o venir furtivamente”.

⁷⁴⁵ “La palabra “acosar” ha tenido desde hace mucho tiempo tanto el significado de perseguir como el de caminar furtivamente” MULLEN, Paul; PATHÉ, Michele, “*Stalking*” en *Crime and Justice*, Vol 29, 2002, p. 273, disponible en <http://www.jstor.org/stable/1147710> (Última visita 05 de marzo de 2014).

⁷⁴⁶ MODENA GROUP ON STALKING, *Stalking: recognition and intervention models: a european study*, Milán: Ed. Franco Angeli, 2005, p. 15. Vid., el trabajo pionero en España, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*, Madrid: Ed. Iustel, 2009, p. 23, publicado años antes de la Reforma de 2015.

⁷⁴⁷ En un sentido genérico la palabra “*stalking*” hace referencia a un comportamiento predatorio. En el contexto criminal, la palabra describe un patrón repetitivo de comportamiento que involucra a una víctima en particular”, SHERIDAN, Lorraine; DAVIES, Graham, “*Stalking: the elusive crime*”, en *Legal and Criminological Psychology*, vol. 6, 2001, pp.133 y 134.

⁷⁴⁸ Una revisión histórica nos muestra que en las Instituciones de Justiniano, en su libro cuarto, capítulo cuarto, título cuarto ya contenían una alusión al acoso, como puede desprenderse del siguiente pasaje: “*Iniuria committitur si quis matrem familias aut praetextatam praetextatamve adsectatus fuerit*”, lo que puede traducirse como “transformarse en una molestia, por perseguir a una mujer casada o a un niño, puede llevar a la interposición de una acción criminal”, citado por ROYAKKERS, Lâmbert, “The Dutch approach to Stalking laws”, en *California Criminal Law Review*, vol. 3 p. 1, 2000, disponible en <http://www.boalt.org/CCLR/v3/v3royakkersnf.htm> (Última visita 7 de abril de 2014).

celebridades.⁷⁴⁹ Fue después de este caso, en 1990, que la legislatura del Estado de California aprobó la primera ley de prohibición del *stalking* en aquel país.⁷⁵⁰

Esta forma de acoso, entonces, puede involucrar actos como llamadas telefónicas, envíos de correo físico, la vigilia de su casa o lugar de trabajo, visitas del acosador o apersonamiento en lugares de concurrencia habituales de la víctima, persecución (en sentido literal) de la víctima, envío de mensajes a través de plataformas informáticas o del teléfono, envío de material sexual o pornográfico no deseado por las mismas vías, etc. Es en estos últimos casos cuando hablamos de *ciberstalking*. Ordenar productos a nombre de la víctima, o instigar acciones legales advenedizas también son factibles de constituirse en una suerte de acoso indirecto.⁷⁵¹

Estas formas de acoso generan en la víctima un estado permanente de alarma y angustia, en tanto se teme ser violentado como individuo, que se produce ya que el *stalking* suele resultar en daños hacia el acosado, tanto psicológicos, físicos o patrimoniales.⁷⁵² Se puede observar entonces que el fenómeno abarca una gran gama de actos, que generan a su vez una importante dificultad de carácter conceptual para identificarlo. Estas dificultades se acrecientan porque muchos actos o conductas de las descritas parecen no ser nocivas en sí, e incluso se consideran conductas normales según los parámetros sociales,⁷⁵³ como realizar una llamada, esperar a alguien fuera de su departamento o enviar un *email*, por ejemplo.⁷⁵⁴

Por estas razones se hace necesaria una adecuada definición del fenómeno para así acotar y fijar los términos en que comprendemos el *stalking*, y en

⁷⁴⁹ El caso se refiere a la conocida y joven actriz norteamericana Rebeca Schafer, quien fuera asesinada el 18 de julio de 1989 por un fan obsesionado, quien la había estado siguiendo y acosando durante meses, hasta que le disparó frente a su departamento. MULLEN, Paul; PATHÉ, Michel; PURCELL, Rosemary, *Stalkers and their victims*, Cambridge: Ed. Cambridge University Press, 2000, p.1.

⁷⁵⁰ TJADEN, Patricia, “Stalking policies and research in the United States: a twenty year retrospective”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 15, 2009, pp. 261 y 262.

⁷⁵¹ NICOL, Bran, *Stalking. Focus on...op.cit.*, p. 17.

⁷⁵² Ver al respecto SHERRIDAN, Lorraine.; BLAAUW, Eric; y DAVIES, Graham, “Stalking, knowns and unknowns”, en *Trauma, Violence & Abuse*, vol. 4, N°2, 2003, p.153.

⁷⁵³ ESER, Albin, “La adecuación social: ¿Figura legal superflua o necesaria? Reflexiones respecto a la concesión de ventajas socialmente habituales”, en *Revista de Derecho Penal*. N° 1, 2002, p. 459.

⁷⁵⁴ Para DENNISON, Susan; THOMSON, Donald. “Identifying Stalking: The Relevance of Intent in Commonsense Reasoning”, en *Law and Human Behavior*, N° 5, vol.26, 2002, p. 543, una línea divisoria clara entre *stalking* y comportamiento no constitutivos no ha podido ser establecida, ya que conductas comunes, en algunos contextos, podrían ser considerados *stalking*; en igual sentido SHERIDAN y DAVIES, al señalar que los acosadores pueden perseguir a las víctimas usando actos ilegales como llamadas obscenas o violencia. Sin embargo, estos a menudo no amenazan abiertamente, sino que utilizan un comportamiento rutinario e inofensivo, y no ilegal en sí mismo, SHERIDAN, Lorraine; DAVIES, Graham, *Stalking: the elusive...op.cit.*, p. 138. Vid., además VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Stalking y derecho...op.cit.*, pp. 32 a 35; GIBBONS, Sarah, “Freedom from fear of stalking”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, N°1, vol.6, 1998, pp. 133 a 137; MULLEN, Paul; PATHÉ, Michel; PURCELL, Rosemary, *Stalkers and...op.cit.*, pp. 8 y 9

particular el *ciberstalking*, lo que permitirá a su vez mejorar su tratamiento legal, estudio científico, percepción y entendimiento público.⁷⁵⁵

El punto clave parece estar en la reiteración de ciertos actos que, individualmente, pueden ser inofensivos. La doctrina, principalmente anglosajona, no discute la necesidad de reiteración en un determinado periodo, pero no señala de manera efectiva cuales son los contornos de este curso de acción repetitivo iniciado por el acosador.⁷⁵⁶ Tomar cada acto por separado y agregar criterios de reiteración espacio-temporales, a fin de buscar configurar el fenómeno de acoso, parece un despropósito. El acosador bien podría llamar a su víctima un martes, escribir un jueves y esperarla fuera de su lugar de trabajo un viernes. Cada conducta por separado se demuestra en principio inofensiva. Es el conjunto de los actos realizados los que unidos a los criterios ya señalados permiten indicar que se está llevando a cabo un “curso de acción” que en su totalidad configurarían el *stalking* o el *ciberstalking* si se utiliza Internet.

ROYAKKERS, basándose en la definición operacional de *mobbing* realizada por LEYMANN,⁷⁵⁷ intenta estructurar una propuestas enfocada a subsanar las fallas en los aspectos ya mencionados, entregando una lista sistematizada con los diferentes tipos de actos y conductas que configurarían el *stalking*, más criterios temporales de solución, “(...) la definición de *stalking* debiese requerir que la persona expuesta a actos de acoso, llevados a cabo por otra persona, lo fuese al menos por un periodo de seis meses y con

⁷⁵⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Stalking y derecho...op.cit.*, pp. 2 y 3. Incluso se hace tremendamente difícil para la criminología o la victimología realizar estudios de campo al respecto, si se trabaja en base a una cantidad indeterminada de conductas identificables. Por ejemplo, una encuesta realizada entre estudiantes de universidades norteamericanas en que los investigadores detectaron que al menos 30% de las estudiantes habían sufrido algún tipo de *Stalking*, contra un 17% de los hombres. Sin embargo, una encuesta realizada por la *National Violence Against Women Survey* (NVAW), reveló que una de cada doce mujeres norteamericanas y uno de cada cuatro hombres habían sido acosados durante su vida. Esta divergencia se debería a que la definición de *Stalking* utilizadas por ambas instituciones eran distintas, TJADEN, Patricia; THOENNES, Nancy, *Stalking in America: Findings from the National Violence Against Women Survey*, Washington: Ed. U.S. Dept. of Justice, 1998, p. 2.

⁷⁵⁶ La mayoría de las leyes *anti-stalking* que se han dado en las jurisdicciones occidentales hacen referencia a un curso de acción intencional y repetitivo, que involucra la persecución o acoso de un individuo, provocando miedo en este. La frase “curso de acción”, ha ido subsecuentemente interpretada o definida en la ley federal de manera expresa como aquel que involucra intrusiones en “*dos o más ocasiones*”, MULLEN, Paul; PATHÉ, Michel; PURCELL, Rosemary, *Stalkers and...op.cit.*, p. 572.

⁷⁵⁷ Leymann define el *Mobbing* de forma operacional, utilizando también criterios de tiempo, conductas y resultados, de la siguiente forma “(...) comunicaciones hostiles e inmorales que son dirigidas en forma sistemática por una o más personas principalmente hacia un individuo. También hay casos en que el *Mobbing* es mutuo, hasta que uno de los participantes se transforma en el desvalido. Estas acciones ocurren a menudo (casi todos los días), durante un periodo extenso (al menos durante seis meses) y, debido a esta frecuencia y duración, su resultado es un considerable sufrimiento psíquico, psicosomático y social. Esta definición elimina conflictos temporales y se enfoca en una zona de transición en que la situación psicosocial deviene en estados patológicos psiquiátricos o psicosomáticos”. LEYMANN, Heinz, “*Mobbing and Psychological Terror at Workplaces*”, en *Violence and Victims*, N° 2, vol. 5, 1990, p. 120.

una frecuencia de al menos dos veces por semana”. Para el autor, un tiempo menor no permitiría hablar de una verdadera lesividad de los actos de acoso.⁷⁵⁸

Una ventaja evidente de lo propuesto por ROYAKKERS es su precisión temporal, atingente al alcance y manifestación de la conducta, logrando otorgar un verdadero significado a la idea de reiteración que acompaña al fenómeno. Sin embargo, aunque sin desconocer los conocimientos fenomenológicos que el autor ha considerado para establecer los plazos, en tales términos sigue habiendo un grado de imprecisión tal que, si hablábamos de cuatro meses o de una vez a la semana en un mínimo de ocho meses, probablemente no tuviéramos argumentos para rebatir.

En relación al acosador, este presentaría una incapacidad para representarse las interacciones relacionales de la forma en que generalmente se consideran adecuadas en la sociedad, por lo que su conducta, inadecuada y extraviada, representa un grave problema para la persona a quien va dirigida.⁷⁵⁹ Es común encontrar algún tipo de anomalía o trastorno mental en ellos.⁷⁶⁰ De todas formas, ni dogmática ni criminológicamente el panorama está completo sin los sujetos comunes y corrientes que también pueden realizar conductas de acoso predatorio.⁷⁶¹

⁷⁵⁸ ROYAKKERS, Lamber, *The Dutch approach...op.cit.*, p. 4.

⁷⁵⁹ Sobre las distintas corrientes, véase SPITZBERG, Brian; CUPACH, William, *What mad...op.cit.*, p. 347 y ss.

⁷⁶⁰ La literatura científica, desde el punto de vista de la tipología clínica, señala que sucede así especialmente en los casos de individuos que presentan cuadros de trastornos psiquiátricos o de enfermedad mental, como aquellos relacionados con el comportamiento obsesivo. Particularmente el set de trastornos obsesivos conocidos en la literatura psiquiátrica anglosajona como ORI, (*obsessive relational intrusion*), o “intrusión relacional obsesiva” entre los que encontraríamos la persecución obsesiva y la infatuación obsesiva y que existen además otros trastornos de la personalidad relacionados con las conductas de acoso, como el narcisismo y la erotomanía, condición esta última, en los que los sujetos se encuentran bajo la ilusión de que otra persona, sea esta conocida o no, se encuentra enamorada de ellos. PATHÉ, Michel, *Surviving stalking*, Cambridge: Ed. Cambridge University Press, 2002, p. 19; SPITZBERG, Brian; CUPACH, William, “What mad pursuit? Obsessive relational intrusion and stalking related phenomena”, en *Aggression and Violent Behaviour*, N° 4, vol. 8, 2003, pp. 351 y ss., disponible en <http://www-rohan.sdsu.edu/~bsavatar/articles/MadPursuit%20AVB03.pdf> (Última visita 9 de Abril de 2013); sobre los trastornos sicopatológicos relacionados con el *stalker*, SHERIDAN, Lorraine; DAVIES, Graham, “Stalking: the elusive crime”, en *Legal and Criminological Psychology*, vol. 6, 2001, pp. 133-147; MELOY, Reid, *The psychology of stalking: Clinical and forensic perspectives. Practical resources for the mental health professional series*, San Diego: Ed. Academic Press, 1998; MELOY, Reid, “Stalking (Obsessional Following): A review of some preliminary studies”, en *Aggression and Violent Behaviour*, N° 2, vol. 1, 1996; SINCLAIRE, Colleen; y HANSON, Irene, “When courtship persistence becomes intrusive pursuit: comparing rejecter and pursuer perspectives of unrequited attraction”, en *Sex Roles*, N°s 11 y 12, vol. 5, 2005. ROSENFELD, Barry, “Recidivism in stalking and obsessional harassment”, en *Law and Human Behavior*, N° 3, vol. 27, 2003.

⁷⁶¹ Pathé complementa la idea sobre los acosadores indicando que en virtud de su motivación y características, pueden ser divididos en 5 grupos, a saber: los rechazados, los buscadores de intimidad, los resentidos, los pretendientes incompetentes y los depredadores. Clasificación que pudiera considerarse algo simplista, pero muy útil a la hora de establecer patrones de motivación, trastornos y conducta que existen tras los acosadores. Véase PATHÉ, Michel, *Surviving stalking*, Cambridge: Ed. Cambridge University Press, 2002 p. 19.

En relación a las víctimas del *stalking*, y a los daños que estas pueden sufrir, la mayoría de los estudios realizados en América del Norte, señalan que son las mujeres quienes se presentan como el blanco mayoritario de las conductas de acoso, con una prevalencia de alrededor de un 80% frente a un 20% de hombres. Además, la edad de las víctimas se encontraría entre los 19 y los 29 años.⁷⁶² Los efectos de estas conductas sobre los acosados son, como se dijo, psicológicos, físicos⁷⁶³ y patrimoniales, no

⁷⁶² Estos corresponden a datos generales obtenidos al unificar dos estudios independientes, realizados uno en Canadá y otro en los Estados Unidos, detallados como sigue: “(...) Un vasto estudio realizado en Canadá examinó los datos presentados en el reporte de la Declaración uniforme de actividad delictiva, un informe anual de crímenes denunciados en 130 departamentos de policía canadienses. El estudio, que incluía las denuncias de 7.472 víctimas de *Stalking*, reveló que la mayoría de estas eran mujeres (80%) y que muchas (47%) habían estado involucradas en una relación íntima con el acechador. Otro estudio fue también encargado por el Instituto Nacional de Justicia de los Estados Unidos. En éste, una muestra aleatoria representativa de 8000 mujeres y 8000 hombres participaron en entrevistas telefónicas. Las conclusiones del estudio fueron las siguientes: 1) las mujeres eran más propensas a ser víctimas del *Stalking* (78%) que los hombres. 2) La mayoría de las víctimas tenían entre 18 y 29 años cuando comenzó el acoso por primera vez y 3) que la amplia mayoría de los acechadores eran hombres (87%). Para el 59% de las mujeres y el 30% de los hombres que fueron víctimas de éste flagelo, el acechador fue pareja íntima en algún momento de sus vidas, SHERIDAN, Loraine; BLAAUW, Eric; y DAVIES, Graham, *Stalking, knowns...op.cit.*, p. 51. En Australia no se han realizado estudios que se dirijan específicamente a tratar el tema del *Stalking*, sin embargo, uno realizado en 1996, con un universo de 6.300 mujeres, sobre violencia física y sexual por la *Australian Bureau of Statistics*, contenía también un apartado relacionado con el acoso que, basándose en la definición legal del tipo *Stalking* del territorio capital australiano, determinó que un 15% de las mujeres entrevistadas habían sufrido de acoso en algún momento de sus vidas, lo que implica que al menos un millón de mujeres australianas fue víctima de acoso, principalmente aquellas en el grupo etario que va de los 18 a los 24 años, con conductas que variaban en su duración entre un mes o dos años incluso. La definición de *Stalking* utilizada en esta encuesta corresponde a la que rige en el Territorio Capital australiano, y que consta en el *Crimes Act 1900* s34A, que define *Stalking* como “aquellos actos realizados en dos o más ocasiones y que sean susceptibles de producir temor o aprehensión en la víctima”. Ver al respecto OGILVIE, Emma, *Stalking: Criminal justice responses in Australia*, Canberra: Ed. Criminology Research Council. Australian Institute of Criminology, 2000, p. 3; las cifras estadísticas pueden ser revisadas en AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS, disponible en <http://www.abs.gov.au/AUSSTATS/abs@.nsf/Lookup/4128.0Main+Features11996?OpenDocument> (Última visita 10 de Marzo de 2015).

⁷⁶³ MELOY indica que entre los efectos esperados se encuentran ansiedad, depresión y síntomas de trauma, indicando además que dichos daños son cuantificables en tanto dichas condiciones, “corresponden a reacciones intensas, diagnosticables y esperables frente al comportamiento anormal y continuamente intrusivo de otra persona”, MELOY, Reid, *The psychology...op.cit.*, p. 6. En detalle sobre los efectos en las víctimas, incluso a nivel patrimonial, SHERIDAN, Loraine, *Key findings from www.stalkingsurvey.com*, 2005, disponible en <http://www.le.ac.uk/press/stalkingsurvey.htm> (Última visita 28 de enero de 2015).

En Europa, un estudio realizado por el *Modena Group on Stalking*, entre octubre de 2006 y marzo de 2007, consistente en una encuesta online sobre un universo de 391 víctimas de *stalking* en 3 países de la Unión Europea, Bélgica (145), Italia (126) y Eslovenia (120), demostró que entre las víctimas un 80,9% eran mujeres, es decir, sólo 74 de las víctimas eran hombres. Además, en 272 de los casos las mujeres fueron acosadas por hombres, 34 de las mujeres fueron acosadas por mujeres, 50 de los hombres fueron acosados por mujeres y 21 de ellos, por otros hombres. En 46,9% de los casos los acosadores eran ex parejas de las víctimas, un 37,6% eran conocidos y un 15,5% correspondía a extraños. En relación a la duración de la conducta, 44% de los encuestados fueron perseguidos por un periodo de entre un mes y menos de un año, mientras que 47,1% de ellas fueron acosadas durante más de un año, lo que permite suponer que el *Stalking* tiene una vocación de permanencia en el tiempo. La magnitud de los actos de acoso fue también demostrado en el estudio, pues un 21,2% de las víctimas fue agredida físicamente y un 15,9% amenazó con dañar a los hijos de la víctima, mientras que un 11,3% agredió físicamente a la pareja

descartándose la opción de un resultado fatal, sobre todo en casos de *stalking* en contextos de violencia intrafamiliar.⁷⁶⁴ Al ser un grupo de conductas reiteradas, que poseen un cierto ánimo de permanencia, la víctima bajo el acecho se ve afectada no sólo por el miedo constante al daño físico⁷⁶⁵ o psicológico en el caso de Internet, sino que además por la perturbación de sus actividades cotidianas, personales o laborales.⁷⁶⁶

Al ser el acoso predatorio una realidad basada en actos, la mejor manera de determinarla como concepto sería a través de una definición de tipo operacional. Sin embargo, la búsqueda de una definición así implica necesariamente que esta sea entregada en base a los parámetros de la disciplina sobre la que dicha definición será aplicada. Así, una definición que sea operativa desde el punto de vista psicológico no necesariamente lo será desde el punto de vista legal, y particularmente para el caso que nos atañe, desde el punto de vista del Derecho penal. Entre los países que ya poseen legislación penal anti-*stalking* se discute la definición óptima. Así, por ejemplo, en el sistema americano existe una multiplicidad de definiciones penales de acoso predatorio, lógico dentro de un sistema federal, que parten de una suerte de base de propósitos común, pero presentan diferencias notorias frente a algunos elementos del *stalking*. Otras legislaciones, como la australiana, requieren que el sujeto que se involucra en actos de acoso, tenga la intención de crear miedo o aprehensión por la seguridad personal, o lesiones físicas o mentales en la persona de la víctima, lo que producirá necesariamente dificultades aquellas conductas inocuas reiteradas en que el acosador opera buscando la atención de la víctima, un interés romántico, o bajo la ilusión de que

de esta. Es interesante destacar que, mientras eran acosadas, sólo un 50,6% de las o los acosados estaban familiarizados con el concepto de *Stalking*, siendo este porcentaje el menor entre los ciudadanos de Italia, con tan sólo un 20,6%. En cuanto a los efectos, se encontró que 40,9% de las víctimas cumplían con los requisitos para ser diagnosticadas con desorden de estrés post-traumático, MODENA GROUP ON STALKING, disponible en <http://stalking.medlegmo.unimo.it/> (Última visita 28 de enero de 2014).

⁷⁶⁴ Si bien la relación existente entre el acoso, y la violencia ejercida por el actor con o sin resultado de muerte no ha sido objeto de muchos estudios, se calcula que en países como Estados Unidos mueren anualmente entre 1.200 y 1.400 a manos de sus maridos, de un universo total de 2.5-4 millones de mujeres. Ver al respecto, SORIA VERDE, Miguel Ángel, “La conducta de acoso en maltratadores y homicidas”, en *Intervención Psicosocial*, N° 2, vol. 14, 2005, p. 178.

⁷⁶⁵ El promedio de la frecuencia de violencia es de entre 25 a 45% según estudios más recientes”, MELOY, Reid; DAVIES, Beth; LOVETTE, Jon, “Risk factors for violence among stalkers”, en *Journal of Threat Assessment*, N° 1, vol. 1, 2005, p. 4.

⁷⁶⁶ Una amplia colección de resultados negativos, tales como aflicción interpersonal, cambios impuestos en el funcionamiento profesional y en el estilo de vida, son señalados comúnmente como consecuencia directa de la intimidación en la víctima. Pérdidas económicas y sociales son frecuentemente asociadas con las contramedidas impuestas que exigen cambios más profundos en el estilo de vida para poder lidiar con el comportamiento persecutorio del perpetrador”. MULLEN, Paul, et al, “Harm associated with stalking victimization”, en *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, N° 9, vol. 42, p. 801 (La traducción es propia).

la conducta es deseada por el sujeto pasivo, no deseando inducir temor o provocar daños, las que no configurarían el *stalking* en base a los elementos de la definición.⁷⁶⁷

En Escocia o Australia se integra un elemento de previsibilidad objetiva, es decir, no se exige la intención de provocar daño, sino que los hechos reiterados deben ser percibidos por una persona razonable (hombre medio), como susceptibles de causar temor o daños. El acosador tiene la intención de realizar la conducta, pero esta sólo equivaldrá a acoso en cuanto, según el parámetro objetivo, dichos actos pudiesen causar temor o daño en la víctima.⁷⁶⁸ Otra alternativa que se ha planteado para esta problemática consiste en buscar un balance entre la intención del acosador y los efectos de los actos sobre la víctima, en virtud del cual estaríamos frente a un caso de *stalking* si el acosador *supiera o debiera haber sabido* que su comportamiento podría causar daño y/o aprehensión en la víctima, con lo cual los elementos de “*mens rea*” (mente culpable) se configurarían en base a un deber de conocimiento eventual (o sea, dolo eventual).⁷⁶⁹

Otra de las definiciones legales existentes relacionadas al fenómeno del *ciberstalking*, es aquella del Reino Unido contenida en la *Protection from Harassment Act* de 1997, que no utiliza directamente el concepto *Stalking*, sino que contiene dos

⁷⁶⁷ Con el fin de entregar una definición más “constitucional y ejecutable”, la *National Criminal Justice Association* intenta otorgar una definición homogénea, definiendo el acoso como “...un curso de conducta dirigido a una persona específica que provocaría en una persona razonable temor a sufrir daños físicos sobre sí o sobre algún miembro de su familia directa, o a temer su muerte o la de un miembro de su familia directa”. Dicha definición es complementada, para lograr la persecución penal, con la idea de que el perpetrador “(...) tenga conocimiento o debiese representarse que, la persona específica sufrirá el temor a sufrir daños físicos sobre sí o sobre algún miembro de su familia directa, o a temer su muerte o la de un miembro de su familia directa (...)”. Señalando además que el perpetrador debe iniciar el curso de conducta intencionalmente y que deben ser sus actos los que generen el temor. El que se requiera de la víctima el sentir temor de sufrir daños corporales o la muerte, es uno de los elementos más cuestionados de los estatutos americanos, pues se deja en la desprotección a aquellas personas que, sintiéndose psicológicamente amenazadas, no se hayan sentido necesariamente amenazadas en lo respectivo a su integridad física. Mientras que tienen propósitos similares, los estatutos de acoso de los estados difieren en sus definiciones y elementos. Los Estados definen el *Stalking* típicamente como la persecución o acoso reiterado hacia otra persona, hecho en forma intencional y maliciosa. Tres Estados proscriben “esperando al acecho”. Muchos estatutos de *Stalking* prohíben la comunicación no consensuada. Siete Estados incluyen la palabra “vigilancia” en la descripción del comportamiento de acoso. Otros tantos requieren la existencia de un patrón de conducta. Las disposiciones a menudo requieren que la víctima sienta un temor razonable por su seguridad, o sienta temor de sufrir daños físicos o la muerte. Texas requiere que, para que el hechor sea imputado, parte del comportamiento de acoso debe tener lugar después de que la víctima haya denunciado la conducta a las autoridades”. NATIONAL CRIMINAL JUSTICE ASSOCIATION, *Project to develop a model anti-stalking code for States*, Washington: Ed. National Institute of Justice, 1993, p. 13; 43 y ss.

⁷⁶⁸ “En Australia, con la excepción de la legislación de Queensland (que busca solo criminalizar el comportamiento que amenace con producir un acto violento), existe un requisito en relación con la intención, en virtud del cual debe existir la voluntad de crear miedo o temor por la seguridad personal, mental o física en la víctima”, NATIONAL CRIMINAL JUSTICE ASSOCIATION, *Project to develop...op.cit.*, pp. 43 y ss.

⁷⁶⁹ MCEWAN, Troy; MULLEN, Paul; MCKENZIE, Rachel, “A study of predictors of persistence in stalking situations”, en *Law and Human Behavior*, N°2, vol. 33, p. 209.

figuras relacionadas: el hostigamiento y la inducción de temor a ser violentado en la víctima.⁷⁷⁰ Mayores diferencias con los anteriores muestra Holanda, donde el *Stalking* es definido como “[...] la violación sistemática, intencional e ilegal de la vida privada de una persona con la intención de forzar a dicha persona a hacer, no hacer, tolerar algo o atemorizarle”.⁷⁷¹ Esta definición en particular parece en principio acertada, pues contendría todos los aspectos fácticos, normativos y subjetivos cuya conjunción dan nacimiento al acoso predatorio,⁷⁷² además otorgaría cierta claridad respecto al bien jurídico, al mencionar expresamente la vida privada, dejando de lado el interés que suele ser primordial en esta figura, como es la libertad personal.⁷⁷³

Frente a este panorama conceptual y normativo del *stalking*, es Westrup quien propone una de las mejores definiciones de acoso predatorio, aplicable sin problemas al cometido a través de Internet. El autor entiende por tal “[...] un comportamiento o una constelación de ellos que: a) se dirigen repetitivamente contra un individuo concreto (el objetivo); b) son experimentados por éste como intrusivos y no deseados; y c) se considera que pueden causar miedo o preocupación en la víctima”.⁷⁷⁴ Esta definición deja abierta la enumeración de actos que pudieran considerarse de acoso, así como también la frecuencia con que estos deben ser ejecutados, pero puede criticársele el considerar que un solo comportamiento también sea constitutivo de acoso. Se ha eliminado de esta definición toda referencia a la intención del acosador, utilizando un

⁷⁷⁰ La primera, el hostigamiento, incluye alarmar o causar perturbación en la víctima; la segunda por su parte corresponde con el nivel más alto de infracción y puede ser castigada con hasta cinco años de encarcelamiento y/o una multa. La gravedad de ambos depende de la reacción de la víctima, siendo necesarios al menos dos actos para constituir la infracción. La ley también provee disposiciones procesales, otorgándole a la Corte Criminal la facultad de dictar órdenes de alejamiento sin la intervención por separado de la Corte Civil, además de la pena. No es necesario probar la intención del autor, y la ofensa se basa sobre la reacción o respuesta de la víctima. DE FAZIO, Laura, “The legal situation on stalking among the European member states”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, N° 3, vol. 15, 2009, p. 232.

⁷⁷¹ ROYAKKERS, Lamber, *The Dutch approach...op.cit.*, p. 12.

⁷⁷² Más discutible puede resultar el elemento “tolerancia”, ya que el acosador siempre espera una reacción de parte de la víctima. Por ejemplo, de poco le servirá que su víctima tolere el envío incesante de correos o flores cuando lo que busca es establecer una relación con ella, para lo cual necesita que ésta reaccione de alguna forma, ojalá conforme a sus deseos. Así como el acosador que por enemistad desee perturbar en lo posible la tranquilidad del vecino, no deseará que este tolere dichas perturbaciones y molestias.

⁷⁷³ En relación con los paparazzi en particular, pueden darse los presupuestos anteriormente expresados del *stalking*, para aquellos casos en que éstos irrumpen indeseadamente en la esfera privada de una persona, pudiendo ocasionar en ésta miedo y/o preocupación, a través de actos relacionados con la vigilancia y/o persecución reiterada, efectuada en un espacio temporal que, según lo señalado por ROYAKKERS, se extienda durante al menos seis meses. Vid., MORTON, Andrew, “Much ado about newsgathering: personal privacy, law enforcement, and the law of unintended consequences for anti-paparazzi legislation”, en *University of Pennsylvania Law Review*, N° 6, vol. 147, 1999, pp. 1435-1472. Un panorama en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El proyectado...op.cit.*, pp. 11-14.

⁷⁷⁴ WESTRUP, Darrah, “Applying functional analysis to stalking behavior”, en MELOY, Reid (Ed.), *The psychology of stalking: Clinical and forensic perspectives*, San Diego: Ed. Academic Press, 1998, p. 276.

baremo objetivo (letra c), lo que permite que ésta se entienda cubierta en tanto el acosador supiera o debiese haber sabido que su conducta equivalía a *stalking* al momento de ejecutarla.

1.3.2.2. La incorporación del *ciberstalking* al CP tras la reforma de 2015

VILLACAMPA ESTIARTE señala los motivos que aseguraron la inclusión del acecho, hostigamiento o *stalking*, y su variante cibernética, en el CP. Por una parte habría una razón técnica, pues las conductas incorporadas en el nuevo art. 172 ter no podían ser subsumidas en las coacciones o amenazas, como indica la propia exposición de motivos.⁷⁷⁵ Se agrega una razón polícito-criminal, dada por la lucha contra la violencia de género, lo que explica en parte la inclusión del N°2 del mismo artículo.⁷⁷⁶ Como la misma autora señala, su consagración positiva no es más que la concreción de una tendencia internacional de los países occidentales en las últimas décadas tendiente a incriminar ciertas conductas intencionadamente reiteradas y amenazantes que buscan causar temor en las víctimas.⁷⁷⁷ Esta tendencia no justifica, para MATA LLÍN EVANGELIO, la inclusión del tipo de la forma en que se hizo, pues se incluirían ciertas conductas que son molestas más que lesivas, de discutibles incriminación.⁷⁷⁸

Esta dificultad al momento de justificar la inclusión del hostigamiento va de la mano con la poca claridad en torno al bien jurídico protegido, discusión que tenía muchas variables distintas, sobre todo antes de la LO 1/2015, cuando no había referente típico en el CP. La revisión fenomenológica recién hecha deja en evidencia la similitud

⁷⁷⁵ Así por ejemplo señalan De la Cuesta y Mayordomo al indicar que: “La inclusión en el Código Penal de las nuevas figuras específicas de acoso (fundamentalmente moral) pone aún más si cabe de manifiesto la laguna existente por lo que se refiere a la tipificación de los comportamientos genéricos de acoso. Estos vienen por lo común integrados por una pluralidad de actos que, de no resultar individualmente punibles como ataques a la libertad y salvo que se produzcan en los específicos ámbitos de relación contemplados para el acoso sexual, laboral o inmobiliario, podrían quedar impunes, pues, por lo menos en lo que concierne al acoso psicológico, tampoco alcanzan a afectar a la integridad moral en la forma exigida por el primer párrafo del art.173.1 CP” (que se refiere al delito de trato degradante), DE LA CUESTA ARISMENDI, José Luis; MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, “Acoso y Derecho penal”, en *Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, vol. 25, 2011, p. 37.

⁷⁷⁶ Aunque no se trate, como indica la autora, de un tipo característico de un Derecho penal sexuado. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “El proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en derecho penal español”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N°109, I, Época II, mayo 2013, pp. 8-9. MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, pp. 174-175, agrega en este punto la especial modificación que supone el mencionado numeral 2 en relación a la regla general del mismo artículo, en lo referente a que no será necesaria la denuncia de la víctima o su representante.

⁷⁷⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El proyectado...op.cit.*, p. 9.

⁷⁷⁸ MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 576.

entre el *ciberstalking* y otras formas de acoso, como el sexual, el *mobbing*, o los ya vistos *ciberbullying* y *cibergrooming*.⁷⁷⁹

VILLACAMPA ESTIARTE entiende que el acecho u hostigamiento busca interferir en las dinámicas mentales de ésta, induciendo en ella sentimientos negativos como el miedo y la inseguridad (violencia psicológica),⁷⁸⁰ mientras GÓMEZ RIVERO señala que si bien los avances de un acosador en modo predatorio producirán, primero y principalmente, una sensación de angustia, temor y estrés, no es por ello menos significativo el efecto que este tenga sobre la dignidad de la persona afectada.⁷⁸¹ Sin embargo, a diferencia de los acosos inmobiliario y laboral, el legislador español no hace referencia en el art. 172 ter a la realización de “actos hostiles y humillantes” como parte del tipo penal.⁷⁸² Hay que recordar que el *stalker* tendrá siempre un deseo predominante de acercamiento a la víctima, que puede no manifestarse a través de actos hostiles y/o humillantes, sino más bien como actos a *prima facie* inocuos, pero cuyo contenido de reiteración e intrusión no deseada les revestirá de un carácter dañino para su receptor.

Cabe hacer notas que el legislador incluyó al hostigamiento, y por tanto al *ciberstalking*, en el Título VI, de los Delitos contra la libertad, más específicamente en el Capítulo III, de las coacciones (aunque no sea un tipo de estas). MATA LLÍN EVANGELIO considera adecuada esta ubicación, pues hará referencia al bien jurídico protegido que más aceptación genera, la libertad, aunque no resulte tan claro cuál de las

⁷⁷⁹ “El concepto de acoso, es, pues, demasiado amplio o ambiguo, de ahí que sólo en relación con la descripción típica de los correspondientes delitos que se suelen incluir bajo ese nombre se puede delimitar el concepto penalmente relevante.” MUÑOZ CONDE, Francisco, “Diversas modalidades de acoso punible en el código penal”, en MARTÍNEZ, M^a. Isabel (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 18.

⁷⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Stalking y derecho...op.cit.*, pp. 42 a 46.

⁷⁸¹ Provocado éste por “la vivencia de una situación sin capacidad de maniobra para esquivar el control, la observación, la presencia y los comentarios del acosador, comportamientos que, por lo demás, pueden trasladarse al ámbito laboral, profesional, familiar y en general cualquier esfera relacional y, con ello, social del sujeto pasivo”, señalando además que, “aún sin la radicalidad de este tipo de comportamientos, es evidente que cualquier <<bombardeo>> psicológico tiene un innegable potencial para atentar a la dignidad de quien lo padece”, GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a Isabel (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 30.

⁷⁸² Es necesario señalar, a este respecto, que la integridad moral constituye un subtipo de la denominada integridad personal, la cual comprende a su vez la integridad física y además la psíquica. Existe aún una discusión doctrinaria con respecto a la distinción que cabe hacer de la integridad moral y la integridad psíquica, así, como al respecto señala CANOSO: “[...] hay lesión del derecho a la integridad, en este caso psíquica, si se produjo menoscabo en el libre desarrollo de la personalidad. En mi opinión, no es preciso que el sujeto activo tenga el propósito de humillar ni que el sujeto paciente se haya sentido humillado, lo determinante es la producción de un trastorno en la psique de la víctima que le impida el libre desarrollo de su personalidad. Por descontado que toda humillación voluntaria o involuntariamente producida, constituye lesión del derecho a la integridad moral [...]”. CANOSA USERA, Raúl, *El Derecho a la Integridad Personal*, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2006, pp. 94 y 95.

facetas de la libertad es la que se protege.⁷⁸³ Para el Derecho penal, se entiende que aquella se ve afectada, principalmente, a través de la utilización de la fuerza, ya sea física o moral, y del engaño, que impide una adecuada elección. Dicho de otro modo, se afecta este bien en cuanto una persona es impedida de obrar libremente como consecuencia directa del actuar del agresor (por ej: en el secuestro).

La revisión fenomenológica del hostigamiento en general ha demostrado que las víctimas no permanecen estoicas frente a la intrusión que el acosador hace en sus vidas, lo que implica muchas veces la toma de decisiones importantes, que no son efectuadas libremente, sino como forma de responder frente a una situación insostenible. Se busca limitar y/o terminar con los efectos del acoso, con el cambio de vivienda, la búsqueda de nuevos empleos o la compra de sistemas de seguridad, etc. Es la libertad de autodeterminación, en este caso, la que se ve afectada, ya sea porque se procede bajo intimidación, o porque el actuar malintencionado del acosador impide que la vida del acosado discurra con normalidad.⁷⁸⁴

La perturbación que el curso de acción del *stalker* presenta sobre el ámbito psicológico de la víctima genera muchas veces en ésta una incapacidad o pérdida de la facultad para actuar en libertad. Dicha libertad de carácter personal no se encuentra restringida tan sólo a la denominada libertad de autodeterminación, sino que comprende además otras manifestaciones como la libertad sexual, la libertad ambulatoria o la libertad considerada dentro de la esfera de la intimidad, entre otras. El tema es determinar en que medida se encuentran o no protegidas por el art. 173 ter.

La libertad ambulatoria corresponde a una especificación de la libertad, y hace referencia a la facultad de movilidad que tiene un sujeto, y su capacidad de trasladarse de un lugar a otro sin verse perturbado en tal derecho. Parece incorrecto relacionarle directamente con el ciberhostigamiento, pues de producirse una merma en dicha facultad, ocurrirá en virtud de la propia reacción de la víctima frente al *acoso*. En el secuestro, para que se produzca una lesión del bien jurídico, la intervención del tercero debe ser directa, y estar encaminada exclusivamente a impedir o restringir el

⁷⁸³ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *Delito de...op.cit.*, p. 577.

⁷⁸⁴ “En la mayor parte de ordenamientos europeos en que se ha introducido el delito de *Stalking*, la ubicación escogida por el legislador ha sido entre los delitos contra la libertad de obrar, así en Holanda, Malta, Austria, Alemania, Italia. Ello porque esta figura supone siempre un atentado contra la libertad de obrar de la víctima, tanto en aquellos supuestos en que la conducta del *stalker* resulta amenazante, cuanto en aquellos otros en que es tan insidiosa que afecta al desarrollo vital de la persona” VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Stalking y derecho...op.cit.*, p. 41

movimiento de una persona, con distintas finalidades, como por ejemplo, para quien secuestra demandando un rescate, entre otros.

La multiplicidad de formas que puede asumir el acoso predatorio permita que, en algunos casos, coincida con conductas de connotación sexual, con el consecuente daño a la libertad sexual. Por esto ha sido relacionado en cuanto a su tipología con el acoso sexual. GÓMEZ RIVERO señala al respecto que “[...] el delito de acoso sexual representa la plasmación puntual en el ámbito de la libertad sexual de una forma de *stalking*, tipificada especialmente por el legislador”.⁷⁸⁵ Entendemos que ciertas conductas relacionadas con el acoso mediante TIC tienen el potencial de lesionar directamente la libertad sexual, pero aunque una persona pudiera verse obligada a interactuar con su acosador en actos virtuales de relevancia sexual a requerimiento de éste, no podemos olvidar que el acoso predatorio debe observarse como un cúmulo de conductas, no una de forma aislada,⁷⁸⁶ y ya estaría cubierto por el acoso sexual del art. 184 o por otros delitos sexuales. Además en el acoso sexual se castigan situaciones *intimidatorias*, *hostiles* o *humillantes*, integrándolo en la categoría de acoso moral, mientras que el *ciberstalking* se considera como un acoso de tipo psicológico.⁷⁸⁷

Al hacer referencia a la libertad sexual, o libertad de autodeterminación en materia sexual, se entiende que sus titulares son capaces de determinarse y tomar decisiones soberanas y libres a la hora de elegir participar o no de una interacción de carácter sexual a través de Internet. Por contraste, entonces, es necesario revisar la situación de aquellas personas que en virtud de sus características propias no detentan dicha facultad, como menores o personas con discapacidad.

Es necesario indicar que nos referiremos *in extenso* en el próximo capítulo a los bienes jurídicos relacionados con los delitos sexuales en Internet. Una primera mirada al asunto indica que para hablar de libertad sexual es necesario que el sujeto tenga la capacidad de comprender y discernir qué se entiende por actos de índole sexual para poder disponerse o no frente a ellos. El legislador español reconoce escasamente esta capacidad en el caso de los menores de edad y discapacitados que requieren especial

⁷⁸⁵ GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a Isabel (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 39.

⁷⁸⁶ Capítulo III, artículo 184 del Código Penal Español.

⁷⁸⁷ Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a Isabel (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 30-40. Además el acoso sexual tiene ámbitos de acción descritos en forma específica en la norma, MEJÍAS GARCÍA, Ana María, *El acoso sexual en el trabajo. Análisis y propuestas para su prevención*, Valencia: Ed. UGT-PV, 2011, pp. 9 y ss.

protección, en el caso de los primeros en virtud de la fase de desarrollo psicológico en el que encuentran los primeros.⁷⁸⁸ Entonces, si estamos frente a sujetos que no pueden autodeterminarse sexualmente, los atentados de índole sexual contra sus personas no podrían corresponderse con una violación a la libertad sexual, si no más bien, lo que estaría siendo dañado correspondería a otro bien jurídico, la denominada indemnidad sexual, recogida expresamente por el legislador. DIÉZ RIPOLLÉS la define como “[...] el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad”,⁷⁸⁹ esto obviamente en relación con el plano sexual, toda vez que se entiende que la interacción sexual con un menor podría conducir a trastornos en su desarrollo, perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales.

La dificultad en relación al *ciberstalking* recae en las circunstancias de comisión, que debieran ser extremadamente específicas para producir en el menor el daño de su indemnidad sexual. Si se piensa en algunos de los actos que hemos identificados como propios del *ciberstalking*, como por ejemplo el envío incesante de imágenes pornográficas por sms o email, o el cursar llamadas telefónicas permanentemente para concertar un encuentro sexual, sería subsumible por algunas de las figuras recién estudiadas, como el art. 183 ter, teniendo un panorama mucho más claro al respecto después de la Reforma de 2015.⁷⁹⁰

Por último, se ha asociado también al *ciberstalking* con el bien jurídico intimidad. Para GÓMEZ PAVÓN, esta se configura como “[...] aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, que debe quedar preservado de injerencias ilegítimas, y que constituye el presupuesto necesario para el

⁷⁸⁸ Al respecto, y cómo señala Muñoz Conde: “(...) hay también otros delitos que no se pueden explicar como delitos contra la libertad sexual (...). El problema que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar ya de la libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido en ello, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen, carecen de esa libertad, bien en forma provisional (menores), bien en forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ej. menor de trece años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual.” MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 196.

⁷⁸⁹ Es necesario señalar que en su obra DIÉZ hace además una crítica a la denominación del bien afectado como indemnidad sexual o intangibilidad sexual, lo que sin embargo no le impide señalar como incorrecta la tendencia doctrinaria que busca integrar la indemnidad sexual a la libertad sexual como bien jurídico, posición que comparto. Ver al respecto: DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1999, pp. 51 y ss.

⁷⁹⁰ De la misma opinión son De la Cuesta y Mayordomo en cuanto señalan “Convendría también, en este sentido (...), prever una agravación para el caso de que el autor del delito fuera una persona unida a la víctima por una relación de parentesco o fuera o hubiera sido su pareja, y/o si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable (abarcaría así a menores, mujeres embarazadas, personas deficientes, enfermas o con algún tipo de minusvalía)”, DE LA CUESTA ARISMENDI, José Luis; MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, *Acoso y...op.cit.*, p. 46.

ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en la sociedad”.⁷⁹¹ La importancia –mas no trascendencia- de la intimidad frente al hostigamiento o acoso predatorio es resaltada por VILLACAMPA ESTIARTE, quien señala, aludiendo a la definición de ROYAKKERS, vista *supra*, que dentro de lo que ella identifica como el cuarto elemento de la definición se encuentra la vida privada de la víctima, vulnerada por el *stalker*, transformando a la intimidad es un rasgo importante del *stalking*.⁷⁹² En el tipo penal del art. 173 ter eso es muy notorio en los supuestos del N°1, y en menor medida en los de *ciberstalking* del N°2, aunque en ambos casos es posible que los supuestos sean absorbidos por los delitos del Título X del CP.

La revisión hecha nos permite llegar a una primer conclusión, que era muy evidente antes de la LO 1/2015: no existe un único bien jurídico afectado por las conductas de acoso predatorio. La multiplicidad de conductas realizadas por el agresor amplían la gama de bienes jurídicos que eventualmente pudieran verse afectados, lo que antes del tipo del art. 172 ter debía solucionarse con las reglas concursales del CP.⁷⁹³ En ese panorama, VILLACAMPA ESTIARTE sostenía que en los supuestos en que el *stalking* se produzca por un conjunto de conductas –acciones u omisiones- inocuas para provocar en forma independiente un daño a uno o más bienes jurídicos, el conjunto de ellos violentaría principalmente la libertad de autodeterminación como bien jurídico.⁷⁹⁴ Presentándose otras conductas con la entidad para vulnerar otros bienes jurídicos, como la intimidad o la salud, se debía estar a las reglas concursales. En principio, la opción de la libertad de autodeterminación como bien jurídico afectado por el acoso predatorio, se condice con la que los estados (principalmente europeos) que han dado en tipificar el fenómeno han tomado.⁷⁹⁵

⁷⁹¹ GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid: Ed. Akal S.A., 1998, p. 37.

⁷⁹² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La introducción del delito de ‘*atti persecutori*’ en el código penal italiano. La tipificación del *stalking* en Italia”, en *Revista para el Análisis del Derecho, Indret*. N° 3, 2009, p. 11, disponible en <http://www.indret.com/pdf/650.pdf> (Última visita 28 de Marzo de 2015); Véase además, ROYAKKERS, Lamber, *The Dutch approach...op.cit.*, pp. 3 y ss.

⁷⁹³ Para los casos en que se afectan distintos bienes jurídicos, la solución más razonable era la aplicación de la regla del art. 73 del CP. No podíamos sostener un delito continuado del art. 74.1, toda vez que difícilmente se infrinja el mismo precepto o varios de igual naturaleza, si es que se infringen (recordemos que uno o más de los actos de acoso pueden ser inocuos por sí mismos y atípicos). Tampoco cabía la regla del art. 77.1, pues no estaríamos frente a un solo hecho, sino a un cúmulo de actos.

⁷⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Stalking y derecho...op.cit.*, p. 55; Vid., además VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *La introducción..., op.cit.*, pp. 20 y ss.

⁷⁹⁵ Como ha sido el caso del legislador holandés, el de Austria, Malta, Alemania e Italia, por ejemplo. *Ibid*, p. 41. En la doctrina española no se discute que efectivamente la lesión se da sobre la libertad de autodeterminación. Lo que sí se presta a discusión es la relación que el *stalking* pueda tener con otros bienes jurídicos. Así por ejemplo, DE LA CUESTA ARISMENDI, José Luis; MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, *Acoso y derecho...op.cit.*, p. 25, indican una eventual relación de esté con el bien

En el CP vigente, como habíamos adelantado, se incorporó una nueva figura de acoso en el art. 172 ter,⁷⁹⁶ que recoge buena parte de la fenomenología expuesta en los párrafos precedentes. Se trata de un tipo mixto alternativo, similar a la recepción positiva del *cibergrooming* en el CP, cuya conducta básica es acosar, opción que, al igual que ciberacoso sexual a menores, no es completamente precisa ni alcanza a cubrir todos los supuestos del fenómeno que se han podido observar.⁷⁹⁷

La conducta típica es caracterizada por el legislador como reiterada e insistente, lo que también es la concreción normativa de lo que la criminología ha demostrado como característica intrínseca del *stalking*. No basta un acto, y ni siquiera dos desde nuestra perspectiva, sino un número, apreciado por el juzgador, que sean suficientes e idóneos para la producción del resultado típico.⁷⁹⁸ MATALLÍN EVANGELIO critica el

integridad moral, señalan: “[...] la sede de los delitos contra la integridad moral tampoco ha de tenerse por plenamente rechazable; máxime cuando, como se ha dicho, desde la perspectiva victimológica, el peligro de acabar afectando a la integridad moral no puede quedar en modo alguno excluido cuando la víctima, verdadera “rehén” del acosador, tiene que soportar largo tiempo un comportamiento intrusivo, el del acosador, que no sólo rechaza sino que probablemente hasta le repugna”.

⁷⁹⁶ “Artículo 172 ter.

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

⁷⁹⁷ Coincide con esto VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “El delito de *stalking*”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 384. Agrega la autora que se genera los típicos problemas de círculo vicioso que ocurren cuando el legislador ocupa el mismo concepto definido en la definición. Además, el propio concepto de acoso presenta algunos problemas, pues el acuerdo que existe respecto a su carácter repetitivo se enfrenta a la tipificación que hizo el legislador del acoso sexual y de aquel por razón de sexo. Estima, de *lege ferenda*, que una mejor opción sería utilizar el vocablo “perseguir”, como lo hace el CP alemán.

⁷⁹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, p. 385, señala que habría sido preferible que se usaran los términos “persistente” o “tenaz”, que reflejan de mejor forma la idea de ser firme o persistente en la persecución del propósito. Coincidimos en esta crítica, en razón de que ambos vocablos

que se puedan incorporar en esta conducta actos inocuos, pero como vimos *supra*, es precisamente en la reiteración de actos que vistos en forma individual son inocuos donde puede encontrarse algo de desvalor en la conducta.⁷⁹⁹

Este último es descrito como una grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana del sujeto,⁸⁰⁰ lo que es criticado por MATA LLÍN EVANGELIO debido a su amplitud, al ser un concepto amplio que está construido sobre la base de otros conceptos amplios (grav, vida cotidiana, etc.).⁸⁰¹ Coincidimos con esta perspectiva, que obliga a interpretar restrictivamente el tipo, en forma especial el término grave, “[...] evaluable objetivamente, de acuerdo con un parámetro general de la víctima, que para evitar excesos punitivos debe complementarse [...] con la exigencia de un mínimo contenido de lesivo para el bien jurídico protegido”.⁸⁰² Algún rol cumple en este objetivo el elemento negativo incluido en el tipo, consistente en la falta de legítima autorización para la realización de la conducta, aunque estimamos correcta la crítica de VILLACAMPA ESTIARTE en cuanto el acoso es en sí una conducta negativa e ilegítima, a diferencia, por ejemplo, del acceso carnal o de la apropiación, conductas típicas que pueden ser de uno u otro caso.⁸⁰³ Otra cosa lleva a la conclusión de que existirían acosos legítimos reconocidos por la ley.⁸⁰⁴

De las distintas modalidades que introduce el legislador, nos interesa a efectos de la investigación aquella contenida en la circunstancia 2ª, es decir, que el acoso se realice estableciendo o intentando establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. De su eventual relación con el ciberacoso sexual a menores nos ocuparemos brevemente en el apartado siguiente.

2.3.4.2.3. El *ciberstalking* y su relación con el ciberacoso sexual a menores

tendrían aparejado un elemento subjetivo implícito, que permitiría restringir la figura al dolo directo. MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *Delito de...op.cit.*, p. 579, exige tres o más.

⁷⁹⁹ Permitiendo la punición de los estados de ejecución imperfectos, MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *Delito de...op.cit.*, p. 577.

⁸⁰⁰ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, p. 174.

⁸⁰¹ MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *Delito de...op.cit.*, p. 579.

⁸⁰² Se trate de la libertad o de la integridad moral, en opinión de la autora, *Ibid*, p. 581.

⁸⁰³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, p. 387. Agrega la autora lo inadecuado de incluir la idea de “autorización” legítima, pues bastaba la referencia a este último carácter para excluir ciertas conductas de la esfera de tipicidad.

⁸⁰⁴ MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *Delito de...op.cit.*, p. 587. La autora estima que la inclusión de este elemento se entiende porque el legislador siguió la estructura típica de las coacciones, que también lo contiene en el tipo objetivo, aunque allí tiene plena justificación.

Tan variadas son las formas de acoso, y tal el número de variantes que recoge el legislador, que es ineludible encontrar puntos de unión entre estos fenómenos, criminógena y jurídicamente.⁸⁰⁵

Para VILLACAMPA ESTIARTE, es el efecto esencial sobre la víctima lo que otorgará luces acerca de las diferencias existentes entre los demás tipos de acoso y la figura del acoso predatorio. Por ejemplo, en el caso de figuras como el acoso inmobiliario o *blockbusting*, bastará que la conducta revista una entidad tal que coarte la voluntad de la víctima, en directa relación con el subtipo de acoso psicológico, por lo que la humillación o degradación que pueda producirse no se considera inherente al tipo. Por su parte, casos como el *ciberbullying*, lo que se busca es alienar a la víctima, por lo que el curso de acción producirá un sentimiento de humillación y disminución de la calidad de la víctima frente a sus pares.⁸⁰⁶

La existencia de ciberacosos de distinta índole es propiciada, sin duda, por la irrupción de las TIC, como Internet, y en forma especial de las redes sociales 2.0, como vimos en el primer capítulo de esta tesis. Si bien los menores de edad son usuarios habituales de ellas, redes como Facebook, Badoo u otras dedicadas a encontrar pareja, tipo Adultfinder, son usadas principalmente por adultos. Es por esta razón que no suele asociarse al *ciberstalking* en forma particular a los menores, es decir, estos no son un elemento esencial, como sí ocurre en el *cibergrooming* o el *ciberbullying*.

Antes de la LO 1/2015, si algunas de las conductas constitutivas de ciberacecho tenía naturaleza sexual, y el acosado se tratase de un menor de edad, sería probablemente un caso de ciberacoso sexual a menores, incardinable en el antiguo art. 183 bis si se cumplen todos los requisitos.⁸⁰⁷ En cambio, para HERNÁNDEZ GUERRERO, hablar de *cyberstalking* o *cyberbulling* era hablar de lo mismo, serían conductas idénticas que persiguen el mismo propósito de dominar a la víctima a través de actos que denotan su accesibilidad y control por el acosador, limitando su voluntad. La única diferencia es la edad del acosado. Si es mayor, hablamos de *stalking*, y si es

⁸⁰⁵ A este respecto es Villacampa Estiarte quien nos entrega una excelente caracterización de los distintos tipos de acoso y de sus particularidades, distinguiendo entre las distintas formas de acoso existentes y diferenciándolas de la figura del *stalking*. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Stalking y derecho...op.cit.*, pp. 46 a 55.

⁸⁰⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Stalking y derecho...op.cit.*, p. 45.

⁸⁰⁷ Al respecto, Cuerda Arnau desestimaba la posibilidad de subsumir conductas de ciberacecho en el delito de coacciones, en razón de que el concepto “violencia” utilizado en el art. 172 daría cuenta de un contexto físico, y sólo con lo que la autora llama una “espiritualización” del concepto, podríamos subsumir allí formas de acecho realizadas a través de medios informáticos o telemáticos, como ocurre en las redes sociales. CUERDA ARNAU, M^a Luisa, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N°112, 2014, pp. 37-38.

menor, de *bullying*.⁸⁰⁸ No compartimos esta opinión, pues si bien las diferencias pueden ser a veces sutiles, no es uno sino varios los criterios bajo los que podemos distinguir las distintas formas de acoso penalmente relevantes.⁸⁰⁹

Por lo anterior, el panorama anterior a la Reforma mostraba que el ciberacoso sexual a menores se superponía en muy pocos supuestos con el *ciberbullying*, así como con el *ciberstalking*, y que cuando esto se produce, la especificidad del primero permitía decantarnos por el art. 183 bis del CP, lo que se veía reforzado por la inexistencia de tipos específicos para las otras dos conductas. En estos el uso de material pornográfico infantil y juvenil no es trascendente, aunque la fenomenología del *ciberbullying* muestra una mayor cercanía en una particular forma de humillación, el *happy slapping*.

El actual 172 ter del CP recoge en su circunstancia 2ª un núcleo considerable de las hipótesis conocidas de *ciberstalking*, y refleja, junto a otros tantos delitos de reciente data, la importancia que el legislador le da a las TIC y a Internet en particular. Si bien aquí no lo hace de forma expresa, utiliza una cláusula genérica que incluye a cualquier medio de comunicación, de forma similar a ambos numerales del art. 183 ter.

Un primer punto que se ha considerado negativo es la equiparación punitiva entre tentativa y consumación, al incluir en la misma circunstancia al que establezca contacto y al que intenta establecerlo.⁸¹⁰ Si bien en general consideramos justificada esta crítica, consideramos que en este caso debe amortizarse, por dos razones. Primero, porque hemos señalado en este trabajo, a propósito del art. 183 ter 1, que el concepto “contacto” requiere el establecimiento de un nexo efectivo entre quien genera la comunicación y contactado, no bastando este primer acto en solitario. Esto lleva a la segunda razón, complementaria de la anterior, y es que la grave alteración al desarrollo de la vida cotidiana puede lograrse tanto por acoso que establezca contacto, como por aquel que, no lográndolo (porque el acosado no lo quiere), insiste reiteradamente aprovechando Internet u otro medio de comunicación, por sí mismo o por medio de un tercero. Claro está que será difícil, pero eso no obsta a que se equipare a estos efectos.⁸¹¹

⁸⁰⁸ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2010, p. 264.

⁸⁰⁹ A la ya citada diferencia entre adultos y menores del *stalking* y el *bullying*, hay que agregar el entorno, que permite distinguir entre *bullying* –entorno escolar o universitario–, acoso sexual –entorno laboral– o *blockbusting* –negocio inmobiliario–, o el medio comisivo, que permite hablar de *grooming* o *cibergrooming*, *stalking* o *ciberstalking*, y así sucesivamente.

⁸¹⁰ Así MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *Delito de...op.cit.*, p. 583, esgrimiendo como fundamento la vulneración al principio de proporcionalidad.

⁸¹¹ En similar sentido VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, p. 387, aunque la autora cree que eso se lograría sólo si interviene un tercero que advierta a la víctima del intento de contacto. Esto

Si el ciberacosador intenta contactar sólo una vez a un menor de 16 años es imposible estar en el ámbito típico del art. 172 ter, pero sí en los tipos que comprenden el *cibergrooming*. Sólo si existe reiteración se abre esta opción. Además el *ciberstalking* no exige características especiales del sujeto pasivo, al menos en la forma básica.⁸¹² Las mayores diferencias las encontraremos en el resultado, pues el menor acosado verá afectada su indemnidad sexual, sobre todo en los aspectos subjetivos de esta, y sólo en los casos más graves podrá generar un trastorno tal que afecte su vida cotidiana, como exige el 172 ter. Además el *ciberstalker* no tendrá necesariamente fines sexuales, que sí debe cumplir el *cibergroomer*.

El problema más importante se presentará cuando, por ejemplo, un acosador, de forma insistente y reiterada (envío permanente de invitaciones de Facebook y mensajes asociados), intente establecer contacto con una menor de 15 años. Lo haga a través de cualquier dispositivo que permita conexión a Internet, logre respuesta de la menor, pero esta se muestra reticente a mantener la comunicación (ignora la solicitud de amistad que envía la aplicación, pero contesta los mensajes). El ciberacosador le propone que se junten para mantener algún tipo de actividad sexual y grabarse en video, e incluso le envía el Boucher de reserva de un hotel para tales efectos, lo que ella rechaza después de varias respuestas dubitativas. Tal fue la insistencia y la cantidad de mensajes que le llegaban a su ordenador, tablet y teléfono móvil (además de mensajes con terceros), que ha mantenido sus aparatos apagados, lo que le ha generado graves alteraciones a su vida cotidiana, relación con sus padres y actividades escolares, entre otros.

El ejemplo puede resultar algo extremo, pero no necesariamente artificioso ni alejado de una realidad probable. Lo importante es que un caso así sería subsumible en el art. 172 ter 2ª y en el art. 183 ter 1, con un problema agregado: ambas disposiciones contienen reglas especiales de concursos, según vimos a propósito del *cibergrooming*. La afectación al *non bis in ídem* parece obvia, pues en un ejemplo como el anterior el legislador debería castigar forzosamente una conducta reiterativa que genera un resultado (*ciberstalking*) pero también un acto individual que permite la configuración de la conducta reiterada (*cibergrooming*).⁸¹³ Las reglas generales del concurso aparente

último es rechazado por MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *Delito de...op.cit.*, p. 583, por los problemas particulares de autoría mediata que generaría.

⁸¹² Salvo el último inciso de la circunstancia 1ª y en la circunstancia 2ª.

⁸¹³ Concuera con esto MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *Delito de...op.cit.*, p. 583; y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, pp. 395-396, aunque esta última propone, de *lege ferenda*, la inclusión de una cláusula de subsidiariedad, que descarte el stalking en general frente a otras formas de

permitieran aplicar el art. 183 ter 1 en desmedro del 172 ter 2ª, pero las reglas expresas contenidas en ambos delitos mandan otra cosa, que es la regla general del concurso real, siendo una especie de meta-excepción al respecto. Como vimos a propósito del cibergrooming, las únicas salidas posibles requieren una forzada interpretación de los conceptos usados por el legislador para intentar enmendar su propio error.

acoso tipificadas con una pena más grave, aunque esto signifique restringir en forma considerable el ámbito de aplicación de este delito.

2. EL ENVÍO DE PORNOGRAFÍA A TRAVÉS DE LAS TIC POR PARTE DE MENORES O *SEXTING* EN EL CÓDIGO PENAL: LA INCONVENIENCIA DE LA INTERVENCIÓN PENAL INDISCRIMINADA EN LAS RELACIONES ENTRE MENORES

2.1. ASPECTOS CONCEPTUALES Y FENOMENOLÓGICOS DEL ENVÍO DE PORNOGRAFÍA A TRAVÉS DE LAS TIC O *SEXTING*

El envío de pornografía a través de las TIC o *sexting*, al igual que los recién estudiados *ciberbullying* o *cibergrooming*, comparten un par de cosas básicas. La primera de ellas –no la más importante sin duda-, es su origen en términos anglosajones (surgen como expresiones y logran impacto mediático en EEUU antes de expandirse a Europa), mientras que la segunda se refiere a los menores de edad como sujetos esenciales de las conductas. AGUSTINA SANLLEHI intenta explicar esta inclinación por parte de los jóvenes señalando que su forma de comprender el entorno y los cambios que les van afectando es a través de los medios, como las redes sociales en Internet. De esta forma imitan las tendencias imperantes absorbiendo los rasgos de una sociedad hipersexualizada, haciéndolos propios.⁸¹⁴

Son los adolescentes los más temerarios realizando conductas de riesgo contra sí mismos y sus pares, a pesar de tener conocimientos avanzados de los peligros presentes en la red (ya vimos el caso del *happy slapping*). Teniendo consciencia de los problemas que se podrían ocasionar con su conducta, igualmente los desafían, en una actitud propia del estado etéreo en que se encuentran. Esto no debería sorprendernos, pero lo que dificulta aún más la cuestión, es que algo similar ocurre con los niños y niñas, aunque de ellos no se puede asumir actitudes desafiantes ni conocimiento de los peligros (que probablemente no los tengan).⁸¹⁵

Esta idea es reforzada por MCLAUGHLIN, que cataloga a los adultos de cómplices en que se haya cristalizado esta tendencia, por la glorificación social del sexo

⁸¹⁴ AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *sexting*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 12- 11, 2010, pp. 7, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-11.pdf> (Última visita 05 de junio de 2014).

⁸¹⁵ GARCÍA JIMENEZ, Antonio; GAONA PISONERO, Carmen; y MARTÍNEZ PASTOR, Esther, “Internet, menores y adolescentes: Una aproximación a su realidad”, en GARCÍA JIMENEZ, Antonio, *Comunicación, infancia y juventud-situación e investigación en España*, Barcelona: Ed. UOC, 2012, p.78, especialmente a propósito de los niños.

y la juventud como iconos y herramientas de comunicación en los *mass media*". Los adolescentes son especialmente vulnerables a los problemas asociados con el *sexting*, si tenemos en cuenta su carácter de juventud mediatizada, la susceptibilidad que muestran ante la presión del grupo o de sus iguales, su atracción hacia conductas de riesgo así como la carencia de habilidades para el autocontrol que manifiestan.⁸¹⁶

Existiría una ambigüedad entre el mundo de lo tangible y lo virtual, según MENJIVAR OCHOA. Los adultos asumen el mundo real como aquel en que se criaron, aquel físico en el que las relaciones son directas, personales y cara a cara (o por medios análogos, como el teléfono fijo), mientras que el irreal es aquel en el que se insertan los usuarios de Internet. Los jóvenes, adolescentes o niños no se cuestionan tal calificación, y entienden tan real uno como el otro. Lo problemático de lo señalado es la convicción por parte de los menores de que ciertas acciones realizadas a través de las TIC no serán necesariamente vinculantes en su "vida real" (mundo físico). Tienen la creencia de que los riesgos que existen en las redes no les afectarán de manera directa, que eso sólo le pasa a otro u otros, o que en el peor de los casos sólo repercutirá en la red. Distinto sería el caso de quienes no son usuarios intensos o nativos de los medios, que tienen una mayor aprehensión frente al manejo de tales herramientas.⁸¹⁷ Los menores en general las hacen parte de su ambiente de socialización, presentando una interconectividad estable que desarrollan con normalidad, incluso en general mucho mejor que sus padres, llegando a ser propietarios únicos de este tipo de aparatos a corta edad.⁸¹⁸

Para quienes ven el *sexting* de manera inofensiva, los adolescentes del presente no han hecho otra cosa que retomar un conjunto de elementos culturales y tecnológicos disponibles en la cultura global, pero dándoles un significado acorde con sus necesidades personales de expresividad. Es evidente que la búsqueda y exploración sexual por parte de los menores en las etapas de la niñez y adolescencia, es parte de un proceso normal de autoconocimiento y autoafirmación que se da a través del erotismo

⁸¹⁶ MCLAUGHLIN, Julia Halloran, *Crime and Punishment: Teen Sexting in Context*, Florida: Ed. *Florida Coastal School of Law*, 2010, disponible en: http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1 (Última visita 04 junio 2013).

⁸¹⁷ MENJIVAR OCHOA, Mauricio, "El *sexting* y los nativos neo-tecnológicos. Apuntes para una contextualización al inicio del siglo XXI", en *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, N°2, vol. 10, 2010, p. 6; interesante al respecto el trabajo de VELÁSQUEZ REYES, Luz María, *Sexting, sexcasting, sextorsión, grooming y cyberbullying. El lado oscuro de las TICs*, Ponencia del XI Congreso Nacional de Investigación Educativa, disponible en http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_17/0121.pdf (Última visita 18 de marzo del 2013).

⁸¹⁸ GÁLVEZ JOHNSON, Myrna; y GODOY ETCHEVERRY, Sergio, "La brecha digital correspondiente: obstáculos y facilitadores del uso de TIC en padres de clase media y media baja en Chile", en *Revista CTS Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, N°18, vol. 6, 2011. p.3.

propio, lo que no tiene nada de novedoso. Sí lo son los canales que se utilizan para ello, sobre todo cuando estas formas de actuar son vistas con total naturalidad por no reflexionar sobre las consecuencias sociales o jurídicas que puedan ocasionar.⁸¹⁹ Afirmas AGUSTINA SANLLEHI que al poner su intimidad más radical a disposición de terceros, aunque solo sea potencialmente, están generando de forma irreflexiva un acto de explotación sexual contra ellos mismos y contra la indemnidad sexual de los menores en general, en tanto que este tipo de material acaba instigando un círculo vicioso: la producción espontánea (en la que no media fuerza, engaño o intimidación) de material pornográfico infantil apetecible para pedófilos, que a su vez conduce a dar alas a un mercado en el que conviven intereses lucrativos y personalidades pervertidas.⁸²⁰

El derecho a anonimato otorgado a los usuarios que participan en estos soportes, sobre todo en las redes sociales,⁸²¹ y la infravaloración de los riesgos que implica la virtualidad, hacen del menor un sujeto vulnerable a situaciones de violencia sexual *online* u otro tipo de conductas que pueden causar efectos nocivos en una fase evolutiva crítica del desarrollo del ser humano, donde ocurren cambios físicos, psíquicos, cognoscitivos y sociales de especial valoración.

Sin embargo, lo característico del fenómeno de *sexting* es que no hay una explotación o aprovechamiento del menor por parte de un adulto, sino que se trata de conductas espontáneas consentidas entre menores, o incluso de un menor por sí mismo. En concreto, es el menor, pareja o grupo de menores quienes producen material respecto de sus personas y lo distribuye o difunden en las redes sociales *online*, a través de correos electrónicos u otro medio semejante, sea de forma limitada (a otro menores o un grupo determinado de menores) o de forma ilimitada (cuelga su foto en Facebook o Instagram para que esté al alcance de cualquiera).⁸²² Son los mismos niños o adolescentes quienes promueven una visión sexualizada de sí mismos, haciéndose aun más vulnerables y convirtiéndolos en objeto delictivo de fácil acceso, aumentando el interés por ellos tanto de quienes los consumen como quienes lo proveen en la web.

⁸¹⁹ ROCHA TORRES, Dulcinea, “Explotación sexual comercial infantil”, en *Revista de Ciencias Penales*, N°4, 2006, p. 163.

⁸²⁰ AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, *¿Menores infractores o...op.cit.*, p. 16.

⁸²¹ Morón Lerma afirma que la garantía del anonimato, sería una expresión del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, así la navegación por Internet debe poder llevarse a cabo sin un control de los intereses y preferencias como de los sitios consultados o visitados por el internauta en MORON LERMA, Esther, *Internet y Derecho...op.cit.*, p. 29.

⁸²² Coincide en esta visión MORALES PRATS, Fermín, “La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2015, p. 463.

La prohibición de distribución de material sexualmente explícito entre adolescentes y niños no logra su cometido cuando no existen los filtros ni resguardos eficaces para que la industria pornográfica no involucre a menores que sin necesariamente desearlo se vean inmersos en contextos lúbricos, o bien no están pensados para que el riesgo sea producido por un “*insider*” y no un “*outsider*”. Ahora bien, lo anterior en general sólo se aplica al contexto de una comunidad virtual, pero no es ésta la única forma de acceder a referencias pornográficas ni tampoco la única en que los menores se encuentran ante contenidos sexuales no deseados, esto ocurre también en videojuegos, televisión, música o videoclips, etc.⁸²³

Así es cómo la pornografía ha repercutido en la vida de los menores de edad gracias al impulso de Internet, verificándose casos en que, de la misma forma que un adulto, han terminado adictos a ella. Esto constituye una vía de ingreso no común a la sexualidad, presentando trastornos en su desarrollo, debido a la insuficiencia de distinguir entre la realidad (sexo) y la ciber-realidad (cibersexo o ciberpornografía).⁸²⁴

Las consecuencias de la exposición de material sexual de diversa índole a menores ha provocado el interés de éstos por crear el suyo propio, de diversas formas y niveles. Se han percatado del valor que se otorga a la imagen, intentando no quedar fuera de la modernidad. Así es como la pornografía actúa como motor, impulso o antecedente, pero al mismo tiempo como resultado o consecuencia de la búsqueda de satisfacción de los estímulos que el material de contenido sexual en cualquiera de sus tipos ha activado.⁸²⁵ O sea, un verdadero círculo vicioso.

El *sexting* adopta formas muy variadas, como se puede ver en las acusaciones o investigaciones abiertas en Estados Unidos, que obedecen a situaciones, contextos y motivaciones diversas.⁸²⁶ Algunos envían fotografías a otros en las que aparecen ellos mismos desnudos. Se dan casos de fotografías de parejas captadas mientras mantienen relaciones sexuales y enviadas a terceros. Hay amantes desdeñados y excesivamente desenvueltos que envían materiales a otros por venganza. Algunos menores, simplemente, siguen la cadena de transmisión de imágenes, reenviándolas a otros

⁸²³ GARCÍA VASQUEZ, Paula, “Pornografía infantil”, en *Boletín Criminológico*, N°12, 2009, p.17, disponible en: <http://www.usc.es/gl/institutos/criminologia/boletinscriminologicos.html> (Última visita 02 de julio del 2013).

⁸²⁴ AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos: Una aproximación multidisciplinar*, Madrid: Ed. Edisofer, Social Trends Institute, 2011, pp. 54.

⁸²⁵ *Ibid*, p.56.

⁸²⁶ Véase análisis pormenorizado de los casos jurisprudenciales más emblemáticos en Estados Unidos, en AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, *¿Menores infractores...op.cit.*, pp. 10-23.

menores o incluso adultos.⁸²⁷ Pero en todos estos casos la forma de persecución en contra de los menores que han realizado las conductas ha sido a través de la figura de producción, posesión y/o distribución de pornografía infantil, con consecuencias estigmatizantes para los menores, como veremos luego.

Por todo esto, el *sexting* es un fenómeno con muchos matices y aspectos que conviene tratar de forma separada, pues los roles son menos claros que en otros fenómenos como el *cibergrooming*. El menor no es simplemente la víctima, o al menos no de la manera que entiende habitualmente el Derecho penal.⁸²⁸

A la hora de conceptualizar el fenómeno, tomamos la definición de LAMPE, quien entiende al *sexting* como “[...] la transmisión digital de imágenes o videos de carácter sexual, ya sea sugestiva o explícita, previstas para el uso personal a través de medios que permitan una razonable expectativa de privacidad, como un mensaje de texto o un correo electrónico”.⁸²⁹ Esta definición, aunque posee los elementos centrales del fenómeno, es incompleta, pues omite el inicio de la cadena del *sexting*. En términos simples, son conductas que consisten en generar material de contenido sexual, propios, individuales, de pareja o grupos, desnudos o en actividades o posiciones sexualmente explícitas, para luego enviarlo a través de las TIC (originalmente el teléfono).

RYAN distingue entre dos formas de *sexting*: el “*primary sexting*” que se da cuando el o los sujetos plasmados en los contenidos son quienes los distribuyen, y el “*secondary sexting*” que se da cuando un sujeto recibe los contenidos de el o los protagonistas o de un tercero, y luego distribuye a una o más personas,⁸³⁰ lo que entenderemos como difusión masiva no consentida. En España, CUERDA ARNAU recoge esta idea, distinguiendo entre *sexting* activo (*primary sexting*), que es la conducta de quien produce el material, y el *sexting* pasivo (*secondary sexting*), que corresponde al actuar de quien recibe el material y que queda en la posición de distribuirlo en forma

⁸²⁷ MARTINEZ OTERO, Juan, “La difusión de *sexting* sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, en *Revista DERECOM*, N° 12, Diciembre-Febrero, 2013. p.16.

⁸²⁸ AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, *¿Menores infractores o...op.cit.*, p. 25, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-11.pdf> (Última visita 05 de junio de 2013).

⁸²⁹ LAMPE, Joanna R. “*A victimless sex crime: the case for decriminalizing consensual teen sexting*”, en *University of Michigan Journal of Law Reform*, N°2, vol. 46, 2013, p. 2. A nivel legislativo, podemos incluir también a la definición que establecía el proyecto de Ley 921 de Puerto Rico en su Art.3 a.; “Práctica de una persona menor de 18 años que produce fotografías suyas en estado de desnudez y las envía, intercambia o distribuye por correo electrónico o por comunicación celular a otra persona menor de 18 años o de cualquier edad que produce fotografías en estado de desnudez de otra persona menor de edad y las envía, intercambia o distribuye por correo electrónico o por comunicación celular a otra persona menor de 18 años o de cualquier edad”, Proyecto de Ley 921, Puerto Rico, 8 de junio del 2009.

⁸³⁰ RYAN, Elizabeth, “Sexting: How the State can prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults”, en *Iowa Law Review*, vol. 96, 2010, p. 361.

masiva.⁸³¹ Para completar la cadena, debiéramos integrar una tercera forma de *sexting* que considere el paso siguiente al pasivo, es decir, que quien recibió el material no elaborado por sí mismo proceda a difundirlo o distribuirlo (*sexting* mixto, terciario o de reenvío).⁸³² Coincidirá el sujeto en el segundo y tercer tramo.

De ambas categorizaciones, la señalada por RYAN permite, a nuestro entender, una mejor comprensión de la conducta de los menores que producen su propio material y luego lo distribuyen a través de la red (por ej: en su perfil de Facebook o Instagram). Esto estaría contenido en el *primary sexting*, pero no en el *sexting* activo, que sólo considera la producción del material. Esta distinción es importante en vista de la eventual subsunción de las conductas en los tipos penales del CP.

Para comprender esto hay que tener presente que la doctrina distingue entre *sexting* consentido y no consentido, de acuerdo a si se verifica el consentimiento de todos los sujetos que participan de él, es decir, del sujeto que se retrata, de quien envía la imagen y de quien la recibe (quienes no serán necesariamente personas distintas, pues lo más común es que quien la crea y envía sea el mismo sujeto).⁸³³ El envío de material no consentido, en estricto rigor, no es una forma de *sexting* primario o activo, pues como veremos, la voluntariedad es clave para hablar este fenómeno y no de otros.

Más novedoso es lo que podemos denominar *sexting voluntario*,⁸³⁴ para referirnos a aquellos casos ya descritos de *primary sexting* en que la publicación de los contenidos que hemos revisado no es ya en un ámbito de privacidad y uso personal entre dos sujetos, sino que se pone a disposición de la comunidad a través de redes sociales, que pueden ser visualizadas o descargadas por cualquiera persona. Esta forma de comportamiento es la que ha dado origen a mas dudas, pero al mismo tiempo es la que menos se ha tratado en la literatura.

Desde una perspectiva más amplia, puede calificarse igualmente como *sexting* la producción y envío de mensajes de contenido sugerente o insinuante, con la finalidad de despertar en el receptor atracción o deseo sexual.⁸³⁵ Este último concepto tiene la

⁸³¹ CUERDA ARNAU, María Luisa, *Menores y redes...op.cit.*, p. 23.

⁸³² Que no es otra cosa que una división del Secondary Sexting en dos nueva etapas: la recepción del material de su fuente original (secundario propiamente tal o pasivo) y el reenvío de este (terciario o de reenvío).

⁸³³ LAMPE, Joanna R., *A victimless sex...op.cit.*, p.2.

⁸³⁴ La doctrina no ha acuñado este término, pero es utilizado con efectos explicativos, para hacer más fácil la diferenciación con el *consensual sexting*.

⁸³⁵ MARTÍNEZ OTERO, Juan y BOO GORDILLO, Álvaro, “El fenómeno del *sexting* en la adolescencia. Descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *La violencia de género en la adolescencia*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2012, p. 7.

ventaja de no requerir para el envío la existencia de dos sujetos –al menos- y así dar cabida al supuesto de *sexting* voluntario, recién visto.

Etimológicamente, el concepto en estudio es de origen anglosajón y proviene de los vocablos *sex* (sexo) y *texting* (mandar mensajes de texto), pues en sus orígenes sólo se usaba para hacer mención al envío mediante teléfonos móviles de mensajes de texto con contenido sexual. Sin embargo, al ir evolucionando esta práctica, junto con la modernización de los dispositivos y la incorporación de los *smartphones*, con cámaras de video y fotografía digitales, también se identificó con el *sexting* el intercambio de imágenes o vídeos con contenidos de características sexuales.⁸³⁶ De esta manera se incorpora la grabación de contenidos sexuales a través de webcams y la difusión de los mismos por e-mail, redes sociales o cualquier canal que permitan las nuevas tecnologías, modalidad del *sexting* denominada *sexcasting*, siendo el elemento diferenciador su medio de producción.⁸³⁷

Este fenómeno además ha dado lugar a nuevas conductas derivadas del mismo, como la *sextorsión*,⁸³⁸ que se produce mediante chantajes por parte de quien posee material privado de contenido sexual bajo la amenaza de publicar o enviar estas imágenes en las que la víctima se muestra en actitud erótica o pornográfica. El chantaje puede ser utilizado por mayores o menores con la finalidad de conseguir más material del mismo tipo, que en muchas ocasiones es solicitado bajo condiciones específicas.⁸³⁹ La víctima es coaccionada posteriormente con el objetivo de tener relaciones sexuales,

⁸³⁶ MARRUFO MANZANILLA, René, *Surgimiento y proliferación del sexting. Probables causas y consecuencias en adolescentes de secundaria*. Tesis de maestría Universidad Autónoma de Yucatán, Mérida, 2012, p.15, disponible en <http://posgradofeuady.org.mx/wp-content/uploads/2011/01/Marrufo-Ren%C3%A9-MIE2012.pdf> (Última visita 12 de abril de 2013).

⁸³⁷ VELÁSQUEZ REYES, Luz María, *Sexting, sexcasting...op.cit.*, p.3.

⁸³⁸ MARTÍNEZ OTERO, Juan y BOO GORDILLO, Álvaro, “El fenómeno del sexting en la adolescencia. Descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *La violencia de género en la adolescencia*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2012, p.10. Martínez Otero advierte que las imágenes o fotografías de contenido sexual que se crean en virtud del *sexting* son susceptibles de convertirse en un elemento de extorsión. El carácter comprometido de las imágenes sitúa al menor protagonista en una situación vulnerable, de cierta dependencia respecto de la persona a la que enviado dicho material. En ocasiones, las personas poseedoras de archivos constitutivos de *sexting* emplean el chantaje para obtener pretensiones de índole libidinosa: o bien nuevas imágenes, de la víctima o terceras personas, o bien, en supuestos extremos, incluso un encuentro físico de carácter sexual. La amenaza que da fuerza al chantaje es sencilla: la publicación de las imágenes de *sexting* ya poseídas si la víctima no accede a las nuevas pretensiones del extorsionador. Se crea así una situación delicada y difícil de abordar para el menor de edad, que, temeroso ante la posibilidad de que se cumpla la amenaza, ha de tomar la decisión de ceder o no ante el chantaje. Si cede, se inicia una espiral en la que el chantajista cada vez pide más concesiones para no enseñar el contenido que posee, que por otra parte cada vez es mayor. Esta situación solo puede acabar dejando de ceder ante las pretensiones del hostigador y comunicando la situación a un adulto.

⁸³⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2011, p. 158; también VELÁSQUEZ REYES, Luz María, *Sexting, sexcasting...op.cit.*, p.3.

pagar una suma de dinero, enviar más material erótico o pornográfico, etc. En el caso de ser mayor de edad quien sexchantajea, nos cruzamos con la fenomenología del ciberacoso sexual contra menores, en una de sus etapas o fases, como veremos a propósito de la incardinación del fenómeno en el CP.

2.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ENVÍO DE PORNOGRAFÍA A TRAVÉS DE LAS TIC O *SEXTING*

2.2.1. La ineludible presencia de menores de edad

El *sexting* es una forma muy específica del engramado de conductas asociadas a la pornografía infantil y juvenil, siendo uno de sus puntos esenciales la participación de menores de edad (tal como en el *cibergrooming* y en el *ciberbullying*). Además la intervención de estas personas implicará la ejecución de distintos roles, entre los que podemos distinguir los siguientes: en el *primary sexting*, contamos con la opción de un único sujeto que genera o produce su propia fotografía o video, o una pareja o grupo realiza la toma o captura de sí mismos; y que en cualquiera de las hipótesis procede o proceden a difundirla de forma individual o masiva. Si existe una pareja o grupo generador, estamos frente a una relación original o *primary sex-relation*.

En el *secondary sexting*, en tanto, además de él o los sujetos originarios, debemos agregar al que recibe el material, y que queda en posición de difundir, exhibir o distribuir. Entre estos se produce la relación secundaria o *secondary sex-relation*. Si ocurre exhibición o difusión, estamos frente a un *sexting* terciario o de reenvío, donde sujetos no involucrados en la relación primaria o secundaria pueden intervenir.⁸⁴⁰

Desde una perspectiva estadística, se da la constante de que las mujeres tienden a ser quienes en forma mayoritaria producen y distribuyen su propia imagen, siendo el

⁸⁴⁰ Según uno de los estudios más recientes acerca del *sexting* en EEUU, tan sólo el 2,5% de los encuestados aparece o ha elaborado materiales de este tipo, mientras que el 7,1% los ha recibido. Estas cifras descienden al 1% y al 5,9% respectivamente si se restringe el concepto de *sexting* a imágenes sexualmente explícitas, tales como senos, órganos genitales o glúteos. En relación a este último punto, de los 39 jóvenes que declararon haber creado y protagonizado este tipo de imágenes, el 61% eran mujeres entre la edad de 16 a 17 años. Por otro lado De los 110 que solo recibieron imágenes, sin aparecer en ellas el 56 % eran mujeres, en el cual el 55% tenían entre 16 y 17 años y ninguna era menor a doce. Publicado el 2012 por la *American Academy of Pediatrics*, titulado *Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study* en el cual entrevistaron telefónicamente a 1560 adolescentes de entre diez y diecisiete años. Detalles en MITCHELL, Kimberly J.; FINKELHOR, David; *et al*, “Prevalence and characteristics of youth sexting: a national study”, en *Pediatrics*, N° 129-1, 2012, p. 5.

hombre más bien sujeto de *sexting* secundario. Algo similar se apreció en Estados Unidos en los casos de *cibergrooming*.

2.2.2. Internet y las TIC: Factores indispensables del fenómeno

A través de ellos es que se realiza la creación de textos (*sexting* original), toma de imágenes y videos, edición de los mismos y su difusión o distribución. La producción por lo general es a través de cualquier aparato tecnológico que posea cámara, pero en cuanto a la distribución y almacenamiento, será el móvil el que tendrá un rol protagónico, por la facilidad de transmisión de contenidos móviles, es decir, datos que sean accesibles de manera directa, inmediata y continuada, con independencia del lugar y del momento, gracias a las redes de conexión 3G o 4G que posee la mayoría de los dispositivos de última generación.⁸⁴¹ El uso masivo de estos dispositivos por parte de niños y adolescentes y la gratuidad de formas de transmisión de datos como el *wi-fi* o *bluetooth* los transforman en herramientas propicias para las conductas en estudio. A esto se agregan otras características de los teléfonos móviles que los jóvenes valoran, como la sensación de seguridad y privacidad que les brindan. El móvil les permite mantener el contenido y los protagonistas de sus relaciones sociales en aparente privacidad, reforzando la creencia de resguardo absoluto del contenido almacenado en estos. La sensación de seguridad está relacionada con la posibilidad de estar “siempre en contacto” como consecuencia de su portabilidad.⁸⁴²

A pesar de que hoy el *sexting* se asocia en forma ineludible al teléfono móvil, en uno de los primeros y más famosos casos judicializados en Estados Unidos el medio fue el correo electrónico. En *A.H. v. State of Florida*⁸⁴³, en 2007 (los hechos acontecieron en 2004), dos menores que mantenían una relación de pareja se fotografiaron en

⁸⁴¹ GONZÁLES MOLINA, Sonia, “Contenidos móviles para la comunicación de servicio 2.0 a partir de las redes sociales”, en *Revista Cuadernos de Información*, N°31, 2012, p. 12.

⁸⁴² VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Aldo y BENAVIDES ALMARZA, Cristóbal, “Uso de teléfonos móviles por los jóvenes”, en *Revista Cuadernos de Información*, N°25, 2009, p.153. Además el carácter personal de los móviles los hace quedar muy ajenos al control por los adultos responsables del menor, como sí se puede tener, en cierta medida, con los ordenadores. En este caso, los teléfonos quedan a disposición de los menores la mayor parte del día, y la abundancia de información y redes sociales a la que están expuestos, no les da el tiempo para reflexionar sobre su uso o riesgos que puedan enfrentar, por desconocimiento de la regulación sobre el tema, falta de confianza en los adultos o auto consideración como totales entendidos en relación a sus familiares de la tecnología de la que disponen. Así lo afirman VELÁSQUEZ REYES, Luz María, *Sexting, sextasting...op.cit.*, p. 3; y MARRUFO MANZANILLA, René, *Surgimiento y proliferación...op.cit.*, p. 3.

⁸⁴³ *A.H. v. State of Florida*, 949 So. 2d 234 (Fla. Dist. Ct. App. 2007), disponible en <https://groups.google.com/forum/#!topic/alt.lawyers/2hrgDzzkMcY> (Última visita 28 junio de 2013).

conductas sexuales indeterminadas, para luego descargar y enviar tales imágenes a través de sus correos personales. Los acusados en ningún momento expusieron tales imágenes a terceros, esgrimiendo como defensa la vulneración del derecho a la privacidad constitucionalmente garantizado y que el Estado había reaccionado de manera ilegítima a través de una intervención de sus correos electrónicos personales. En virtud del recurso de apelación por uno de los menores que había sido condenado por haber producido, dirigido o promovido dolosamente imágenes de contenido sexual, el Tribunal señaló que los intereses del Estado estaban por sobre estos derechos cuando se debía proteger la explotación de menores, sin importar quien la realizara ni su edad, desestimando el recurso y ratificando la sentencia de primera instancia.⁸⁴⁴

Con la inserción a los aparatos móviles de aplicaciones que se sirven de plataformas *online* para la distribución de información autogestionada por los propios usuarios –los “prosumidores” de TOFFLER-, se ha creado el escenario perfecto para las conductas de *sexting*.⁸⁴⁵

2.2.3. La libertad de la participación en el *sexting*

Un presupuesto esencial del *sexting* es que los sujetos realizarán la generación y difusión (en sentido amplio) de manera voluntaria, libre de coacción, amenaza o intimidación por parte del receptor, en caso de existir. El protagonista realiza voluntariamente la práctica de crear el material audiovisual, o bien las parejas o grupos concienten en ello. Lo que sí se manifiesta, desde una perspectiva sico-social, es una considerable falta de representación de los riesgos que conlleva tal exposición de la vida privada de los menores partícipes, sin prever las posibles consecuencias que podría traer para su intimidad, honor, propia imagen o indemnidad sexual.⁸⁴⁶

Donde el consentimiento comienza a perder ese carácter esencial es en el envío o difusión del material creado en forma individual o colectiva, pues esto puede realizarse sin aquel, o incluso contra la voluntad de quien pretende mantenerlo en un espacio físico-virtual de intimidad.

⁸⁴⁴ El texto íntegro de la sentencia se encuentra disponible en: http://scholar.google.cl/scholar_case?case=5844412223731234520&q=A.H.+v.+State+of+Florida&hl=en&as_sdt=2,5 (Última visita 10 junio 2013).

⁸⁴⁵ GONZÁLES MOLINA, Sonia, “Contenidos móviles para la comunicación de servicio 2.0 a partir de las redes sociales”, en *Revista Cuadernos de Información*, N°31, 2012, p. 13.

⁸⁴⁶ MARTINEZ OTERO, Juan, *La difusión...op.cit.*, p.3.

Si la persona que recibe el material no tiene la intención de ver las imágenes, o siquiera de recibirlas, por no desear ni consentir en los deseos del emisor, podemos estar frente a una forma de acoso donde el *sexting* pasivo sea una forma de verificarse, transformándose en *ciberstalking* o *cibergrooming*, dependiendo del entorno, los sujetos o los demás elementos que se vieron en los párrafos anteriores.⁸⁴⁷

2.2.4. Contenido sexual de la comunicación

Para estos efectos, dentro del *sexting* los contenidos que se transmiten son entendidos como imágenes o videos sexualmente explícitos o sugestivos, previstos para uso privado, transmitidos por medios digitales que denotan una razonable expectativa de privacidad, incluyendo pero no limitado a teléfonos móviles o cuentas de correo electrónico.⁸⁴⁸ Importante es la calificación del contenido de lo enviado, por la fuerte vinculación del tema con las figuras típicas de pornografía infantil y juvenil consagradas en el CP, según hemos visto ya con detalle.

El *sexting* suele producirse en el marco de relaciones afectivo-sexuales, consumadas o en ciernes, con mayor o menor duración. Aunque no puede descartarse, las relaciones ocasionales en general no permiten generar el ambiente de mínima confianza para hacer registros audiovisuales de este tipo. Habrá ocasiones en que, concluida una relación, la persona que conserva imágenes de *sexting* de la otra parte, ya sea por despecho, aburrimiento, diversión o cualquier otro motivo circunstancial, puede sentir la tentación de divulgarlas con fines de pasatiempo, venganza o extorsión. Esta situación se conoce como *revenge porn* o *sextortion*, caso este último que se presenta si quien lo hace busca algo a cambio.⁸⁴⁹

En otros casos puede mediar sólo una relación impersonal a través de Internet o mensajería instantánea, en la cual los sujetos no se conocen personalmente sino que sólo utilizan el medio como facilitador de conductas de excitación u ocio.

Los motivos principales que se tendrían en cuenta para participar o no en actos de *sexting* serían, según MARRUFO MANZANILLA, para atraer la atención de alguien

⁸⁴⁷ VELÁSQUEZ REYES, Luz María, *Sexting, sextasting...op.cit.*, p.6; en términos amplios coincide MORALES PRATS, Fermín, *La reforma...op.cit.*, p. 463.

⁸⁴⁸ LAMPE, Joanna R., *A victimless sex...op.cit.*, p.24.

⁸⁴⁹ RYAN, Elizabeth, *Sexting: How...op.cit.*, p. 364.

que le gusta; como un regalo sexy para la pareja; o para sentirse y ser considerado como alguien sexy por los demás.⁸⁵⁰

2.2.5. Unidireccionalidad del *sexting*

El último de los elementos característicos de este ciberfenómeno es su unidireccionalidad. Se habla de *sexting* cuando el fenómeno se produce entre un menor, pareja o grupo que produce material de sí mismos, y que lo envían o difunden a otro u otros menores o al ciberespacio en forma indeterminada. Es decir, el material se direcciona desde el menor o menores productores a quien lo recibe o participa del *sexting* pasivo, pudiendo seguir desde allí su curso. Si el receptor original a su vez decide poner en circulación las imágenes o videos, cierra la línea en lo que hemos denominado *sexting* terciario o de reenvío (lo que ocurra con este material ya escapa al estudio de este fenómeno en particular, pudiendo ser absorbido, eventualmente, por otras figuras penales). No se afirma en ningún caso que la dirección opuesta no ocurra ni pueda ocurrir, sino que, de ser así (por ej: un menor le exige a su pareja fotos desnuda bajo amenaza de terminar la relación) ya no estaríamos frente al *sexting* (la voluntariedad es esencial), sino frente a alguna forma de acoso penalmente relevante.

2.3. CONSECUENCIAS PERSONALES Y SOCIALES DEL *SEXTING* PARA LOS MENORES DE EDAD

El *sexting* parece ser, en primer lugar, un problema educativo, ya que el ámbito escolar ha sido el principal escenario de este tipo de prácticas, donde son los compañeros de aquel que origina el material quienes hacen de difusores. Prueba de esto es que en algunas instituciones educacionales ya se han modificado sus reglamentos internos con medidas disciplinarias que a través de la sanción intentan prevenirlo. Esto tiene su justificación en el fracaso académico que se pretende evitar producto de

⁸⁵⁰ Vid., MARRUFO MANZANILLA, René. *Surgimiento y proliferación...op.cit.*, p. 40, que expone una medición acerca de diferentes aristas sobre el fenómeno *sexting*, en la cual se reflejan la percepción general de adolescentes sobre la frecuencia con que se da el *sexting*, frecuencias y porcentajes de acciones de *sexting* llevadas a la práctica por adolescentes, y la que se esgrime como elemento ejemplificador en el texto. Según indican MITCHELL, Kimberly J.; FINKELHOR, David; *et al*, “*Prevalence and characteristics of youth sexting: a national study*”, en *Pediatrics*, N° 129-1, 2012, p. 5, en relación a la primera motivación (atraer la atención del receptor), se ha detectado que la proporción de mujeres dispuestas a realizarlo es más alta, lo que las pone en una situación más vulnerable, y que por su parte los hombres son quienes realizan de manera más reiterada la solicitud y difusión de este tipo de contenidos

suspensiones, expulsiones o la misma auto-exclusión que han realizado los involucrados para evitar las burlas y acosos a los que han terminado sometidos.⁸⁵¹

En segundo lugar, toman relevancia las consecuencias psicológicas para los menores partícipes. Siguiendo aquí a LAMPE, estos problemas pueden clasificarse entre aquellos que se causan a la población de adolescentes en general, a quienes reciben este tipo de contenidos y a quienes aparecen en imágenes de *sexting*, en atención a su gravedad.⁸⁵²

En primer lugar, este material podría producir problemas para quienes no participan de manera directa de su producción, envío o recepción. Sin la información acerca de las circunstancias que rodearon la creación de tales contenidos, a simple vista podrían llegar a ser indistinguibles de la producción de material pornográfico infantil y juvenil producto de explotación de menores. La principal preocupación relacionada con la exposición de este tipo de material a menores, es que los acosadores sexuales podrían utilizarla como una herramienta de convencimiento para que éstos supongan tales comportamientos como normales o aceptables. Los daños para quienes reciben este material de manera involuntaria serían eventuales y circunstanciales, de carácter emocional o psicológicos, en aquellas personas que aún no tengan un desarrollo de su sexualidad acabado, ya que incluso la conducta de quienes envían a adultos contenidos no deseado de orden sexual puede tratarse como un tipo de acoso (*ciberstalking*).

La situación más compleja es la que viven los adolescentes que aparecen en las imágenes, pues son éstos los que enfrentan el riesgo de ser estigmatizados y humillados si sus videos o fotos son difundidas. Pueden existir graves deterioros en su salud mental, produciéndose, por ejemplo, cuadros de depresión y ansiedad, sobre todo producto del *bullying* que puede seguir al *sexting*.⁸⁵³

Las consecuencias que afecten a los menores pueden apreciarse incluso años después de ocurrido el suceso, debido a la gran dificultad a la hora de eliminar de Internet los contenidos disponibles en los miles de sitios web destinados al sexo y sus

⁸⁵¹ Es el caso de la *Vienna High School* en Illinois, que sanciona esta práctica con medidas que van desde la detención y destrucción del material hasta la suspensión del alumno, MARRUFO MANZANILLA, René, *Surgimiento y proliferación...op.cit.*, p.15. Otros ejemplos en MAYERS, R. Stewart; y DESIDERIO, Mike F., “Not lol: legal issues encountered during one high school's response to sexting”, en *Brigham Young University Education & Law Journal*, Issue 1, 2013, p.4, disponible en <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=86721424&lang=es&site=ehost-live> (Última visita 17 de mayo de 2014).

⁸⁵² LAMPE, Joanna R., *A victimless sex...op.cit.*, p. 4.

⁸⁵³ Aunque puede tomarse como algo muy excepcional, en situaciones muy graves los menores han llegado incluso a quitarse la vida. MCLAUGHLIN, Julia Halloran, *Crime and punishment...op.cit.*, p.5.

productos. Los menoscabos a la reputación de los menores pueden persistir en los años, así por ejemplo una fotografía que toma un niño a la edad de 13 años puede afectarle cuando, siendo adulto, intente entrar a una Universidad o postular a un trabajo.⁸⁵⁴

La difusión de las imágenes o videos, como suele ocurrir en la actualidad, puede no solo alcanzar a amigos o conocidos del emisor o del receptor, sino que puede tornarse viral, circulando por Internet de manera incontrolada.⁸⁵⁵ La eliminación total de la imagen será materialmente imposible de garantizar por cualquier proveedor de internet, ya que los contenidos pueden ser rápidamente trasladados de servidor en servidor o incluso descargados de ellos.⁸⁵⁶ El legislador español ha previsto esta situación, reforzando las medidas que pueden tomar los tribunales para el retiro de sitios web o aplicaciones donde se encuentre material pornográfico infantil y juvenil, como se indica expresamente en el art. 189.8 CP.

Siendo aún más extremos en los problemas, la existencia de TIC que traen consigo aplicaciones de geolocalización o geoetiquetado de contenido multimedia, pueden facilitar la ubicación física exacta, logrando identificar y localizar a quienes aparecen en imágenes o vídeos, que al ser utilizados de mala manera podrían fomentar la situación de vulnerabilidad de los menores frente a los pederastas, con las consecuencias ya conocidas.

2.4. UNA BREVE REVISIÓN DEL FENÓMENO EN EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho penal moderno, el material en que se verifica la presencia de menores en contextos sexuales, constituye pornografía infantil y juvenil, a no ser que se haya legislado y direccionado el tema de manera especial.⁸⁵⁷ En razón de esto es que aproximadamente en una decena de países se han presentado cargos contra distintos menores de edad por producción, distribución y posesión de pornografía infantil, cuando se intenta resolver casos de *sexting*.⁸⁵⁸

⁸⁵⁴ RYAN, Elizabeth, *Sexting: How the State...op.cit.*, p. 364.

⁸⁵⁵ De un total de 149 menores que crearon y aparecieron en imágenes desnudos o semidesnudos o que las recibieron, sólo un 10% de los primeros las distribuyeron y un 3% de los últimos, MITCHELL, Kimberly J.; FINKELHOR, David; *et al*, *Prevalence and characteristics...op.cit.*, p. 6.

⁸⁵⁶ LERMA, Esther, *Internet y Derecho...op.cit.*, pp.112 y ss; MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático...op.cit.*, p.112.

⁸⁵⁷ LAMPE, Joanna R., *A victimless sex...op.cit.*, p.7.

⁸⁵⁸ Los casos más polémicos se han dado en Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Argentina, México, y Puerto Rico. En este último, el ex senador Antonio J. Faz Alzamora presentó el año 2009 el proyecto de Ley 921 que intentaba la creación de la denominada “Ley contra el texnudismo” que, pese a ser aprobado en la cámara del Senado el año 2010, no lo fue en la cámara de representantes lo que

El fenómeno comenzó a ser considerado un problema de relevancia jurídica a raíz de diversos casos ocurridos en los Estados Unidos. Además del reseñado unos párrafos atrás, los más emblemáticos son aquellos que terminaron con el suicidio de dos adolescentes autoras de *sexting*, Jesse Logan y Amanda Todd. La primera se vio envuelta en un escándalo porque en su escuela circulaba una imagen en la que aparecía desnuda en los celulares de un gran número de alumnos. Dicha foto se la había enviado al que fuera su novio un tiempo atrás, pero cuando la relación terminó, el muchacho envió la foto a otra persona y ésta a otra más, hasta que fue circulando cada vez más entre los compañeros de la escuela. Esta situación fue potenciada por otros actos de *ciberbullying*.⁸⁵⁹ El acoso por parte de sus compañeros y adolescentes en general le causó un grave estado depresivo que la obligó a abandonar sus estudios y, posteriormente, a la desafortunada y fatal decisión de suicidarse.⁸⁶⁰

Motivados por los recurrentes casos de *sexting* en las Cortes norteamericanas, los poderes legislativos de diversos Estados se percataron que su normativa no estaba preparada para lidiar con este nuevo fenómeno, presentando diversos grados de adaptabilidad a él. En el año 2009, alrededor de doce Estados trabajaron normas específicas para detener y penalizar este tipo de conducta entre menores de edad.⁸⁶¹ Durante el año 2010, dieciséis Estados consideraron proyectos de ley y resoluciones, enfocadas también en educar a los menores de edad sobre los riesgos que envuelve este comportamiento, y en cuanto a las penalidades a imponerse a las personas que incurran en dicha conducta. A manera de ejemplo, el Estado de Connecticut aprobó, en junio del

hizo fracasar su promulgación. La medida tal y como fue originalmente presentada, tenía un enfoque punitivo, dirigido específicamente a la población menor de edad, prohibiendo el uso indebido e imprudente del equipo celular para producir, enviar o distribuir fotografías o vídeos de menores de edad en estado de desnudez. En cuanto a las compañías que se dedican a la venta de equipo celular, les imponía la obligación de advertir a los consumidores sobre el alcance de la medida, mediante la difusión de una campaña promocional, la inclusión de advertencias sobre el *sexting* en los empaques de los productos y una notificación en los contratos de servicio. La compañía que no cumpliera con lo anterior, incurría en un delito menos grave. En ese país, la cámara de representantes llegó a la conclusión que era necesario enfocar en la falta de educación, tanto de los padres, como de los menores, por lo que se debían realizar campañas educativas con la participación del Gobierno y las compañías de telecomunicaciones. Lo anterior en un contexto de oposición por parte de las empresas afectadas, principalmente por el aumento en los costos operacionales y porque les imponía responsabilidades penales. Proyecto de Ley 921 del Senado de Puerto Rico, presentado el 8 de junio del 2009. Disponible en: <http://senado.pr.gov/Proyectos%20del%20Senado/ps0921-09.pdf> (Última visita 01 julio de 2014).

⁸⁵⁹ MARRUFO MANZANILLA, René, *Surgimiento y proliferación...op.cit.*, p.16.

⁸⁶⁰ BARKACS, Linda L. "Do you think I'm sexy? Minors and sexting: teenage fad or child pornography?", en *Journal of Legal Ethical and Regulatory Issues*, N° 2, vol. 13, 2010, p.1.

⁸⁶¹ Conferencia Nacional de las Legislaturas Estatales Norteamericanas, resumen de los proyectos de ley que atendían al *Sexting* al año 2009. Véase la Sección de *Telecommunications and Information Technology*. Disponible en <http://www.ncsl.org/issues-research/telecom/sexting-legislation-2009.aspx> (Última visita 05 junio 2013).

2010, la *Public Act* N° 10-19, dirigida a penalizar el *sexting* entre menores de 13 a 18 años.⁸⁶² Hasta el año 2011, los Estados que habían modificado sus códigos penales eran Florida, Nevada, New Jersey, New York, North Dakota, Rhode Island and Texas.⁸⁶³ Así se han ido sumando año a año nuevos Estados en la tipificación de estas conductas.⁸⁶⁴

Entre todos estos, cinco Estados transitaron por vías distintas, reduciendo el *sexting* a la categoría de falta, mientras otros siete han realizado propuestas al Congreso para hacerlo. Rhode Island, Vermont y Ohio propusieron derivar los casos de *sexting* a los tribunales de familia, a través del procedimiento juvenil, mientras que New Jersey, y New York han realizado iniciativas con la finalidad de que los menores involucrados en estas conductas sean parte de programas educacionales, en vez de enfrentar sanciones penales. Nebraska es el único estado que ha hecho una diferenciación en caso de que el *sexting* fuese privado y consentido por dos menores sobre la edad de los 15 años, protegiéndolos de cualquier responsabilidad penal hasta los 19.⁸⁶⁵ En tanto, Hawaii, New York, Pennsylvania and South Dakota lograron recién el año 2012 la efectiva promulgación de normativa especializada contra el *sexting*.⁸⁶⁶

En 2013, los Estados de Arkansas, Georgia y West Virginia se sumaron a los que habían promulgado normativas tendiente a sancionar a los menores que envíen fotos sexualmente explícitas, desnudos o semidesnudos, por teléfono celular. En total, fueron nueve los Estados ese año que modificaron sus normativas respecto al *sexting*, la mayoría para endurecer sus penas o ampliar sus figuras, los menos para abordar el problema desde una perspectiva distinta, como la educación o la inserción social.⁸⁶⁷

Por ejemplo, el Código penal de Florida, penaliza el *sexting* a través de una lista de conductas que puede realizar un menor, señalando en su primer inciso “Un menor comete el delito de *sexting* si él o ella con conocimiento: usa un computador o cualquier

⁸⁶² Resumen de los proyectos de ley que atendían al *Sexting* al año 2010. Disponible en <http://www.ncsl.org/issues-research/telecom/sexting-legislation-2010.aspx> (Última visita 05 junio 2013).

⁸⁶³ Resumen de los proyectos de ley que atendían al *Sexting* al año 2011. Disponible en <http://www.ncsl.org/issues-research/telecom/sexting-legislation-2011.aspx> (Última visita 05 junio 2013).

⁸⁶⁴ El resumen al 2013 disponible en <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/2013-sexting-legislation.aspx> (última visita 10 de julio de 2015).

⁸⁶⁵ Regulación legal Federal del *sexting*, 2011 en National District Attorneys Association. Disponible en <http://www.ndaa.org/pdf/Sexting%20-%20Self%20Exploitation2011.pdf> (Última visita 15 de mayo de 2013).

⁸⁶⁶ En total, trece fueron los Estados que modificaron sus normativas para, por ejemplo, endurecer las penas a los menores que participan de estas conductas. Así, por ejemplo, en California, las multas pudieron llegar a USD 1.000, y las horas de trabajo comunitario hasta 40, además de obligar al menor a tomar terapias. Resumen de los proyectos de ley que atendían al *Sexting* al año 2012. Disponible en: <http://www.ncsl.org/issues-research/telecom/sexting-legislation-2012.aspx> (Última visita 05 junio 2013).

⁸⁶⁷ En este sentido, New York, o incluso Indiana, donde no puede perseguirse por cargos explotación sexual a un menor de 22 años, <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/2013-sexting-legislation.aspx> (Última visita 10 de enero de 2015).

otro dispositivo electrónico con capacidad de transmitir o distribuir datos, para transmitir o distribuir a otro menor cualquier fotografía o video de cualquier persona representada desnuda [...]”.⁸⁶⁸ Por su parte, el Estado de Nevada también lo ha regulado a través de su Código penal, señalando como conductas a sancionar la “[...] transmisión o distribución de imágenes de sí mismo o de otros menores tanto a personas adultas como menores de edad, incluyendo la posesión si es que no median circunstancias que den a entender su no intervención en tales hechos y su intención de no participar ni de su difusión ni almacenamiento”.⁸⁶⁹

En Estados Unidos, la mayoría de los estados se ha inclinado por dejar en desuso la normativa relacionada con la pornografía infantil y juvenil, creando figuras especiales que cuenten con sanciones proporcionadas de acuerdo a la conducta como con el menor adolescente que la protagoniza, pero así y todo siguen siendo objeto de persecución criminal en cada uno de sus Estados.

En España la legislación española no contemplaba una figura específica para el *sexting*. Por ello se recurría a otros delitos, en función de la casuística concreta. Los cambios en relación a nuevas formas de criminalidad, entre las que se incluyen las derivadas de las nuevas tecnologías, se hicieron notorios con la LO 5/2010, que recoge expresamente una mayor protección de los menores frente a los delitos sexuales, como vimos, merced a figuras como el antiguo art. 183 bis, que penalizaba supuestos de *cibergrooming*. El panorama ha cambiado con la LO 1/2015, como veremos.

2.5. TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DEL ENVÍO DE PORNOGRAFÍA A TRAVÉS DE LAS TIC POR PARTE DE MENORES O *SEXTING* EN EL CÓDIGO PENAL: UN FENÓMENO MAL ABORDADO

Su estudio en la doctrina sin duda es menor, siendo una figura asociada a otros fenómenos más masivos como la producción y difusión de material pornográfico infantil y juvenil, siguiendo la línea de lo visto en Estados Unidos, por ejemplo.

Las particularidades del *sexting* cobran mayor interés al momento de revisar el tratamiento jurídico-penal de este, pues a las negativas consecuencias vistas en los párrafos anteriores, el panorama se complejiza para los menores cuando en su contra se

⁸⁶⁸ FLA. STAT. ANN. § 847.0141 (West 2000 & Supp. 2012); Disponible en: <http://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2012/847.0141> (Última visita 05 de junio de 2013).

⁸⁶⁹ NEV. REV. STAT. § 200.737 (2011) Disponible en: <http://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-200.html#NRS200Sec737> (Última visita 05 junio 2013).

levantan cargos penales por delitos de índole sexual, que no siempre son proporcionales a las conductas que efectivamente fueron realizadas. Se produce una victimización secundaria por medio de la relación que se da en el proceso penal entre la víctima y el sistema judicial, cuando en el desarrollo de la investigación y del juicio se exponen los detalles de estos hechos de características sexuales.⁸⁷⁰

El tema aquí es que los menores no solo aparecen como víctimas, sino como victimarios, tal como se ha visto en la jurisprudencia norteamericana. Allí, quien realiza pornografía utilizando a menores de edad es considerado un depredador sexual, y debe registrarse como tal, lo que, por ejemplo, le impide acercarse a más de 500 metros de establecimientos educacionales, lo que deja claro que estas normativas están pensadas para adultos y no para menores que, condenados o no, aún siguen siendo estudiantes.⁸⁷¹

El CP no tenía una figura explícita de *sexting*, lo que obligaba a revisar su posible incardinación en otro u otros tipos penales, junto con atender la conveniencia o no de hacerlo, de acuerdo a los problemas aquí esbozados.⁸⁷² El panorama varía en parte tras las modificaciones hechas por la LO 1/2015, particularmente en lo que respecta a los artículos 183 bis y ter, pero en menor medida de lo que se ha sostenido hasta el momento. Estimamos, de acuerdo a lo que se verá en las próximas líneas, que el fenómeno conocido como *sexting*, con todas las características ya señaladas, se mantiene en una parte considerable al margen del ámbito de los tipos penales.⁸⁷³ Bien porque los nuevos tipos o las nuevas redacciones no alcanzan a comprender todas las variantes del fenómeno, o bien porque el concepto de pornografía infantil y juvenil que sostenemos, más restrictivo en sus alcances, permite dejar fuera supuestos cuya eventual punibilidad son altamente discutibles. Además, el legislador incorporó la disposición del art. 183 quáter, que permitiría dejar exentos de responsabilidad penal aquellos casos que circularan en la órbita de los tipos existentes.

De plano debemos descartar la tipología original de estas conductas, pues el legislador ha dejado fuera del ámbito del CP los textos eróticos, obscenos y

⁸⁷⁰ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2001, p. 184.

⁸⁷¹ HERMAN, Joshua D., “*Sexting*: It’s no joke, it’s a crime”, en *Illinois Bar Journal*, N°4, vol. 98, abril 2010, p.4.

⁸⁷² RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, pp. 437-438.

⁸⁷³ Tampoco, de igual forma como ocurre con el *cibergrooming*, utiliza la denominación anglosajona, aunque en doctrina suela utilizarse. Vid., RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Grooming y...op.cit.*, p. 621; AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, *¿Menores infractores o...op.cit.*, p. 16; MARTINEZ OTERO, Juan, *La difusión...op.cit.*, p.3; MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 456.

pornográficos, al optar directamente por imágenes o representaciones visuales,⁸⁷⁴ como se desprende principalmente de los art. 183 ter y 189.

Para examinar esto, tendremos en consideración el análisis ya realizado de los tipos penales involucrados, en particular del 183 bis y del 183 ter, y distinguiremos los supuestos de *sexting* visto en los apartados anteriores, para determinar si, luego de la Reforma, es posible su penalización a la luz del CP. Dichos supuestos toman parte de lo expuesto por RYAN, agregando un elemento. El *primary sexting* o *sexting* primario se da cuando un menor en forma solitaria o bien dos o más de ellos, crean su propio material pornográfico representándose a sí mismos y luego difunden los contenidos. El *secondary sexting* o *sexting* secundario es la conducta del sujeto que recibe los contenidos directamente de el o los protagonistas y luego los difunde a una o más personas.⁸⁷⁵ Por último, el *sexting* terciario se da cuando los sujetos que han recibido el material de terceros distintos a sus protagonistas lo difunden, generalmente en forma masiva aprovechando Internet y las redes sociales.

2.5.1. La necesaria distinción de las etapas del fenómeno: *Sexting* primario o activo

Estamos frente a la conducta del menor de edad que realiza fotografías o videos de sí mismo, o de quienes lo hacen en pareja o grupos, para guardarlos, enviarlos a otros u otros destinatarios definidos o bien para compartirlo a través de alguna red social en Internet. El abordaje de estas conductas podría incardinarse, a primera vista, en algunas de las figuras del art. 189 o bien en los delitos contra la intimidad, entre otros. Sin embargo, se presentan algunos importantes obstáculos para ello, y es necesario distinguir las distintas hipótesis de *sexting* primario en cada caso.

En el caso del art. 186 CP, la dificultad comienza por la descripción típica de las conductas, toda vez que el verbo rector difundir pareciera exigir, como sostiene QUERALT JIMENEZ, que la conducta descrita se realice ante una multiplicidad de sujetos (otros menores o incapaces).⁸⁷⁶ Esto implicaría la atipicidad directa del

⁸⁷⁴ Podría haber un espacio en el art. 186, pero los verbos utilizados y la capacidad lesiva hacen pensar lo contrario. Vid., AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 375; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 270-271.

⁸⁷⁵ RYAN, Elizabeth, *Sexting: How...op.cit.*, p. 361.

⁸⁷⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español...op.cit.*, p. 249. CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, Madrid: Ed. Dykinson, 2005, p. 305; ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, en VIVES ANTÓN, Tomás *et al*, *Derecho penal. Parte*

comportamiento voluntario de elaborar material de sí mismo y enviarlo a otro menor (novio o novia, por ejemplo), pues es un contacto directo no masivo. Sin embargo, como indicamos en el capítulo anterior, no compartimos la visión del autor, pues la utilización del término “menores” no exige pluralidad, sino que se trata sólo de un recurso descriptivo que utiliza en otros tipos penales, como el art. 189.1 a), que se satisfacen plenamente aunque se actúe sobre un único menor.

Por desgracia, de acuerdo a esto, en los supuestos de *sexting* primario en que el o los menores realicen producción y envío de material pornográfico propio podrían ser subsumidos por esta disposición, que no tiene límites de medio comisivo. No lo serían por el art. 189.1 letra b), por que no se ha producido la pornografía infantil que describe el legislador en el segundo párrafo de esa norma, sino sólo material pornográfico genérico, donde se aprecia uno o varios menores, que se subsume en el objeto material del art. 186. Por supuesto, si el o los menores generan las imágenes o videos y sólo lo guardan en sus dispositivos, la atipicidad es total, al no haber difusión, y ninguna forma de posesión del art. 189.

Vender, segundo verbo rector, escapa absolutamente de la fenomenología del *sexting*, expuesta detalladamente en esta investigación, donde no hay contactos comerciales entre los involucrados.⁸⁷⁷ Por último, exhibir implica exponer directamente a la vista del destinatario algo, en este caso, material pornográfico, por lo que puede cumplirlo quien realiza *sexting* activo. Esto se refuerza si revisamos el medio comisivo, ya que el legislador habla de “cualquier medio directo”, es decir, que propicie un contacto directo entre hechor y menor o incapaz, sin intermediarios. En tal sentido, Internet es un medio totalmente idóneo para tal contacto.⁸⁷⁸

Si bien las consideraciones político-criminales pudieran indicarnos otra cosa, lo cierto es que, de acuerdo al art. 1 de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, en tanto el menor o menores que elaboran su propio material tengan entre 14 y 18 años, serían penalmente responsables del tipo penal del art. 186, siendo el menor de 14 inimputable, siguiendo las reglas generales del CP. Esto, por desgracia, parece absolutamente contraproducente

especial, 3ª ed., actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 283.

⁸⁷⁷ Aunque si se diera, también deberíamos subsumirlo aquí.

⁸⁷⁸ ORTOS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 284; VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 658; en contra, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición revisada y actualizada, Barcelona: Ed. Atelier, 2010, p. 240, en la medida de que los programas o terminales disponen de mecanismos que permiten limitar el acceso a menores o incapaces, lo que quita la característica de ser “directo” al medio, como exige el tipo.

con normas que buscan la protección de niños y adolescentes (sobre esto se volverá recurrentemente en este trabajo).

Más simple se vuelve el panorama, desde nuestra perspectiva, si aterrizamos en las figuras contenidas en el art. 189, particularmente en sus numerandos 1 y 2. Se ha dicho en este trabajo que quien realiza *sexting* activo o primario, produce material de contenido sexual respecto de sí mismo, es decir, en términos simples, es un productor (o más de uno,s según el caso) de material pornográfico. Antes de que el legislador definiera expresamente “pornografía infantil”, la conducta calzaba con una parte de las descripciones típicas del art. 189.1 letra a), específicamente “elaborar” cualquier clase de material pornográfico. Sin embargo, en este material debían haberse captado o “utilizado” menores de edad o incapaces, y en ambos casos, como se vio *supra*, se requiere a otro distinto de quien realiza la actividad, lo que no se da en el *sexting* activo de sujeto individual.⁸⁷⁹ Ahora, si hablamos de parejas o grupos⁸⁸⁰, aunque se da el supuesto de existencia de más de un sujeto, tendríamos que asumir que uno de los miembros de la pareja o uno de los integrantes del grupo está utilizando a los otros, lo que será de muy difícil existencia y prueba. Es más, es probable que las características propias de la situación impidan determinar que un solo sujeto realiza las fotografías o videos, mientras el o los otros sólo son sujetos pasivos. Por último, volvemos al problema de asumir que menores de edad puedan ser sujetos activos de estos delitos, sin que se produzca un gran problema de coherencia del sistema. La definición que se incorporó tras la Reforma viene a reforzar la necesidad de que los menores sean utilizados (aprovechados, abusados) para la creación o tráfico del material pornográfico.

El mismo inconveniente se presentará para los supuestos del art. 189.1 letra b) y del art. 189.2, ya que en ambos casos el objeto material, video o fotografía de pornografía infantil y juvenil requiere que se haya utilizado a otro sujeto, un menor de edad o incapaz distinto del actor, quedando fuera, y por ende siendo atípica, la conducta de quien produce material pornográfico de sí mismo, pues no se cumple con la

⁸⁷⁹ En este sentido, aunque con críticas al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 256; MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, tomo I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011, p. 1227.

⁸⁸⁰ No está de más decir que, aunque no sea lo común, la búsqueda de identidad sexual y el autoconocimiento pueden llevar a algunos menores, en ciertas ocasiones, a experimentar en tríos o bien, aunque parezca muy extraño, *swingers*.

descripción típica (y sería inaceptable una utilización de sí mismo, en los términos que el legislador exige).⁸⁸¹

Por razones exegéticas se podía descartar también el desaparecido supuesto del art. 189.4, en el *sexting* activo unipersonal, todas vez que expresamente se señalaba que “El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual [...]”, exigiéndose que el sujeto activo realice una conducta sobre el sujeto pasivo, es decir, deben existir dos sujetos al menos, lo que no se da en el *sexting* primario.⁸⁸² Respecto al de parejas o grupos, cabe lo señalado en relación a los supuestos del art. 189.1 CP, además que se debe considerar que este delito exigía un resultado, que era el estado de corrupción del menor, lo que no suele ocurrir cuando este desarrolla su sexualidad con los pares, como sucede en el *sexting*.

Finalmente, si vemos estas conductas a la luz de los delitos contra la intimidad, en particular respecto al nuevo art. 197 numerales 1 y 7,⁸⁸³ es necesario, como nota previa, remitirnos a lo dicho anteriormente respecto a los límites de la intimidad desde la perspectiva de los menores, mucho más laxos que los que se acostumbra delimitar. Considerando eso, si revisamos el N°1 del art. 197 CP, el primer escollo para meter allí al *sexting* primario con participación de dos o más sujetos lo entregan las conductas típicas, que serían incompatibles con lo aquí analizado. Esto porque tanto apoderarse⁸⁸⁴ como interceptar⁸⁸⁵ exigen la existencia previa del material que será objeto de apoderamiento o interceptación, y en el *sexting* activo los sujetos recién producen ese

⁸⁸¹ CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Barcelona: Ed. Bosch, 2010, p.166; TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 110.

⁸⁸² GUINARTE CABADA, Gumersindo; y VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María; y ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2014, p. 177.

⁸⁸³ Para Morales Prats, el conjunto de modificaciones del art. 197 es deficiente, por razones de técnica legislativa y por la intervención excesiva del Derecho penal en esta materia, respondiendo a fundamentos populistas marcados por lo que exponen los medios de comunicación. MORALES PRATS, Fermín, *La reforma...op.cit.*, pp. 459-460. Es más, el mismo autor califica al numeral 7 como una norma que convierte a los ciudadanos en confidentes necesarios de los demás. Coincide CASTELLÓ NICAS, Nuria, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Ed. Dykinson, 2015, pp. 488-491.

⁸⁸⁴ Entendiéndola como la aprehensión u obtención ilícita de lo que constituye el objeto material, RUEDA MARTIN, M^a Ángeles, *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del código penal)*, Barcelona: Ed. Atelier, 2004, p. 41; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19^a edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 257.

⁸⁸⁵ Toda intromisión que permita un acceso intelectual al contenido de una telecomunicación, en sentido estricto, RUIZ MARCO, Francisco, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Madrid: Ed. Colex, 2001, p. 68; véase también RUEDA MARTIN, M^a Ángeles, *Protección penal...op.cit.*, p. 44.

material en pareja o en grupo, para ser enviado o difundido, en algunos casos, a otros destinatarios.⁸⁸⁶ No se refiere el punto, en ningún caso, a una necesidad de materialidad del objeto, pues ya se ha visto que el “medio comisivo” por excelencia es el teléfono móvil conectado usualmente a Internet, y los videos o fotografías así generadas serán virtuales, no físicas.⁸⁸⁷

En segundo lugar, la subsunción en el número 1 del art. 197 usualmente no cumplirá con el elemento negativo “sin su consentimiento”. En el *sexting* primario, al originar el material, existe consentimiento, es propio del fenómeno en su inicio, por lo que a la luz de la norma vista sería atípica la conducta.⁸⁸⁸ Si lo hubiese, de todas formas no se podría salvar el requisito anterior, al no existir material previo sobre el que actuar.

En relación al número 7 del art. 197,⁸⁸⁹ hay mayores posibilidades de ser aplicado cuando estamos frente a dos o más menores, con la salvedad del consentimiento visto en el párrafo anterior. Es más, no representa un problema dogmático esta solución, pues aquí claramente habría una violación a la intimidad de los menores (que incluye el ámbito sexual) cuando estos, habiendo dado su consentimiento para la generación del material en pareja o grupo, no hayan autorizado el envío del mismo a través de Internet.⁸⁹⁰ Debemos entender la exigencia de estar fuera del alcance de terceros como excluyente de los menores que participan de la generación de material, que no pueden ser considerados como terceros. Coincidimos con MORALES PRATS en que no es necesaria una relación de afectividad o análoga que derive en un especial

⁸⁸⁶ Es imposible de incardinar aquí el *sexting* primario en que el menor genera en solitario su material.

⁸⁸⁷ En este sentido, pero de manera restringida a algunos casos, ROMEO CASABONA, Carlos, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2004, p. 78; en igual sentido MORALES PRATS, Fermín, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, Tomo I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011, p. 1291.

⁸⁸⁸ De la misma opinión, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N°112, 2014, p. 31; JAREÑO LEAL, Ángela, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid: Ed. Iustel, 2008, pp. 105-106. Además, si falta consentimiento por engaño, fuerza, intimidación u otro motivo, entraríamos al ámbito de tipicidad de otros delitos, como los del art. 183 o 189, por ejemplo.

⁸⁸⁹ Otro de los tipos penales que surge a propósito de los problemas generados por Internet, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y particularmente las redes sociales, que buscan llenar una laguna de tipicidad existente en el anterior art. 197. Al respecto, COLÁS TURÉGANO, Asunción, “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATELLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 665-666.

⁸⁹⁰ La propia exposición de motivos de la LO 1/2015 se refiere a esta situación de “dualidad” de consentimiento, el inicial para la creación y el que le sigue, de carácter negativo, para su difusión. Sobre la distinción del consentimiento, vid., DOVAL PAÍS, Antonio; y JUANATEY DORADO, Carmen, “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, en BOIX REIG, Francisco J. (Dir.); JAREÑO LEAL, Ángela (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp. 163-164.

vínculo de confianza, pues el tipo en comento no está reservado a tal hipótesis, no se exige de forma explícita ni implícita, y cuando lo hay, se presenta la figura agravada del inciso segundo del mismo numeral.⁸⁹¹

Desde nuestra perspectiva, la conducta descrita en este, y que permite la subsunción de una parte del *sexting* primario, tiene suficiente desvalor como para recibir una respuesta punitiva,⁸⁹² de acuerdo a las normas generales aplicables a los mayores de 14 pero menores de 18, aunque la motivación de la norma haya estado pensada en otro tipo de casos, más bien propio de la farándula.⁸⁹³

Sin embargo, creemos que se presenta al respecto una verdadera inconsecuencia con la figura agravada del inciso segundo, pues una de las razones para aumentar la pena es la minoría de edad de la víctima (como vimos, elemento esencial del fenómeno), pero esto sólo se entiende cuando es un adulto quien vulnera la intimidad de un menor de edad, pero no entre pares, que es lo que ocurriría eventualmente en las conductas analizadas.⁸⁹⁴

De acuerdo al análisis hecho del art. 183 ter 2, estimamos que, en contra de lo afirmado por RAMOS VÁSQUEZ,⁸⁹⁵ esta norma no recoge las hipótesis básica del *sexting*, al menos del primario. Descartando, por obviedad, la conducta del menor en solitario, los casos de menores que contactaren a otro u otros por Internet u otra TIC para embaucarles y conseguir conseguir que le facilite o muestre material pornográfico, no responde al fenómenos del *sexting*, sino que a una conducta distinta, similar al *cibergrooming*, pero con las características propias del embaucamiento (engaño y características de la víctima).⁸⁹⁶ Además en el *sexting* primario son los propios menores quienes producen o elaboran el material, y lo castigado en el numeral 2 es la conducta del que quiere conseguir o ver material ya creado, que está en posesión del menor.

⁸⁹¹ MORALES PRATS, Fermín, *La reforma...op.cit.*, p. 464.

⁸⁹² Coinciden CARRASCO ANDRINO, M^a Mar; MOYA FUENTES, M^a Mar; OTERO GONZÁLEZ, M^a Pilar, “Delitos contra la intimidad: art. 197.4 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.); DÓPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 709; COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Nuevas conductas...op.cit.*, p. 668. De acuerdo, pero sólo respecto al caso de los menores, CASTELLÓ NICAS, Nuria, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 500-501.

⁸⁹³ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, p. 200.

⁸⁹⁴ En forma expresa en tal sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 121; GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 243; HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, pp. 271-272.

⁸⁹⁵ RAMOS VÁSQUEZ, José A., *Grooming y...op.cit.*, pp. 621 y ss.; y RAMOS VÁSQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, pp. 435 y ss.

⁸⁹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, p. 185; RAMOS VÁSQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, pp. 442-443.

Debemos tener presente y no perder de vista que lo que hacemos es intentar determinar si un fenómeno de relevancia penal, o sea, un grupo de hechos más o menos comunes en cierto tiempo y lugar que entran en la órbita de determinados tipos penales, son posibles de subsumir en estos. El legislador no ha tipificado un tipo penal de *sexting*, sino que varias figuras entre las que es posible subsumir algunas variantes del fenómeno en estudio.

Por último, podemos descartar rápidamente el art. 183 bis, por dos razones. Primero, este delito se refiere a comportamientos o actos de naturaleza sexual, y no a material pornográfico, que es el objeto central de creación y difusión en el *sexting*. En segundo lugar, el verbo rector “determinar” importa la idea de un consentimiento no libre, o al menos no en su totalidad, cuestión que no está presente en los hechos estudiados.⁸⁹⁷

2.5.2. El punto de intersección: *Sexting* secundario o pasivo

La situación de quien no participa en la elaboración del material pero lo recibe directamente de quienes lo elaboraron no variará si nos enfocamos en las figuras del art. 189, toda vez que, para incardinar a aquel sujeto en estos tipos penales, será necesario que se cumplan los requisitos de la pornografía infantil y juvenil, momento en el que volvemos a toparnos con las dificultades y restricciones del concepto incorporado por la LO 1/2015, vistos en el capítulo anterior. En estricto rigor, no se podrá adquirir, poseer o difundir este material porque no tendrá la calificación que exige el legislador.

Donde el panorama cambia en este punto es en relación al art. 186, ya que la descripción típica no hace alusión sólo a la pornografía infantil y juvenil, sino que el objeto material es más amplio, incorporando la pornografía en general. Basta con que el material pueda recibir el adjetivo de pornográfico (valga el análisis hecho supra) para ser subsumido en este artículo,⁸⁹⁸ con lo que el menor que recibe el material y realiza cualquiera de las acciones descritas, vería su conducta subsumida allí.

Junto a las críticas que ya hicimos en el apartado anterior, debemos agregar otra en relación a la “direccionalidad” del suceso en el *sexting* secundario. Si pensamos en el

⁸⁹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, p. 185; TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Delitos contra...op.cit.*, p. 428.

⁸⁹⁸ En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 284-285; VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 660; parcialmente en contra MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 259, por considerar que en la legislación española la pornografía entre adultos está permitida.

sujeto, menor o mayor de edad, que coacciona, engaña o convence a un menor para que haga fotografías o videos, nos alejamos del fenómeno en estudio para introducirnos en el *cibergrooming* u otro tipo penal distinto. Respecto al art. 183 bis o ter puede señalarse lo mismo, pues el tipo penal exige una direccionalidad distinta a la del *sexting* secundario, es decir, la conducta consiste en determinar, hacerle ver o contactar a un menor de 16 años y no al revés, que es lo propio de la categoría de este apartado.

Por último, en relación a los delitos del art. 197, debemos descartar el número 1 por la falta de un requisito esencial, que es la ausencia de consentimiento. En el *sexting* secundario quienes elaboran el material lo envían voluntariamente a uno o más receptores, y el numeral en cuestión exige la falta de consentimiento para hacerse del material. Respecto al N°7, podemos dar por reproducidos en forma íntegra lo señalado en el apartado anterior respecto al *sexting* primario, para el caso del que recibe el material directamente de quien lo elabora y luego lo difunde a través de Internet, que es el supuesto que nos interesa, salvo un punto interesante. El numeral analizado exige que el sujeto que difunde haya obtenido las imágenes o videos en “un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”, lo que refleja, desde nuestra perspectiva, que el acto de recepción se produzca en un espacio físico. Como vimos en el capítulo primero, internet no es un lugar en sentido material, sino un espacio virtual, incapaz, por sus característicos, de estar fuera o dentro del alcance de terceros (lo que este podría ver es una pantalla, no internet en sí). Es decir, para poder subsumir estos supuestos de *sexting*, sería necesario que el menor recepcione las imágenes o videos a través de cualquier dispositivo conectado a internet mientras comparte el lugar físico descrito con quien lo ha elaborado en solitario o acompañado.

Insistimos en lo señalado en los párrafos anteriores en relación a la falta de consentimiento y la direccionalidad del *sexting* activo o primario, pues en ambos casos este no cumple con los requisitos para ser subsumido por el tipo penal básico y su correspondiente agravatorio, toda vez que quien recibe el material generado por uno o más menores lo hace, primero, con la venia de estos, que voluntariamente lo envían, es decir, va en dirección de generador a receptor.

2.5.3. Fuera del círculo de confianza: *Sexting* terciario o de reenvío

Frente a la última etapa de la cadena en estudio, que no es esencial y puede derechamente no darse, el tratamiento jurídico-penal estará amarrado a los conceptos ya

vertidos respecto a la etapa secundaria, con la diferencia de que quien reenvía no recibe las imágenes o videos de quienes los elaboraron. Es decir, en primer lugar, en la medida de que el material aceptado por el menor y reenviado no pueda calificarse como pornografía infantil y juvenil, no tendrían cabida las figuras del artículo 189, en cualquiera de sus variantes típicas.

Tampoco lo tendrían los delitos del art. 183 bis y ter, fundado en el criterio de la unidireccionalidad del *sexting*, como vimos en el párrafo anterior, cuyos razonamientos damos por reproducidos aquí. Distinto es el caso del art. 186, pues, como ya se dijo, no restringe el material pornográfico al concepto normativo del art. 189, es decir, puede adjetivizarse de aquella forma aunque no hayan sido “utilizados” menores de edad. Por tanto, si el material que los menores elaboren tiene carácter pornográfico, podrá ser subsumido como parte del objeto material del art. 186, si el que realiza el reenvío vende, difunde o exhibe dicho material entre incapaces o menores de edad.

Finalmente, respecto a los numerales del art. 197 analizados respecto al *sexting* primario y secundario, aquí descartamos la aplicación de ambas disposiciones. La primera, por lo ya señalado con anterioridad, que damos por expresamente repetido. En relación al número 7, no se cumpliría el requisito de la obtención del material, pues en la figura terciaria en estudio las imágenes o fotografía no llegan del productor original, sino de un tercero que no ha participado en la elaboración, y el tipo exige que sea aquel quien de la anuencia, cuando se encuentran compartiendo el lugar físico allí determinado, derivando entonces en su atipicidad.

2.5.4. El llamado chantaje pornográfico o sextorsión: Un fenómeno ajeno al *sexting*

Por último, encontramos esta variable asociada al *sexting*, consistente en el chantajes por parte de quien (menor en este caso) posee material privado de otro (también menor en este caso) con contenido sexual, bajo la amenaza de publicar o enviar estas imágenes en las que la víctima se muestra en actitud pornográfica.⁸⁹⁹ El

⁸⁹⁹ MARTÍNEZ OTERO, Juan y BOO GORDILLO, Álvaro, “El fenómeno del *sexting* en la adolescencia. Descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *La violencia de género en la adolescencia*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2012, p.10. Martínez Otero advierte que las imágenes o fotografías de contenido sexual que se crean en virtud del *sexting* son susceptibles de convertirse en un elemento de extorsión. El carácter comprometido de las imágenes sitúa al menor protagonista en una situación vulnerable, de cierta dependencia respecto de la persona a la que enviado dicho material. En ocasiones, las personas poseedoras de archivos constitutivos de *sexting* emplean el chantaje para obtener pretensiones de índole libidinosa: o bien nuevas imágenes, de la víctima o terceras personas, o bien, en supuestos extremos, incluso un encuentro físico de carácter

chantaje suele ser utilizado por el hechor con la finalidad de conseguir más fotografías o videos de similares características, que en muchas ocasiones es solicitado bajo condiciones específicas.⁹⁰⁰ La víctima es coaccionada o amenazada con posterioridad con el fin de tener relaciones sexuales, pagar una suma de dinero, seguir obteniendo material erótico o pornográfico, etc.

A pesar del nombre con que se conoce, la sextorsión es un fenómeno bastante alejado del *sexting*, que compartiría, en el mejor de los casos, el componente personal si es realizado por o contra menores de edad. Corresponderá en alguna pequeña parte a hipótesis de *cibergrooming*, dependiendo de las circunstancias fácticas, que podemos subsumir en el art. 183 ter. Para esto será necesaria la presencia de intimidación, subsumiéndola en la figura agravada del número 1 *in fine*.⁹⁰¹ En relación al número 2, cuando la forma comisiva corresponda al embaucamiento para lograr material, realizar conductas de sextorsión serían una forma de agotamiento del delito, para lograr mayores cantidades de material pornográfico por parte del menor embaucado.⁹⁰² Para el grueso de los supuestos, el tipo de amenazas, en especial el del art. 169, en cualquiera de sus numerales,⁹⁰³ y el del art. 171, particularmente los numerales 1, 2, 3 y 7.⁹⁰⁴

sexual. La amenaza que da fuerza al chantaje es sencilla: la publicación de las imágenes de *sexting* ya poseídas si la víctima no accede a las nuevas pretensiones del extorsionador. Se crea así una situación delicada y difícil de abordar para el menor de edad, que, temeroso ante la posibilidad de que se cumpla la amenaza, ha de tomar la decisión de ceder o no ante el chantaje. Si cede, se inicia una espiral en la que el chantajista cada vez pide más concesiones para no enseñar el contenido que posee, que por otra parte cada vez es mayor. Esta situación solo puede acabar dejando de ceder ante las pretensiones del hostigador y comunicando la situación a un adulto.

⁹⁰⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Derecho penal...op.cit.*, p. 158; VELÁSQUEZ REYES, Luz María, *Sexting, sexcasting...op.cit.*, p.3.

⁹⁰¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 448.

⁹⁰² Aunque esta última fase podría entrar en situación concursal con el delito de amenazas, del art. 169 o siguientes, según corresponda.

⁹⁰³ “Artículo 169. El que amenazar a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

1º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional”.

⁹⁰⁴ “Artículo 171. 1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Otros fenómenos criminógenos asociados a la pornografía infantil y juvenil en las redes informáticas y telemáticas han sido recogidos por el legislador español sólo en forma parcial, como ocurre con el ciberacoso sexual a menores o *cibergrooming* o el envío de pornografía a través de las TIC por parte de menores o *sexting*.

El primero puede ser entendido como un comportamiento compuesto de una o más acciones realizadas por un adulto para tomar contacto con menores de edad, con la finalidad de realizar conductas de contenido sexual.⁹⁰⁵ Para su tratamiento penal, el legislador ha incorporado al CP varios tipos penales que absorben una parte considerable de la fenomenología, el último a través de la LO 1/2015, aunque no todos hayan sido incorporados con expresa finalidad. Consideramos que estas conductas no pueden calificarse sólo como “ciberacoso”, pues no todas los hechos subsumibles en los tipos del CP tienen naturaleza acosatoria, lo que exige la realización de varias conductas y no una o dos. Por lo mismo nos parece más exacto el concepto de *cibergrooming*, en consideración a que la raíz etimológica de *grooming*, el verbo *to groom*, incluye conductas unitarias de acercamiento, preparación o acicalamiento, mientras que el prefijo *ciber* hace alusión a la comisión a través de redes informáticas o telemáticas. Otros términos utilizados son igualmente restrictivos, como “ciberacoso infantil”, que parece excluir las conductas sobre adolescentes, o “embaucamiento de menores con fines sexuales”, tomado de la Directiva 2011/93/UE, pues si bien el engaño resulta habitual en el *cibergrooming*, sólo en algunas hipótesis ese engaño a través de Internet tendrás las características suficientes para embaucar.

Pareciera ser, por naturaleza, un simple acto preparatorio de otros delitos más graves, pero esto puede afirmarse sólo si se matiza con algunas consideraciones.

a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

⁹⁰⁵ En términos similares, HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, pp. 269-270; GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 218.

Primero, será necesario determinar cuál es el bien jurídico protegido efectivamente por el legislador y cuál es la naturaleza de esa protección, para precisar si existe una simple puesta en peligro –y qué tipo de peligro- o bien si puede constituir una conducta lesiva para el interés protegido (lo que veremos en el siguiente capítulo). En segundo lugar, el sujeto pasivo se restringe a menores de 16 años, lo que implica un aumento en el rango mínimo de consentimiento en actividades sexuales, de acuerdo al actual art. 183 quater CP. Por último, la presencia de Internet y otras TIC importa un aumento en la capacidad lesiva de ciertas conductas, lo que permite descartar que este sea un acto irrelevante para el Derecho penal o un conjunto de tipos penales que castigan la sospecha, dudosos desde la perspectiva constitucional.⁹⁰⁶ Será necesario, desde nuestra perspectiva, hacer una distinción en relación al tipo ulteriormente perseguido. Respecto al art. 183, sin duda es un acto preparatorio, pues la puesta en peligro idónea desde la perspectiva de un hombre medio sólo se producirá mediante el acercamiento físico entre ciberacosador y víctima. Sin embargo, en relación al art. 189, tiene una naturaleza mixta, pudiendo ser acto preparatorio o ejecutivo según las circunstancias fácticas, dependiendo de si el encuentro propuesto se realizará también en el ciberespacio, lo que no presenta problemas para consumar los delitos del 189. La presencia de Internet y otras TIC, con las características ya vistas de anonimato e invisibilidad, dan a estos actos una especial carga lesiva, si lo comparamos con los actos preparatorios tradicionales, lo que permite traspasar esa siempre difusa frontera entre actos de preparación y de ejecución.

Para determinar la forma en que el legislador enfrentó el fenómeno, después de la Reforma de 2015, ha sido necesario analizar los tipos penales en que el *cibergrooming* puede incardinarse. Así, revisamos los artículos 183 ter, en sus dos numerales, y el 183 bis, además de los artículos 185 y 186, subsidiariamente.

En ambos supuestos del art. 183 ter, el legislador tipifica delitos “multi-etapa”,⁹⁰⁷ común entre los tipos que incorporan TIC como medios comisivos, pues exige que la conducta de contactar a menores de 16 años vaya acompañada de actos de proposición o de embaucamiento, encaminados a posteriores comportamientos. El contacto, los menores e Internet (y otras TIC genéricamente consideradas) son los tres elementos comunes a ambos numerales.

⁹⁰⁶ Opinión esta última de TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra...op.cit.*, p. 197.

⁹⁰⁷ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 279. También, aunque sin esa denominación, MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, pp. 454 y ss.

El número 1 del 183 ter, ex 183 bis con algunas diferencias, castiga no sólo el comportamiento de adultos, sino que deja la puerta abierta para todo sujeto penalmente responsable, incluyendo a menores de edad pero mayores de 14 (alejándose de la Directiva 2011/93/UE), lo que nos parece que puede resultar en algunos casos un despropósito, por las características propias de los sujetos involucrados, en particular su estado de evolución sicológica.⁹⁰⁸ El art. 184 quater, más allá de lo indeterminada de su redacción, le entregará al juez una herramienta útil para extraer del ámbito de lo penal hechos que puedan carecer de la suficiente antijuridicidad material. Sin embargo, esta norma no será compatible con el supuesto del número 2, por la imposibilidad de congeniar el consentimiento libre del menor con el embaucamiento allí exigido.

En relación a la conducta típica, contactar, consiste en establecer una comunicación con el sujeto pasivo, en forma comisiva no corpórea, a través de los medios indicados en el tipo. Estimamos al respecto que se requiere una respuesta del menor para dar por establecido el vínculo que complete el verbo rector,⁹⁰⁹ con independencia de quien realice el “primer contacto”, lo que permite subsumir formas comunes de accionar de los ciberagresores sexuales en Internet. Si se entendiera “contactar” de otra forma, estaríamos ante la tentativa de un delito que, en otras circunstancias, podría ser a su vez tentativa del art. 183 o del art. 189.

La exigencia de conductas complejas permite incorporar los supuestos más comunes de ciberacoso sexual contra menores de edad, que implican la solicitud al menor, vía seducción, convencimiento o chantaje, de imágenes o videos de carácter pornográfico, con lo que se transforma en una verdadera antesala en el ciberespacio para algunos de los delitos contenidos en el art. 189 del CP.

La conducta debe ser seguida de una propuesta de encuentro, que no requiere ser aceptada, a realizarse físicamente o a través de la propia Internet, acompañado subjetivamente de la finalidad de cometer actos de abuso sexual del art. 183 o de pornografía infantil y juvenil, del art. 189. Consideramos que deben entenderse como

⁹⁰⁸ Además en el acoso las relaciones de poder son casi de la esencia del fenómeno, lo que se puede apreciar de forma manifiesta en el acoso sexual en ámbitos laborales o escolares, y también en el cibergrouting cuando el sujeto activo es un adulto. RUBIO CASTRO, Ana, “Aspectos jurídico-conceptuales: significado de acoso en el derecho. Ambigüedades en la normativa y en la conceptualización del acoso e influencia de la doctrina jurisprudencial en su interpretación”, en RIVAS VALLEJO, Pilar; GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores (Dirs.); CABALLERO PÉREZ M^a José; TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (Coords.), *Tratamiento integral del acoso*, (Cizur Menor) Navarra: Ed. Aranzadi, 2015, p. 70.

⁹⁰⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep, *Artículo 183 bis...op.cit.*, p. 1185; MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 457.

incorporados los llamados “encuentros virtuales”, pues de otra manera las conductas de los ciberacosadores que prefieren mantener una “relación virtual”, o sea, no tienen como fin el contacto físico, quedarían impunes al tenor del art. 183 ter, por ausencia del dolo dirigido a las conductas contenidas en el art. 189. Además estos delitos admiten la forma comisiva en el ciberespacio, siendo una manera admisible en el marco de las relaciones de este tipo en Internet.⁹¹⁰ Si falta el fin dirigido a las conductas comprendidas en los artículos mencionados, no se cumpliría con el dolo exigido.

Los principales problemas de las figuras agravadas se presentan porque el legislador utilizó como formas calificadas aquellas que en la fenomenología del *cibergrooming* parece más comunes, como ocurre con el engaño, casi consustancial al ciberacoso, o la intimidación. El legislador debió directamente incorporar estas formas comisivas al tipo básico, para darle un mayor desvalor a la conducta, y dejar los actos sin estas circunstancias fuera de este tipo, al alcance de las reglas generales del *iter criminis*, o de otros tipos penales de menor pena, como podrían ser el 183 bis, 185 o 186. Por su parte, la calificante de coacción es otro ejemplo más de mala técnica legislativa, pues el uso de fuerza física no es posible a través de Internet u otras TIC, y la fuerza moral se subsumiría en la figura agravada por intimidación.

La presencia de estas calificantes provoca problemas concursales, los que también pueden extenderse a la figura básica, pero en menor alcance. El legislador, dentro de su larga lista de errores, incorporó en el 183 ter 1 una cláusula de concurso real forzoso, tal como lo hizo en el art. 172 ter, obligando al juez a castigar los hechos constitutivos del 183 ter 1 a pesar de las penas de los delitos ulteriores que se hubiesen cometido. Por su naturaleza de acto preparatorio o preparatorio-ejecutivo, según vimos, deberían ser absorbidas por los delitos efectivamente consumados, de acuerdo a las reglas del art. 8 CP, especialmente los numerales 3 y 4. Las múltiples propuestas de solución dadas en doctrina, si bien correctas en su mayoría desde una perspectiva político-criminal, chocan con el desacertado tenor literal del art. 183 ter 1, que el juez no podría desatender sin que se considere una solución extra-ley, a pesar de lo rayano en la vulneración del principio *non bis in idem*.

Creemos que esto podrían solucionarse de dos maneras, aunque asumimos que ambas implican llevar al límite los conceptos dados por el legislador. Primero, interpretar la expresión “sin perjuicio” de manera tal que abarque el propio tipo penal

⁹¹⁰ SALVADORI, Iván, *Lucha contra...op.cit.*, p. 459.

del 183 ter 1, pero desprovisto de los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, pues el legislador ocupa el concepto “delito”. Sólo cuando se determine cuáles son los “delitos” finalmente cometidos, el juez podrá aplicar las reglas generales de los concursos y prescindir de la aplicación del art. 183 ter 1 si su desvalor ha sido subsumido por otro delito más grave, por ejemplo. Una segunda interpretación apela al concepto “correspondiente”, pero serviría sólo para los casos en que el delito ulterior tenga menos pena que las conductas del N°1 del 183 ter, lo que al menos permitiría descartar los números 4 y 5 del art. 189, *ex ante*. La razón, insistimos, es que para estos casos “no correspondería” aplicar pena pues su desvalor sería subsumido por estos supuestos del *cibergrooming*. Por su parte, las penas aplicables a los otros supuestos del 189 o los del 183 habría que verlos *ex post*, cuando se tenga la pena concreta a aplicar al hecho.

En relación al N°2 del 183 ter, la doctrina más reciente lo ha identificado equívocamente como el delito de *sexting*, cuando en realidad, como veremos, absorbe muy poco de tal fenómeno. En relación al ciberacoso sexual de menores, las hipótesis que no pudieron ser absorbidas por el N°1 tendrían cabida en este numeral, que comparte la misma estructura típica básica (contacto, TIC y menores de 16 años). En concreto, cuando no exista intención de realización posterior de las conductas descritas en los artículos 183 o 189; o cuando exista embaucamiento. Esta forma comisiva, incorporada por el legislador de forma literal respecto a la Directiva 2011/93/UE, es una especial forma de engaño en que el sujeto se aprovecha del candor o la inexperiencia sexual del menor de 16 años. Aquí hay un reconocimiento implícito del legislador en cuanto no todo menor de esa edad es un inexperto en materia sexual, que no sea capaz de comprender los alcances de sus actos. De otra forma, todo engaño típico debiera ser considerado embaucamiento, lo que es un error bajo el texto de la ley.

En esta disposición hay un elemento de particular importancia para lo que propusimos respecto al concepto de pornografía infantil y juvenil. La redacción típica no utiliza la expresión “pornografía infantil”, definido en el art. 189, sino solamente de material pornográfico o imágenes pornográficas, en ambos casos donde se represente o aparezca un menor. Como hemos sostenido, para estar frente a “pornografía infantil” es necesario que se utilice (aproveche) a un menor de 18 años, y si no existe tal utilización, sino solo uso o participación del mismo, no cumpliría los requisitos de la definición legal, pero no habría problema de pueden ser calificadas como material pornográfico o imágenes pornográficas (por ejemplo, las que se toma una pareja, ambos de 15 años, mientras mantienen relaciones sexuales).

Con interpretación anterior podemos aseverar tres cosas:

- a. Toda pornografía infantil, en los términos del art. 189.1 b) inciso segundo, es material pornográfico o imagen pornográfica en los términos del art. 183 ter 2, pero estas últimas no siempre serán pornografía infantil de la definida en la primera norma.
- b. No todo material pornográfico en que se representan menores de edad es pornografía infantil (o infantil y juvenil) en los términos del art. 189.1 b) inciso segundo.
- c. No toda conducta del art. 183 ter 2 será tentativa del art. 189, sino sólo cuando el material que se quiera conseguir cumpla con los requisitos de esta última disposición.

Por último, un margen muy escaso de supuestos de *cibergrooming* podrán incardinarse al art. 183 bis, cuya nueva redacción parece ser una versión post-reforma del desaparecido delito de corrupción de menores. Este tipo penal, que no exige un medio comisivo específico (por tanto, incluye Internet u otras TIC), absorbe los supuestos en que, a través del contacto telemático, determine a un menor de 16 a realizar un comportamiento sexual o le haga presenciar actos de este tipo, lo que puede hacer a través de las TIC, utilizando una webcam. Creemos que el verbo determinar debe entenderse como algo más que una simple petición o consejo, pero sin el desvalor que implican la intimidación o el engaño, de la misma manera que “le haga presenciar”, la otra conducta descrita en este artículo.

Por último, aquí no hay exigencia de material pornográfico de algún tipo, sino la realización o visualización de conductas sexuales, que es otra forma de actuar de ciberacosadores en la Red, que privilegian el exhibicionismo o el fisgoneo antes que guardar respaldo digital o físico de sus conductas, lo que permite cerrar la subsunción típica del fenómeno del *cibergrooming* a través de los artículos 185 y 186, que absorberían las hipótesis que por uno u otro motivo no alcancen a ser incardinados en los tipos ya visto, y que merezcan castigo penal.

Existen otros fenómenos de acoso asociados a Internet, con algunos pocos puntos de intersección con el *cibergrooming*, que el legislador ha abordado en forma disímil. Por una parte el *ciberbullying*, también conocido como acoso o matonaje escolar, un conjunto de conductas propias de ambientes escolares con participación de menores, y que sólo en algunas formas pudiera manifestarse a través de los delitos de *cibergrooming* o de pornografía infantil y juvenil (en este último caso sobre todo, cuando hay abuso o aprovechamiento del sujeto activo sobre el afectado con los hechos de cibermatonaje). En particular en los casos de *happy slapping*, en que lo difundido es material pornográfico del o los menores acosados, que se haya generado a través de las

conductas de los tipos que comprenden el *cibergrooming* en el CP, y donde el medio de difusión es Internet o los teléfonos móviles (mensajería, como *iMessage* o *Whatsapp*), encontrando además aquí una línea de intersección con el *sexting*.⁹¹¹

Por otro lado nos encontramos con el *ciberstalking* o ciberacoso predatorio, manifestación a través de las TIC del *stalking*, fenómeno que comienza a tener relevancia para el Derecho en Estados Unidos, y luego es recogido por algunas legislaciones europeas. Es una figura puriofensiva, pero que afecta básicamente la libertad de autodeterminación del sujeto, a través de actos repetitivos e insistentes, muchas veces a través de comportamientos de por sí inocuos. Sólo tangencialmente se afecta al acosado en su ámbito sexual, y al presentarse puede ser absorbido por el nuevo art. 172 ter, incluido en el CP tras la Reforma. Las formas comisivas de la circunstancia 2ª del primer numeral, si el contacto que se intenta establecer es de características sexuales, es idónea para absorber una pequeña parte del fenómeno del *cibergrooming*, pues en muchos aspectos, como vimos con detalle, difiere del *ciberstalking*, que buscan causar miedo y sometimiento antes que humillación o contacto sexual. Sin embargo, el 172 ter 2ª podría subsumir un mismo hecho que el 183 ter 1, de mayor pena, pero nos veríamos enfrentados a la lamentable regla concursal incorporada en ambos tipos, que obliga a castigar la misma conducta con las dos disposiciones.

Donde sí podemos encontrar una relación directa entre material pornográfico, menores de edad e Internet es en el fenómeno conocido como *sexting*, que en estricto rigor, y de forma muy similar al *ciberbullying*, está constituido por una serie de conductas determinadas realizadas por un menor de edad en solitario, o por dos o más de ellos. Desde una perspectiva político-criminal, la intención del legislador de incluir *sexting* en el CP a través del art. 183 ter 2 parece totalmente desaconsejable, en razón de que estamos ante hechos que, por regla general, no tiene el desvalor suficiente para recibir castigo penal. Las conductas que están en la base del fenómeno (*sexting* primario), son voluntarias y/o consentidas, y forman parte de una manera de ver la sexualidad y la intimidad propia de los jóvenes en una sociedad mediatizada. En la medida de que el o los bienes jurídicos podrían no verse afectados, porque la actividad se realiza entre menores de edad, en un contexto de normalidad acorde a su estado evolutivo, parece exagerada la intervención punitiva. Algo similar, aunque con matices, ocurre con el *sexting* secundario y terciario, pues aquí comienza a apreciarse la falta de

⁹¹¹ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 265.

control de los menores sobre sus imágenes o videos, y el efecto multiplicador de Internet genera un efecto nocivo en especial para su intimidad sexual.⁹¹²

El examen del fenómeno del envío de pornografía a través de las TIC realizado por menores, en contraste con el CP luego de la reforma de 2015, nos permite afirmar que este fenómeno está apenas medianamente recogido en el texto normativo, y en ningún caso podemos identificar el *sexting* con el art. 183 ter 2. Esto porque una parte del fenómeno incluye la realización de actos en solitario del menor, imposibles de encardinar en ese artículo. Luego, los supuestos de parejas o grupos que producen su propio material son voluntarios o consentidos y, por esta misma razón, no son posibles de considerar como pornografía infantil y juvenil del art. 189, ni menos abusos sexuales del 183 (lo que descarta el numeral 1 del 183 ter). Aquello que sí encaja en las normas citadas, en realidad no constituye parte de este fenómeno, sino de otro distinto, que es el de los abusos o explotación sexual de menores. Estos casos, mal llamados a veces como *sexting*, cuando se parecen en algunas características, pueden encajar con los artículos ya citados, o con otros, como el 183 bis, 185 o 186, pero aquí ya no hablaremos de *sexting*, sino que de los delitos o fenómenos que correspondan según el caso.

Donde sí hay espacio para la subsunción típica de una parte del *sexting* primario y secundario, es en los delitos contra la intimidad, en particular el nuevo numeral 7 del art. 197. Aquí se castiga la conducta del que obtiene el material íntimo (fotografías o videos) con anuencia del que lo creó, pero procede a difundirlo sin la autorización de este. Si estamos frente al suceso en su fase primaria, habiendo participado en el hecho dos o más menores, registrando uno de ellos las imágenes o videos, al enviarla a los otros “productores” está dando su autorización para que estos posean, pero no para difundirlo, salvo que lo haga en forma expresa.⁹¹³ De no hacerlo, cabe aplicar el art. 197.7, cumpliéndose los demás requisitos típicos. Lo mismo para el menor que, no habiendo participado en la creación del material, lo recibe de quienes lo han elaborado, a través de Internet u otra TIC, y lo ceda, revele o difunda sin la autorización de estos.

Concordamos en que la génesis de esta nueva disposición responde a una “legislatura de las noticias”, de cuestionable valor político-criminal y nefastos alcances dogmáticos, y que, tratándose de menores de edad, presenta una clara incongruencia con la hipótesis agravada del inciso segundo, al considerar la minoría de edad para agravar

⁹¹² ROCHA TORRES, Dulcinea, *Explotación sexual...op.cit.*, p. 163; AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, *¿Menores infractores o...op.cit.*, p. 16.

⁹¹³ DOVAL PAÍS, Antonio; y JUANATEY DORADO, Carmen, *Límites de la protección...op.cit.*, p. 163.

la pena, pero permitiendo que un menor sea sujeto activo del hecho generador de la sanción. Sin embargo, creemos que la ausencia de consentimiento expreso en la difusión de fotografías o videos de actividades sexuales íntimas tiene suficiente desvalor como para ser castigada penalmente. La presencia de Internet y su alto poder difusor,⁹¹⁴ y los cambios en las costumbres de los menores de edad en relación a su intimidad sexual, no avalan que el sujeto, en especial si es menor,⁹¹⁵ pierda la capacidad de controlar lo que ocurre con las imágenes o videos que ha cedido voluntariamente para la visualización o posesión de un tercero. No tiene sentido que el legislador le reconozca al menor un cierto ámbito de libertad en su consentimiento sexual (poco, pero lo hace) para consentir ciertas conductas, pero para la protección de la intimidad sexual esa voluntad no tenga valor. Este es un espacio de manifestación de la personalidad en la vida privada y de autorrealización persona,⁹¹⁶ por lo que el menor de edad, como cualquier adulto, debe tener control sobre las imágenes o videos que puedan ser captados o cedidos dentro de ese ámbito espacial. Permitir lo contrario, en Internet, equivale a jamás recuperar el control sobre dicho material.

Estimamos que en este punto hubiese sido muy útil que el legislador siguiera la línea de la Directiva 2011/93/UE, en el sentido de castigar las conductas que los “adultos” realizaren sobre los menores, y no dejar una puerta abierta a la criminalización de hechos propios del ámbito de jóvenes y adolescentes sin el suficiente desvalor para ser criminalizados, como ocurre con los artículos vistos hasta ahora.⁹¹⁷

⁹¹⁴ ROMEO CASABONA, Carlos, *La intimidad...op.cit.*, pp. 517-518.

⁹¹⁵ Otra cosa es la pena que esto merezca, en lo que concordamos con CASTELLÓ NICAS, Nuria, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 500-503.

⁹¹⁶ ROMEO CASABONA, Carlos, *La intimidad...op.cit.*, p. 523.

⁹¹⁷ Coincide VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, p. 148.

CAPÍTULO IV

**EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE
PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL EN INTERNET, *CIBERGROOMING*
Y *SEXTING***

1. BIENES JURÍDICOS DE CARÁCTER INDIVIDUAL: LA MEJOR ¿Y ÚNICA? OPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DOGMÁTICA Y POLÍTICO-CRIMINAL

De acuerdo a la tipología de SIEBER, recién en una segunda oleada de figuras criminales relativas a las TIC podemos encontrar a la delincuencia vinculada a la pornografía infantil y juvenil, lo que demuestra que la atención del fenómeno fue tardío a nivel europeo.⁹¹⁸ Sólo a modo de ejemplo, una de las principales modificaciones en relación a los delitos informáticos en Alemania, en 1986, no consideró este tipo de actos, como sí lo hizo con el espionaje de datos, el fraude informático y el sabotaje informático.⁹¹⁹

PALAZZI identifica el punto de inflexión en la relevancia de estas figuras a propósito del cambio de paradigma de Internet, desde una configuración originaria centrada en la investigación científica –y militar, como vimos- a un espacio centrado en el comercio y la entretención. En este último escenario, la Red se transformó en un gigantesco mercadillo invadido de material ilícito, desde la pornografía protagonizada por menores e incapaces hasta mensajes discriminatorios o apológicos de la guerra o el terrorismo.⁹²⁰

Al respecto, ROMEO CASABONA⁹²¹ y MARÍN PEIDRO⁹²² distingue entre contenidos ilícitos y contenidos nocivos en Internet. Los primeros son aquellos merecedores de una respuesta penal, como la pornografía infantil, el proxenetismo, la apología al terrorismo, la xenofobia u otro tipo de contenidos discriminatorios, que constituyen nuevas formas de ataque a valores jurídicos protegidos como la libertad o indemnidad sexual, la igualdad o el honor, existiendo un cierto consenso entre los estados occidentales para su castigo penal. Este acuerdo no alcanza a los contenidos nocivos, que aunque dañinos para determinadas personas en razón de creencias políticas, religiosas o valores éticos, no son merecedores de respuesta penal.

⁹¹⁸ SIEBER, Ulrich, “Criminalidad informática: peligro y prevención”, en MIR PUIG, Santiago (Comp.), *Delincuencia informática*, Barcelona: Ed. PPU, 1992, pp. 15 y ss.

⁹¹⁹ MÖHRENSCHAGER, Manfred E., “Tendencias de política jurídica en la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática”, en MIR PUIG, Santiago (Comp.), *Delincuencia informática*, Barcelona: Ed. PPU, 1992, p. 52.

⁹²⁰ PALAZZI, Pablo A., *Delitos informáticos*, Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 2000, p. 47.

⁹²¹ ROMEO CASABONA, Carlos, *Derecho penal y...op.cit.*, pp. 312-314.

⁹²² MARIN PEIDRO, Lucía, *Los contenidos ilícitos y nocivos en internet*, Madrid: Ed. Fundación Retevisión, 2000, pp. 26-27.

La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet define contenido ilícito como “[...] aquellos susceptibles de entrar bajo el ámbito de aplicación de las normas penales de los estados miembros”,⁹²³ lo que, junto a lo visto en el párrafo anterior, demuestran que no existe un criterio *ex ante* para considerar un contenido como ilícito, sino que este lo dará el propio ordenamiento jurídico una vez que lo considere objeto de alguna conducta que tipificada como delito. Entendemos de acuerdo a esto que, en principio, todos son contenidos nocivos, pero sólo aquellos recogidos en el Derecho penal serán considerados como ilícitos.

En este grupo también se incluyen –no sin ciertos reparos– a figuras como los delitos contra la propiedad intelectual, la difusión de *softwares* maliciosos o la difamación a través de Internet, tradicional figura atentaroria contra el honor y la reputación de las personas,⁹²⁴ que encuentra en las redes telemáticas un medio de difusión mucho más violento y masivo que la radio o la televisión, medios comisivos tradicionales.⁹²⁵

Es evidente que si estos u otros contenidos son considerados nocivos es porque pueden generar daño o puesta en peligro a ciertos sujetos, como vimos recién, pero deberíamos decir a los bienes jurídicos de ciertos sujetos. En el caso de las conductas relativas a la pornografía infantil y juvenil, será necesario determinar para cuál o cuáles bienes jurídicos, y de quienes, resultarán nocivas tales conductas.

Las figuras en estudio están asociadas ineludiblemente a bienes jurídicos de carácter sexual, es decir, aquellos relativos a la sexualidad del ser humano. Sin embargo, y a diferencia otras como la violación a mayores de edad,⁹²⁶ no es claro cuál de las opciones existentes es, o son, los bienes jurídicos penalmente protegidos en

⁹²³ COM (96) 487 Final, de 16 de octubre de 1996 (DO C 70, de 6 de marzo de 1997).

⁹²⁴ TABARELLI DE FATIS, Stefania, “La controvertida regulación jurídica de la difamación a través de internet”, traducción de Óscar Morales García, en MORALES PRATS, Fermín; y MORALES GARCÍA, Óscar, *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2002, pp. 65-67; DE LA MATA BARRANCO, Norberto; y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, “Los delitos vinculados a la informática en el derecho penal español”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; y DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Derecho penal informático*, Madrid: Ed. Civitas, 2010, p. 187, suman los delitos contra el correcto funcionamiento del mercado y los delitos contra derechos fundamentales y libertades públicas, ubicando en estos últimos las webs de contenido sexual respecto a menores y el ciberterrorismo.

⁹²⁵ Una de las razones fundamentales de esto lo podemos encontrar en la figura del prosumidor, vista en el primer capítulo de este trabajo, y que se refleja aquí en la conducta del sujeto que crea el contenido difamatorio pero que, a diferencia de la radio, la prensa impresa o la televisión, tiene control del medio de difusión (volvemos, una vez más, a la importancia de las redes sociales en Internet). TOFFLER, Alvin, *La tercera...op.cit.*, pp. 261 y ss.

⁹²⁶ Aunque, como se dirá muchas veces en este trabajo, esto tampoco es un tema completamente cerrado en la doctrina penal contemporánea.

delitos de pornografía infantil y juvenil en Internet, el *cibergrooming* o el *sexting*. Porque, aunque se consideren todos delitos sexuales, en esta categoría general existen tipos penales cuyas características son disímiles –sea por la conducta, resultados o modalidades- que complejizan la labor de encontrar un solo bien jurídico. Una de estas características, quizás la más importante a efectos de esta investigación, es la edad de los sujetos pasivos –niños o adolescentes-.

Las opciones van desde la clásica libertad sexual, hasta otros bastante más difusos como la moral sexual. Para analizar el punto en este apartado, primero veremos aquellos de carácter individual, acordes con los principios clásicos del Derecho penal, para luego revisar aquellos de carácter colectivo o supraindividual. En seguida atenderemos a si es posible determinar, de entre los vistos, un bien jurídico protegido común para los delitos de pornografía infantil y juvenil en Internet y sus figuras directamente relacionados, o bien debe diferenciarse entre los distintos tipos, o incluso si existe más de uno en alguno de ellos. Por último, y en el mismo análisis, veremos si el legislador ha incluido algún otro bien jurídico al respecto, en especial considerando las reformas al CP de los últimos 5 años. No obstante, es importante hacer una revisión, al menos breve, del problema del bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

MORILLAS FERNÁNDEZ nos recuerda que el panorama en relación al Código penal español de 1848 era relativamente claro, aunque no exento de problemas: el bien jurídico protegido, por expresión clara del legislador, era la honestidad sexual.⁹²⁷ Para QUINTANO RIPOLLÉS, este bien jurídico presentaba dos perspectivas, como ideal comunitario y como patrimonio/valor individual. En el primer sentido, aspiraba al mantenimiento de una cierta moralidad media en el ámbito sexual; En el segundo, protegiendo un interés personal muy imbricado con la libertad del individuo.⁹²⁸ Como bien jurídico, es el primero de los sentidos el que parece haber asumido el legislador de la época. Se trataba de tutelar determinados valores personales en la esfera sexual, que por su propia naturaleza exige el respeto de todos en una sociedad organizada y ordenada.⁹²⁹

⁹²⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis...op.cit.*, p. 152-153; concepto introducido por el Código penal de 1848.

⁹²⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de derecho penal II*, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, p. 337.

⁹²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a los delitos contras la honestidad*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho N° 25, Sevilla: Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, p. 35.

Las críticas a esta faz, y al concepto en general, son resumidas por ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. En primer lugar, la honestidad no singularizaba con un mínimo de rigor el conjunto de delitos del Título IX; y en segundo lugar, no apuntaba con precisión hacia el bien jurídico protegido en ellos, dejando notorias situaciones de atipicidad en conductas lesivas.⁹³⁰ A esto GONZÁLES RUS agregaba que la honestidad es un bien jurídico personalísimo que sólo se destruye por los propios actos, por la conducta del sujeto titular del bien, más no por ataques o agresiones sexuales provenientes de terceros, por lo que mal podría ser considerado el bien jurídico penalmente protegido en los delitos sexuales.⁹³¹ Agrega que es discutible que pueda calificarse de honestas a personas que por su escasa edad o por una deficiencia mental importante no son capaces de tener una conciencia exacta del propio sexo y de comprender y experimentar la esencia de esta característica.⁹³²

En similar sentido, DIEZ RIPOLLÉS, estima que si fuera la honestidad el bien jurídico protegido, las agresiones sexuales a personas socialmente calificadas como “deshonestas” (vgr., prostitutas, amancebados, e incluso homosexuales en sociedades conservadoras, etc.) no constituirían delitos de estas características.⁹³³ Podemos agregar la crítica de POLAINO NAVARRETE, para quien la “honestidad” u “honestidad sexual”, en su proyección normativa, es un concepto impreciso o ambiguo, tanto por su

⁹³⁰ ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2001, p. 14; a los señalados por estos autores, Monge Fernández agrega el incesto *edipiano*, acción que parecía merecer el calificativo de gravemente deshonesto, pero completamente atípica bajo la visión de la honestidad como bien jurídico, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas (análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre)*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005, p. 29 (Cancio Meliá también ha usado la adjetivación mitológica para referirse a ciertas características del Derecho penal y de ciertos delitos que protegían la moral sexual, en CANCIO MELIÁ, Manuel, “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, en *Revista La Ley*, N° 4181, 1996 y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 380; por último, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo I*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 220-221, incluye la situación de la violación conyugal, atípica en términos de delito sexual, pues las relaciones íntimas dentro del matrimonio eran consideradas como un acto honesto, quedando sólo la posibilidad de penar a través de las lesiones, amenazas o coacciones.

⁹³¹ En similar sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 34-35; 151-152, quien entendía que la honestidad jurídico-penalmente considerada, no debía ser entendido como una cualidad del sujeto agente, del particular, sino que la visión técnica de la honestidad ha de ser entendida conforme al “criterio axiológico descrito por determinados bienes y valores de singular relevancia en la convivencia social, cuya garantía corresponde a las conminaciones jurídico penales, en virtud de la fundamental trascendencia de los mismos”.

⁹³² GONZÁLES RUS, Juan José, *La violación en el código penal español*, Granada: Ed. Universidad de Granada, 1982, p. 225; agrega el autor, *Ídem*, p. 226.

⁹³³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Ed. Bosch, 1985, p. 16; “si lo protegido era el mantenimiento de las normas morales, que sentido tenía la protección dispensada a una prostituta que carecía de ellas”. Con toda claridad sobre la coherencia del asunto, CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.*, pp. 50-55.

amplio contenido como por la mutabilidad inherente a su dinámica natural. En el fondo, es un concepto jurídico-penal “[...] carente de contenido sustancial propio, viniendo a ser algo así como un término de remisión a otros conceptos de significado sustantivo, que sirven, en definitiva, para denotar lo que en cada figura legal es objeto de ataque de la conducta típica, y que correlativamente, se muestra como respectivo objeto de tutela”.⁹³⁴ Por esta característica de remisión a otros elementos o bienes jurídicos es que el autor consideraba inadecuado el *nomen* para designar a todos los delitos contemplados en el mismo título.

A pesar de lo anterior, el mismo POLAINO NAVARRETE estima que honestidad, desde una perspectiva técnico-penal, “[...] es un concepto jurídico en sentido propio”, cuya importancia se presenta justamente al designar una pluralidad de bienes jurídicos distintos entre sí, pero unidos bajo el prisma de la esfera sexual. La honestidad como concepto formal y genérico permite encuadrar estos bienes diversos.⁹³⁵ Por ende, el fundamento del castigo a un delito contra la honestidad no se explica por la inmoralidad del acto, sino por la incidencia del acto contra alguno de los bienes jurídicos contemplados en la honestidad y protegidos por el Derecho penal.⁹³⁶ Para el autor, esos bienes serían en concreto los siguientes: libertad sexual (protegida en la violación, el estupro, abusos deshonestos y rapto); el orden sexual de las familias (protegido a través de la tipificación del incesto); los derechos sexuales del cónyuge (adulterio, amancebamiento, e indirectamente, bigamia y matrimonios ilegales); el derecho a la correcta educación sexual perteneciente al menor, la libertad de determinación del comportamiento sexual relativo a prácticas de prostitución y la dignidad humana ante actitudes de explotación sexual (delitos relativos a la prostitución); y finalmente, el sentimiento de pudor sexual (delitos de escándalo público).⁹³⁷

GIMBERNAT ORDEIG, de acuerdo con las críticas, y complaciente en la idea de que existían varios bienes jurídicos involucrados en el Título en cuestión, señaló sobre la honestidad sexual que “[...] la noción del epígrafe se limita a señalar que, en

⁹³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a los delitos contras la honestidad*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho Nº 25, Sevilla: Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, pp. 17 y ss.

⁹³⁵ Se transforma en un criterio útil para el encuadramiento legislativo de una serie de objetos jurídicos de distinta índole y alcance, pero con elementos comunes de manifestación. Así entendida, la honestidad sería una especie de “supra bien jurídico”

⁹³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 41-42.

⁹³⁷ *Ibid*, p. 43-44.

todos los delitos que comprende, la lesión del bien jurídico correspondiente se produce por medio de una acción deshonesta”.⁹³⁸

El objetivo de las críticas era una modificación de la normativa para avanzar hacia una moderna concepción basada en la libertad sexual, concordante con la CE de 1978, lo que se logró, al menos en parte, con la reforma al Código penal de 1973 hecha a través de la LO 3/1989 de 21 de junio.⁹³⁹ Esta modificó la denominación del Título IX del Libro II, excluyendo la referencia a la honestidad para incluir la libertad sexual. Sin embargo, como se indicaba, este concepto solucionó algunos inconvenientes dogmáticos, al constituirse en un bien jurídico individual, de claros alcances prácticos, a diferencia de la característica difusa propia de la honestidad, pero también generó otros. Entre estos, la situación de los menores de edad e incapaces, ya anunciada por DIEZ RIPOLLÉS.⁹⁴⁰

Para CANCIO MELIÁ, la reforma de 1989, que derivó posteriormente en el Código de 1995, implicó un cambio de modelo que apuntaba en dos direcciones. En primer lugar, se buscaba adecuar la tipificación de los delitos al nuevo bien jurídico reconocido –la libertad sexual- a través de una amplia despenalización, eliminando los tipos penales caracterizados por la protección a una cierta moral sexual, como se indicó unos párrafos antes. En segundo lugar, el legislador quiso hacer un radical cambio en la técnica de tipificación, sobre todo en los delitos más graves, como las agresiones y abusos sexuales. Por desgracia, esto no derivó en una absoluta mejora en el sistema, situación que vemos prolongarse hasta hoy. Si bien hay elementos positivos, como la inclusión de la libertad sexual en los términos ampliamente referidos, o la igualdad protección de géneros, también hay aspectos notablemente negativos, como el

⁹³⁸ Para el autor, estas conductas no se agrupan bajo el raciocinio de que ataquen un solo bien jurídico –la honestidad- sino que se les agrupa por sus características comunes, esto es, ser acciones deshonestas que atacan bienes jurídicos de distinta naturaleza, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Ed. Civitas, 1976, pp. 197-198.

⁹³⁹ Considerada como revolucionaria por Muñoz Conde, en MUÑOZ CONDE, Francisco, et al, *La reforma penal de 1989*, Madrid: Ed. Tecnos, 1989, pp. 19 y ss.; también CUGAT MAURI, Miriam, “Situación y panorama de los delitos sexuales”, en *La Ley Penal*, N° 35, 2007, p. 2; para Cancio Meliá, esta ley dio inicio a una verdadera “cascada de cambios” en la legislación penal relativa a los delitos sexuales, CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos sexuales”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Pamplona: Ed. Civitas, 2011, p. 359; vid., en igual sentido CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Barcelona: Ed. Bosch, 2010, p.139.

⁹⁴⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, Barcelona: Ed. Bosch, 1981, pp. 83 y ss.

endurecimiento de las penas (que pone en jaque el principio de proporcionalidad) o el vaivén en la tipificación de delitos.⁹⁴¹

La Exposición de Motivos de la reforma de 1989 señalaba expresamente que el cambio en la nomenclatura utilizada en los títulos se hacía en razón de “[...] respetar la idea de que las rúbricas han de expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión <<honestidad>> por <<libertad sexual>>, ya que este es el auténtico bien jurídico protegido”.⁹⁴²

El punto de partida de los inconvenientes recién citados, analizado luego, se radica en la –por ahora supuesta- imposibilidad de menores e incapaces para ejercer libremente su libertad sexual, o si se quiere ser más radical, que estos derechamente no tendrían libertad sexual. El mismo TS toma esta postura al afirmar que “[...] la idea de la libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio sexual, y los menores y privados de razón o sentido carecen de capacidad de comprender el significado y trascendencia de los actos sexuales y, consecuentemente, de autodeterminarse...”.⁹⁴³ Además existen figuras en las que difícilmente pueda hablarse de una protección de valores individuales, como es el caso del delito de escándalo público del art. 432 del antiguo Código penal, o algunos de los actuales delitos relativos a la prostitución o la pornografía infantil y juvenil, como veremos *infra*.⁹⁴⁴

La nomenclatura introducida por la reforma de 1989, y esbozada antes en el Proyecto de 1980 y el Anteproyecto de 1983⁹⁴⁵ se mantendría para el Código penal de

⁹⁴¹ Que, como apunta Cancio Meliá, era llamado el “Síndrome Penélope” por Gimbernat Ordeig. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 359.

⁹⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 215.

⁹⁴³ STS de 7 de diciembre de 1989, que agrega que “...el derecho de estas personas (menores e incapaces) a estar exentas o libres de cualquier daño de orden sexual ha inspirado ese concepto de intangibilidad o de indemnidad” (lo escrito entre paréntesis corresponde al autor).

⁹⁴⁴ Referido específicamente a la prostitución de adultos el comentario de Ramos Tapia, para quien la derogación de tipos penales como la promoción, favorecimiento y facilitación de la prostitución (art. 425 bis, letra b del CP1973) o la protección de la prostitución (art. 452 bis letra a del CP1973), que no son conductas que atentan contra la libertad sexual, demuestran la clara inclinación del legislador hacia este bien jurídico, no obstante la introducción de delito de proxenetismo, art. 188.1 parte final, realizado a través de la LO 15/2003, donde borroso es el bien jurídico protegido, RAMOS TAPIA, Mª Inmaculada, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. (Dirs.), *Derecho penal parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra las personas*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008, p. 104; en relación al delito de escándalo público, Vid., MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 247.

⁹⁴⁵ Díez Ripollés, José Luis, *La protección...op.cit.*, p. 21.

1995, conservándose a su vez los debates en torno a la figura de la libertad sexual.⁹⁴⁶ Sin embargo, las críticas obligaron a una nueva modificación, que se llevó a cabo por la LO 11/1999 de 30 de abril, que introduce en el epígrafe la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, reincorpora al Código el delito de corrupción de menores o incapaces, tipifica nuevas conductas relativas a la pornografía infantil y aumenta las penas a varias de las figuras existentes, por considerarlas poco acordes al principio de proporcionalidad, o ineficientes a la luz de la prevención general y especial.⁹⁴⁷ En esta ley, el legislador reconoce expresamente la posible existencia de tres bienes jurídicos, que serían los derechos inherentes a la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores.⁹⁴⁸

Las modificaciones en materia de delitos sexuales no quedaron ahí, pues prosiguieron con la LO 15/2003, centrada en las agresiones y los abusos sexuales calificados y en la explotación de menores e incapaces.⁹⁴⁹ El objetivo de la norma era modificar la regulación de algunos delitos sexuales para impedir que ciertos vacíos en su interpretación pudieran dejar sin sanción hechos de suma gravedad.⁹⁵⁰ Además se endurecen las penas en los delitos de pornografía infantil, intentando mejorar de paso su técnica legislativa, y se introducen nuevos tipos penales, como la posesión para uso propio de material pornográfico en que se utilizaren menores e incapaces, así como supuestos de pornografía infantil técnica.

⁹⁴⁶ Crítica en relación al real valor del Código de 1995 en este aspecto se ha mostrado Carmona Salgado, quien cuestiona la necesidad de la reforma hecha por el legislador en el nuevo Código, entendiendo que deshizo y anuló los aspectos más o menos positivos de las modificaciones hechas por la LO 3/1989. A su entender, las antiguas disposiciones 429 y 430 del derogado Código, que regulaba en forma más clara y homogénea las agresiones sexuales, CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, Madrid: Ed. Dykinson, 2005, p. 240.

⁹⁴⁷ También crítica con la reforma de 1999, CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 241; la Exposición de Motivos de la LO 11/1999 señala expresamente que la reforma se realizaba “como respuesta a los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de la protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995”; La LO 11/1999 toma las directrices que guiaron la redacción de la proposición de la Resolución 1099 (1966), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁹⁴⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis, op.cit.*, p. 155; agrega CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 241, que el legislador modifica erróneamente el delito de acoso sexual, cuyos nuevos supuestos ya estaban cubiertos por el delito de amenazas condicionales; Vid. OTERO GONZÁLEZ, Pilar, “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho penal español, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 627 y ss.

⁹⁴⁹ Una vez más mostrando su visión crítica, CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 242.

⁹⁵⁰ Por ejemplo, la introducción de dedos u objetos en las cavidades anal o vaginal de la víctima.

Por último, cabe recordar las palabras de BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MARALÉE, quienes entienden que una de las ventajas de adscribirse a la teoría del bien jurídico es que permite cuestionar las normas penales, y para eso ponen como ejemplo el antiguo delito de adulterio, inexistente ya en el CP, y que castigaba a la mujer que yaciera con un varón que no fuera su marido. Indicaban los autores que “[...] la realidad de la represión de la mujer adúltera se enmascaraba justificando el castigo diciendo que esa norma protegía <<la identidad de la familia>>. La lucha por el reconocimiento de los derechos de la mujer ha permitido desvelar que lo que esa norma protegía era simplemente una intolerable discriminación a favor del varón”.⁹⁵¹

La panorámica hecha en los párrafos anteriores nos muestra como el legislador movió el timón político-criminal en materia de delitos sexuales desde un bien jurídico colectivo, como la honestidad sexual, hacia otros de carácter individual, como la libertad e indemnidad sexuales (a modo de ejemplo y sin ser excluyentes, por ahora). Esta decisión generó una aceptación generalizada por parte de la doctrina, aunque no exenta de críticas, como iremos viendo. Revisaremos a continuación cuáles son estos bienes jurídicos de corte individual y sus alcances y limitaciones frente a los delitos sexuales, particularmente los que estudiamos en esta investigación.

1.1. LA LIBERTAD SEXUAL: OPCIÓN CORRECTA PERO INSUFICIENTE

1.1.1. Fundamento constitucional y límites de la libertad sexual como derecho fundamental

Este bien jurídico es uno de los que mayor aceptación generan en la doctrina cuando se habla de los delitos sexuales en general, seguramente por el carácter inequívoco de la propia naturaleza del bien protegido penalmente protegido.⁹⁵²

La libertad sexual no es sino una manifestación particular y especial⁹⁵³ de la libertad,⁹⁵⁴ garantizada en la CE de 1978, que en su art.1.1 la consagra como uno de los

⁹⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Ed. Trotta, 2006, p. 71.

⁹⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 45.

⁹⁵³ Especialidad basada en la especial vinculación de la libertad sexual a la esfera vital de la autorrealización personal del individuo; la singular característica de las conductas que atentan contra ese valor; y los especiales condicionamientos normativos de los delitos que lo protegen (protección aparente de la esfera negativa de la libertad sexual, la hipótesis de que una relación sexual con otra persona no se

valores superiores del ordenamiento jurídico español,⁹⁵⁵ y que se corresponde con el nacimiento del Estado liberal, encontrando su apogeo en el constitucionalismo y la implantación del Estado de Derecho.⁹⁵⁶

En el Título Primero “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, Capítulo II “Derechos y Libertades”,⁹⁵⁷ Sección 1 “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, el constituyente consagra una serie de manifestaciones de la libertad, las que abarcan la libertad religiosa, ideológica y de culto, art. 16.1; la libertad (sin otro apelativo) y seguridad, art. 17.1; libertad de residencia y ambulatoria, art. 19; libertad de expresión de pensamiento, ideas y opinión, art. 20.1.a; libertad de cátedra, art. 20.1.c; libertad de información, art. 20.1.d; libertad de enseñanza, art. 27.1; y la

desea mientras no se consienta en ella y la presencia de aspectos éticos que condicionan el ámbito de aplicación de los delitos contra la libertad sexual), en Díez Ripollés, José Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en Díez Ripollés, José Luis (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 219-223; en referencia a los citados elementos normativos, Cugat Mauri destaca, sólo a modo de ejemplo, algunos como “atentado” (art. 178 CP), la relación “abusiva” (art. 181 a 182), relación fraudulenta (art. 183), actos de exhibición “obsceno” (art. 185), material “pornográfico” (art. 186), cuando el comportamiento sexual puede “perjudicar la evolución o desarrollo de la personalidad” del menor o incapaz (art. 189), entre otros, CUGAT MAURI, *Situación...op.cit.*, p. 2;

⁹⁵⁴ En el mismo sentido de la vinculación con la libertad en general, ORTS BERENGUER, Enrique; Y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 17; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 27-28, 34; AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 804, N° 9216; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 45, aunque el autor asimila la libertad sexual con el derecho subjetivo a ella.

⁹⁵⁵ Cabe consignar que el art. 1.1 contempla un valor superior del ordenamiento jurídico, mientras que el art. 17.1 trata de atribuciones concretas del ser humano individual, como bien se aclara en LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 8ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 225-226; Vid., breve desarrollo histórico de la libertad como derecho fundamental y valor superior en GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, Mª Victoria, *Derechos y libertades en la Constitución española de 1978*, Madrid: Ed. Sanz y Torres, 2011, p. 97; sobre la instrumentalización de estos valores-principios en la propia Constitución, Vid. GARRIDO FALLA, Fernando *et al*, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición ampliada, Madrid: Ed. Civitas, 2001, p. 33; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer considera que en el art. 1.1 se suministran al ordenamiento jurídico “...elementos axiológicos como contexto en el que se han de mover y actuar los poderes públicos, las instituciones jurídicas y la ciudadanía”, CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid: Ed. Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 11-12, que no deja de mostrarse crítico con el art. 1.1 por dejar fuera elementos significativos y principios de principios como la igualdad o la dignidad de la persona, entre otros; coincide con esta perspectiva constitucional-penal Díez Ripollés, José Luis, *El objeto...op.cit.*, p. 218.

⁹⁵⁶ LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 8ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 223.

⁹⁵⁷ No debe confundirse el sustantivo “libertades” con la “libertad” como derecho fundamental. El primero es un sinónimo de derechos fundamentales o derechos humanos, terminología en que la doctrina constitucional no ha sido conteste, LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, pp. 121-122.

libertad sindical, art. 28.1.⁹⁵⁸ Para PÉREZ LUÑO, estas no son sino expresiones del reconocimiento constitucional al libre desarrollo de la personalidad.⁹⁵⁹

POLAINO NAVARRETE/ POLAINO-ORTS comparten que el legislador penal haya hecho eco de la distinción entre libertad y libertades, supuesta por RODRÍGUEZ RAMOS, pues bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad” del CP se encuentran sólo tres figuras (detención ilegal, coacción y amenazas), que protegen tres ámbitos distintos de la libertad (libertad de movimiento individual, libertad general de actuación y libertad de decisión de conducta y la seguridad personal, respectivamente), dejando al margen muchos otros delitos que afectan distintos aspectos de la libertad, como por ejemplo, la libertad sexual, libertad de comunicación o la libertad de residencia.⁹⁶⁰

La libertad es sinónimo de autodeterminación o de autoadministración. No existe un concepto genérico o abstracto de libertad, sino que esta siempre va acompañado de un complemento directo, un ámbito de organización del sujeto que complementa la “libertad a...”, dentro del cual se incluye el haz de derechos y deberes que le corresponde a cada sujeto, como sería la libertad ambulatoria, la libertad personal o la libertad sexual. No existe libertad sin ámbito de organización ni viceversa. Cuando un tercero se arroga esa autodeterminación, estamos frente a un delito, si no es permitida, o una acción del Estado –como la pena- si está permitida.⁹⁶¹

La libertad sexual es una especie del género de las libertades, que a su vez son parte de los derechos fundamentales, cuya naturaleza consiste en delimitar la libertad del individuo, impidiendo intromisiones que vayan más allá de los límites constitucionalmente trazados, tanto del Estado como de particulares,⁹⁶² y que cuenta con el máximo nivel de protección constitucional.⁹⁶³ En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS hacía una distinción entre libertad, concepto inaprehensible, por lo que tiene de tendencia hacia el infinito, y libertades, que son concreciones o especificaciones de tan abstracta y genérica libertad. La libertad, la dignidad de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás constituyen fundamento del orden político y de la paz

⁹⁵⁸ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro; y ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Editores), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Ed. La Ley, 2009, pp. 21 y ss.

⁹⁵⁹ PÉREZ LUÑO, Enrique, *Los derechos...op.cit.*, p. 177.

⁹⁶⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel; y POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en derecho penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., *et al* (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, p. 167.

⁹⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel; y POLAINO-ORTS, Miguel, *Libertad como...op.cit.*, pp. 171-172.

⁹⁶² LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, p.124.

⁹⁶³ GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *et al*, *Derecho constitucional español. Estudio sistemático de la Constitución de 1978*, Madrid: Ed. U. Complutense de Madrid, 2012, pp. 262 y ss.

social.⁹⁶⁴ Libertad es el requisito y condición *sine qua non* de las libertades, y junto a la seguridad, configuran una trinidad de derechos fundamentales interdependientes e íntimamente vinculados entre sí, que se exigen mutuamente y que son imprescindibles en toda sociedad moderna, como fundamentos del Estado social y democrático de Derecho.⁹⁶⁵

Como se puede apreciar, no existe una consagración expresa de la libertad sexual, por lo que ella deberá inferirse como manifestación de las distintas clases de libertad reconocidas por la Constitución, así como de otros derechos fundamentales, en concordancia con el art.1.1.⁹⁶⁶

Siguiendo el orden impuesto por el constituyente, en el art. 16 encontramos las libertades ideológicas y religiosas, que aunque claramente diferenciadas, están tratadas en forma conjunta.⁹⁶⁷ Ambas pueden considerarse expresiones de una libertad más amplia (tratada *infra*) como es la de pensamiento, considerada como el derecho de toda persona a mantener con libertad sus propias ideas y convicciones, manifestándolas externamente mediante actos o palabras.⁹⁶⁸ La libertad ideológica sería el derecho a mantener las ideas y convicciones de cualquier tipo sobre la sociedad y la comunidad política, mientras que la libertad religiosa sería el derecho a mantener ideas y convicciones propias sobre asuntos como el origen del hombre, la existencia de un ser superior al hombre o concepciones sobre el origen y sentido del universo.⁹⁶⁹

Ambas libertades presentan una faz interior y una exterior. La primera pertenece al fuero interno del sujeto, mientras que la segunda se constituye por las proyecciones

⁹⁶⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, Madrid: Ed. Akal, 1987, pp. 12-13; 26-27.

⁹⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel; y POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en derecho penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., *et al* (Coords), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, p. 164. La mayoría de la doctrina los clasifica dentro de los llamados derechos civiles, SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, *La Constitución española comentada*, 23ª edición actualizada, Madrid: Ed. Thomson Paraninfo, 2005, pp. 73 y ss; Aunque con un criterio distinto, se corresponde con la clasificación de Jellinek, en que el individuo cuenta con un ámbito de libertad inmune a la acción del poder público (*status libertatis*), entre los que se encuentran la libertad personal, el derecho a la vida, etc.; LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, p.125.

⁹⁶⁶ BREY, José Luis *et al*, *Derecho constitucional de España (sistema de la Constitución de 1978)*, Madrid: Ed. Universitas, 2006. Pp. 157 y ss.

⁹⁶⁷ Lo que se debería sencillamente a una razón histórica. Vid., BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al derecho constitucional*, Madrid: Ed. Tecnos, 2011, p. 396.

⁹⁶⁸ LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, p.191; más conocida es la definición de Rivero, quien define la libertad de pensamiento como “la posibilidad para el hombre de elegir o de elaborar por sí mismo las respuestas que entiende debe dar a todas las cuestiones que le plantee el devenir de su vida personal y social, así como la libertad de conformar a estas respuestas sus actitudes y sus actos y de comunicar a otros lo que tiene por cierto”, RIVERO, J., en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, p. 396.

⁹⁶⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, p.192; vid., también BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, p. 396.

exteriores de las mismas. La primera faz es ilimitada por su propia naturaleza, al existir en el pensamiento del sujeto. La segunda tiende a relacionarse y superponerse con las manifestaciones de otras libertades. Así, la manifestación exterior de la libertad religiosa recibe la denominación de libertad de culto, amparada constitucionalmente en el propio art. 16.1,⁹⁷⁰ ligada en forma estrecha a la libertad de asociación (art. 22.1), mientras que la manifestación externa de la libertad ideológica, el *agere licere*, se entrelaza con las libertades de expresión, enseñanza, asociación, reunión y manifestación, principalmente.⁹⁷¹

La libertad sexual encuentra vínculo con ambas libertades, aunque más cercano a la libertad ideológica que la religiosa. Con la primera, el individuo tiene plena libertad para elegir y profesar una ideología relacionada con su manera de entender la sexualidad (faz interna), y ejercerla (faz externa), con los límites establecidos en la carta fundamental, relacionados principalmente con el orden público protegido por la ley. Así, por ejemplo, el sujeto puede profesar una ideología conservadora de la sexualidad, o libertaria, o evolucionista, entre otras. Si esta visión se entremezcla o nace de una religión, sin duda será una manifestación de la faz interna de la libertad religiosa, como sería la visión conservadora de la Iglesia Católica, o la espiritualista del hinduismo, por dar solo unos ejemplos. Si esta última se manifiesta externamente, sería parte de la libertad de culto, manteniendo los mismos límites antes mencionados.

El art. 17.1 de la CE establece que toda persona tiene derecho a la libertad, entendiéndose esta en su sentido de libertad personal, en su espectro más general, como derecho-valor.⁹⁷² Sin embargo, existiría un inconveniente para radicar aquí –al menos en forma total y excluyente– la libertad sexual, y es el hecho de que esta libertad “a secas” el constituyente la emparejó con la seguridad personal, y acto seguido estableció el *habeas corpus*. Es decir, esta libertad sería atentada principalmente por actos de privación de la misma en sentido amplio, más que por agresiones, ataques o vejámenes de características sexuales. Sin embargo, en opinión de BALAGUER CALLEJÓN, la

⁹⁷⁰ La libertad de culto comprende el derecho a mantener lugares de ejercicio del culto, y practicar el mismo dentro o fuera de esos recintos, con los límites establecidos en la Constitución y las leyes, LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, p.194.

⁹⁷¹ LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, p.193.

⁹⁷² GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, p. 273; Balaguer Callejón la entiende de una manera más amplia aún, como valor superior del ordenamiento jurídico, ya visto, como criterio inspirador de la actividad promocional del Estado (art. 9.2), como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1, en relación al libre desarrollo de la personalidad) y como derecho subjetivo fundamental articulado a la seguridad individual, ya visto en el cuerpo de este trabajo, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, p. 402.

generalidad y abstracción de esta genera la posibilidad de hacer todo aquello que la ley no prohíbe, en concreto, la libertad <<física>> de conducirse y autodeterminarse sin más restricciones que las que establecen las leyes en el marco de la Constitución.⁹⁷³ Esta forma de entender la libertad, en un sentido físico, permite incluir las más básicas manifestaciones de la libertad sexual, en tanto posibilidad física de elegir con quien y se realiza una actividad sexual.

Por su parte, el art. 19 consagra la libertad de circulación y residencia. La primera supone la libertad de transitar por las vías públicas y por las privadas de uso público,⁹⁷⁴ mientras que la segunda supone el derecho a decidir libremente el lugar de residencia, tanto aquella en que un sujeto se asiente establemente, como aquellos lugares de estancias pasajeras u ocasionales, garantizándose el derecho de fijación, cambio y mantenimiento del lugar de residencia.⁹⁷⁵ Por su naturaleza, no es posible incluir aquí manifestación alguna de la libertad sexual, que relación directa ni indirecta tiene con la posibilidad de circular por el territorio o elegir la residencia.

En el art. 20 se consagra la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones. Si bien pareciera tener el precepto una redacción amplia, lo real es que el constituyente ha incluido en forma expresa distintas manifestaciones concretas de la libertad de expresión, como son la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b); la libertad de cátedra o derecho de libre expresión de los educadores en el ámbito docente (art. 20.1.c); y la libertad de información, o derecho a transmitir y recibir libremente información veraz (art. 20.1.d).⁹⁷⁶ Ergo, la libertad de expresión en sentido estricto queda restringida a la forma del art. 20.1.a, como el derecho a manifestar libremente las propias ideas y opiniones.⁹⁷⁷ Incluir la libertad sexual como una manifestación de estas libertades parece aceptable a primera vista, sin embargo hay algunos escollos importantes para poder concluir esto.

⁹⁷³ Refrendado esto en las STC 98/1986 y 341/1993, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, p. 403; en idéntico sentido LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Curso de derecho constitucional, volumen I*, Bilbao: Ed. Deusto Publicaciones, 2008, p. 373.

⁹⁷⁴ Lo que incluya una subdivisión entre el derecho a circular libremente por territorio nacional y el derecho a entrar y salir libremente de España, sin limitaciones de carácter políticas o ideológicas, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, p. 418.

⁹⁷⁵ DE MONTALVO JÄÄSNELÄINEN, Federico, “Los derechos y las libertades públicas (II)”, en ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel (Coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 316-317.

⁹⁷⁶ Para De Montalvo Jääsneläinen, al tratarse de derechos y libertades autónomas, daría lugar a conflictos entre la libertad de expresión y las manifestaciones específicas que ha integrado el constituyente, como por ejemplo la libertad de información, en DE MONTALVO JÄÄSNELÄINEN, Federico, *Los derechos...op.cit.*, p. 335; en igual sentido LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Curso de...op.cit.*, pp. 419 y ss.

⁹⁷⁷ LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, pp. 243-244.

El ejercicio de la actividad sexual es, ante todo, la expresión o difusión de un conjunto de ideas, pensamiento o principios que un sujeto posee sobre uno de los aspectos más propios de su individualidad, como por ejemplo, la idea de una manifestación sexual homosexual como crítica a una sociedad conservadora. En este sentido, podría estar protegida por la garantía constitucional. Sin embargo, el texto indica que las ideas, principios o pensamientos deban difundirse a través de la palabra (difusión oral), un medio escrito (fijación) o cualquier otro medio de que permita la reproducción. Esto último no ha sido definido por el constituyente, pero en la Ley de Propiedad Intelectual se entiende por reproducción “[...] la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”.⁹⁷⁸ Por tanto, si no es mediante la palabra, o se fija por cualquier medio, no sería la libertad sexual parte de la libertad de expresión.

Sin embargo, se cree posible interpretar la disposición para darle cabida, toda vez que la última parte del precepto “otro medio de reproducción”, es una cláusula general que no daría cabida a “la palabra”, que encabeza el numerando, lo que llevaría a una interpretación contradictoria. Por ende, no es necesaria la fijación, sino que el constituyente protege cualquier expresión, desde aquella oral, hasta la que se fija en un medio impreso o digital. Otra interpretación dejaría sin protección constitucional el lenguaje de señas, propio de las personas sordomudas, que no son palabras en sentido estricto ni tampoco están fijadas, pero son una clara manifestación de ideas, pensamientos u opiniones.⁹⁷⁹

La libertad de información, comprendida en el art. 20.1.d, si bien es una forma específica de la libertad de expresión, dificulta la comprensión de la libertad sexual, merced de esa misma característica de especificidad. Aquella libertad se integra de dos derechos, el de comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el derecho recíproco a recibir dicha información, también por cualquier medio. Si bien su titularidad pertenece a cualquier individuo, es claro que son los comunicadores sociales, particularmente periodistas, quienes con más frecuencia y

⁹⁷⁸ Art. 18, Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOE núm. 97, de 22-04-1996.

⁹⁷⁹ Se protege la “[...] actividad tanto única como irrepetible de comunicación, como la <<difusión>> de un <<hecho expresivo>>...”. El lenguaje de señas es parte de este hecho expresivo, como lo sería el ejercicio de la sexualidad. No por nada el art. 20.1.a es calificado como un verdadero “cajón de sastre”, donde se incluye todo lo que por especificidad no sea posible de subsumir en otros apartados, LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, pp. 245-246.

mayor profesionalismo ejercen esta libertad.⁹⁸⁰ Por lo mismo, y por las características del objeto de esta libertad (la información) es que se hace inviable como fuente de la libertad sexual.

La libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, amparada en el art. 20.1.b, agrupa dos órdenes de eventos creativos: el artístico-literario y el técnico-científico. Aunque muchas producciones comparten ambos órdenes (por ejemplo, artículos de revistas científicas), también es posible separar su naturaleza. En virtud de esto es que la protección de rango legal distingue entre el derecho de autor y la propiedad industrial.⁹⁸¹ La creación artística-literaria protege la labor creativa de cualquier género y en cualquier formato, mientras que la libertad de creación científica y técnica cubre tanto las contribuciones teóricas como las aplicaciones técnicas o prácticas.⁹⁸² La libertad sexual en sentido estricto no tiene aquí mayor cabida, pues sólo estarían comprendidas ciertas manifestaciones de la sexualidad de carácter artística, como pudieran ser los denominados cuadros plásticos o bailes eróticos.⁹⁸³ Es importante esta libertad en cuanto, como vimos en capítulos anteriores, el derecho a expresar creación artística a través de imágenes o videos que representen actividades sexuales puede quitar la característica de pornográfico a dicho material, con independencia de quienes la realicen.

La libertad de cátedra tiene una raíz histórica importante en la CE, al ser considerada una respuesta a las medidas restrictivas adoptadas por el régimen de Franco en los claustros universitarios –aunque comprende no sólo de la docencia universitaria-. Su contenido es negativo y puede definirse como la “[...] exención de trabas que ha de tener todo profesor para investigar, exponer y transmitir el saber científico”.⁹⁸⁴ El TC lo ha entendido como una libertad individual del docente que permite al profesor asumir como propias ideas, pensamientos y opiniones en relación con la materia objeto de

⁹⁸⁰ *Ibid*, pp. 248-249.

⁹⁸¹ Ambos bajo el rótulo de “Propiedad intelectual”. En Latinoamérica, los derechos de autor y conexos suelen estudiarse bajo el rótulo de “Propiedad intelectual”, teniendo esta última expresión un alcance más restringido que en España.

⁹⁸² LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, pp. 259-260.

⁹⁸³ Por muy burdo que pueda ser el ejemplo, no puede negársele un carácter artístico al baile de una mujer en un Club de Varones, por ejemplo, como de igual modo el que una dama o un varón hagan en un servicio privado. Algo similar puede ocurrir con las obras de teatro que incluyen sexo real en vivo, o manifestaciones artístico-culinarias como el *sushi-body*, por ejemplo.

⁹⁸⁴ DE MONTALVO JÄÄSNELÄINEN, Federico, *Los derechos...op.cit.*, p. 341; Balaguer Callejón y Lucas Verdú la definen como “la exención de trabas que ha de tener todo profesor para investigar, exponer y transmitir el saber científico mediante cualquier medio, como la lección, seminarios, conferencias, escritos, experimentos, etc.”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de derecho constitucional, volumen II*, 7ª edición actualizada a septiembre de 2012, Madrid: Ed. Tecnos, 2012, p. 343.

enseñanza.⁹⁸⁵ Este contenido claramente aleja el vínculo que pueda existir entre libertad de cátedra y libertad sexual, pues esta última sólo podría ser objeto de estudio y docencia de la primera. Lo mismo se hace extensible a la libertad de enseñanza, que el constituyente incorpora en la CE en el art. 27.1, como contrapartida del derecho a la educación.

El derecho a contraer matrimonio está consagrado expresamente en el art. 32.1 de la Constitución,⁹⁸⁶ a pesar de que podía extraerse igualmente de la libertad religiosa, libre desarrollo de la personalidad, pluralismo ideológico y del principio de autonomía de la voluntad. Este derecho tiene una faz positiva –derecho a contraer matrimonio- y una negativa –derecho a no contraerlo-, las que se reconocen sin distinción de género.⁹⁸⁷

Este derecho es vinculado por ESPÍN TEMPLADO a la libertad de orientación sexual, cuyo reconocimiento progresivo, junto a la búsqueda por la erradicación de toda forma de discriminación basada en la orientación sexual (art. 14 CE), ha culminado en el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.⁹⁸⁸ Esto se hizo a nivel legislativo con la reforma al Código civil del año 2005,⁹⁸⁹ estableciendo una plena igualdad al matrimonio heterosexual, incluyendo la adopción de hijos.⁹⁹⁰ Sin lugar a dudas la libertad de orientación sexual comprende de forma importante a la libertad sexual, en tanto permite al individuo manifestar libremente su opción sexual, cualquiera sea esta, como la heterosexualidad, el homosexualismo, bisexualismo, etc., y ejercerla de la forma que estime conveniente, con los límites propios establecidos por la Constitución y las leyes.

⁹⁸⁵ STC 179/1996, de 12 de noviembre de 1996.

⁹⁸⁶ Lo que es un hito histórico a nivel del desarrollo constitucional español, toda vez que sólo se encuentra un hecho semejante en la Constitución española de 1931, descontando el Fuero de los Españoles de 1945, propio de un Estado confesional en tiempos de dictadura. Este proceso de constitucionalización de la libertad matrimonial constituye una manifestación de la transición entre el Estado liberal y el Estado constitucional, característica del constitucionalismo del periodo entreguerras, donde germina el Estado social y democrático de Derecho. En tal sentido, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de derecho constitucional, volumen II*, 7ª edición actualizada a septiembre de 2012, Madrid: Ed. Tecnos, 2012, pp. 147-148; además LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Curso de...op.cit.*, pp. 155 y ss.

⁹⁸⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, p. 421.

⁹⁸⁸ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, “Los derechos de la esfera personal”, en LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional...op.cit.*, pp. 215.

⁹⁸⁹ Ley 13/2005 de 1 de julio.

⁹⁹⁰ Se apela, entre otros, a un argumento exegético, pues los vocablos “hombre” y “mujer” están conectados por la conjunción “y” en vez de la preposición “entre”. Vid., un resumen de los argumentos a favor de la protección constitucional del matrimonio homosexual y una panorámica de la situación en el Derecho comparado, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, p. 422.

Por último, la libertad sindical debería descartarse completamente por ser un derecho de características sociales, cuyo objeto y finalidades no tienen vinculación directa ni indirecta con la libertad sexual.⁹⁹¹

En cuanto a los límites constitucionales de la libertad, junto a aquellos inmanentes,⁹⁹² y los que son propios o característicos de cada forma de libertad, establecidos por la Constitución o por las leyes, la naturaleza de esta tesitura obliga a poner especial atención en el límite a la libertad de expresión contenido en el art. 20.4,⁹⁹³ en relación a la protección de la juventud y de la infancia. Esta opera desde una doble perspectiva: Por un lado, se protege a infantes y adolescentes para evitar que el ejercicio de la libertad de expresión pueda afectarles negativamente, como es el caso de la pornografía infantil y juvenil; y por otro, se les protege como receptores de cualquier expresión o información que pueda incidir negativamente en su personalidad en formación.⁹⁹⁴

Como se reconoce en la doctrina española,⁹⁹⁵ no ha existido un desarrollo demasiado extenso respecto a este límite, ni teórico ni práctico, lo que se representa en que el TC ha utilizado pocas veces la protección de la infancia y la adolescencia como límite a la libertad de expresión. La primera fue en la STC 62/1982, ocasión en que se esgrimió la moral pública como límite, entendiendo que la protección a niños y jóvenes forma parte de aquella, con la salvedad de que el contenido de la moral pública será mutable de acuerdo a las distintas épocas y culturas, debiendo evitarse de que bajo un concepto ético se limite injustificadamente un derecho fundamental tan importante como la libertad de expresión.⁹⁹⁶ La segunda ocurrió en la STC 52/1995, de 23 de febrero, donde entendió que las medidas restrictivas que se establecían en un reglamento de distribución de revistas pornográficas a través del correo postal

⁹⁹¹ *Ibid*, pp. 299 y ss.

⁹⁹² Entendiéndose por tales los que marcan o señalan el contenido constitucional del derecho, y que por eso forman parte de la definición del contenido del derecho aunque sea desde una perspectiva negativa, APARICIO PÉREZ, Miguel; y BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè (Coords.), *Manual de derecho constitucional*, 2ª edición, Barcelona: Ed. Atelier, 2012, p. 611.

⁹⁹³ Se incluyen también en este apartado, como límites, 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, la intimidad y la propia imagen. Pueden agregarse incluso otros derechos o bienes constitucionales, pues ese apartado no niega la opción, como no la ha hecho la jurisprudencia del TC (SSTC 170/1994, 6/1995 y 187/1999). Vid. *Ibid*, p. 20.

⁹⁹⁴ STC 176/1995; Vid., CABEDO MALLOL, Vicente, *Marco constitucional de la protección de menores*, Madrid: Ed. La Ley, 2008, pp. 25 y ss.

⁹⁹⁵ Entre otros, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de...op.cit.*, pp. 212-213, para quien el desarrollo ha sido derechamente casuístico; LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Curso de...op.cit.*, pp. 435-436.

⁹⁹⁶ STC 62/1982, de 15 de octubre.

resultabas desproporcionadas como restricción a la libertad de expresión, aunque pudieran ser atentatorias contra la protección de los menores.⁹⁹⁷

El TC español ha señalado en todo caso que, si bien los derechos del art. 20.1. no son absolutos en tanto están restringidos constitucionalmente, tampoco lo son los límites a que ha de someterse su ejercicio, por lo que estos se configuran como excepcionales ante el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión.⁹⁹⁸ A su vez, el TEDH ha reafirmado que la libertad de expresión puede tener como límites, entre otros, la prevención de delitos (que podemos vincular directamente a figuras como el *cibergrooming* o la difusión de pornografía infantil y juvenil), la protección de la moral y la protección de los derechos de otros (en estos “otros” se incluyen infantes y adolescentes).⁹⁹⁹

Al respecto toma mucho sentido lo señalado por GARCÍA ARÁN, sobre la proclamación de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico. El problema de los límites de la libertad en materia penal puede resolverse acudiendo al enunciado del artículo 1 de la Constitución de España. Si el objeto de protección del derecho penal puede reconducirse, en último término, a la protección de los valores superiores del precepto citado, la tensión implícita en la intervención del *ius puniendi* puede resumirse en la necesidad de limitar la libertad para proteger –junto a los restantes valores- esa misma libertad. Esa contradicción de carácter aparente es la que conduce a concebir el Derecho penal como un problema de límites y de equilibrio. Es en este último punto donde adquieren operatividad los principios constitucionales cuya relevancia se manifiesta en dos planos complementarios: por un lado, los derechos y valores constitucionales como objeto de protección para el derecho penal, que refleja el problema de la protección de lo

⁹⁹⁷ El legislador se ha limitado a establecer algunas leyes que delimitan la libertad de expresión frente a niños y adolescentes. Valen como ejemplos la Ley 1/1982, de 24 de febrero, reguladora de las salas de exhibición cinematográficas; el RD 1189/1982, de 4 de junio, sobre la regulación de determinadas actividades inconvenientes o peligrosas para la juventud y la infancia; o la Ley 25/1994, de 12 de julio, de transposición de la Directiva europea “Televisión sin fronteras”, y sobre todo la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, que otorga una fuerte protección al honor, intimidad y la propia imagen de niños y adolescentes, lo que puede vincularse también con el límite establecido en el art. 20.4 primera parte. Deben sumarse también las modificaciones al Código penal, de las que se ocupa esta tesis.

⁹⁹⁸ Esto puede apreciarse en asuntos sobre calificación cinematográfica o espectáculos públicos, según cuentan las SSTC 49/1984, 153/1985, 106/1987 y 371/1993, entre otras.

⁹⁹⁹ STEDH caso *Bardfod v. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989, referido en DE MONTALVO JÄÄSÑELÄINEN, Federico, *Los derechos...op.cit.*, p. 336; también en la Sentencia *Handyside*, STEDH de 7 de diciembre de 1987, recogida en la STC 62/1982.

colectivo, y por otro, los derechos individuales como límite a la intervención penal concreta sobre el ciudadano, que refleja el problema de la protección de individual.¹⁰⁰⁰

Esta visión la observamos con total claridad en el ansia expansiva que muestra el legislador penal, confirmado una vez más con la Reforma de 2015, que restringe cada vez más, y en forma injustificada en muchos casos, el ámbito de libertad que cualquier sujeto pueda tener en Internet, inclusive el de los propios menores de edad (18-16, según el caso).

En resumen, y luego de una rápida revisión de las distintas variantes de la libertad protegidas a nivel constitucional, el tema puede apreciarse como ya lo había hecho POLAINO NAVARRETE décadas antes: “[...] el concepto de libertad sexual no se opone sustancialmente al de libertad personal o libertad de la voluntad individual en sentido propio. Antes bien, aquella es una manifestación de ésta, que acota o delimita en cierta medida el alcance de la misma, permitiendo singularizar la facultad general de autodeterminación voluntaria referida al concreto sector de la esfera sexual”.¹⁰⁰¹

1.1.2. Características y contenido de la libertad sexual como bien jurídico penalmente protegido

La libertad está protegida directa e indirectamente en el CP. De la primera forma, en el Título VI, mientras que en forma indirecta en una serie de delitos que resguardan otros bienes jurídicos, pero que incorporan como medios comisivos ataques a la libertad, por ejemplo, el robo con intimidación (arts. 237 y 242), extorsión (art. 243), usurpación (art. 245), el ejercicio arbitrario del propio derecho (art. 455), entre otros. Si bien en estos casos la libertad pierde su autonomía como bien jurídico, no pierde su independencia sustancial, capaz de recibir protección del Derecho penal. Esto se refuerza en las hipótesis en que, no consumándose los atentados a los bienes jurídicos principales, subsiste la opción de castigar autónomamente el ataque a la libertad.¹⁰⁰²

En relación directa al tema en estudio, es la libertad sexual, entendida por POLAINO NAVARRETE como el derecho subjetivo de la persona susceptible de

¹⁰⁰⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Constitución y derecho penal, veinte años después”, en ARROYO ZAPATERO, Luis; y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam, volumen I*, Cuenca: Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ed. Universidad Salamanca, 2001, p. 287.

¹⁰⁰¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 45.

¹⁰⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 216.

ejercicio por la misma respecto a todos los demás componentes del núcleo social,¹⁰⁰³ el interés que mayor cantidad de adeptos tiene en la doctrina, al momento de determinar cuál es el bien jurídico protegido en los delitos sexuales en general.¹⁰⁰⁴ Sin embargo, y como se venía adelantando, a pesar de lo mayoritario del asunto, lejos está de ser pacífico.¹⁰⁰⁵

Si bien el objeto de protección en los delitos sexuales era la honestidad, como se indicó *supra*, las reformas realizadas el año 1978 al CP sembraron las bases para lo que la doctrina pedía: una consagración positiva de un bien jurídico individual, como es la libertad en el ámbito sexual. Aunque esto no se dio en forma expresa, la Ley de 26 de mayo de 1978¹⁰⁰⁶ y la Ley 46/1978 de 7 de octubre, realizaron importante modificaciones al Código en ese sentido. La primera despenalizó las conductas de

¹⁰⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 45.

¹⁰⁰⁴ Vid. BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010, pp. 315-316; en similar sentido, aunque utilizando la nomenclatura de “la esfera de la libertad que afecta a la sexualidad”, LAMARCA PÉREZ, Carmen *et al* (Coords.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Colex, 2011, p. 162; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Libertad e...op.cit.*, p. 586; VELÁSQUEZ BARÓN, Ángel, *Las agresiones sexuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2001, pp. 7-9; VELÁSQUEZ BARÓN, Ángel, *Los abusos sexuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2001, pp. 7-10; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo I*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 220-221; TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, tomo III, volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011, pp. 175-176; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, 16ª edición, undécima conforme al código penal de 1995, Madrid: Ed. Dykinson, 2009, pp. 71 y ss.; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Delitos sexuales”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Tomo I, adaptadas a las Leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Madrid: Ed. Tecnos, 2010, pp. 191 y ss.; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Civitas, 2011, pp. 29-30; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª edición, Madrid: Ed. Dykinson, 2010, p. 219; AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 804, N° 9216; BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español. Tomo II, el sistema de la parte especial. Volumen 1, delitos contra bienes jurídicos individuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2005, pp. 229-230; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 207, aunque la llama “autonomía sexual”; no obstante, la mayoría de estos asume una dualidad con la indemnidad sexual tratándose de menores de edad e incapaces, según se verá *infra*; MIMBRERA TORRES, Eva, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CRUZ DE PABLO, José A. (Coord.), *Comentarios al código penal*, vol. 1, Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2008, pp. 289-291; por todos, MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis...op.cit.*, pp. 155 y ss, especialmente nota a pie N° 277.

¹⁰⁰⁵ MAQUEDA ABREU, M.L., “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en AAVV, *Congreso de derecho penal y procesal. El nuevo código penal y la ley del jurado*, Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1998, pp. 79-80, estima incongruente la separación entre los delitos contra la libertad sexual y aquellos contra la libertad en general; mientras que Monge Fernández cree derechamente que los menores de edad y los incapaces carecen de libertad sexual, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos...op.cit.*, p. 37.

¹⁰⁰⁶ Esta era una modificación incluida en una serie de disposiciones relativas al Derecho de familia, en materias como el desheredamiento, el matrimonio o la filiación.

adulterio y amancebamiento,¹⁰⁰⁷ delitos en los que lo punido era un atentado a ciertas reglas sociales y/o deberes conyugales, pero no un atentado a la libertad sexual de los afectados por adúlteras o amancebados.¹⁰⁰⁸ La segunda modificó los delitos de estupro¹⁰⁰⁹ y rapto,¹⁰¹⁰ en similar sentido a la reforma anterior, con una connotación dirigida a la libertad sexual, contenida en la nueva redacción del art. 440, y a la equiparación de géneros como sujetos activo-pasivos de estos delitos.¹⁰¹¹

Para MUÑOZ CONDE, la libertad sexual es “[...] aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo”.¹⁰¹² DIEZ RIPOLLÉS, uno de los autores más trascendentes en este

¹⁰⁰⁷ En la doctrina incluso fue calificado como el más grave de los delitos contra la honestidad, en razón del daño que produce en la familia, y como consecuencia, en la sociedad, VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, Tomo III, Madrid: Ed. Fernando Fe:, 1890, p. 105; los delitos eran una muestra clara de la desigualdad existente entre hombre y mujer, pues el adulterio (art. 349 CP 1848) castigaba a la mujer casada que yaciera con varón que no sea su marido con una pena de prisión menor (también se castigaba al varón que yaciera con ella sabiendo que era casada), mientras que el marido cometía el delito de amancebamiento (art. 353 CP 1848) sólo si tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella pero con escándalo. La pena era prisión correccional, y destierro para la manceba. En el mismo sentido, tajante era la opinión de POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 74-75, para quien la injustificada diferencia en el tratamiento dado por el legislador a ambos delitos no era “[...] inconsecuente con la propia escala valorativa del Código penal, que tiene su esencial fundamento en el reconocimiento y la ponderación de la necesidad de tutela de determinados bienes jurídicos”.

¹⁰⁰⁸ Con detalle sobre el adulterio, CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.*, pp. 33-37; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 76-77; 84-86, plantea de *lege ferenda* que lo protegido en estas figuras debería ser la familia, considerándola como una designación formal amplia en la que se incorporan los diferentes contenidos de valor típicamente tutelados (por ejemplo, la familia como institución jurídica autónoma, el estado civil de la descendencia dentro del núcleo familiar o el matrimonio en sí mismo). Sin embargo, con arreglo a las normas del Código penal de la época, lo protegido debía ser la honestidad, no existiendo inconveniente dogmático ni político-criminal para ello.

¹⁰⁰⁹ El estupro era un delito que reflejaba claramente la protección a la moral y al honor, al introducir elementos normativos en las características del sujeto pasivo que limitaban drásticamente su campo de acción, así, por ejemplo, “doncella”, “honesta” y “acreditada honestidad”, que derivaba en que se protegiera sólo a ciertas mujeres (las que cumplían con dichos elementos). Se diferencia del rapto en que, si bien ambos delitos buscaban proteger “a las incautas jóvenes de los galanteos varoniles”, negándole cualquier valor a su consentimiento, en el estupro se castigaba el acto sexual como acto consumativo, mientras en el rapto sólo un acto preparativo, consistente en apartar a las jóvenes de su familia, CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.*, pp. 58 y ss.

¹⁰¹⁰ Que quedó redactado de la siguiente forma: “El rapto de una persona, ejecutado contra su voluntad y con la finalidad de atentar contra su *libertad sexual*, será castigado con la pena de prisión mayor” (la cursiva es propia); al respecto, BOIX REIG, Francisco, *El delito de estupro fraudulento*, Madrid: Ed. Instituto de Criminología, Universidad Complutense, 1979, pp. 59 y ss.; originalmente este delito fue concebido como un atentado a la libertad de las personas, que responde al objetivo de realizar sobre ellas una conducta de carácter sexual, características que mantuvo hasta su eliminación del Código penal español. Sobre la evolución del delito de rapto, CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.*, pp. 75-82.

¹⁰¹¹ Ambas reformas no son sino producto de la llamada función crítica del bien jurídico, parte de la función político-criminal, y que genera dinamismo en el sistema penal, al someterlo a constante revisión. Así se generan los procesos de incriminación que crean nuevos bienes jurídicos, y aquellos de descriminalización, que extraen algunos bienes jurídicos del Derecho penal, BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones...op.cit.*, p. 75.

¹⁰¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 216; unas décadas antes, Muñoz Sabaté entendía libertad sexual

tópico, entiende este bien jurídico en una doble vertiente. En primer lugar, una de carácter positivo-dinámica, consistente en la capacidad del sujeto de libre disposición de su propio cuerpo a efectos sexuales, es decir, la facultad de comportarse en la esfera sexual según sus propios deseos, en relación al propio acto sexual o a la elección del acompañante, un ejercicio de la libertad sexual en libertad. Por su lado, la vertiente negativo-pasiva consiste en la capacidad de negarse a ejecutar por sí mismo un acto de connotación sexual, o a negarse a tolerar que otro u otros realicen actos de la misma naturaleza que no desea soportar.¹⁰¹³

Apunta DIEZ RIPOLLÉS que si bien el Derecho penal pareciera proteger sólo la faz negativa, o negativo-pasiva, la verdad es que atiende a ambas vertientes, pues despenalizando aquellas conductas de carácter sexual que no atentan a la libertad de los demás, posibilita la vertiente positiva, o positivo-activa. Un Derecho penal basado en la libertad sexual y no en valores sociales como la moral sexual implica una valoración positiva de la sexualidad, acorde a los principios constitucionales ya vistos, y particularmente a la autorrealización del individuo, por la especial vinculación del aquel bien jurídico con la esfera vital sexual de todo ser humano.¹⁰¹⁴

Las dos vertientes recién vistas no son las únicas en torno a este bien jurídico, pues POLAINO NAVARRETE advertía ya hace varios años la existencia de un tercer criterio, mixto o ecléctico. De acuerdo a esto, la libertad sexual sería “[...] la facultad de disposición carnal, entendiendo por disponibilidad carnal la facultad de hacer o no uso del propio cuerpo que asiste a cada uno, así como la libertad de ejercitar los medios protectores de la personal función sexual frente a ajenas actuaciones de esta

como “[...] el derecho de una persona a elegir el tipo de relación y compañero que mejor prefiera así como derecho a no ser ofendidos el recato y sentimiento de uno mediante la exhibición de conductas sexuales”, MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Sexualidad y derecho*, Barcelona: Ed. Hispano-Europea, 1976, pp. 235 y ss.; “Facultad del ser humano de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad, esto es, en el ámbito de la actividad vinculada al impulso venéreo, su excitación y su satisfacción”, ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, en VIVES ANTÓN, Tomás *et al*, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 224.

¹⁰¹³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección...op.cit.*, p. 23, mucho antes que la Reforma de 1989; también POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 45-46, que a la faz negativa llama estático-pasiva; ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 17; CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 244.

¹⁰¹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección...op.cit.*, p. 23; el autor mantiene la convicción ya entrado en vigencia el Código penal de 1995, e implementándose las modificaciones de 1999, Vid., DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 218-220; además vid. AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 804, Nº 9216.

naturaleza”.¹⁰¹⁵ Sin embargo, no se aprecian claramente las diferencias entre la visión ecléctica y aquella que unitariamente considera a la libertad sexual con dos fases complementarias. Donde sí es posible apreciar una nueva visión es en la libertad sexual entendida como inviolabilidad¹⁰¹⁶ sexual o carnal,¹⁰¹⁷ donde sería este el verdadero objeto de tutela penal. Al respecto, POLAINO NAVARRETE no los considera completamente exactos para esta misión, entendiendo que más que expresar la esencia de lo protegido, lo hacen con una consecuencia de la eficacia jurídica que se deriva el bien cautelado.¹⁰¹⁸

TAMARIT SUMALLA sigue la línea ideológica de DIEZ RIPOLLÉS, asumiendo que es uno sólo el bien jurídico que aglutina a los llamados delitos sexuales, decantando por la libertad sexual en oposición a aquellos carentes de sustantividad, como la indemnidad o intangibilidad. Comparte la idea de que el elemento aglutinador de todos los delitos sexuales es que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, sea porque el autor desestima la voluntad contraria de la víctima, por que no se le ha dado a esta la oportunidad de consentir o desestimar, o porque la víctima no es –o nunca será– capaz de tomar una decisión al respecto.¹⁰¹⁹

Acorde con esta posición del legislador y de la doctrina, los atentados contra la libertad sexual se sistematizaron en función de la existencia o no de violencia o intimidación, y no bajo el criterio de la clase de acto sexual realizado. O sea, se utiliza un criterio centrado en la circunstancia comisiva empleada para doblegar la voluntad del sujeto pasivo. Si se presenta la violencia o intimidación, estamos en presencia de agresiones sexuales (la violación es un tipo agravado de agresión sexual), mientras que al no existir aquellas, nos enfrentamos a abusos sexuales.¹⁰²⁰ A pesar de esto, muy latente en el texto original del Código de 1995, la sistematización ha ido alterándose tras

¹⁰¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 47.

¹⁰¹⁶ También el autor ocupa el término intangibilidad, haciéndolo sinónimo de inviolabilidad, *Ibid*, p. 48.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*, prefiere el concepto carnal incluso por sobre sexual, pues sería más concreto y reconocible, permitiendo una aplicación más exacta de todo acto que prepare o produzca algún placer derivado de cualquiera de las formas conocidas de excitación del sentido genérico, de entre las cuales la conjunción carnal representa sólo una de las múltiples exteriorizaciones posibles de esas características.

¹⁰¹⁸ *Ibid*, p. 49.

¹⁰¹⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep, *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 edición, revisada y actualizada, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2002, p. 59.

¹⁰²⁰ Apuntan al respecto MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011, pp. 316 y ss., que “[...] de todas maneras es inevitable que la gravedad de las acciones típicas o los criterios de graduación de los medios comisivos empleados para doblegar la voluntad de la víctima, obligue a acudir a patrones normativos generalizadores en la conformación de los tipos”; Vid., en el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 363.

las sucesivas reformas acometidas desde su promulgación. La tendencia ha sido ampliar el espectro de aplicación del delito de violación,¹⁰²¹ y centrar el eje en el tipo de acto sexual realizado sobre la víctima. Esto lleva a situaciones de cierta incoherencia con la libertad sexual como bien jurídico protegido, como veremos más adelante.¹⁰²²

Como se venía diciendo, la libertad sexual es antes que nada libertad,¹⁰²³ es decir, independencia de la voluntad, capacidad de determinación espontánea en el ámbito de la sexualidad. Este bien jurídico engloba la facultad del individuo de escoger y practicar, en cualquier momento, la opción sexual que más le plazca; la facultad de utilizar y servirse de su propio cuerpo en la esfera sexual, con la sola limitación de la libertad ajena; la posibilidad de elección de compañero, compañera o compañeros, con su consentimiento; y al mismo tiempo (faz negativa) de rechazar las propociciones no deseadas. Sin embargo, añaden ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, no todas las facetas de la sexualidad ya citadas se encuentran tuteladas en las figuras del Título VIII, pues las conductas descritas allí no las atacan en su totalidad. Además, señalan, es notoria la inconveniencia de una intromisión tan fina del legislador en este ámbito de intimidad.¹⁰²⁴

En los delitos sexuales, en general, lo que se castiga es la implicación de un individuo en una práctica de naturaleza sexual, bien en contra de su voluntad, con esta viciada, inexistente,¹⁰²⁵ o incluso, en algunos casos, con su existencia, como ocurre con

¹⁰²¹ Incluso el TS ha extendido el concepto “acceso carnal” a aquellos casos en que el autor “se hace penetrar” por la víctima (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 27 de mayo de 2005).

¹⁰²² Otro problema se presenta en los abusos sexuales a menores, donde la falta de acceso carnal reduce la pena. Sin embargo, a un menor se le puede causar un daño emocional o psicológico en el normal desarrollo de su personalidad sin necesidad de tal acceso, RAMOS TAPIA, M^a Inmaculada, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. (Dirs.), *Derecho penal parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra las personas*, 2^a edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 245-246.

¹⁰²³ Para Muñoz Conde, “un bien jurídico preeminente, el más importante después de la vida y la salud y, probablemente, el más expuesto a ser atacado en la vida cotidiana”, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19^a edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p.216.

¹⁰²⁴ ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 17.

¹⁰²⁵ Expresión que para CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 276, es incorrecta, toda vez que en el caso de los menores de 13 años o los incapaces se debería hablar de consentimiento irrelevante desde la perspectiva jurídica, pero no inexistente; cfr. ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 225, para quien asumir una postura como la de inexistencia o irrelevancia sería fútil, “pues su presencia determina que no pueda hablarse de agresión sino de posible abuso, o convierta en atípica la conducta, si el menor tiene más de trece años o no se abusa del trastorno mental del sujeto pasivo (y, por supuesto, el consentimiento hace plenamente irrelevantes las relaciones entre menores e incapaces) y no se le causa perjuicio en la evolución o desarrollo de sus personalidades”.

los menores de edad.¹⁰²⁶ Lo que el legislador busca es que nadie se vea involucrado en un ejercicio de sexualidad no deseado, o no aceptado libremente o aceptado con la voluntad viciada. Bien apuntan ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ al decir que el Título VIII no ampara una determinada forma de ejercer la sexualidad ni la elección de una opción sexual, lo que sí se protege es que las relaciones sexuales discurran por vías de libertad, sin forzamientos ni prevalimientos.¹⁰²⁷ Esto nos parece discutible, pues las reformas del 2015 han ido demostrando que el legislador tiene una clara propuesta en torno a como debe desarrollarse la sexualidad en algunos ámbitos.

Ya hemos anticipado que uno de los principales problemas de la libertad sexual se genera con los menores de edad y los incapaces o discapacitados. MUÑOZ CONDE, entre otros, es de los que afirma que lo referente a estos, junto a otros tipos difícilmente justificables desde ese prisma, como la prostitución o el ya desaparecido delito de corrupción de menores e incapaces, son los principales inconvenientes para asumir una visión monista de bien jurídico en el Título VIII. Esto sería así toda vez que los sujetos antes mencionados –menores e incapaces- no poseen libertad sexual, ya sea de forma provisional o definitiva, respectivamente. Lo que se pretende, en realidad, es proteger la libertad futura en el caso del menor, o sea, el normal desarrollo de su personalidad para que pueda decidir su comportamiento sexual en libertad al ser adulto, mientras que en el caso del incapaz, se busca evitar que su incapacidad lo transforme en un objeto sexual a merced de terceros que abusen de su situación.¹⁰²⁸ Lo problemático de esta visión es

¹⁰²⁶ GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 586-587.

¹⁰²⁷ ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, pp. 17-18; como contrapartida, el Estado debe abstenerse de sancionar penalmente conductas que no afecten la libertad sexual, por muy reprochables que sean desde una perspectiva moral, cuestión que podía aceptarse plenamente si el bien jurídico protegido fuera, como hasta antes de la reforma, la honestidad sexual, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos...op.cit.*, p. 31.

¹⁰²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 217; también TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 193-195; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Delitos sexuales...op.cit.*, pp. 191-192, 199, 201; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...op.cit.*, p. 218; [En relación a esta idea del desarrollo futuro de los menores de edad, puesto en peligro por el atentado presente, Morales y García estiman que “los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, preservándolos de lastres y traumas impuestos por terceros. En este último ámbito, el bien jurídico es la libertad potencial –“in fieri”. MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERO, Ramón; “Delitos contra la libertad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, 2ª edición, revisada, actualizada y puesta al día, Ed. Aranzadi: Elcano (Navarra), 2001, p. 239; en similar sentido SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 1995, pp. 56-58; y Cancio Meliá, para quien, más allá de la posible existencia de tal indemnidad, toda la discusión normativa y la praxis social se centran en la idea de libertad sexual, toda vez que, sobre todo en el caso de los menores, si se les protege en la minoría de edad es para que puedan

asumir que el Derecho penal protege algo que no existe –aún-, pues ahí más que proteger, lo que hace es intentar establecer condiciones para su futura existencia, asunto más que cuestionable desde la perspectiva de los principios y fines del Derecho penal.

Para el mismo autor, con la libertad como bien jurídico únicamente podrían prohibirse agresiones sexuales violentas o intimidatorias contra aquellos sujetos, pero si lo que se quiere es prohibir actos donde incluso pueda contarse con el consentimiento de la víctima, debe recurrirse a una opción distinta de la libertad sexual, que es donde entre a jugar su rol la indemnidad sexual, como se verá en el siguiente apartado.¹⁰²⁹ La cuestión lógica que surge de todo esto es si los menores o incapaces tiene o no consentimiento en materia sexual, pues de tenerlo, sería posible asumir que poseen libertad sexual, mientras que si no lo tuvieran, sería imposible asignarles la titularidad de tal bien jurídico.

Al respecto, SÁNCHEZ TOMÁS considera que el consentimiento no sólo es posible sino también válido, debiendo intervenir el Derecho penal únicamente cuando dicho consentimiento aparece viciado por un tercero que abusa de esa capacidad cognoscitiva y volitiva disminuida. A su juicio, tal planteamiento encuentra respaldo constitucional en los arts. 49 –integración de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos-; 17.1 –derecho a la libertad- 18.1 intimidad personal- y 10.1 –como fundamento del orden político, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad- de la Carta Magna”.¹⁰³⁰

El citado autor parte de la base de que el menor o incapaz posee capacidad para decidir sobre su vida sexual (relaciones sexuales, grabarse, etc) por ser esencial al ser humano, sin embargo, existe un interés ajeno al individuo y que corresponde al Estado, que busca proteger a los menores o incapaces para su correcta formación. Esto considerando, sobre todo, que ocurre en una etapa en que el menor no posee aún la madurez necesaria para valorar esa libertad, y que le permita actuar en forma conciente para lo que en el futuro pueda desarrollarse libremente en su esfera sexual. Esta sería la razón por la que el Estado restringe o limita su capacidad de consentir legalmente en

ejercer correctamente la libertad sexual en el futuro, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 371; también BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado...op.cit.*, pp. 233-234.

¹⁰²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 217-218; al respecto Orts Berenguer entiende que mal la libertad sexual puede ser el bien jurídico protegido en aquellos casos en que esta es un derecho o una facultad no reconocidos o cuyo ejercicio se limita de forma drástica por la ley, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 224.

¹⁰³⁰ SÁNCHEZ TOMÁS, José M., “Los abusos sexuales en el código penal de 1995: en especial sobre menor de 12 años y abusando de trastorno mental”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 61, 1997, p. 110.

materia sexual acotando por ello la *praxis* del bien jurídico (cuyo interés puede ser individual o colectivo). Agrega SÁNCHEZ TOMÁS, “[...] su consentimiento, aunque limitado por las circunstancias concurrentes, es válido a los efectos del ejercicio de la libertad sexual, pero por ese propio carácter limitado el Estado se verá obligado a articular todo un elenco de precauciones para evitar que sean objeto de abuso que interfiera en el proceso de formación de voluntad para el ejercicio de los mismos”.¹⁰³¹ A juicio de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, pese a lo que pudiera sugerir la actual rúbrica del Título VIII del CP, los menores también tienen libertad sexual, pero su <<especialidad>> hace que no se les reconozca y que no se le atribuya a su consentimiento un papel similar al de los adultos, por ejemplo.¹⁰³²

Es clara la apreciación crítica de CANCIO MELIÁ frente a las expresiones del legislador en el preámbulo (p. XIII, párrafo primero, antes de la Reforma de 2015), “[...] se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual *sin un consentimiento válidamente prestado*, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”, al dejar de manifiesto que el legislador considera la voluntad del menor, por una parte, y de paso también dar una verdadera definición de indemnidad sexual (parte final).¹⁰³³ Sobre esto, ORTS BERENGUER afirma que un menor de trece años (antes de la Reforma) puede conocer muy bien la significación del acto sexual y sus posibles consecuencias. El Derecho penal no asume cuestiones tan complejas como esta, sino que más bien establece ciertas barreras, a través de presunciones *iure et de iure* o *iuris tantum*, que bajo cierta edad la madurez de un sujeto no le alcanza para moverse completa y autónomamente en la vida sexual, y por eso lo brinda una tutela especial.¹⁰³⁴

La determinación de este problema es clave para el peso relativo que tendría el siguiente bien jurídico a analizar: la indemnidad sexual. Si los menores de edad e incapaces tienen libertad sexual, ¿qué sentido tiene incluir otro bien jurídico? La CE no hace distinción de edad al momento de considerar la libertad, en sus distintas facetas,

¹⁰³¹ Extensamente en SÁNCHEZ TOMÁS, José M., “Los abusos sexuales en el Código penal de 1995: en especial sobre menor de 12 años y abusando de trastorno mental”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 61, 1997, pp. 104-114, lo que puede entenderse en el sentido de que la libertad sexual, por interpretación de la constitución, comprende tanto la libertad en sentido estricto –en su faz positiva como negativa– como la indemnidad sexual.

¹⁰³² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de...op.cit.*, p.153.

¹⁰³³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 372.

¹⁰³⁴ A diferencia de lo que señala la drástica STS de 2 de mayo de 2006, en el sentido de considerar que los menores de trece años no son capaces de consentir actos sexuales, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 225.

como un derecho fundamental, además de un principio general, razón con la cuál es posible partir de la premisa de que todos, incluyendo menores de edad y personas con discapacidad, tienen libertad en sus distintas manifestaciones, incluyendo la sexual. De hecho, hay actividades con esta connotación que realizan menores y discapacitados que no tienen relevancia penal alguna, y eso se debe a que la Constitución les garantiza el derecho a manifestar su vida sexual, lo que se podrá ejercitar en la medida que la madurez le permita al menor –o la capacidad al incapaz- hacerlo. Similar cuestión ocurre con el bien jurídico intimidad, que es propio de toda persona, con independencia de su edad o relaciones. Por ende, también los menores poseen un ámbito protegido de intimidad que debe ser respetado porque constituye de igual forma un espacio apto, a la vez que fundamental, para la autorrealización y el libre desarrollo personal.¹⁰³⁵

Un adolescente podrá ser un onanista en la tranquilidad de su hogar, pues la Constitución le permite manifestar así su sexualidad, incluso si es que la repetición de estos actos altera su percepción de la sexualidad. Además se lo permite en la comodidad del hogar, al protegerle mediante la intimidad y la inviolabilidad domiciliaria. No sería razonable pensar que el legislador penal quiere mantener incólume de la vida sexual a quien le permite expresarla de ciertas maneras. En el caso de los delitos sexuales los menores de edad (18 en algunos casos y 16 en otros) tienen una restricción de rango legal a las facultades de interrelación sexual si las quiere ejercer con mayores de esas edades. Sin embargo, otras facultades inherentes a sus derechos sexuales no están restringidas, por lo que el menor debe poder disfrutarlas. A la ya esbozada autosatisfacción sexual, se pueden sumar, por ejemplo, actos sexuales consentidos con otros sujetos de menor edad, o incluso mayores, de acuerdo a la nueva regla del art. 183 quater, que veremos *infra*.¹⁰³⁶

Otra cosa muy distinta es si en el caso de los menores de edad o ciertas personas con discapacidad, el legislador penal protege esa “incipiente” libertad sexual, o protege otro bien. La respuesta que este ha dado se expresó claramente en la LO 11/1999, que incluye la indemnidad sexual acompañando a la libertad, como bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, cabe preguntarse si lo que el legislador expresa en la rúbrica

¹⁰³⁵ En este sentido, ANARTE BORRALLA, Enrique; y DOVAL PAIS, Antonio, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos contra la intimidad y los datos personales”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010, pp. 443-444.

¹⁰³⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, tomo III, volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011, p. 194.

de un Título es una respuesta tajante e incontrarrestable a la cuestión del bien jurídico, o bien si eso cumple otras funciones menos estrictas. Asimismo es cuestionable que el legislador haya sido coherente en la expresión de un bien jurídico en relación con las conductas que castiga en relación a ese bien. La respuesta, con el CP actualmente en vigencia, parece ser negativa.

1.2. LA INDEMNIDAD SEXUAL DEL MENOR: EL COMPLEMENTO NECESARIO

Frente al problema ya esbozado de los menores de edad y los incapaces (o algunas personas con discapacidad), la LO 11/1999 opta por solucionar los inconvenientes de la libertad sexual como bien jurídico¹⁰³⁷ a través de la incorporación de la indemnidad sexual –también denominado como intangibilidad sexual-¹⁰³⁸ cuyo origen, según indica MONGE FERNÁNDEZ, se encontraría en la doctrina jurídico-penal italiana.¹⁰³⁹

La idea de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en aquellos atentados o conductas sexuales contra menores de edad y/o incapaces parece encontrar un fuerte apoyo positivo en las reformas introducidas por la LO 5/2010 y ahora último la LO 1/2015, gracias a la modificación sistemática que sufrieron los delitos contra menores de 13 años, con la primera ley, contenidos ahora en un estanco aparte, el

¹⁰³⁷ Según Muñoz Conde, el legislador, más que sólo “[...] ordenar sistemáticamente el CP, pretendió con la referencia a la indemnidad sexual justificar algunos tipos penales –su creación o ampliación- que no se ajustaban a la libertad sexual como bien jurídico, y que por ende se volvían cuestionables en su existencia, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 215-216; también CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 276.

¹⁰³⁸ Crítico en esta asimilación Díez Ripollés, José Luis, *La protección...op.cit.*, p. 232, n.p.p. Nº 47. Aunque los asume como sinónimos, no termina de afincar completamente la diferencia entre uno y otro, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 225, pero dando a entender que la opción intangibilidad sería mejor que indemnidad. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra...op.cit.*, p. 193, agrega la “[...] incolumidad, en tanto se protege el interés porque el menor quede exento de cualquier daño que pueda derivarse de una experiencia sexual inadecuada –lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad- o, ya sea, como la protección del menor en sus procesos de formación y socialización, en suma, la normal evolución y desarrollo de su personalidad”, MARTÍN LORENZO, María, “Libertad e indemnidad sexuales”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Coord.), *Memento experto reforma penal 2010*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2010, p. 1286; o AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 804, Nº 9216; Orts/González optan por el *nomen* “procesos de formación y/o socialización”, ORTS BERENGUER, Enrique; y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal (parte general y parte especial)*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 457; 475 y ss.

¹⁰³⁹ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos...op.cit.*, p. 38; sobre lo mismo Díez Ripollés, José L., *El objeto...op.cit.*, pp. 232 y ss, y, él mismo, *La protección...op.cit.*, pp. 24 y ss.

Capítulo II bis.¹⁰⁴⁰ TAMARIT SUMALLA estima que uno de los puntos positivos de la reforma es justamente esta parte, al paliar la ausencia de un tratamiento singularizado a delitos contra menores que estaban sometidos al mismo tratamiento de los adultos.¹⁰⁴¹ Ahora, si bien destaca de la reforma el haber dejado los abusos y agresiones sexuales contra menores de trece años, en su momento, en un estanco separado,¹⁰⁴² cree que la fórmula presentaba los siguientes defectos:

- a) Sólo se limita a los menores de trece años, dejando una regulación prácticamente igual a la de los adultos a quienes son mayores de esa edad pero menores de 18;
- b) Realiza la descripción de la conducta típica en términos demasiado amplios, propios de un tipo penal abierto;
- c) No se suprimen anacrónicos tipos penales, como el abuso fraudulento (art. 182) o la corrupción de menores (art. 189.4); y
- d) Se supera con creces el rigor punitivo de la Decisión Marco, pero de forma poco coherente, merced de ejemplos como los art.s 183.1 y 183.3 en relación al art. 18, vigentes a propósito de esa reforma.¹⁰⁴³

Compartimos plenamente estas críticas, que se han acentuado en el segundo y cuarto de los problemas enumerados con la última reforma.

El preámbulo de la citada LO 5/2010 manifiesta en forma explícita que la reforma busca acrecentar el nivel de protección para los menores de 13 años, trasponiendo al Derecho interno la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de

¹⁰⁴⁰ Aclara Boix Reig *et al*, en el marco de la LO 5/2010, que no se trata de nuevos delitos o delitos de otra naturaleza, sino sólo de una ordenación que agrupó figuras ya existentes pero agravadas en razón de la edad del sujeto pasivo, y que por tal razón era posible conseguir los mismos resultados sistemáticos incluyendo las figuras agravadas en cada uno de los capítulos de agresiones o abusos, según correspondiere, BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal...op.cit.*, p. 352; sobre las principales características de la reforma al CP realizada por la LO 5/2010 en materia de delitos sexuales, vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, pp. 364-365; TAMARIT SUMALLA, Josep, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010, pp. 165 y ss.; TAMARIT SUMALLA, Josep, “Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual (arts. 189 y 192)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010, pp. 177 y ss.; CUGAT MAURI, Miriam, “La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión Marco 2004/68/JAI (arts. 187 y 188)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010, pp. 173 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Los delitos...op.cit.*, p. 283 y ss.

¹⁰⁴¹ TAMARIT SUMALLA, Josep, *Los delitos...op.cit.*, pp. 166-167.

¹⁰⁴² Cfr., RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Los delitos...op.cit.*, p. 283 y ss., quien entiende esta separación como una cuestión simbólica, al no advertir ningún problema serio en la regulación de estos delitos en el CP, antes de la LO 5/2010. La explicación de este cambio estaría dada por la intención del legislador de dar un mensaje potente a la sociedad sobre su determinación a luchar contra cierto tipo de delitos que generan gran sensibilidad en la población.

¹⁰⁴³ TAMARIT SUMALLA, Josep, *Los delitos...op.cit.*, p. 167.

diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.¹⁰⁴⁴ El criterio de la edad se utiliza porque se acrecienta el contenido de injusto al tratarse de menores de 13 años, dándole una característica especial al bien jurídico del que son titulares. El razonamiento se repite en la exposición de motivos de la LO 1/2015, que busca darle especial protección, haciéndose cargo de la transposición de la Directiva 2011/93/UE, a los menores de 16 años.

ORTS BERENGUER entiende a la indemnidad sexual como “el derecho de menores e incapaces a no ser molestados, a no sufrir daño en el terreno sexual”,¹⁰⁴⁵ calificado por ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL como “genérico y difuso”, y que entienden como “ausencia de daño en materia sexual”.¹⁰⁴⁶ Con anterioridad, POLAINO NAVARRETE entendía como carnalmente intangible o inviolable –formas cercanas a la indemnidad- “la facultad jurídica individual de disponer de su propio cuerpo en un sentido u otro, y la de tolerar o rechazar respecto de sí mismo las injerencias en materia sexual”.¹⁰⁴⁷

El bien jurídico esbozado aquí representa el interés del Estado por preservar a los menores de toda conducta sexual con el objetivo de proteger el normal desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual. Le otorga la denominación de indemnidad sexual a este bien haciéndose cargo de las críticas surgidas de la doctrina y la jurisprudencia,¹⁰⁴⁸ ya vistas, al concepto de libertad sexual en relación a menores e incapaces. Se plasma un interés estatal en la tutela de la intangibilidad e indemnidad de aquellos.

Para analizar la indemnidad sexual, MUÑOZ CONDE entiende que debe separarse la situación de los menores respecto a los incapaces. En el primer caso, la tendencia moderna es prohibir cualquier tipo de manifestación de conductas sexuales con menores, bajo un rango que se movía entre los 12 y los 14 años,¹⁰⁴⁹ y sobre ese rango, pero bajo la mayoría de edad, sólo si se presentan circunstancias como el engaño o el abuso de una cierta posición o calidad del victimario. Lo anterior en razón de que

¹⁰⁴⁴ Y que no es sino una muestra de la inflación normativa tanto a nivel español como internacional, reflejo de la tendencia a creer que con más normas y mayores penas se lucha más efectivamente contra la delincuencia, TAMARIT SUMALLA, Josep, *Los delitos...op.cit.*, pp. 166-167.

¹⁰⁴⁵ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 224.

¹⁰⁴⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Libertad e...op.cit.*, p. 585, 587.

¹⁰⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 49, fórmula que, a priori, parece idéntica a la doble vertiente de la libertad sexual.

¹⁰⁴⁸ En especial STS 5-02-2006.

¹⁰⁴⁹ En España, tradicionalmente los códigos penales desde 1848 consideraban los 12 años, tanto para niños como para niñas. Como ya sabemos, la última reforma la subió hasta casi coincidir con la mayoría de edad legal. Vid., CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 277.

puede afectar el normal desarrollo de la personalidad del menor, y provocar consecuencias psicológicas en su vida adulta, y por otra parte, porque las conductas de esta naturaleza con menores son consideradas, desde el punto de vista científico, como una parafilia. Como señala el mismo autor, este panorama obliga al legislador a “[...] adoptar soluciones realistas de acuerdo con el nivel cultural y la sensibilidad social de cada época y a no dejarse llevar por consideraciones puramente moralistas, no siempre apoyadas por datos científicos ni compartidas por la mayoría de los ciudadanos”.¹⁰⁵⁰ La ausencia de cientificidad en la generación de las normas es tan latente como la rapidez con las que el legislador recoge sucesos de gran impacto mediático para generar normas ad-hoc.¹⁰⁵¹ Volveremos sobre este punto en más adelante, en este y el próximo capítulo.

Antes de las modificaciones de 2015, el legislador coincidía con esta idea, plasmándola en el castigo de los abusos sexuales con menores de 13 años, sin importar consentimiento de la víctima o circunstancia alguna (art. 183.1) o mediando engaño respecto al mayor de 13 pero menor de 16 años (art. 182). También podrían justificarse bajo el concepto de indemnidad sexual, siguiendo la idea de MUÑOZ CONDE, los delitos de exhibicionismo obsceno (art. 185) y de exhibición o difusión de material pornográfico ante menores (art. 186), y favorecimiento de la prostitución (art. 187).¹⁰⁵² Por otro lado, en la situación de los incapaces el legislador utiliza criterios menos rígidos para caracterizar al sujeto pasivo, a diferencia de la minoría de edad, admitiendo prueba en contrario, al tratarse de una presunción *iuris tantum* y no *iure et de iure*. Al estar frente a sujetos que no pueden gobernar su persona o bienes por sí mismas, no podría afirmarse que estas personas estén en condiciones de ejercitar su libertad sexual, que exigiría una cierta capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual, y la voluntad necesaria para consentir en este. Para MUÑOZ CONDE, es esta falta de libertad sexual del incapaz lo que permite la existencia del bien jurídico indemnidad o intangibilidad sexual, que se transforma en el objeto de protección y que da sentido a la prohibición penal en estos casos.¹⁰⁵³ La inclusión en su momento de la expresión

¹⁰⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 218.

¹⁰⁵¹ EL caso del 197.7, en los delitos contra la intimidad, es uno de los más claros al respecto.

¹⁰⁵² Para el autor no debería extenderse la indemnidad sexual más allá de estos delitos, pero teniendo presente la especial situación del delito residual de corrupción de menores del 189.4 CP, primero, porque esta figura tendría un contenido indeterminado, al ser difícil determinar conductas que no estén comprendidas en los delitos recién mencionados, y segundo, por el elemento normativo utilizado por el legislador: “corrupción”. Se configura, a decir de Muñoz Conde, un ámbito de arbitrariedad permitido por este verdadero tipo penal abierto, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 219.

¹⁰⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 219; de la misma opinión TAMARIT SUMALLA, Josep, *Los delitos...op.cit.*, p. 170, para quien la falta de elasticidad lleva a una excesiva y

“abusando de su trastorno mental” permitía entender que en la figura se exige más que una situación personal determinada, sino que además un requisito objetivo-subjetivo consistente en aprovecharse de tal situación.¹⁰⁵⁴ Como hemos estado señalando, algunos de estos elementos varían con la Reforma, al subir la edad mínima de consentimiento sexual a 16 años, pero dejando una ventana abierta en el art. 183 quater. Respecto al incapaz, la referencia actual es a la persona con discapacidad, siempre y cuando cumpla con la característica de ser necesitado de especial protección.

Una postura más crítica respecto a este bien jurídico es la de ORTS BERENGUER, para quien la indemnidad sexual, por una parte, no es privativa de menores o incapaces, y por otra no singulariza suficientemente el objeto de protección, debido a su amplitud. Además, de acuerdo a la semántica del concepto, indemnidad significa la calidad o estado de quien está libre de daño o perjuicio, por lo que nadie gozaría de indemnidad, ya que todo individuo está expuesta a sufrir daños en el terreno sexual.¹⁰⁵⁵ Por ende, debiese optarse por su “[...] derecho a un desarrollo y una formación adecuados, libres de injerencias extrañas a sus intereses, y a un adecuado proceso de socialización”.¹⁰⁵⁶

Volveremos sobre la indemnidad sexual al momento de detenernos en los delitos analizados en esta tesis, momento en que tomaremos posición al respecto. Antes de eso, concordamos con MUÑOZ CONDE en relación a que tanto la libertad como la indemnidad sexuales deben ser entendidas como bienes jurídicos autónomos en los delitos sexuales, pero inmersos en un contexto valorativo del comportamiento sexual de las personas que se inserta a su vez en un Estado Social y Democrático de Derecho.¹⁰⁵⁷

1.3. LA INTIMIDAD (SEXUAL) DEL MENOR: EL CIERRE DEL TRINOMIO

La línea de quienes han optado por bienes jurídicos individuales en todos los supuestos, debe complementarse con la revisión de la intimidad como opción, en particular de la intimidad sexual. Como sostiene ROMEO CASABONA, este es uno de

automática diferenciación a situaciones que pueden requerir respuestas menos diferentes, merced de las circunstancias o la madurez de la víctima.

¹⁰⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 220.

¹⁰⁵⁵ Profundiza la idea indicando que de todos, incluso los adultos, se pretende que esté libre de daño, pero en el caso de los adultos el bien jurídico es la libertad sexual, como en los delitos patrimoniales será el patrimonio y no la indemnidad de este. Al fin y al cabo, todos los delitos tienen por finalidad evitar ciertos daños a los bienes, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 224, 265-266.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 224.

¹⁰⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 221.

los derechos fundamentales más vulnerables en el ciberespacio.¹⁰⁵⁸ Esto nos parece en particular importante frente a la inclusión del art. 197.7, que acoge en su descripción típica algunas hipótesis de *sexting*, vistas *supra*, con un importante rol jugado por Internet.

1.3.1. Origen, fundamento constitucional y límites

El origen etimológico de la palabra intimidad se encuentra en el vocablo latino *intimus*, que significa lo más interno o recóndito. La voz germana *geheim*, lo secreto o reservado, evoca aquello que se encierra en el hogar.¹⁰⁵⁹ Desde la perspectiva histórica, el derecho a la intimidad se encuentra ligado a las ideologías burguesas, toda vez que, en el periodo medieval, el aislamiento era un privilegio de la nobleza, principalmente.¹⁰⁶⁰ Por lo mismo, “[...] la intimidad se configura como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos, lo cual explica el marcado matiz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente”.¹⁰⁶¹

La metamorfosis de la intimidad en la actualidad se ve reflejada, según PÉREZ LUÑO, en los siguientes aspectos: el desplazamiento de la intimidad desde la soledad y el aislamiento al entramado de las relaciones sociales; la paulatina pero decisiva decantación desde la esfera de la personalidad al ámbito patrimonial (una mercancía valiosa); lo que deriva, sobre todo lo último, en que la intimidad sólo en el caso de los menores de edad puede seguir considerándose un derecho de la personalidad, pues en el caso de los mayores de edad puede ser más que eso, como objeto de transacciones, transgresiones consentidas, renunciadas, etc., configurándose con un claro cariz patrimonial.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁸ ROMEO CASABONA, Carlos, *Derecho penal y...op.cit.*, p. 305; así también, él mismo, “Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en internet”, en BAUZÁ REILLY, Marcelo; y BUENO DE LA MATA, Federico (Coords.), *El derecho en la sociedad telemática. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López*, Santiago de Compostela: Ed. Andavira Editora, 2012, pp. 553-554.

¹⁰⁵⁹ PÉREZ LUÑOZ, Antonio E., “La protección de los datos personales del menor en internet”, en AAVV, *Los derechos humanos en internet*, Madrid: Ed. Cideal, 2012, p. 68.

¹⁰⁶⁰ La intimidad como un derecho a la soledad, el *right to be let alone*, fue concebido por WARREN, S. D., y BRANDEIS, L. D., “*The right to privacy*”, en *Harvard Law Review*, N° 4, 1890-1891, pp. 193 y ss.

¹⁰⁶¹ GARRIDO FALLA, Fernando *et al*, *Comentarios...op.cit.*, pp. 400-401.

¹⁰⁶² PÉREZ LUÑOZ, Antonio E., *La protección...op.cit.*, pp. 68-77.

El art. 18.4 de la CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,¹⁰⁶³ complementado por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen; la LO 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, derogada por la LO 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal; esta última modificada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sustentable.¹⁰⁶⁴ A nivel comunitario, debemos destacar la Directiva 2013/40/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, cuya transposición al Derecho español genera las modificaciones al art. 197 del CP.

La intimidad personal y familiar, que forma parte de los derechos de la personalidad, hace referencia a la esfera más privada de la vida del individuo, cuyo reconocimiento queda restringido a los miembros de la unidad familiar.¹⁰⁶⁵ En términos positivos, y por expreso mandato del art. 20.4, la intimidad se transforma en un límite

¹⁰⁶³ Aunque ni la CE ni la Ley 1/1982 definen lo que debe entenderse por intimidad. Es más, muchas veces entremezclan esta con el honor y el derecho a la propia imagen. Para Balaguer Callejón, el honor y la intimidad no se superponen ni coinciden, sino sólo se relacionan, por lo que una violación al honor puede incluir, pero no necesariamente, una lesión a la intimidad, y viceversa. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de...op.cit.*, p. 132; cfr. LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Curso de...op.cit.*, p. 388, entiende que este tratamiento conjunto se debe a que el honor, la intimidad y la propia imagen comparten un mismo fin, que es proteger la vida privada; en similar sentido PARDO FALCÓN, Javier, “Artículo 18.1. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios...op.cit.*, p. 421.

¹⁰⁶⁴ Importante es el art. 7 de la Ley, al establecer que “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.
6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.
8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas”.

¹⁰⁶⁵ DE MONTALVO JÄÄSNELÄINEN, Federico, *Los derechos...op.cit.*, p. 323; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de...op.cit.*, p. 133.

de la libertad de expresión, adquiriendo una doble dimensión.¹⁰⁶⁶ Su nivel de protección dependerá de dos factores, el comportamiento del sujeto y la actividad que desarrolla.¹⁰⁶⁷

La intimidad no sería únicamente el derecho a no ser molestado, como suele definírsele,¹⁰⁶⁸ sino también la facultad de decidir que parte o porción de su vida personal hacer pública, y en que condiciones. La STC 57/1994 señala que “[...] la intimidad personal constitucionalmente garantiza la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad de vida humana”. El mismo TC ha establecido que el derecho a la intimidad protegería la zona de actividad reservada que el sujeto debe poder controlar, frente a la acción y el conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos,¹⁰⁶⁹ entes privados o particulares, evitando dar un concepto material sobre lo que es la intimidad¹⁰⁷⁰ (garantiza un “derecho” a poseer intimidad).¹⁰⁷¹ La formulación tradicional del derecho a la intimidad como una prerrogativa de carácter

¹⁰⁶⁶ LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Curso de...op.cit.*, p. 388.

¹⁰⁶⁷ Así se han establecido diferencias a nivel de protección entre quienes venden su vida privada a medios de comunicación, o los personajes públicos, por ejemplo y respectivamente, DE MONTALVO JÄÄSNELÄINEN, Federico, *Los derechos...op.cit.*, p. 324; sin embargo, en este último caso, el TC y el TEDH han limitado considerablemente las excepciones materiales a estos derechos, a través de las SSTC 83/2002 y 300/2006, y las SSTEDH 28-I-2003, caso Peck v. Reino Unido y 24-VI-2004, caso Carolina Von Hannover v. Alemania. Sobre este punto, el TC ha hecho una distinción importante desde la década del noventa, entre personajes públicos y personajes con notoriedad pública, para resolver conflictos entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad. Los primeros son aquellos que tienen “[...] atribuida la administración del poder público, en el sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones, están sometidas al escrutinio de los ciudadanos que tienen un legítimo interés...a saber como se ejercer ese poder en su nombre”; los segundos son aquellos que “[...] poseen tal notoriedad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada y corren el riesgo de que, tanto su actividad profesional en el primero de los casos cuanto la información revelada sobre su vida privada en el segundo, se pueda ver sometida a una mayor difusión de la pretendida por su fuente o a la opinión, refutación y crítica de terceros”, STC 134/1999 de 15 de julio, fs. 7.

¹⁰⁶⁸ Reflejada en la máxima anglosajona “*My home is my castle*”, que comprende un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento, configurándose “*the right of privacy*”, en GARRIDO FALLA, Fernando *et al*, *Comentarios...op.cit.*, p. 400.

¹⁰⁶⁹ Para Balaguer Callejón, el derecho a la intimidad es preponderantemente un derecho frente al Estado, que junto a la industria multinacional, monopolizan la información y la acumulación de datos personales, encontrando aquí una diferencia con el derecho al honor, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de...op.cit.*, p. 134.

¹⁰⁷⁰ Lo anterior en las SSTC 73/1982, 110/1984, 107/1987, 231/1988, 197/1991, 151/1997 y 115/2000.

¹⁰⁷¹ “[...] un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sea particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”, APARICIO PÉREZ, Miguel; y BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè (Coords.), *Manual de...op.cit.*, pp. 701-702; Para Pardo Falcón, esto significaría pasar de una concepción objetiva a una subjetiva de la intimidad, sin un contenido socialmente establecido, PARDO FALCÓN, Javier, *Artículo 18.1...op.cit.*, p. 422; o formal, en palabras de VILLAVEVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Libertad de expresión y empresas de tendencia”, en PIZZORUSSO, Alessandro (Coord.), *Libertad de manifestación del pensamiento y jurisprudencia constitucional*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005, p. 328.

pasiva comenzó a ser desbordado por las TIC, haciendo que sus contornos se vuelvan cada vez más difíciles de definir, por la exposición voluntaria de la gente en Internet, lo que acabó mostrándose incapaz de responder como instrumento jurídico.¹⁰⁷²

La doctrina admite ciertos grados o espacios dentro del derecho a la intimidad. BALAGUER CALLEJÓN, entendiendo que refleja la opinión mayoritaria, distingue entre la esfera privada, la intimidad confidencial y el secreto.¹⁰⁷³ Por otra parte, y con diferencias, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN reconoce tres ámbitos específicos de la protección de la intimidad, como son el derecho a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones y la libertad informática, a los que PÉREZ ROYO llama derechos instrumentales,¹⁰⁷⁴ siguiendo el criterio impuesto en los números 2, 3 y 4 del art. 18 CE.¹⁰⁷⁵

El primer autor asume que se ha ido abriendo espacio una nueva posición doctrinal, la llamada teoría del mosaico que, en términos simples, implica que la importancia de los datos personales surge principalmente cuando estos se interrelacionan, y no aisladamente considerados, lo que se logra a través de técnicas informáticas como el *data mining* o minería de datos.¹⁰⁷⁶ Ya en los ochenta SIEBER avizoraba la problemática de los datos personales e información privada en las redes

¹⁰⁷² CASTELLÓ NICÁS, Nuria, *Delitos contra...op.cit.*, p. 492.

¹⁰⁷³ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de...op.cit.*, p. 134.

¹⁰⁷⁴ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 9ª edición, Barcelona: Ed. Marcial Pons, 2003, pp. 404 y ss.

¹⁰⁷⁵ No obstante, él mismo aclara que la libertad informática es un derecho autónomo y distinto de la intimidad, aunque se consagre en el mismo art. 18. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Los derechos...op.cit.*, pp. 325 y ss.; en el mismo sentido, LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Curso de...op.cit.*, pp. 394 y ss.

¹⁰⁷⁶ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de...op.cit.*, p. 134; El *datamining* consiste en la extracción no trivial de información que mora de manera implícita en los datos, información oculta y desconocida, pero potencialmente útil, a partir de las fuentes de información de quien realice la minería. En otros términos, la minería de datos prepara, sondea y explora los datos para sacar la información oculta en ellos. Técnicas como la minería de datos sacan el mayor provecho de la inmensa cantidad de información recogida a través de los sistemas informáticos y permiten elaborar perfiles del titular de los mismos lo suficientemente complejos como para inducir información sensible del sujeto, tales como postura política, tendencia sexual, religión, condiciones de salud, etc. En cierto sentido, la técnica de *datamining* es el procedimiento destinado a hacer visible lo invisible dentro de los datos recogidos, al estar organizada de manera que todos los datos relativos al mismo evento u objeto están unidos entre sí, se organizan en historiales y está pensada para la consulta y el análisis, vid., <http://datamining.iespana.es> y LESSIG, Lawrence, *El código...op.cit.*, p. 75. El TC también ha sido consciente de esto, como manifiesta en la STC 110/1984, de 26 de noviembre, al señalar que “[...] el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto de la correspondencia...” respecto a la Teoría del Mosaico, Vid., CASTELLS ARTECHE, José M., “La limitación informática”, en AAVV, *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Ed. Civitas, 1991, p. 924-925; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de derecho...op.cit.*, p. 111; y FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...op.cit.*, p. 128.

informáticas y de la facilidad con la que se podía acceder a (cantidad de) ellos. Advertía el autor, además de la minería de datos, el problema de los encargados de las bases de datos que contienen dicha información, considerando en la facilidad existente para crear perfiles de los titulares de esos datos, ya sea para efectos laborales, de seguridad pública, salud, comerciales u otros tantos.¹⁰⁷⁷

Estos riesgos serían recogidos posteriormente por el constituyente español, al consagrar la restricción en el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal de los ciudadanos y sus familias, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18.4 de la CE. Este fue previsor al abrir los ojos frente a la realidad que comenzaba a forjarse con las tecnologías informáticas, y con más de una década de anticipación a la explosión de Internet como *mass media* consagró el artículo 18 de la CE como un límite a estas nuevas expresiones del avance tecnológico.¹⁰⁷⁸ Al escapar profusamente los datos íntimos de la esfera personal del titular, se hacía necesaria una herramienta jurídica de control de los mismos, que permitiera a su titular un conocimiento medianamente pleno de que parcela de su información se encontraba circulando en el mercado, quien poseía la misma y que uso le daba. El art. 18.4 CE permite realizar dichos objetivo al consagrar un nuevo derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Como bien señala ROMEO CASABONA, las limitaciones exegéticas de dicho artículo no fueron impedimento para que la jurisprudencia constitucional extrajera del sentido y finalidad del mismo un nuevo derecho fundamental,¹⁰⁷⁹ que la doctrina seguiría desarrollando hasta hacer surgir la llamada libertad informática.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁷ Una empresa italiana que instaló dispositivos para monitorear datos de sus trabajadores mediante dos sistemas de control –*Service Level Reporter* y *Resource Acces Control Facility*– y las maniobras del servicio aduanero francés para descifrar los datos contenidos en dispositivos del Swiss Bankgesellschaft sobre ciudadanos galos, son ejemplos de este tipo de conductas realizadas en los años ochenta. SIEBER, Ulrich, *Documentación...op.cit.*, pp. 81-82.

¹⁰⁷⁸ No deja de tener en todo caso una importante carga negativa la redacción del precepto, al catalogar de amenaza a la informática y no equiparar con otro precepto la potencialidad protectora y de ejercicio de la misma frente a los derechos de las personas. PÉREZ LUÑO, Antonio, “La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada”, en *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, N° 22, 2000, pp., 59-68; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Enrique, “Los derechos humanos de la tercera generación. La libertad informática”, en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, N° 4, 1994 (Ejemplar dedicado al III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho), pp., 165-174; RUIZ MARCO, Francisco, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Madrid: Ed. Colex, 2001, p. 28.

“Artículo 18.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

¹⁰⁷⁹ Que Romeo Casabona califica como “[...] un haz de facultades positivas relativas al control de los datos personales por parte del interesado”. ROMEO CASABONA, Carlos, “La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos”, en

Con todo, esto último tiene directa relación sólo con un ámbito material de la intimidad, como son los datos personales, lejano al aspecto de la intimidad que aquí se busca dilucidar, aquel que tiene relación con la vida sexual del individuo.

Más cercano sin duda es la intimidad corporal, ámbito de la intimidad personal que protege al cuerpo propio de cada sujeto frente a pesquisas, indagaciones o acciones que quisieran imponerse sobre este contra su voluntad,¹⁰⁸¹ como aquellas conductas de carácter sexual constitutivas de acoso, según ha determinado el propio Tribunal en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre, y 136/2001, de 18 de junio. La intimidad en este sentido incluye la libertad para limitar o impedir el acceso físico a uno mismo y, alcanza también la intimidad sexual, no sólo frente al acoso, como ya se ha dicho, sino también respecto a las preferencias sexuales, pues en ambos casos incide de forma directa en la capacidad de la persona para decidir un ámbito tan personalísimo como la vida sexual.¹⁰⁸²

Los límites a la intimidad personal y familiar están dados, en gran medida, por el conflicto que se produce entre esta y la libertad a la expresión. Aunque el grueso de lo que puede decirse a propósito de esto es idéntico a lo que la doctrina y la jurisprudencia

ECHANO BASALDÚA, Juan I., *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2002, p. 527. El rol del Tribunal Constitucional español fue clave en la configuración del nuevo derecho fundamental, especialmente a través de las SsTC 110/84 del 26 de Noviembre, BOE Nº 305; 254/93, BOE Nº 197 del 20 de Julio, y 292/2000 del 30 de Noviembre, BOE Nº 4 del 2001. Si bien la primera prácticamente se limitó a exponer el sentido del problema (de hecho esta sentencia mantiene la visión ya superada por la doctrina y la jurisprudencia de que los datos en sí mismos -individualmente considerados- no tienen relevancia para la intimidad personal o familiar), la tercera resolución entregó la diferenciación entre el nuevo derecho fundamental del que fuera su origen, la intimidad, al disponer que “[...] la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran”. La segunda sentencia en tanto configuró la libertad informática, como “[...] el derecho frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama ‘la informática...’”

¹⁰⁸⁰ En la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana se habla del derecho a la autodeterminación informativa, más amplio que la libertad informática (y a partir del que ésta encuentra su construcción conceptual), y entendida como “la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”. Véase al respecto ROMEO CASABONA, Carlos, *La intimidad...op.cit.*, p. 528; y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios...op.cit.*, p. 435; tratado como “derecho emergente” por GASCÓN MARCÉN, Ana, “El derecho a la protección de datos en Europa: actualidad y retos”, en GALINDO, Fernando (Ed.), *Ciencia del derecho y tecnologías. Aproximaciones de presente y futuro*, Zaragoza: Ed. Lefis, 2014, pp. 60 y ss.

¹⁰⁸¹ SSTC 37/1989, de 15 de febrero y 207/1996, de 16 de diciembre, fs. 4. En la primera, y a propósito de la figura penal de aborto, el TC exigió, para proceder a las pesquisas sobre el cuerpo de la mujer, los siguientes requisitos: a) autorización judicial previa; b) indicios racionales de culpabilidad de la persona afectada; y c) proporcionalidad de la medida a adoptar (fs. 7 -8).

¹⁰⁸² Existiría aquí un solapamiento entre la intimidad de carácter sexual y el derecho a la orientación sexual, que Espín Templado vincula con el derecho a contraer matrimonio, visto *supra*, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, *Los derechos...op.cit.*, p. 215.

estiman en el conflicto de la libertad de expresión y el derecho al honor,¹⁰⁸³ lo cierto es que existe una serie de matices propios a la intimidad, marcados por el TC, y que parten con la veracidad, que es paleativo de la intromisión en el caso del honor, pero presupuesto de la lesión tratándose de la intimidad.¹⁰⁸⁴

El elemento básico para legitimar una intromisión en la esfera de la intimidad personal y familiar lo constituye la relevancia pública del hecho divulgado, el que siendo verdadera, justifica la intromisión en pos de un interés público del asunto a informar.¹⁰⁸⁵ Por el contrario, el TC ha estimado que no son justificadas las publicaciones sobre la enfermedad del sida vinculadas a personas sin relevancia pública o sobre aspectos de la vida privada de personas que han sido víctimas de una violación.¹⁰⁸⁶ Por último, cada uno de los ámbitos específicos de la intimidad, o derechos programáticos, tiene sus propias limitaciones. A saber, la garantía de inviolabilidad del domicilio puede limitarse en algunos supuestos legítimos de entrada en el domicilio de las personas;¹⁰⁸⁷ el derecho al secreto de las comunicaciones se limita por la interceptación legítima de las comunicaciones;¹⁰⁸⁸ y finalmente el derecho a la protección de datos de carácter personal se limita por el uso legítimo de ciertos datos de carácter personal en determinadas circunstancias.¹⁰⁸⁹

1.3.2. Contenido de la intimidad (sexual) como bien jurídico penalmente protegido

¹⁰⁸³ No siendo un punto central de esta investigación, para los efectos véase, entre otros, PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de...op.cit.*, pp. 390 y ss.; GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*, Navarra: Ed. Civitas-Thmson Reuters, 2011, pp. 299 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, pp. 411 y ss.; CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios...op.cit.*, pp. 418-420; estos últimos consideran que la LO 1/1982, en su art. 7.3, considera por intromisión ilegítima la “[...] divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”, lo que implica una reducción innecesaria e incorrecta de la intimidad al honor, pues una intromisión a la primera exigiría un daño al segundo.

¹⁰⁸⁴ SSTC 197/1991, de 17 de octubre, fs. 2; y 115/2000, de 10 de mayo, fs. 7.

¹⁰⁸⁵ STC 1997/1991, de 17 de octubre, fs. 2.

¹⁰⁸⁶ SSTC 20/1992, de 14 de febrero y 185/2002, de 14 de octubre.

¹⁰⁸⁷ En los casos en que haya consentimiento del titular; con la existencia de una resolución judicial que lo autorice (cumpliendo varias exigencias); en los casos de delito flagrante; estado de necesidad (vid. SSTC 341/1993 y 22/1984); además del estado de excepción o estado de sitio (art. 55.1) y casos de investigaciones a bandas armadas o actos terroristas (art. 55.2) consagrados ambos en la CE.

¹⁰⁸⁸ Lo que se puede realizar cumpliéndose los siguientes requisitos: Existencia de mandamiento judicial autorizándola; motivación de la decisión judicial; observancia del principio de proporcionalidad; y limitación en el tiempo. Vid. SSTC 86/1995 y 54/1996.

¹⁰⁸⁹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, pp. 416-417; GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M^a Victoria, *Derechos...op.cit.*, p. 244.

Los delitos contra la intimidad (a secas) están contenidos en el Título X del CP, bajo la rúbrica “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”,¹⁰⁹⁰ y su protección es inédita en la codificación penal española (salvo una referencia en la reforma del Código penal anterior en el año 1984, a propósito de las escuchas telefónicas). MUÑOZ CONDE valora este reconocimiento expreso, no obstante en su opinión, el afán del legislador por darle una protección a la intimidad mayor que la tenida hasta 1995, otorga una normativa casuística y excesivamente prolija.¹⁰⁹¹ Este devenir negativo se acentúa con la reforma de la LO 1/2015.¹⁰⁹²

Lo que podría parecer como un conjunto de delitos de tres tipos distintos (contra la intimidad, contra la propia imagen y contra la inviolabilidad del domicilio) en realidad, como indica CORCOY BIDASOLO, se trata sólo de dos grupos: aquellos que atentan contra la intimidad y aquellos que atentan contra la inviolabilidad del domicilio. No existen delitos en este Título que atenten únicamente contra la propia imagen, en sentido estricto, sino más bien formando parte de la intimidad.¹⁰⁹³

¹⁰⁹⁰ ANARTE BORRALLA, Enrique; y DOVAL PAIS, Antonio, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I). Delitos contra la intimidad y los datos personales”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010, pp. 441-442; también SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de...op.cit.*, p. 196.

¹⁰⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 271; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 284 también la asume como positiva pero en comparación al honor, toda vez que la protección de este último está principalmente relegada al ámbito civil, mientras que el legislador penal ha optado, desde el Código de 1995, por proteger fuertemente la intimidad, debido a la mayor relatividad del bien jurídico, si se compara con el honor, y su referencia a la personalidad y, también, a la seguridad; críticos con la forma de regular la protección del derecho a la intimidad a través de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...op.cit.*, p. 279, al entenderlos tipificados de una forma realmente complicada, con algún artículo interminable y de difícil comprensión, que desembocaría en una vulneración al principio de culpabilidad (el autor se refiere a la desproporcionalidad de las penas, aunque esto podría afectar directamente el principio de proporcionalidad) y en una inseguridad jurídica.

¹⁰⁹² COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Nuevas conductas...op.cit.*, pp. 663-665; MORALES PRATS, Fermín, *La reforma...op.cit.*, pp. 460-462; CASTELLÓ NICÁS, Nuria, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 487 y ss.

¹⁰⁹³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal...op.cit.*, p. 263; coincide GONZÁLEZ RUZ, Juan J., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, Madrid: Ed. Dykinson, 2005, pp. 341-342; CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 181 y ss.; cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Descubrimiento, revelación de secretos e interceptaciones ilegales”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Madrid: Ed. Tecnos, 2010, p. 240, que entiende que sí se protege la imagen, por expresa disposición del art. 197.1, y que el bien jurídico protegido sería la libertad de expresión corporal, con lo que debería entenderse que rechaza, o relega a un segundo plano, la intimidad como bien jurídico en esta disposición; NIETO MARTÍN, Adán, en ARROYO ZAPATERO, Luis et al (Dirs.), *Comentarios al código penal*, Madrid: Ed. Iustel, 2007, pp. 471-472 estima que sólo la

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria reconocen dos dimensiones del concepto de intimidad como bien jurídico: Una negativa, consistente en el reconocimiento de un ámbito reservado de la vida privada del individuo frente a las injerencias de terceros con sus actos, necesario para el libre desarrollo de la personalidad del mismo;¹⁰⁹⁴ y una positiva, que consiste en el reconocimiento de un derecho a controlar la información y los datos de la propia persona o de su familia, para que puedan ser usados sólo bajo la voluntad de su titular.¹⁰⁹⁵ Esto último se relaciona con la libertad informática.

Para GONZÁLEZ RUS, la intimidad, vista como se ha expuestas en las líneas precedentes, parece un verdadero presupuesto de la seguridad personal, ya que para sentirse segura, la persona debería saber que existe un ámbito de su vida que escapa al control de terceros o del mismo Estado, y al que no tendrán acceso mas de los que la misma persona decida.¹⁰⁹⁶ Agrega CORCOY BIDASOLO que la intimidad como bien jurídico no sólo está penalmente protegida en el Título X, sino que existe una serie de delitos a lo largo del CP que secundariamente le otorgan resguardo, como por ejemplo los arts. 413 a 417, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos cometida por funcionario público; los arts. 278 a 280, sobre la violación de secretos empresariales; o la propia figura de violación de domicilio cuando esta es cometida por funcionarios públicos, que no está contenida en el Título X sino en el V, particularmente el art. 534.¹⁰⁹⁷

El contenido de la intimidad como bien jurídico está dado por la faz negativa recién vista. Esta se sustancia en el espacio o esfera que tiene todo individuo a salvo del conocimiento ajeno, y en el que se contienen imágenes, videos, datos, etc., delimitada por la voluntad del sujeto, a diferencia de la gran mayoría de los bienes jurídicos. Es decir, el individuo subjetivamente determina que es lo que pertenece a su esfera privada y que no.

intimidad es el bien jurídico protegido en el Título X, y que la propia imagen se protege penalmente sólo cuando está unido a la intimidad, y como parte de ella.

¹⁰⁹⁴ “Aquella parcela de la personalidad que su titular puede mantener legítimamente al margen del conocimiento público”, llamada *ius solitudinis*, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 283.

¹⁰⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 270-271; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal...op.cit.*, p. 264; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.), *Código penal...op.cit.*, p. 753; NIETO MARTÍN, Adán, en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al* (Dirs.), *Comentarios...op.cit.*, p. 471.

¹⁰⁹⁶ GONZÁLEZ RUZ, Juan J., *Delitos contra...op.cit.*, p. 342.

¹⁰⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 243-244; CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 181 y ss.

Como consecuencia inmediata y trascendente de esto, GONZÁLEZ RUS estima que “[...] donde no haya un acto o una manifestación de voluntad explícita de la que se derive el carácter reservado del conocimiento al que va referido, podría considerarse que hay una autorización tácita a que los terceros accedan a la información y una proclamación de su carácter no reservado y no integrante del contenido de la intimidad”. De esta afirmación se derivan dos consecuencias, según el autor. Primero, que habría violación a la intimidad si existen barreras de protección o medidas de autodefensa; y segundo, que no importa la trascendencia o importancia de lo que se contenga en ese espacio de intimidad, sean datos, información, imágenes, etc. Es decir, no importa el valor objetivo de lo protegido, si es que se tiene la finalidad subjetiva de protegerlo. Aunque la redacción del tipo penal habla de “los secretos” y “la intimidad”, la doctrina parece conteste en que ambos estarían protegidos, exista o no una separación conceptual.¹⁰⁹⁸

En concreto, tanto la faz negativa tradicional, como la positiva moderna de la intimidad, encuentran sustento y protección penal en el CP, principalmente en el art. 197. En el N°1 se sancionan las intromisiones ajenas en el ámbito privado del sujeto pasivo, mientras que en el N°2, lo punible es apoderarse, utilizar o modificar datos reservados personales o familiares, recogidos de bancos de datos –informáticos o análogos- públicos o privados,¹⁰⁹⁹ todas bajo el prisma del principio de intervención mínima y de fragmentariedad, al punirse sólo las formas más graves de lesión a la intimidad.¹¹⁰⁰ En ambos casos las penas se agravarán, según dispone el N°5, cuando la

¹⁰⁹⁸ GONZÁLEZ RUZ, Juan J., *Delitos contra...op.cit.*, pp. 344-345; por todos, MORALES PRATS, Fermín, “Internet: riesgo para la intimidad” en AAVV, *Cuadernos de derecho judicial. Internet y derecho penal*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 75 y ss.; sobre intimidad y secreto, ANARTE BORRALLA, Enrique; y DOVAL PAIS, Antonio, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 443-444; cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 269, para quien el secreto implica “[...] la voluntad de una persona de que no sean conocidos determinados hechos que sólo son conocidos por ella o por un círculo reducido de personas, es decir, que puedan que pueden ser calificados de *secretos*” (cursivas del original), mientras que por intimidad entiende “[...] el derecho de la persona a controlar cualquier información o hecho que afecte a su vida privada”; vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; y SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, “Delitos contra la libertad sexual”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I Arts. 1 al 318 bis*, 3ª edición con concordancias y jurisprudencia, Barcelona: Ed. Bosch, 2012, p. 753, agrega que la mención al “secreto” en el tipo penal es innecesaria, y sólo complica la interpretación del mismo; la STS 666/2006, de 19 de junio, estima que “[...] la idea de secreto en el art. 197.1 del Código Penal resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad”.

¹⁰⁹⁹ GONZÁLEZ RUZ, Juan J., *Delitos contra...op.cit.*, p. 344; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 292-293.

¹¹⁰⁰ ANARTE BORRALLA, Enrique; y DOVAL PAIS, Antonio, *Delitos contra...op.cit.*, p. 445; CARBONELL MATEU, Juan C.; y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Torturas y otros...op.cit.*, p. 323 y ss.; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en LAMARCA PÉREZ, Carmen *et al*, *Derecho penal. Parte especial*, 6ª

víctima fuera menor de edad los hechos afectaran la vida sexual de la víctima, entre otras causales. Debemos agregar el N°7, de reciente data, especialmente importante para subsumir algunas hipótesis de *sexting*, como también las disosiciones agregadas por la LO 1/2015 (art. 197 bis y siguientes) y las del Capítulo II del Título X, es decir, el allanamiento de morada (art. 202),¹¹⁰¹ el allanamiento de domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (art. 203) y el tipo agravado de los anteriores en razón del sujeto activo, cuando este sea funcionario público sin mediar causa legal por delito (art. 204).¹¹⁰²

En resumen, al concepto tradicional y básico de carácter negativo de la intimidad, merced de las nuevas tecnologías imperantes en la sociedad del riesgo, se le ha agregado una faz positiva, configurándose una moderna visión de la intimidad como bien jurídico protegido, más completa, y que incorpora la facultad de conocer y controlar la información que los demás poseen sobre la persona, incluyendo esto el ámbito de la sexualidad humana, quizás el que mejor define la intimidad.¹¹⁰³

edición, Madrid: Ed. Colex, 2011, pp. 183 y ss.; GÓMEZ NAVAJAS, Justa, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. (Dirs.), *Derecho penal parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra las personas*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 333 y ss.; para POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Descubrimiento, revelación de secretos e interceptaciones ilegales”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones...op.cit.*, p. 231, “[...] los tipos de descubrimiento y revelación de secretos tutelan el derecho a la reserva e intimidad personales, dimensiones de la libertad de la persona que expresan la facultad de exclusión del acceso ajeno al conocimiento de hechos, circunstancias o datos privativos que constan en algún soporte y afectan a la privacidad de su titular” (llama la atención que se refiera a una manifestación de libertad y no intimidad); para SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de...op.cit.*, p. 202, es la inviolabilidad domiciliaria.

¹¹⁰¹ Cuyo bien jurídico particular, para MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 286, sería la intimidad de la morada, que más que ser una concreción del art. 18.2 de la CE, emana del art. 18.1 de la norma constitucional, “[...] en el que debe incluirse el derecho a la intimidad de la morada, que es un elemento común tanto al tipo básico, como al cualificado...”; cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Descubrimiento...op.cit.*, p. 255, quien entiende que lo protegido aquí es la libertad de reserva espacial y exclusión de terceros, que derivan del derecho constitucionalmente reconocido en el art. 18.2, o como luego le llama, libertad personal localizada en el ámbito espacial de la mora, Ídem, p. 259; CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 181 y ss., indica que lo protegido es simplemente la inviolabilidad del domicilio, tanto en personas naturales como jurídicas; en tal sentido, también MIMBRERA TORRES, Eva, *Delitos...op.cit.*, p. 441; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; y SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, “Delitos contra la libertad sexual”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I Arts. 1 al 318 bis*, 3ª edición con concordancias y jurisprudencia, Barcelona: Ed. Bosch, 2012, pp. 766-767., estima que es la intimidad domiciliaria.

¹¹⁰² GONZÁLEZ RUZ, Juan J., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (II). Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, Ed. Dykinson: Madrid, 2005, p. 240; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 270.

¹¹⁰³ GONZÁLEZ RUZ, Juan J., *Delitos contra...op.cit.*, p. 342; y reconocida por el Supremo a través de las SSTs 134/1999 de 15 de julio y 144/1999 de 22 de julio.

1.4. LA DIGNIDAD DEL MENOR DE EDAD: SU ROL COMO FUENTE DE BIENES JURÍDICOS

Contrario a lo que se podría pensar, la dignidad humana apareció en los textos constitucionales en la segunda mitad del siglo pasado, como consecuencia de algunos hechos que marcaron a la comunidad internacional de la época. Entre estos la Segunda Guerra Mundial, el proceso de descolonización y la influencia de ciertas doctrinas sociales, en forma particular la pontificia.¹¹⁰⁴ Este valor, inherente a la persona humana, requiere la aceptación de tres postulados. Primero, que todos los hombres y mujeres son iguales en dignidad; segundo, que hombres y mujeres conservan su dignidad hasta el momento de su muerte; y tercero, que la dignidad es intocable, no pudiendo sustraérsele al individuo, reconocidos en general en el Derecho comparado e internacional.¹¹⁰⁵

Luego, a nivel de precedentes internacionales,¹¹⁰⁶ la dignidad humana es considerada como “[...] principio ordenador básico desde la perspectiva de los bienes jurídicos globales. Se trata de un postulado transversal a todo el derecho internacional”.¹¹⁰⁷ Es ineludible comenzar con la DUDH,¹¹⁰⁸ cuyo artículo 1, que señala “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, se ha convertido en fuente esencial de los sistemas de derechos fundamentales de las constituciones modernas.¹¹⁰⁹ Unas décadas después de la DUDH, el PIDCYP, de 19

¹¹⁰⁴ DE ESTEBAN ALONSO, Jorge; y GONZÁLEZ-TEVIJANO, Pedro, *Tratado de derecho constitucional II*, edición puesta al día por Ángel Sánchez Navarro, Arganda del Rey: Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 35; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, México: Ed. U. Nacional Autónoma de México, 2003, p. 3 y ss; MIRANDA, Jorge, *Manual de derecho constitucional*, Tomo IV, 2ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra Editora, 1993, pp. 166 y ss.

¹¹⁰⁵ DE ESTEBAN ALONSO, Jorge; y GONZÁLEZ-TEVIJANO, Pedro, *Tratado de...op.cit.*, p. 32.

¹¹⁰⁶ Para efectos del trabajo, sólo se considerará la dignidad en el alcance y marco que le da la Constitución española, omitiéndose, salvo excepciones, la opinión de los clásicos como Kant o contemporáneos como Robert Alexy.

¹¹⁰⁷ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, “Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional”, en ESPÓSITO, Carlos; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco (Eds.), *La protección de bienes jurídicos globales. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16 (2012)*, Madrid: Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: 2012, pp. 97-98.

¹¹⁰⁸ Este y otros instrumentos suscritos por España son importantes, entre otros motivos, sirven como criterio interpretativo de los derechos fundamentales, por mandato del art. 10.2 de la CE 1978, GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *La interpretación...op.cit.*, p. 250.

¹¹⁰⁹ El mismo cuerpo normativo incluye la dignidad humana en su preámbulo, al afirmar que “...la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; y en el art. 23.3, respecto a la remuneración equitativa para una vida conforme a la dignidad humana, tanto del sujeto como de su familia; de todas formas, Starck recuerda que antes de la DUDH, había sido reconocida por la

de diciembre de 1966, afirma en su art. 10 que los derechos allí reconocidos “[...] derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. Por último, y sin ánimo de exhaustividad, la CDFUE de diciembre de 2000, titula su primer epígrafe bajo el concepto “Dignidad”, consagrando en su art. 1 sobre la “dignidad humana” que esta es inviolable, y será respetada y protegida,¹¹¹⁰ lo que se concreta luego en la Constitución para la Unión Europea, que recoge la CDFUE, y en cuyo art. I-2 la dignidad se erige como un valor fundamental de la UE.¹¹¹¹ Sin embargo, y como con razón dice GARZÓN VALDÉS, “[...] la reiteración de formulaciones que, en principio, estaríamos dispuestos a aceptar sin mayor reflexión, no es garantía de una interpretación unánime uniforme”.¹¹¹²

La CE es la primera en la historia española moderna en recogerla en forma expresa.¹¹¹³ Sin embargo, y como ocurre con otros de los derechos o libertades vistos en este trabajo, la carta fundamental no contiene una definición de dignidad.¹¹¹⁴ Las

Constitución irlandesa de 1937, por la Constitución italiana de 1947 y por las constituciones de los *Länders* de Baviera, Hesse, Renania Palatinado y el Sarre, STARCK, Christian, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán”, traducción de Alberto Oehling de los Reyes, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008, p. 240; a la lista, Häberle agrega la Constitución de Weimar de 1919, que en su art. 5.1 adjetivaba la dignidad al establecer que “El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la intención de asegurar a todos una existencia digna del hombre...”, HÄBERLE, Peter, “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, traducción de Alberto Oehling de los Reyes, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Dignidad...op.cit.*, p. 177.

¹¹¹⁰ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Traducir...op.cit.*, p. 99, equipara esta protección a la que entrega la Constitución alemana –superior a la española–, pero sólo aparentemente, pues se diferencia en aspectos sistémicos y en el derecho a la tutela. Agrega que la STJUE de 14 de octubre de 2004 en el caso Omega (C-36/02) reconoce a los Estados miembros la facultad de defender concepciones diferentes de dignidad en el ámbito de la Unión Europea.

¹¹¹¹ Esa característica de fundamental o esencial es acogida por la Constitución alemana, que en su art. 79.3 excluye este valor de la posibilidad de ser reformado constitucionalmente; en Alemania la dignidad se ha considerado como norma fundacional básica del Estado, y está reconocida como derecho fundamental en el art. 1 de la Carta Magna, lo que deriva en importantes consecuencias respecto a su protección directa, a través del recurso de amparo, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Traducir...op.cit.*, p. 95.

¹¹¹² GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?”, en AAVV, *Derechos fundamentales y derecho penal*, Córdoba: Ed. INECIP, 2006, p. 21.

¹¹¹³ Bien recuerdan DE ESTEBAN ALONSO, Jorge; y GONZÁLEZ-TEVIJANO, Pedro, *Tratado de derecho constitucional II*, edición puesta al día por Ángel Sánchez Navarro, Arganda del Rey: Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 34, que en dos textos de la historia constitucional española pudo encontrarse una remisión a la dignidad humana. Se trató en primer lugar del Proyecto de Constitución de la Primera República, en cuyo art. 1 reconoce el derecho a la vida, la seguridad y a la dignidad de la vida; y en segundo de las Leyes Fundamentales franquistas, dos de las cuales –Fuero del Trabajo y Fuero de los Españoles– contenían referencias a la dignidad de la persona.

¹¹¹⁴ Elocuente Jiménez Campo al decir que dignidad es una “[...] palabra tan excesiva que sólo el silencio estaría a su altura...”, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Artículo 10.1”, en CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios...op.cit.*, p. 421.

dificultades para esta empresa son varias,¹¹¹⁵ como la óptica ideológica desde la que se mire el vocablo,¹¹¹⁶ el no ser un concepto absoluto, o las características espacio-temporales en que se busque entender la dignidad humana, inherente al ser humano pero mutable.¹¹¹⁷ GONZÁLEZ-TREVIJANO/ DE ESTEBAN ALONSO esbozan una definición, al entender por dignidad humana “[...] el respeto debido a toda persona, por encima de sus circunstancias propias, y que prohíbe cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus derechos fundamentales”.¹¹¹⁸ Otras definiciones en doctrina o jurisprudencia comparten elementos y características más o menos similares.¹¹¹⁹

Al respecto, compartimos la postura de STARCK, quien acierta al entender que el objetivo de esta discusión es llegar a un concepto jurídico-constitucional de la dignidad del hombre, y que a través de una interpretación sistemática de la

¹¹¹⁵ Un cierto resumen hace Hoerster, “[...] lo especial del concepto de dignidad humana es que no se trata [...] de un concepto descriptivo. La consecuencia de ello es que las controversias acerca de su aplicación necesariamente son controversias sobre evaluaciones morales que [...] son inaccesibles a decisiones científico-rationales”, y agrega “[...] el concepto de dignidad humana no es de naturaleza puramente normativa (como por ejemplo, los conceptos ‘legítimo’ e ‘inmoral’); tiene más bien un elemento descriptivo, es decir, que la persona por su propia naturaleza, en principio, es capaz de libre autodeterminación”, HOERSTER, Norbert, “Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde”, en *IuS*, 1983, Heft 2, pp. 93-96, citado y traducido en GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Cuál es...op.cit.*, p. 23.

¹¹¹⁶ Bien nos recuerda Starck que existe un concepto de dignidad cristiano, uno marxista, uno humanista-ilustrado, uno teórico sistemático y uno del behaviorismo, STARCK, Christian, *La dignidad...op.cit.*, p. 241.

¹¹¹⁷ Para Häberle la definición de dignidad, problema sumamente complejo tanto en el Derecho alemán como en España, tiene directa relación con una determinada visión cultural específica de la misma, lo que deriva en una dependencia a determinadas concepciones culturales –principalmente religiosas– sobre la dignidad, y de la retroalimentación con otros contextos culturales, HÄBERLE, Peter, *La dignidad...op.cit.*, p. 207, 211; a esto cabe agregar que las cláusulas generales a nivel de instrumentos internacionales, como es el caso de la dignidad humana, provoca serios problemas de traducción, en términos de la identidad de significados de formulaciones similares o idénticas en distintos países. Se evitan las lagunas de protección relativas a partir de la interpretación sistemática, partiendo desde las manifestaciones concretas de protección de cada cláusula general, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Traducir...op.cit.*, p. 95.

¹¹¹⁸ DE ESTEBAN ALONSO, Jorge; y GONZÁLEZ-TEVIJANO, Pedro, *Tratado de...op.cit.*, p. 36;

¹¹¹⁹ MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de derecho constitucional. Parte general*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007, p. 291, entiende por dignidad como “[...] la cualidad del ser humano de ser único e insustituible, de tener sustantividad social por sí mismo, y, en consecuencia, de ser valioso en sí mismo, por su condición humana, y ello con independencia de la adscripción política o la posición social; El TC lo ha entendido como “[...] el derecho de cada cual a determinar libremente su vida y a obtener el respeto correspondiente de los demás”, y agrega que es “[...] un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/1985 de 11 de abril, fs. 3, 8). GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Cuál es...op.cit.*, p. 24, también cree que la dignidad es un concepto vacío, sin embargo, cree que puede haber una salida, si se logra ofrecer criterios racionales de corrección moral, más allá de una fundamentación intersubjetiva, sería posible dotar de contenido al concepto de dignidad humana, a través de una vía negativa. Sobre lo mismo, Vid, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Notas sobre la filosofía del derecho alemán actual”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 235-264; en el mismo sentido crítico sobre el concepto de dignidad humana, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Artículo 10.1...op.cit.*, pp. 181-182.

Constitución, pueda identificarse que concepto filosófico de la dignidad del hombre sigue la norma máxima.¹¹²⁰

Esta falta de delimitación conceptual de la dignidad es óbice para otra determinación, la de su naturaleza jurídica. La Constitución no la incluye en el catálogo de derechos y libertades del Capítulo II, sino en el art. 10, lo que no permitiría darle la calidad de derecho fundamental autónomo,¹¹²¹ pero sí, y claramente, el de principio esencial y valor fundamental del ordenamiento jurídico y la democracia constitucional española.¹¹²²

El art. 10 se eleva a la categoría de fuente de todos los derechos, de modo que todos aquellos que la Constitución reconoce y garantiza contribuyen al desarrollo integral del ser humano (y de su dignidad).¹¹²³ FERNÁNDEZ SEGADO le otorga la calidad de parámetro, tanto para determinar el contenido como para interpretar los mencionados derechos fundamentales, mandando para tal a todos los operadores del ordenamiento jurídico.¹¹²⁴ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ estima que la dignidad actúa como un traductor universal en materia de derechos fundamentales, pues, como ha demostrado la práctica, todos los derechos pueden considerarse como formas de proyección de la dignidad.¹¹²⁵ El TC ha reconocido esta calidad de fuente o “germen”

¹¹²⁰ STARCK, Christian, *La dignidad...op.cit.*, p. 241; de la misma forma lo entiende Häberle, a propósito de la Ley Fundamental alemana, al referirse a la dignidad del ser humano “[...] en el sentido de la Constitución”, que permite su interpretación y perfeccionamiento interpretando el texto de la Constitución, a través del contexto cultural, merced los problemas semánticos del concepto, HÄBERLE, Peter, *La dignidad...op.cit.*, p. 200.

¹¹²¹ Lo que si ocurre en el Derecho alemán, como se acaba de señalar; Vid., también DE ESTEBAN ALONSO, Jorge; y GONZÁLEZ-TEVIJANO, Pedro, *Tratado de...op.cit.*, p. 36.

¹¹²² MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de...op.cit.*, pp. 290-291; La STC 53/1985 de 11 de abril lo manifiesta con las siguientes palabras, “Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se haya íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona”. En la misma línea, la STC 20/1995 de 15 de febrero.

¹¹²³ GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M^a Victoria, *Derechos...op.cit.*, p. 128.

¹¹²⁴ La STC 13/1994 expresa esta idea de la siguiente forma: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”. Prosigue: “De este tenor literal del precepto se extrae inmediatamente que los poderes públicos españoles se hallan vinculados <<ad intra>> por los derechos fundamentales en tanto en cuanto esté en juego el <<contenido esencial>> de los mismos[...]”.

¹¹²⁵ Agrega el autor que “[...] si la protección frente a una determinada injerencia en los derechos se considera en un ordenamiento vinculado a la garantía de la dignidad de la persona, resultado secundario el derecho que en concreto la brinde; en cualquier otro ordenamiento constitucional (basado por hipótesis en la dignidad de la persona), y frente a un acto similar, la propia dignidad seguirá exigiendo dicha protección, aunque haya de buscarse para ella la conexión con un derecho diferente”, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Traducir...op.cit.*, p. 100.

de los derechos fundamentales de la dignidad, “[...] el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”,¹¹²⁶ materializándose en los principios de libertad e igualdad, de forma que cada derecho fundamental supone la concreción de alguno de estos criterios.¹¹²⁷

La consecuencia de todo lo anterior, tanto de la falta de un concepto claro de dignidad humana como de la consideración de fuente de otros derechos, es que mal puede considerarse un bien jurídico protegido por el Derecho penal algo sin un contenido medianamente claro y que en sí mismo no se concreta, sino que lo hace a través de otros derechos o libertades.¹¹²⁸ La dignidad es el presupuesto de la libertad y la igualdad, y por tanto presupuesto último de la libertad, la intimidad o la indemnidad sexuales, bienes jurídicos que parecieran concretos y tangibles, en cierto sentido medibles – sobre todo el último - en cuanto al daño o peligro que se les pueda producir, y en esa condición opciones válidas para ser consideradas como objetos protegibles por las conductas en estudio.¹¹²⁹ A pesar de esto, POLAINO NAVARRETE, décadas atrás,

¹¹²⁶ STC 53/1985 de 11 de abril, fs. 3; también llamada un “[...] *minimum* invulnerable que todo estatuto debe asegurar”, STC 120/1990 de 27 de junio, fs. 4.

¹¹²⁷ GARCÍA-ATANCE y GARCÍA DE MORA, M^a Victoria, *Derechos...op.cit.*, p. 126. Esto es producto de un “[...] proceso de secularización, en el que de un concepto teológico de libertad y dignidad, sujeto a aspectos menos terrenales, se pasa a un concepto más terrenal, cuya relación de afinidad estructural se observa, por una parte, en la acentuación de la posición del individuo respecto a Dios, y por otra, respecto a la autoridad temporal de la comunidad”, concluyendo que el concepto moderno de dignidad tiene tanto una base y origen en concepciones cristianas como en filosofías racional-humanistas, STARCK, Christian, *La dignidad...op.cit.*, p. 243.

¹¹²⁸ Cuestión similar ocurría con el desechado bien jurídico de la honestidad sexual, que, para Monge Fernández, era un concepto abstracto, genérico, relacional y formal, “[...] que se convertía en una rúbrica en abstracto, en una categoría jurídico-formal descriptiva de cierto contenido sustancial, pero sin incorporar en sí mismo tal contenido”. Es un criterio útil para encuadrar legislativamente una serie de bienes jurídicos de diverso contenido y alcance, con elementos comunes entre sí, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos...op.cit.*, p. 31. Partidario de la dignidad como bien jurídico protegido, en general para todas las figuras de acoso, HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, pp. 279-280, al entender el agresor penetra en la vida de la víctima acosándola con su presencia y continua vigilancia. Sin embargo, es una posición que no se comparte, pues el mismo autor reconoce luego que las conductas acosatorias van más allá del daño a la dignidad, sino que, al crearse una sensación de peligro, se afecta la libertad y la seguridad. Con esto, entendemos, se replica la idea sostenida de que la dignidad es fuente de bienes jurídicos, mas no un bien jurídico penal en sí misma.

¹¹²⁹ “Los derechos fundamentales desempeñan una doble función. En el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cuál su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”, PÉREZ LUÑO, Enrique, *Los derechos...op.cit.*, p. 25. También se reconoce este doble rol en la STC 53/1985, que establece que en su faz objetiva los derechos fundamentales son los “[...] componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran”, SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, *La Constitución española comentada*, 23^a edición actualizada, Madrid: Ed. Thomson Paraninfo, 2005, pp. 70-71; “[...] la dogmática jurídico-penal hace tiempo que ha abandonado la primitiva concepción conforme a la que el objeto de protección del derecho penal serían los bienes subjetivos del individuo o del Estado, y que hoy es de hecho unánime la opinión de que el Derecho penal protege únicamente bienes jurídicos y no derechos subjetivos”, Díez Ripollés, José L.; Gracia Martín, Luis; y

consideraba que en el ámbito de los delitos sexuales existían delitos que protegían la dignidad humana a través de manifestaciones de explotación sexual. Son los casos de los delitos de proxenetismo, en los casos del antiguo art. 452 bis d), y del rufianismo, del art. 452 bis c), caso este último en que el delincuente era puesto al nivel de vagos y maleantes.¹¹³⁰

HÄBERLE resume esta idea al entender la dignidad en dos fases. En una primera, similar a lo que se ha conocido aquí como dignidad-valor, el autor alemán reconoce un “bien jurídico constitucional”, mientras que una segunda fase, cercana a lo que aquí se plantea como derechos fundamentales concretos derivados de la dignidad, es la de “ejemplos práctico-jurídicos”, todo en el marco de un Estado constitucional, desde donde se debe respetar y proteger al hombre.¹¹³¹

Para reafirmar la postura de que la dignidad humana no es un bien jurídico individualmente protegido, sino la fuente de otros específicamente concretizables, DÍEZ RIPOLLÉS entiende que esta institución dogmática es un instrumento que permite realizar la tarea de concretar los presupuestos esenciales para la convivencia en una sociedad plural, de modo que sea accesible para los mecanismos propios del Derecho penal. Agrega el autor que “[...] difícilmente podrá este realizar su labor protectora si no se logra descomponer a esos requisitos en un catálogo más o menos preciso de bienes que posean las cualidades necesarias para poder estructurar en torno a ellos unos tipos penales que garantice la punición de las conductas que más gravemente los lesionan o ponen en peligro”.¹¹³²

LAURENZO COPELLO, Patricia; *Comentarios al código penal. Parte especial I. Título I a VI y faltas correspondientes*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1997, p. 27.

¹¹³⁰ Le eran aplicadas, además de las penas, medidas de seguridad establecidas justamente en la Ley de vagos y maleantes, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 117.

¹¹³¹ HÄBERLE, Peter, *La dignidad...op.cit.*, pp. 236-237.

¹¹³² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual*, Barcelona: Ed. Bosch, 1981, p. 103; para ORTS BERENGUER, Enrique; Y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 18, es razonable la vinculación, pues la dignidad humana, faltando la libertad del sujeto, termina, como mínimo, “mal parada”. Por lo mismo no les extraña que en las discusiones sobre el bien jurídico en los delitos sexuales se aluda constantemente a la dignidad como bien mediatamente protegido, por ejemplo en el delito de violación.

2. BIENES JURÍDICOS DE CARÁCTER COLECTIVO O SUPRAINDIVIDUAL HISTÓRICAMENTE ASOCIADOS A LOS DELITOS SEXUALES

A diferencia de otro tipo de delitos, como aquellos que protegen la vida humana independiente, en los delitos sexuales la evolución histórica de los bienes jurídicos protegidos parte de una serie de intereses colectivos para, sobre todo a fines del siglo XX, ser complementados o bien mutar en bienes de carácter individual, como los vistos en los párrafos precedentes. Por lo mismo, la existencia de bienes jurídicos colectivos protegidos por el legislador en el Derecho penal sexual, ha estado presente durante décadas o siglos.

Las constante reformas a los delitos sexuales vistas hasta ahora, parecen reflejar una serie de premisas por parte del legislador: intolerancia a los riesgos, excesiva protección de grupos vulnerables, adelantamiento de las barreras de protección penal, etc. Sin embargo, también parecen existir otros motivos o finalidades más cuestionables que los anteriores, principalmente una indisimulada función de promoción de ciertos valores morales o políticamente correctos, o sea, la protección de una determina forma de realizar las conductas sexuales.¹¹³³

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, por ejemplo, que modificó los delitos relativos a la prostitución, no lo hizo pensando en proteger únicamente valores individuales como la libertad sexual, sino también con la idea de censurar ciertos comportamientos que eran dependientes de la prostitución. Esto reflejaría, para SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, la intención del legislador de imponer una determinada moral sexual colectiva,¹¹³⁴ lo que es apreciable también en las reformas de 2015.¹¹³⁵

El escenario penal actual casi no discute la existencia de bienes jurídicos distintos a los individuales, más allá de quienes siguen rechazando la protección de bienes jurídicos como función del Derecho penal.¹¹³⁶ En lo que no existe consenso es en las exigencias que debe tener un determinado valor para cumplir con los parámetros de

¹¹³³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007, p. 260.

¹¹³⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, pp. 263, 267-269.

¹¹³⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Estudio preliminar...op.cit.*, p. 56; TAMARIT SUMALLA, Josep, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 430-431.

¹¹³⁶ Vid., SCHÜNEMANN, Bernd, *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, Bogotá: Ed. U. Externado de Colombia, 2007, pp. 21-23.

legitimidad, así como también en los criterios de distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos.

El Derecho penal sexual debe ser uno de los feudos en que tal división ha sido más difícil de establecer, lo mismo su legitimación. En la actualidad mantiene una protección centrada en los bienes jurídicos individuales -en especial a la libertad e indemnidad sexuales-, y de forma complementaria a bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. A la habitual referencia a bienes de su cariz únicamente moralizante, la doctrina ha dado cabida a otros contemporáneos, pero de límites aun difusos, como la protección de la infancia y adolescencia o la seguridad pública, cuya constitucionalidad es discutible.¹¹³⁷

En un Estado social y democrático de Derecho, es ineludible la relación del bien jurídico y la realidad social, pues más allá de la definición que se tome sobre esta institución, termina siempre siendo un producto de los procesos interactivos particulares y colectivos que se dan en el marco de la sociedad. Por eso BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE los consideran “[...] relaciones sociales concretas...relaciones entre personas, las que adquieren significación de bien jurídico en cuanto son confirmadas por la norma”.¹¹³⁸

Si bien en el centro de esta relación está la persona humana, y el Estado lleva adelante una política criminal que satisface necesidades humanas, lo cierto es que en los últimos años, a pesar de los lineamientos al respecto de BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, el Derecho penal ha dado espacio para proteger necesidades de carácter social. Esto ha hecho que las normas jurídico-penales no sólo protejan a la persona, individualmente considerada, sino también a organizaciones e intereses colectivos (por ejemplo, los consumidores).

A continuación, revisaremos críticamente los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que han estado asociados, en forma histórica, a los delitos sexuales.

2.1. LA (ERRÓNEA Y DESMEDIDA) INCLINACIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL A PROTEGER LA MORAL SEXUAL

¹¹³⁷ Por todos, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, 2ª edición actualizada, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, pp. 142 y ss.; en el mismo sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis...op.cit.*, pp. 175-189.

¹¹³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Ed. Trotta, 2006, p. 72.

Es necesario aclarar, en primer término, que no se tomarán todos los aspectos del tema “moral”, por ser amplio en extremo, sino solo lo concerniente a la moral sexual, en especial en el ámbito de menores de edad.

Los delitos contra la moral sexual como bien jurídico protegido han variado notoriamente en distintos periodos de la evolución humana. En Roma, por ejemplo, el legislador se mantuvo alejado de castigar conductas contra la moral sexual o la honestidad salvo que afectaran los intereses políticos del Imperio. Se crearon ciertos delitos como el incesto o el adulterio, pero más por razones demográficas que morales. Siglos después, el Derecho canónico, con la idea del matrimonio como sacramento, persiguió situaciones que no habían sido consideradas ilícitas penales, como el amancebamiento o la prostitución, mezclando la idea de pecado con la de delito. Por lo mismo, delitos contra la honestidad o la moral se confundieron con delitos religiosos, toda vez que la moral protegida era la moral cristiana, excluyendo otras como la musulmana o la judía. La ilustración trajo nuevos bríos al respecto, secularizando muchos de estos delitos, pero siglos más tarde, los más duros momento de la historia civil española los trajeron nuevamente al ruedo.¹¹³⁹

La inclusión de este bien jurídico en la discusión sobre los delitos sexuales en el siglo pasado tiene un claro tinte histórico-político, con una especificidad propia de España, que encuentra su raíz en el régimen nacional-catolicista y el papel que jugó la Iglesia Católica en la época franquista. La política criminal de la época recibió la influencia directa de una represión moralizante, marcada por la idea del pecado y el papel secundario de la mujer en la sociedad,¹¹⁴⁰ una doble moral y una cultura victoriana, dispuesta sobre todo a defender el valor de la honestidad,¹¹⁴¹ en especial en la familia y el matrimonio.¹¹⁴²

CANCIÓ MELIÁ, en elocuentes palabras, afirma que antes del advenimiento de la libertad sexual como bien jurídico consagrado por el legislador, lo protegido era la moral sexual, que califica de colectiva y asimétrica, “[...] orientada hacia la atribución

¹¹³⁹ SAINZ GUERRA, Juan, *La evolución del derecho penal en España*, Jaén: Ed. Universidad de Jaén, 2004, pp. 665 y ss.

¹¹⁴⁰ Algunas notas históricas sobre el tema en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 581-585.

¹¹⁴¹ Sobre la inconveniencia de utilizar el concepto de honestidad como bien jurídico, por la posibilidad de confundirla con la honestidad en sentido religioso, CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Barcelona: Ed. Bosch, 1980, p. 582.

¹¹⁴² CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 139.

de la esfera sexual de determinadas mujeres al ámbito patriarcal de determinados hombres (*honestidad*), absolutizadora del coito heterosexual (yacimiento) y de roles sexuales diferenciados (en perjuicio de la capacidad de la mujer para autodeterminarse en este contexto)”, resumida en una frase categórica: un Derecho penal sexual *patriarcal*.¹¹⁴³

El contexto valorativo del comportamiento sexual de los individuos en que se dan los bienes jurídicos de la libertad e indemnidades sexuales es llamado por MUÑOZ CONDE moral sexual.¹¹⁴⁴ Por esta entiende “[...] aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas”,¹¹⁴⁵ y “[...] que pretende una integración de la sexualidad, cocreadora decisiva de nuestra sociedad, en la vida social, en el nivel cultural de la época”.¹¹⁴⁶ Su naturaleza estaría dada por la concretización del concepto de honestidad, fuertemente criticado por su falta de contenido sustancial,¹¹⁴⁷ en la que habría dos esferas ético-morales merecedoras de protección penal. Estas son la moral sexual individual y la moral sexual colectiva (se incluye aquí la moral sexual matrimonial). En los delitos que atentan contra el primer ámbito, la característica central es la voluntad del sujeto pasivo contraria a un acto determinado, en la que se refleja un ataque a un orden moral libremente aceptado por este y garantizado por la ley. En el segundo ámbito, la característica está en la tutela de la moral sexual pública, con independencia de quienes realizan las conductas delictivas.¹¹⁴⁸

JÄGER estima que el concepto de moral pública se hace a partir de la idea de moral privada, pues a partir de muchas convicciones morales individuales se forma una moralidad, que es una convicción de carácter colectivo, supraindividual. Esta base

¹¹⁴³ El elemento de asimetría, según el autor, está dada por la valoración que hace el legislador de la relación hombre-mujer -los delitos sexuales los cometen los hombres contra las mujeres-, que si bien tiene un claro sustrato fáctico, no responde en términos normativos a la realidad social, que ha dado, al menos en las sociedades más desarrolladas, un mayor igualdad de géneros, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, pp. 359-360. (Las cursivas y paréntesis pertenecen al autor citado).

¹¹⁴⁴ La doctrina tiende a hacer sinónimos los conceptos de moral y honestidad sexuales, por todos, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 36, especialmente nota N° 34.

¹¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 221. Sin embargo, esto no quiere decir que el autor entienda la moral sexual como el bien jurídico protegido de los delitos sexuales, pues esto conlleva el peligro de transformar al Derecho penal en un instrumento ideológico contrario a los valores propios de una sociedad pluralista y democrática.

¹¹⁴⁶ Díez RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas provocadoras (la frontera del derecho penal sexual)*, Barcelona: Ed. Bosch, 1982, p. 11.

¹¹⁴⁷ Vid., al respecto especialmente POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 21 y ss.

¹¹⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 32-33 (quien además se remite a RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal español, parte especial*, 5ª edición, Madrid: Ed. Rodríguez Devesa, 1973, pp. 73 y ss.).

individual sin embargo producirá una constante mutación en su contenido, y una cantidad limitada de normas fijas, por la imposibilidad de que en un conjunto de pautas individuales, todas sean aceptadas sin objeción. No obstante, sostiene el autor, la moral sexual no tiene relación directa con los conceptos de moral y moralidad, toda vez que estos últimos parten de la base de sentimientos y convicciones personales, internos, mientras que la moral sexual está contenida por caracteres externos, semejante a lo que ocurre con la costumbre. De ahí el trasvase habitual entre moral sexual y ordenamiento jurídico-penal, donde en aquella conviven una serie de representaciones ordinamentales que se retrotraen a costumbres, tabúes, pautas religiosas o incluso tendencias instintivas, que terminan sustantivizando normas jurídico-penales, que buscan preservar aquellas reglas, con cierta independencia del atributo moral que cada individuo le de. Lo que hace el Derecho penal es una valoración legal de la sexualidad, no una moral sexual propia.¹¹⁴⁹

Como bien indica CARUSO FONTÁN, la moral sexual es casi incompatible con las modernas teorías sobre el bien jurídico, salvo con una teoría espiritualista, al atender esta a una concepción ético-individual del interés penalmente protegido, asociando el delito al mundo de lo valorativo en vez de lo social. Lo central de esta teoría es la relación desvalorativa que supone el delito en el mundo de lo sociocultural, concretizado en el Derecho.¹¹⁵⁰ Usualmente se han entendido comprendidos dentro del Derecho penal sexual delitos contra el pudor individual, delitos contra la moral familiar, delitos contra la moral social y delitos contra las buenas costumbres.¹¹⁵¹ Mientras el primer ámbito es ajeno al bien jurídico en estudio, los restantes pueden ser reconducidos a uno solo, la moral sexual.

Las buenas costumbres, por su parte, atienden más a una faz operativa externa que al sentimentalismo cercano a la moralidad. Esta última apunta al sentimiento ético de la sociedad en relación a los fenómenos sexuales, mientras las buenas costumbres se constituyen por actos de la comunidad en relación a los mismos fenómenos,

¹¹⁴⁹ JÄGER, Herbet, *Strafgesetzgebung und rechtsgüterschutz bei sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart: Ed. Ferdinand Enke Verlag, 1957, pp. 29-33, citado en DIEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo...op.cit.*, pp. 12-13. Valoración con un fuerte respaldo público, que se daba en la moral sexual como en el presente se da con la vida sana o el temor frente a las drogas, por ejemplo, y que demuestra lo influenciado o “poco asépticos” de los bienes jurídicos universales, HASSEMER, Winfried, “Teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, N° 45 a 48, año 12, 1989, p. 284.

¹¹⁵⁰ CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.*, pp. 91-92, quien se opone a la utilización de la moral sexual como bien jurídico, contradiciendo varias de las ideas de Muñoz Conde recién vistas.

¹¹⁵¹ Por todos, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 38.

externamente considerados. La moralidad pública constituye el aspecto interior, mientras que las buenas costumbres el exterior de una misma realidad social.¹¹⁵²

De todas formas, y tal como lo ha entendido el Tribunal Supremo a propósito del delito de escándalo público, las buenas costumbres y la moral pública son conceptos que hacen referencia a una pluralidad (un conjunto de costumbres y un conjunto de pautas morales), cuyo elemento esencial es que constituyen un patrimonio moral social.¹¹⁵³ Las buenas costumbres, que han sido entendidas como la práctica actuación de las normas de conducta ética según el mínimo contenido en el ámbito de la moral sexual,¹¹⁵⁴ se transforman en un vínculo propio de la sociedad civil, y supone regular la conducta humana en su aspecto social-sexual, en base a la observancia de normas ético-jurídicas necesarias para los fines colectivos.¹¹⁵⁵

Por último, respecto a la decencia pública, una idea también asociada a la moral sexual y los delitos en su contra, es entendida como “[...] el mínimo de convivencia y decoro que debe presidir las relaciones entre los miembros de la sociedad, como la reserva y discreción, fuera de la intimidad, en el ámbito de la comunidad social”, o como “[...] aquel complejo de sentimientos que pretenden cierta reserva para las partes del cuerpo y para ciertas necesidades fisiológicas que el estilo de vida quiere que queden ocultos”.¹¹⁵⁶ La relación de esta con el Derecho penal parece más fina y lejana que con la moral sexual o las buenas costumbres, al estimar la doctrina que aquel debe limitarse a establecer las normas mínimas de convivencia y educación social, estableciendo un umbral de intervención más bajo que el que le da el ordenamiento punitivo al pudor.¹¹⁵⁷ La decencia pública sería un concepto más amplio que el pudor público, pues todo atentado a este último afectará al primero, pero no necesariamente a la inversa, dado que las ofensas al pudor siempre tienen por objeto las manifestaciones sexuales humanas, como se ha visto de su origen individual *supra*. Por lo mismo, un acto obsceno es aquel que tiene un contenido sexual, aunque no únicamente, mientras que un acto contra la decencia pública no se refiere a la sexualidad.¹¹⁵⁸

¹¹⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo...op.cit.*, pp. 14-15; DIEZ RIPOLLÉS, José L., *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, Barcelona: Ed. Bosch, 1981, p. 205.

¹¹⁵³ STSs de 11 de junio de 1958, de 18 de abril de 1969, de 22 de junio de 1970 y de 8 de junio de 1971.

¹¹⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 132.

¹¹⁵⁵ Sobre el parecer de la doctrina italiana, DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo...op.cit.*, pp. 14-15.

¹¹⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo...op.cit.*, pp. 15-16; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 133.

¹¹⁵⁷ Por todos, principalmente doctrina italiana, DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 16.

¹¹⁵⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 133-134.

La decencia pública, aunque no tenga manifestación expresa a la vida sexual, es un parámetro de valoración de los comportamientos humanos, de las costumbres de la colectividad, en el sentido determinado de buenas o malas costumbres.¹¹⁵⁹

Uno de los grandes problemas que se han presentado para comprender, jurídicamente hablando, estos conceptos, es que la doctrina termina interrelacionándolos, transformándose en vocablos circulares que se definen unos con otros, sin ahondar demasiado en los trazos que los separan.¹¹⁶⁰ Por lo mismo DÍEZ RIPOLLÉS llega a asumir que la nomenclatura usada para referirse a ellos como bienes jurídicos no es tan importante como la estructura conceptual que se asigna al mismo. La relación entre pudor y decencia no sería de especie a género, según POLAINO NAVARRETE, sino que se trataría de dos conceptos con ámbitos distintos, uno –el pudor– más restringido que el otro.¹¹⁶¹

Se suma a lo anterior en que las concepciones de moral pública y moral sexual contienen dos inconvenientes importantes a destacar para su cabal comprensión, siguiendo a FERRER MARTÍN. Primero, su carácter cambiante, lo que, como ya se ha dicho, es muy claro al revisar como ha sido la calificación de una obra como pornográfica a lo largo de la historia, y segundo, la existencia de ciertas normas objetivas rectoras de la conducta humana, a pesar del carácter cambiante de la moral sexual.¹¹⁶² Un ejemplo de estos problemas puede encontrarse a propósito del antiguo delito de escándalo público, derogado por la LO 5/1988 de 9 de junio, cuya principal crítica radicaba en los conceptos elegidos por el legislador para tipificar la conducta atentatoria, pues elementos normativos como “escándalo público”, “pudor” o “buenas costumbres” o la determinación de la conducta bajo la cláusula “el que de cualquier modo ofendiere”, dejaban un fértil campo a los Tribunales para que estos ejercieran una verdadera labor creativa de Derecho penal, vulnerando el principio de legalidad propio del Estado de Derecho imperante en España. El legislador actual casi ha prescindido de dichos conceptos (“obscena”, art. 185), pero no del uso de elementos normativos que otorgan amplio espectro interpretativo al juez (“persona próxima al menor por edad y

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 136.

¹¹⁶⁰ La jurisprudencia ha seguido históricamente esta línea, según dejan de manifiesto los fallos citados por DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo...op.cit.*, pp. 21-22, notas N° 48-51.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁶² Estos mismos cambios han alcanzado a la propia moral católica (como da cuenta un documento de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre ciertas cuestiones de ética sexual, en que se asumen una serie de equivocaciones de la doctrina católica al tratar la educación sexual, a causa de tabúes religiosos, ignorancia científica y temores angustiosos, muy similar a lo que en el presente se ha visto con el Papa Francisco I. Vid. FERRER MARTÍN, Daniel, *Derecho, erotismo...op.cit.*, pp. 55-57.

grado de desarrollo o madurez”, art. 183 quater), y de solapadas miradas moralistas en los delitos del Título VIII del CP. Como indica MUÑOZ CONDE, bajo este marco, los jueces en su momento comenzaron a tomar el rol de garantes de la moral sexual colectiva, interpretando las disposiciones de la ley bajo prismas personales de lo que debía entenderse por pudor o moral pública.¹¹⁶³ El marco penal actual permite a los jueces amplios espacios de discrecionalidad, suficientes para tomar nuevamente este rol, que parecía exiliado del Derecho penal español.

Entonces no sólo está el problema de que el legislador establezca un cierto tipo de moral sexual penalmente protegida, sino que además los márgenes de tal moral quedan aún más difusos, siendo finalmente los jueces quienes incorporaban una moral personal-subjetiva para interpretar un parámetros pseudo-objetivos.¹¹⁶⁴ Por eso la fuerte crítica de la doctrina penal y el rechazo a mantener bienes jurídicos como la moral sexual pública, la honestidad o las buenas costumbres en el Derecho penal sexual. Como indican BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MARALÉE, cuando se usa el *Ius Puniendi* para proteger la moral o una determinada religión, lo que el legislador hace es imponer creencias, es decir, no dejar espacio al ciudadano para decidir en qué creer, por muy respetable que sea la opción del poder público. Esto significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad, y en este escenario el Derecho penal se constituiría en factor de discriminación.¹¹⁶⁵ Estos límites se traspasan cuando el legislador castiga penalmente el que alguien, utilizando Internet, acceda a ver un

¹¹⁶³ Según él mismo autor grafica a partir de las SSTs de 6 de julio de 1968; 29 de abril de 1978; 21 de abril de 1980; o 9 de mayo de 1984, entre otras, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 247.

¹¹⁶⁴ En opinión de Muñoz Conde “[...] los prejuicios culturales o morales no sólo influyen en el legislador a la hora de configurar los tipos penales, sino también en el intérprete y en el que tiene que aplicar la ley en los casos en los que el legislador no ha resuelto expresamente el problema”, *Ibid*, p. 221.

¹¹⁶⁵ “Otra cosa es que se proteja la libertad de una persona para obrar conforme a ese código moral o para practicar una determinada religión. Pero lo que no se puede es imponer ese código moral o religioso”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Ed. Trotta, 2006, p. 73. A propósito de lo mismo, ya en el año 1957 el Wolfenden Report de Gran Bretaña, fue bastante claro en la necesidad de separación de lo estrictamente jurídico con aquello que pertenecía al ámbito de la moralidad (sobre todo sexual). Este informe determinaba que la ley sólo debía ocuparse de la moralidad privada en tanto esta afectara bienes públicos, es decir, en aquellos casos en que hubiera que preservar el orden y la decencia, prevenir la explotación o corrupción de terceros, etc., y no dedicarse a cubrir conductas sexuales equivocadas moralmente. En uno de sus pasajes, el Informe Wolfenden declaraba “[...] la importancia que la sociedad y la ley deberían conceder a la libertad individual de elección y acción en asuntos de moralidad privada. A no ser que se pretenda hacer un intento deliberado por parte de la sociedad, actuando por mediación de la ley, de igualar la esfera del delito con la del pecado, debe permanecer un dominio de la moralidad e inmoralidad privadas que, en breves y crudos términos, no es asunto de la ley”. GREAT BRITAIN. COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION, *The Wolfenden Report. Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, New York: Stein & Day Publishers, 1963, citado en OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.*, pp. 38-39.

determinado contenido que, por razones que puedan parecernos deleznable, le parece atractivo, sin realizar ulteriores maniobras. Es lo que hace en el art. 189.5 inciso segundo del CP vigente.

En este marco, a un Derecho penal sexual de una sociedad pluralista como la actual se le exige obstaculizar toda pretensión de imposibilitar una libre opción en ese ámbito, es decir, se le exige que tutele principalmente la libertad, lo que incluye la libertad de los menores o incapaces, o la indemnidad de estos, sin inspirarse en una concreta valoración sexual con pretensiones de globalidad más allá de los mínimos permitidos. Es más, otorga un cariz de coherencia al Derecho penal que, en una sociedad como esta, los tipos penales específicos dentro del marco de un Derecho penal sexual tiendan a estructurarse de modo casi exclusivo en torno a bienes jurídicos y sujetos pasivos individuales, mas no colectivos.¹¹⁶⁶ DIEZ RIPOLLÉS apoya esta postura por dos razones: en una sociedad pluralista permite la autorrealización del individuo, en este caso en materia sexual, dejando al Derecho penal solo un margen para evitar obstáculos a esa autorrealización (no excluye los bienes jurídicos sociales, pero sólo en cuanto permitan sentar las bases de esa autorrealización), y en segundo lugar porque la regulación penal de la conducta sexual en una sociedad con estas características debe evitar optar por una idealización global de determinada moral sexual, incompatible con la multiplicidad de opciones existentes.¹¹⁶⁷

La moral sexual entonces se concibe como un bien jurídico meramente ideal, sin un substrato real, comprensible en realidad a manifestaciones “exteriores” del bien jurídico –como las buenas costumbres– versus las manifestaciones interiores –como los sentimientos comunitarios–, que no deberían tener protección del Derecho penal, cuyo objetivo tendría que estar en las realidades sociales y no ideales. Este bien jurídico no puede ser una carta blanca sin contenido, sino que como máximo debe constituirse en una directriz normativa con capacidad de concretizar. Así se puede marcar diferencias entre un Derecho penal protector de bienes jurídicos que interviene legítimamente en la vida social y uno autoritario, que intenta imponer ilegítimamente determinadas formas de vida.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁶ Como señala Sáinz Cantero, “la ley penal no debe ser un código moral que contenga la enumeración de conductas deseables desde un punto de vista ético. El texto punitivo no debe ser un instrumento para propiciar la salvación espiritual de los destinatarios de la ley”, SÁINZ CANTERO, J., “La reforma del derecho penal sexual”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978, p. 237.

¹¹⁶⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Exhibicionismo...op.cit.*, pp. 215-217.

¹¹⁶⁸ Así DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 211; SCHÜNEMANN, Bernd, *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del*

Esto lo ejemplifica SCHÜNEMANN a través de los delitos de pornografía zoofílica. En 1974, cuando el legislador alemán cambiaba el bien jurídico moralizante de los delitos sexuales a uno centrado en la autodeterminación sexual, derogó la punibilidad de la pornografía (genérica) pero mantuvo la llamada pornografía dura en el ámbito de la norma penal vigente. En concreto, se penaba la representación pornográfica con animales, pero se despenalizó la conducta de sexo con animales. Nos parece bastante parecido a lo que hace el legislador español actual, que despenaliza el sexo con menores que tengan 16 o 17 años, peor castiga la representación visual de esta conducta (art. 189 CP). Indica SCHÜNEMANN que todos los intentos por proveer de un bien jurídico a la pornografía animal fracasaron.¹¹⁶⁹ El autor encuentra aquí una diferencia con la punibilidad de la pornografía violenta o la pornografía infantil y juvenil, donde los actos representados son a su vez atentatorios contra bienes jurídicos sancionables. No habría que preguntarse aquí, prosigue el autor, sobre cuál es la afectación a un bien jurídico protegido, sino si cualquier peligro contra este, por distante y mediato que sea, como la imitación realista de terceros (que otros hagan o imiten lo que ven en el material pornográfico) legitimaría una intervención penal.¹¹⁷⁰

Algo similar ha ocurrido con el incesto.¹¹⁷¹ Sobre este, POLAINO NAVARRETE consideraba que el bien jurídico protegido no era la moral en sí, sino el orden sexual de las familias, que supone un específico deber jurídico familiar, como es el deber de abstención de yacimiento carnal entre determinados parientes, vulnerado por el incesto, y que está inserto en la obligación general de respeto recíproco que obliga a contener los instintos sexuales entre los miembros próximos de la familia, colaterales o en línea recta.¹¹⁷² El mismo autor deja de manifiesto que los límites del delito, desde una perspectiva política-criminal, son altamente cuestionables, pues, por una parte, debe dilucidarse que comportamientos sexuales serán los prohibidos (sólo yacimiento o también otras conductas sexuales?) y cuáles miembros de la familia tendrán esa prohibición (sólo ascendientes, descendientes y hermanos o también primos, tíos, etc.?),

derecho penal en un Estado liberal de derecho, traducción de Ángela de la Torre Benítez, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 40-41.

¹¹⁶⁹ Discutibles, para el autor, la humillación al animal en una sociedad carnívora o la posibilidad de imitación de los actos por terceros.

¹¹⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, traducción de Ángela de la Torre Benítez, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, pp.40-41.

¹¹⁷¹ Sobre el incesto y su punición en el Derecho penal español, CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.* pp. 70-75.

¹¹⁷² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.* p. 70.

además del más básico de los cuestionamientos al respecto, ¿es necesario castigar penalmente el incesto?,¹¹⁷³ asunto que podríamos replicar sin mayor problema en alguno de los delitos incorporados al CP por la LO 1/2015, ¿es necesario castigar todos los supuestos de sexting?

Asumiendo el orden sexual de las familias como (un mal) bien jurídico, no debiese castigarse sólo al hermano que yace con su hermana, o al padre que yace con su hija, pues estas últimas ofenden de la misma manera ese bien jurídico, que es perfectamente compatible con la libertad sexual.¹¹⁷⁴ Ya hace más de un siglo GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA entendía que el incesto, desprovisto de cualquier circunstancia que lo emparentara con la violación o los abusos deshonestos, por ejemplo, carecía de fundamentos para ser castigado por el Derecho, que no fueran los mismos que servían para considerarlo un acto contrario a la moral y la religión.¹¹⁷⁵

Ya vistos los elementos centrales de la moral sexual, corresponde revisar la relación de estas con el pudor, o particularmente con el pudor público.

2.2. OTRA MUESTRA DE BIEN JURÍDICO MORALIZANTE: EL PUDOR PÚBLICO

En la primera parte del siglo XX, e incluso algunos años después, las publicaciones de naturaleza pornográfica se sancionaban penalmente en virtud de los artículos 431 (ofensas al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia) o 432 (quienes proclamen por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moralidad pública). El legislador, para fundamentar el contenido del injusto en estos u otros delitos, usó indiscriminadamente una serie de conceptos tales como pudor, buenas costumbres, moral pública, decencia pública, moral o decencia.¹¹⁷⁶ Con independencia

¹¹⁷³ *Ibíd*, pp. 70-71.

¹¹⁷⁴ *Ibíd*, pp. 72-74.

¹¹⁷⁵ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El código penal de 1870, concordado y comentado, Tomo V*, Madrid: Ed. Librería de Gabriel Sánchez, 1893, p. 150.

¹¹⁷⁶ Para Fontán Balestra, los abusos deshonestos eran un atentado contra el pudor, ya que lo dañado por este delito era la rectitud o castidad de las costumbres sexuales (lo que no hace sino demostrar la confusión en el uso de los conceptos moral sexual, buenas costumbres, pudor, etc), FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Delitos sexuales*, Buenos Aires: Ed. Arayú, 1945, p. 41; en este sentido, la visión de De la Vaissière sobre el pudor es crítico hacia la sociedad europea de la primera mitad del siglo XX, que, producto de una visión positivista que lo relega como un mero producto cristiano sobre la culpabilidad sexual, lo considera un órgano rudimentario, un concepto obsoleto, DE LA VAISSIÈRE, J., *El pudor instintivo*, traducción de Perfecto Cucart, Madrid: Ed. Razón y fe, 1940, pp. 15-16.

de la forma de producción o representación, las manifestaciones de la vida sexual se transformaban en delito en cuanto suponían un determinado atentado al pudor, a las buenas costumbres o a la moral pública, otorgando al juez la capacidad de apreciar si en los hechos se cumplía con el elemento normativo indicado, y no para distinguir lo bueno de lo malo de forma absoluta.¹¹⁷⁷

El pudor tendría una naturaleza esencialmente ética, ligada en forma estrecha a la religión cristiana.¹¹⁷⁸ Una revisión de algunas de las definiciones de pudor que se han dado, como indica DÍEZ RIPOLLÉS, en el marco de la doctrina italiana, permiten confirmar esta idea. Allí se ha entendido pudor como “[...] el sentimiento que induce a los seres humanos a la reserva en todo lo que afecta a las manifestaciones de la libidine”, o bien “[...] la especial sensibilidad del género humano que, según pueblos y costumbres temporales, impulsa a una reserva natural en relación a ideas y actitudes que se refieren, aún de forma alusiva, al acto sexual, a los misterios de la generación y a la vida de los sentidos”. A estas se puede agregar aquella que entiende el pudor como “[...] el sentimiento de recato y umbrosidad que circunda el fenómeno de la reproducción y el sexo propugnando un recto uso de las facultades sexuales”.¹¹⁷⁹

LENER entiende pudor como “[...] un sentimiento o modo de comportarse que está en estricta relación con el tráfico sexual entre las personas, concurriendo, como elemento secundario, en la instauración de normales relaciones sexuales, determinando la mayor o menor intensidad, y también la profunda variedad de actitudes según el

¹¹⁷⁷ Para Polaino Navarrete, todas ellas pueden reconducirse a dos categorías conceptuales básicas en esta esfera normativa: el pudor (sexual) y la decencia, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 141; vid., también a FERRER MARTÍN, Daniel, “Derecho, erotismo y pornografía”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, p. 40.

¹¹⁷⁸ Que Scheler fija en las siguientes palabras: “Entonces se les abrieron ambos ojos, y conocieron que estaban desnudos, y entrelazaron hojas de higuera y se hicieron ceñidores (Libro del Génesis, 3,7)”, SCHELER, Max, *Sobre el pudor y el sentimiento de vergüenza*, traducción de Ingrid Vendrell Ferran, Salamanca: Ed. Sígueme, 2004, p. 20; DE LA VAISSIÈRE, J., *El pudor instintivo*, traducción de Perfecto Cucart, Madrid: Ed. Razón y fe, 1940, pp. 70-72, cree que la Iglesia Católica ha sido tratada injustamente en este sentido, cuando la sicología católica sobre el pudor no difiere en lo esencial de la sicología laica de autores como Foerster. Su naturaleza eminentemente humana, alejada de las aptitudes naturales como la lubricidad o la lascivia, es puesta de manifiesto por Mirabeu, para quien el pudor es el freno del apetito carnal, más presente en la mujer que en el hombre, tanto por razones fisiológicas como morales, MIRABEU, Honoré-Gabriel de Riquetti, *Erótika biblion. La pornografía en la biblia y en la antigüedad*, traducción de Enrique Díaz-Retg, Barcelona: Ed. F. Granada y Compañía, 1905.

¹¹⁷⁹ Definiciones de Antolisei, Losana, Palladino, Gaito y Áncora, entre otros, en DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas provocadoras (la frontera del derecho penal sexual)*, Barcelona: Ed. Bosch, 1982, p. 5; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La protección penal del pudor público*, Buenos Aires: Ed. Departamento Editorial Universidad de Buenos Aires, 1920, p. 334, remite una definición positiva dada por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina), que entiende que el pudor “[...] es un sentimiento social resultado de influencias de ambiente, determinadas según una individualidad media, basada en la ley de adaptación, idealidad que se concreta en la observancia de las formas de moralidad y de reserva impuestas por la convivencia social.

clima y el ambiente”.¹¹⁸⁰ Por su parte, CASTRO FARÍÑAS manifiesta que por “pudor (público) se entiende el sentido natural de recato en torno a cuanto se refiere a las manifestaciones sexuales”. Para el autor, mientras el pudor es un concepto específico referente a la vergüenza sexual, el de decencia pública es genérico y se opone a toda porquería e inmundicia.¹¹⁸¹ Por último, HAVELOCK ELLIS define el pudor desde la psicología, estimando que es “[...] un temor casi instintivo, que está de ordinario en relación directa con los procesos sexuales”.¹¹⁸²

SCHELER, quien da una sustantiva reflexión sobre el pudor y la vergüenza, entiende que este concepto es parte del claroscuro humano, al encontrarse en un punto medio entre lo espiritual, que nos diferencia de los animales, y aquello que compartimos con estos, los instintos y sentimientos vitales. El pudor está unido a la vergüenza, y se presenta en los hechos, en las acciones, a través de un tipo de conflicto entre, por un lado, la pretensión esencial y el sentido propio de los actos y su punto de partida personal, y por otro su modo de existencia concreto y real.¹¹⁸³ Es, en el fondo, un conflicto entre ser y deber ser personal, entre dos niveles de conciencia, donde las funciones superiores de esta, vinculadas a la selección de valores se enfrentan a la conciencia atraída por aspiraciones instintivas inferiores.

La esencia del pudor es la vuelta del individuo sobre sí mismo y la necesidad de autoprotección individual ante los demás en su conjunto.¹¹⁸⁴ Así, el pudor tendría dos formas absolutamente opuestas: el pudor vital o vergüenza corporal, y la vergüenza anímica o pudor espiritual.¹¹⁸⁵ En la primera, se presenta un conflicto entre amor vital e impulso instintivo. En la segunda, entre amor espiritual y el impulso fundamental vital.¹¹⁸⁶

¹¹⁸⁰ LENER, Salvatore, *Il concetto di “osceno” nella legge penale*, Archivio Penale, I, 1950, pp. 416-417, citado en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Exhibicionismo...op.cit.*, pp. 9-10.

¹¹⁸¹ Por su parte, el autor entiende por obsceno “[...] lo que tiende a turbar aquel sentimiento natural de recato que la media de los pueblos exige que se mantenga, en un momento histórico determinado, en torno a los hechos y a las manifestaciones referentes a la esfera sensual”, CASTRO FARÍÑAS, José A., *Pornografía, erotismo...op.cit.*, p. 83.

¹¹⁸² HAVELOCK ELLIS, Henry, *Etudes de psychologie sexuelle. I. Le pudeur*, traducción de Van Gennep, 1908, p. 26, citado en DE LA VAISSIÈRE, J., *El pudor...op.cit.*, p. 13.

¹¹⁸³ SCHELER, Max, *Sobre el pudor y el sentimiento de vergüenza*, traducción de Ingrid Vendrell Ferran, Salamanca: Ed. Sígueme, 2004, pp. 18-19.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 55.

¹¹⁸⁵ El pudor sexual forma parte de la primera, como su elemento más básico y fuerte. Cabe agregar que, junto al pudor sexual, existe el pudor virtud, tratado por Santo Tomás de Aquino en la Suma Teológica, el que depende de la virtud de la prudencia y, consiguientemente de juicios intelectuales, DE LA VAISSIÈRE, J., *El pudor...op.cit.*, p. 17.

¹¹⁸⁶ Es un error de la teoría positivista el que se confunda la vergüenza con el pudor, y este con sus formas de expresión. La obscenidad no es la falta de vergüenza. No está desprovista de esta, y reconoce su existencia, es más bien una desvergüenza. El comportamiento obsceno está dirigido a la vergüenza,

Entre las doctrinas que intentan explicar el origen del pudor, en primer lugar se encuentra aquella que lo entiende como algo instintivo, natural al ser humano, y que tiene como función básica ser un freno al instinto sexual de la especie.¹¹⁸⁷ Luego, existe aquella que describe al pudor como un resultado de la educación, como consecuencia de la formación en principios morales. Esta doctrina es criticada por SCHELER, al condundir las expresiones del pudor natural con aquellas artificiales, y al pudor mismo con las expresiones de este.¹¹⁸⁸

En la visión metafísica del pudor, fuertemente vinculada al cristianismo, aquel tiene una visión negativa, en el que se le incluye una especie de mandamiento de castidad, y donde el pudor permite encontrar el amor sexual en el compañero único. En el siglo pasado se entendió que el pudor sería sólo una especie de mecanismo de defensa para esconder lo feo del propio cuerpo, o un desprecio de sí mismo y un miedo de la burla. Una forma de seguridad intuitiva encubierto por la moral.¹¹⁸⁹

Estas manifestaciones, según SCHELER, no hacen más que reducir innecesariamente pudor sexual a vergüenza,¹¹⁹⁰ generando una falsa concepción de castidad, mojigatería y vergüenza colectiva, y aunque esta última pudiera ser útil, más lo sería un acercamiento colectivo racional del tema.¹¹⁹¹ Sin embargo, esta relación ya había sido abordada siglos atrás, generando una relación concéntrica entre pudor y vergüenza, prácticamente de género a especie, en ese mismo orden, lo que se desprende

propia o ajena, a su vulneración, y al placer que esto puede provocar. Busca que esa vulneración, propia o ajena, se experimente con placer, SCHELER, Max, *Sobre...op.cit.*, pp. 31-32; 55-56; 62-63. El Código penal italiano vigente en 1920 definía lo obsceno diciendo que “son los actos y objetos que, según el común sentimiento, ofende el pudor”, lo que fue calificado de tautológico por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La protección penal del pudor público*, Buenos Aires: Ed. Departamento Editorial Universidad de Buenos Aires, 1920, p. 332; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 134-135, quien entiende que es obsceno todo acto que tiene un contenido sexual, pero que no puede restringirse a esto, sino que la obscenidad se refiere a todo lo que de una forma u otra hiere, siempre con torpeza, la sensibilidad moral de la humanidad media. Para diferenciar el acto obsceno del acto contrario a la decencia pública, se ha de entender que el primero tiene preferentemente un valor sexual, mientras que el segundo no tiene tal carácter. Por lo mismo, entender que la obscenidad es una simple ofensa al pudor implica confundir la parte con el todo.

¹¹⁸⁷ DE LA VAISSIÈRE, J., *El pudor...op.cit.*, pp. 44 y ss.

¹¹⁸⁸ SCHELER, Max, *Sobre...op.cit.*, p. 56; Vid., CASAS GASPAS, Enrique, *El origen del pudor*, Barcelona: Ed. Alta Fulla, 1989, pp. 5-25.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 64-65.

¹¹⁹⁰ “Toda moral e higiene sexual...sólo es negativamente efectiva: un sistema que, aún fijado y observado en perfección ideal, sería sólo un sistema de prohibiciones, cuya obediente y más escrupulosa ejecución sólo podría garantizar la conservación de valores hereditarios ya dados, pero nunca el incremento de valores hereditarios posibles y la adquisición de nuevos valores hereditarios”, SCHELER, Max, *Sobre...op.cit.*, p. 109. El autor toma al pudor como una herramienta de autoprotección, lo mismo que la coquetería y la vergüenza femenina, pero desvalora la seducción, pues sólo apunta a los impulsos sin amor sexual.

¹¹⁹¹ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Sexualidad...op.cit.*, pp. 254-255 realiza esta reducción, entendiendo que el pudor es la parte interna, mientras la vergüenza su exteriorización; SCHELER, Max, *Sobre...op.cit.*, p. 66.

de las poéticas palabras de VAUGELAS, muy lejanas al halo negativo que tomaría el pudor siglos después. El citado dice “*Honte* (vergüenza) no se puede decir como un término enteramente propio para expresar lo que significa *pudeur*, por la razón de que *honte* es una palabra equívoca, que puede significar la buena y la mala vergüenza mientras que *pudeur* no significa jamás sino la vergüenza buena”.¹¹⁹²

Para SCHELER, el pudor sexual, que es parte de los sentimiento vitales del ser humano (como el hambre o el sufrir), tiene tres funciones: una primaria, consistente en la formación del impulso sexual a través de la vergüenza; una secundaria, consistente en la elección sexual llevada a cabo acompañada por el amor; y una terciaria, que ejerce la vergüenza dentro de la relación sexual misma.¹¹⁹³ LENER le da al pudor una función conservacionista, distinta a las expuestas por SCHELER, pero complementarias, entendiendo que aquel es útil en una sociedad que ha cambiado de un paradigma de hombre luchando con hombre por la posesión de la hembra, a uno de hombre y mujer luchando contra los prejuicios y limitaciones la sociedad. En este escenario, el pudor es necesario para la conservación de la especie, al servir de fuerza exterior para mantener el deseo de disfrute, que disminuiría o desaparecería merced de las preocupaciones del hombre. La educación social, familiar y las leyes impiden alteraciones artificiosas en esa evolución natural del pudor causadas por excesos personales o sociales. “El sentimiento común del pudor pretende [...] mantener viva y operante la natural atracción de los sexos entre sí, fuerza de atracción que varía con el variar de las relaciones sociales”.¹¹⁹⁴

JÄGER entiende al pudor como un sentimiento, una reacción susceptible de descripción psicológica, tratándose de un estado de excitación acompañado de síntomas físicos como el rubor o el desconcierto. Es un proceso síquico que permite contrarrestar el impulso libidinoso.¹¹⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA entiende que existe una diferencia entre moral y pudor, y por consecuencia, entre lo moral y lo impúdico. Aunque lo refleja a través de ejemplos, termina asumiendo una posición que indica que todo lo impúdico es

¹¹⁹² DE VAUGELAS, M., *Remarques sur la langue française, Nouvelle édition avec notes de Th. Corneille*, p. 979-980, citado en DE LA VAISSIÈRE, J., *El pudor instintivo*, traducción de Perfecto Cucart, Madrid: Ed. Razón y fe, 1940, p. 11.

¹¹⁹³ “Es una función del pudor corporal proteger al individuo vivo, y por así decirlo, envolverlo; y prescindiendo de esta función tan general, es una función del pudor sexual excluir también ya la posibilidad de una mezcla con una vida que no corresponde al individuo y sus valores”, SCHELER, Max, *Sobre...op.cit.*, pp. 23, 82 y ss; 102 y ss; 121 y ss.

¹¹⁹⁴ LENER, Salvatore, *Il concetto di “osceno” nella legge penale*, Archivio Penale, I, 1950, pp. 417-418, citado en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Exhibicionismo...op.cit.* pp. 9-10.

¹¹⁹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo...op.cit.*, pp. 7-8.

inmoral, pero no todo lo inmoral es impúdico. *Ergo*, la moral y el pudor tendrían una relación de género a especie.¹¹⁹⁶ Al respecto, la visión de SCHELER difiere en cierto punto, pues entiende que la moral sexual dominante en cada caso no es sólo una parte de la moral vigente, o sólo un grupo de normas impuestas al hombre y concebidas para la realización de valores que no son sexuales (como utilidad común, bienestar, trabajo de civilización, cultura espiritual). La moral sexual, para el autor, sería “la raíz y punto de partida de toda moral”, así como también de los restantes preceptos morales en cada momento dominantes. Por algo los términos “moral” o “moral sexual” suelen ocuparse como sinónimos, lo que conlleva a que el estudio de cualquier sistema moral debe partir con la moral sexual. La relación entonces no es de causalidad generadora, pues el pudor no es la causa de la moral sexual ni la moral sexual es la causa del pudor, aunque se relacionan íntimamente por estar el pudor en la base de toda sanción moral, con plena independencia de todo pensamiento positivo. La moral sexual se constituye así como el conjunto de normas más básico que regula al tipo humano.¹¹⁹⁷

JIMÉNEZ DE ASÚA entiende, como antes lo hiciera CARRARA, que la noción de pudor, particularmente el pudor público, es un concepto empírico-cultural, como lo es la moral, y por ende mutable en el tiempo y el espacio. Los conceptos de deshonestidad, inmoralidad o de obscenidad han cambiado radicalmente en los últimos años, proceso que observaba el autor al escribir la obra citada, y que se repite en forma constante amén pasan los años.¹¹⁹⁸ La naturaleza del pudor conecta con una institución ideal de carácter no privativo o individual. Es lo que opina POLAINO NAVARRETE, distanciándose de la visión personal del mismo. Referido al antiguo delito de escándalo público, el autor sostiene que lo protegido es un sentimiento, un valor de la convivencia social que es patrimonio de todos. Aún siendo individual, al repercutir en el medio social, determina una serie de conductas que, generalizadas, se concretan en las buenas costumbres, concepto que mantiene la exigencia psicológica del pudor.¹¹⁹⁹ Sin embargo, es el mismo autor el que califica al pudor como un sentimiento, y no un instinto, siendo

¹¹⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La protección penal del pudor público*, Buenos Aires: Ed. Departamento Editorial Universidad de Buenos Aires, 1920, pp. 325-326; Cfr., Hanack, para quien moral sexual y pudor público tienen espacios concéntricos, pero otros independientes, HANACK, Ernst-Walter, *Zur verfassungsmässigen bestimmtheit and sstrafrechtliche aulegung des begriff “unzüchtige schrift”*, Ed. Juristenzeitung, 1970, p. 43, citado en DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 14.

¹¹⁹⁷ SCHELER, Max, *Sobre...op.cit.*, pp. 134-135

¹¹⁹⁸ El Tribunal de Milán declaró que, en los delitos contra la honestidad, lo ofendido debe ser el “pudor medio”, que debe ser apreciado en un punto de equilibrio entre el puritanismo exagerado y la torpeza desenfrenada, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La protección...op.cit.*, p. 331.

¹¹⁹⁹ MARTÍNEZ-PEREDA, José M., *El delito de escándalo público*, Madrid: Ed. Tecnos, 1970, pp. 115-116.

el pudor la antítesis de lo obsceno. El pudor es un fenómeno exclusivamente individual y estrictamente biológico, cuya utilidad es el ser un medio de protección y defensa. Fisiológicamente, puede definirse como “[...] un sentimiento complejo, mixto, de amor propio y temor que impulsa a ocultar lo que posee naturaleza sexual e induce a la reserva de todo lo relativo a la vida sexual”. Estas características permiten hacer la distinción entre pudor –de naturaleza personal- y decencia pública –de naturaleza social-.¹²⁰⁰

Para MARTÍNEZ-PEREDA, la diferencia entre el pudor público y las buenas costumbres radica en una cierta magnitud del ataque, toda vez que en los primeros la ofensa sería a un público más o menos determinado, mientras que en los delitos contra las buenas costumbres se protegerían normas de cultura, patrimonio social o valores predominantes en la sociedad, viéndose afectado el conjunto de la comunidad.¹²⁰¹ En la doctrina italiana, que refiere DÍEZ RIPOLLÉS, se ha entendido que el pudor se lesiona cuando se trata al ser humano como un simple objeto sexual, más aún si esta exhibición cosística se hace con fines lucrativos o recae sobre personas jóvenes. Por lo mismo se le ha relacionado directamente como una manifestación de la dignidad humana, siendo cada ataque al pudor una lesión a la dignidad del ser humano.

Lo protegido con el pudor público en su momento sería un sentimiento de recato o reserva en el ámbito sexual, protegible por considerarse un sentimiento útil socialmente, común a los individuos que componen la sociedad, al constituir un freno a la satisfacción del instinto sexual desbocado. La forma de determinarlo materialmente, compleja como todos estos asuntos, sería a través del sentido medio de un pueblo en un determinado momento histórico.¹²⁰² De lo mismo, puede inferirse que actos impúdicos son aquellos que no resultan idóneos al fin biológico de la función sexual,¹²⁰³ una visión prácticamente incompatible con la libertad sexual y la sociedad pluralista de la actualidad.

El pudor ha constituido un bien jurídico de naturaleza particular que, a diferencia de otros objetos de tutela típica, como la vida o el patrimonio, no estriba en una entidad naturalísticamente dada ni se extrae del sistema de las relaciones jurídico-económicas, sino que en esencia constituye un sentimiento de la colectividad derivado de un

¹²⁰⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 135-136.

¹²⁰¹ El autor ejemplifica esto indicando que el desnudismo sería un atentado contra el pudor público, mientras la “homosexualidad y otras perversiones” lo serían contra las buenas costumbres,¹²⁰¹ MARTÍNEZ-PEREDA, José M., *El delito...op.cit.*, p. 117.

¹²⁰² Como el estándar de la comunidad, que vimos a propósito de la pornografía.

¹²⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, pp. 130-132.

conjunto de valoraciones éticas y de un estado psicológico históricamente condicionado”.¹²⁰⁴ Entendiéndolo así, el pudor público no cumple con los requisitos necesarios para ser considerado un bien jurídico en la sociedad actual. Su sustancialidad es discutible, no tiene un contenido claro, y en aquello que genera más consenso –un sentimiento de vergüenza colectiva hacia lo sexual-, el Derecho penal se demuestra inútil e inadecuado. Debemos descartarlo de todas formas como bien jurídico digno de protección penal, aunque en algún momento lo haya sido. No podemos negar que ciertas conductas impúdicas suelen ser castigadas, como los actos exhibicionistas del art. 185, pero esto es en absoluto suficiente para un merecimiento de castigo penal. El pudor público deviene en un complemento, como la religión, para el enmarcar y guiar el aprendizaje de valores y costumbres en el ámbito sexual por parte de los menores, pero en ningún caso justificación, por sí solo, de intervención penal a quienes realicen actos solo impúdicos y no lesivos a otro interés personal o colectivo.

¹²⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 138. Respecto a la protección de sentimientos a través del Derecho penal, Santana Vega ocupa como ejemplo el delito de maltrato animal, negando que esta figura proteja algún bien jurídico, sino únicamente un sentimiento de solidaridad con las criaturas inferiores de la creación por parte del ser humano. No alaba, por supuesto, el maltrato contra estas especies, sino que estima que su protección debe ser entregada al Derecho administrativo sancionador, justamente por carecer de un bien jurídico concreto. SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, pp. 57-58.

3. BIENES JURÍDICOS EFECTIVAMENTE PROTEGIDOS EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL EN INTERNET, CIBERGROOMING Y SEXTING: ENTRE LA CLARIDAD DE LOS BIENES INDIVIDUALES Y LA OSCURIDAD DE LOS COLECTIVOS O SUPRAINDIVIDUALES

Varios aspectos son necesarios de determinar para poder llegar a la conclusión de cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos en esta clase de delitos, es decir, si estamos antes un solo interés de carácter individual, mas bien tradicional, o si es más de uno de las mismas características; o si junto a estos bienes individuales se erige otro u otros de carácter colectivo o supraindividual. Entre estos últimos, deberíamos discutir entre aquellos históricamente referidos, como la moral sexual o el pudor público, u otros que la doctrina ha ido incorporando en los últimos años, y que veremos luego.

Uno de los aspectos que debemos considerar dice relación con el *nomen* elegido por el legislador, en el sentido de esclarecer hasta que punto lo escrito por este en los epígrafes corresponde, efectivamente, a lo que protege, o bien si existe una especie de “fraude de etiquetas” en cuanto al bien jurídico. El segundo dice relación con la naturaleza de los bienes jurídicos, particularmente por los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, su delimitación y protección. Esto frente al escenario, debatido en doctrina, de que algunos de los delitos sexuales cometidos a través de Internet, como los de pornografía, protejan algún bien jurídico de estas características.

3.1. EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES Y LA SISTÉMICA DEL LEGISLADOR EN EL CÓDIGO PENAL ¿TENDENCIA HACIA LA PROTECCIÓN DE BIENES COLECTIVOS?

Para SANTANA VEGA, la CE de 1978 establece una obligación expresa de proteger bienes jurídicos, lo que se deriva de las llamadas obligaciones constitucionales de castigar,¹²⁰⁵ establecidas en los artículos 45.3,¹²⁰⁶ 46¹²⁰⁷ y 55.2 inc. 2º,¹²⁰⁸ que en los

¹²⁰⁵ Que, según la autora, no implicaría una obligación de castigar penalmente, salvo en los casos allí señalados, SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, p. 60.

¹²⁰⁶ Art. 45.3: “Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

dos primeros casos aluden a bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual, como el medio ambiente y la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico.¹²⁰⁹ Sin embargo, estima CORCOY BIDASOLO, el marco constitucional sería demasiado amplio y flexible como para delimitar tan certeramente lo que se constituirá como bien jurídico penalmente protegido. La contrapartida de esto es que no podrán tener naturaleza de bien jurídico penal las realidades que no estén consagradas de alguna manera en la CE.¹²¹⁰

Podemos entender a la parte especial del Derecho penal como el conjunto de normas jurídico-penales en las que se articulan los tipos penales de delitos expresamente previstos por el legislador y las sanciones que corresponden a cada infracción. En el Código de 1995, la parte especial se encuentra principalmente en los Libros II, aunque también en leyes penales especiales (Derecho penal incodificado).¹²¹¹

Como se ha manifestado, el legislador español, en el Título VIII del CP, indica que allí se radican los delitos contra la “libertad e indemnidad sexual”, dando a entender que son estos los bienes protegidos para el conjunto de figuras que allí se regulan, y que comprenden, después de la Reforma:¹²¹² las agresiones sexuales (Capítulo I); los abusos sexuales (Capítulo II); los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años (Capítulo II BIS); el acoso sexual (Capítulo III); exhibicionismo y provocación sexual (Capítulo IV); los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (Capítulo V), además de las disposiciones comunes de carácter sustantivo y adjetivo (Capítulo VI). Sin embargo, la disyuntiva surge respecto a si esta declaración

¹²⁰⁷ Art. 46: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

¹²⁰⁸ Art. 55.2 inc. 2º: “La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

¹²⁰⁹ Con discusión respecto al art. 45.3. Véase, por ejemplo, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid: Ed. Colex, 1992, p. 51; TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Valladolid: Ed. Trotta, 1995, p. 203.

¹²¹⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, p. 181.

¹²¹¹ BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español. Tomo II, el sistema de la parte especial. Volumen I, delitos contra bienes jurídicos individuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2005, p. 59. Debemos señalar que la LO 1/2015 excluyó el Libro III, donde se ubicaban las faltas penales, transformando algunas de ellas en los denominados delitos leves.

¹²¹² O al menos preponderantemente lo son. Incluso el legislador puede entregar con este orden la jerarquía de valores protegidos, BALARCE, Fabián I., *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, Buenos Aires: Ed. B de F, 2009, p. 117.

del legislador tiene carácter cerrado y vinculante para el intérprete o no, es decir, si podemos vislumbrar otro bien jurídico distinto al señalado.

Todas y cada una de las figuras de la parte especial del Derecho penal se desarrolla sobre la base de la teoría del bien jurídico, en mayor o menor grado, pero siempre en forma decisiva.¹²¹³ Este es un asunto metapositivo que va más allá de la exégesis de cada tipo penal, pero trascendente a la hora de dar un orden y una coherencia a la parte especial en general (aunque suene casi contradictorio).¹²¹⁴ Por algo los escolásticos de la Edad Media señalaban que el conocimiento del *quid rei* supone el del *quid nominis*, es imposible hallar la esencia de un objeto, antes de haber adoptado una definición nominal previa este.¹²¹⁵

El bien jurídico tiene una función dogmática transversal a todos los elementos sistémicos de la teoría del delito, es decir, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, por lo que, como señala FERNÁNDEZ, mal puede valorarse la aplicabilidad de un precepto sin considerar el bien jurídico protegido.¹²¹⁶ Particularmente en el proceso de interpretación de una disposición penal, los bienes jurídicos tienen una función esencial,¹²¹⁷ toda vez que esta operación ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por esta,¹²¹⁸ transformándose en un enlace entre la comprensión dogmática y la finalidad político criminal.¹²¹⁹ De este modo, como afirman BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el

¹²¹³ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Granada: Ed. Comares, 2007, p. 36; o como señala Bacigalupo, la parte especial del Derecho penal es un sistema clasificatorio de los distintos bienes jurídicos protegidos por los delitos en particular, BACIGALUPO, Enrique, *Estudios de la parte especial del derecho penal*, 2ª edición, Madrid: Ed. Iure (Akal), 1994, p. 10.

¹²¹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Prólogo a la primera edición”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011, pp. Esto corresponde a la función sistémica del bien jurídico en la parte especial del Derecho penal, BALARCE, Fabián I., *Introducción a la parte...op.cit.*, pp. 116-118.

¹²¹⁵ DE LA VAISSIÈRE, J., *El pudor...op.cit.*, p. 14.

¹²¹⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires-Montevideo: Ed. B de F, 2004, p. 151. Sobre interpretación formal y material de los tipos penales con bienes jurídicos supraindividuales, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y...op.cit.*, pp. 205-206.

¹²¹⁷ Según Schünemann, tanto internamente como crítica, SCHÜNEMANN, Bernd, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en HEFENDEHL, Ronald, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición al español a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007, p. 199.

¹²¹⁸ Aunque cabe recordar que en algún momento histórico, la denominada Escuela de Marburgo redujo la función del bien jurídico a un simple baremo interpretativo, sin más fin que ese. Al respecto, véase BALARCE, Fabián I., *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, Buenos Aires: Ed. B de F, 2009, p. 101.

¹²¹⁹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y...op.cit.*, p. 151.

mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate.¹²²⁰

En concordancia con esto, al momento de determinar los bienes jurídicos protegidos, el Estado no es neutro, pues responde a criterios y necesidades sociales para hacer la elección. Pero la discrecionalidad en esa determinación tiene como límite el marco del Estado social y democrático de Derecho, en especial la libertad y dignidad de las personas como pilares fundamentales.¹²²¹ La libertad e indemnidad sexuales, particularmente de los menores, son manifestaciones concretas de esa libertad y dignidad esencial a cada ser humano, por lo que su valía no es cuestionada como tal, sino los alcances que pueda tener como *nomen* y/o en sus alcances respecto a cada figura analizada.¹²²²

¹²²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones...op.cit.*, p. 75; Opinión contraria la de Morales Prats/ García Alberó, quienes a propósito del delito contemplado en el art. 185 del CP, estiman que la interpretación de los tipos penales no se ve esencialmente alterada por la consideración de uno u otro bien jurídico. Lo que sí otorgará es la evidencia de graves incoherencias valorativas en los tipos penales, MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERO, Ramón; “Delitos contra la libertad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, 2ª edición, revisada, actualizada y puesta al día, Ed. Aranzadi: Elcano (Navarra), 2001, pp. 913-914. Desde nuestra perspectiva, ambas opiniones parecen compatibles, pues es indudable que el bien jurídico es un instituto utilizado por el legislador –y así lo deja presente recurrentemente en la exposición de motivos– y por el intérprete, que usualmente coincide con la del primero. Sin embargo, existen zonas periféricas en que el bien jurídico permitirá a este último delimitar con mayor claridad los alcances típicos de cada injusto.

¹²²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones...op.cit.*, p. 73; a lo que podemos agregar las valoraciones generales históricamente condicionadas, BALARCE, Fabián I., *Introducción a la parte...op.cit.*, p. 96.

¹²²² La doctrina es prácticamente uniforme en este punto, véase al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 207 y ss.; BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010, pp. 315-316; LAMARCA PÉREZ, Carmen *et al* (Coords.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Colex, 2011, p. 162; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Libertad e...op.cit.*, p. 586; VELÁSQUEZ BARÓN, Ángel, *Las agresiones sexuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2001, pp. 7-9; VELÁSQUEZ BARÓN, Ángel, *Los abusos sexuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2001, pp. 7-10; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo I*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 220-221; TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, tomo III, volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011, pp. 175-176; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, 16ª edición, undécima conforme al código penal de 1995, Madrid: Ed. Dykinson, 2009, pp. 71 y ss.; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Delitos sexuales”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, tomo I, adaptadas a las Leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del código penal, Madrid: Ed. Tecnos, 2010, pp. 191 y ss.; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Civitas, 2011, pp. 29-30; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª edición, Madrid: Ed. Dykinson, 2010, p. 219; AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011, p. 804, N° 9216; BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español. Tomo II, el sistema de la parte especial. Volumen I, delitos contra bienes jurídicos individuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2005, pp. 229-230; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 207, aunque la llama “autonomía sexual”; no obstante, la mayoría de estos asume una dualidad con la indemnidad sexual tratándose de menores de edad e incapaces, según se

A pesar de esto, las figuras de la parte especial no siempre pueden responder con el mismo grado de fidelidad a las formulaciones de los bienes protegidos o a los preceptos jurídico-penales de la parte general.¹²²³ Aquí hay dos situaciones dignas de destacar, el enmascaramiento, o sea, proteger algo distinto a lo que se dice proteger, y en segundo lugar proteger algo que es incompatible con el carácter social y democrático del Estado.¹²²⁴

Por ejemplo, respecto al primer punto, ORTS BERENGUER cree que la libertad sexual –como la indemnidad– en el título del epígrafe es una mera directriz político-criminal más que un bien jurídico protegido.¹²²⁵ Sobre el punto, DÍEZ RIPOLLÉS nos recuerda que los alemanes (algunos) consideraban que el concepto existente en el epígrafe no era el bien jurídico protegido –necesariamente– sino más bien un concepto globalizador.¹²²⁶ Ambas ideas permiten abrir la ventana a la opción de otros bienes jurídicos, tanto primarios como secundarios, eventualmente protegidos en el Título VIII, lo que se ve reforzado con otros casos en que el título de los epígrafes no se corresponde, en mayor o menor medida, con lo resguardado en una determinada figura del CP.

Al respecto, COBO DEL ROSAL era enfático al señalar, a propósito del delito de adulterio, como primer ejemplo, que el hecho de que el legislador utilice una cierta rúbrica en la sistematización de los delitos no significa que el intérprete deba someterse a ella.¹²²⁷ En el caso de los delitos del Título XII, Sección I, Cap. III, DÍEZ RIPOLLÉS señala que el epígrafe no permite identificar cuales son los bienes jurídicos protegidos, pues el título “De los delitos contra los derechos y deberes familiares” nada nos dice respecto a qué es lo protegido, lo mismo la sección “Del quebrantamiento de los deberes

verá *infra*; MIMBRERA TORRES, Eva, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CRUZ DE PABLO, José A. (Coord.), *Comentarios al código penal*, vol. 1, Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2008, pp. 289-291; MORILLAS FERNÁNDEZ, David. *Análisis, op.cit.*, pp. 155 y ss.

¹²²³ Incluso a veces lo hacen en sentido contrario, en virtud de los particulares intereses tutelados en la parte especial (por ejemplo, art. 368 en relación a los arts. 27 y ss CP). Sánchez Lázaro no ve con malos ojos que en la parte especial se igualen ciertas formas de participación criminal que en la parte especial se tratan separadamente. El fundamento de esto estaría, para el autor, en una especial apreciación del bien jurídico, en razón de que, algunos de estos impiden apreciar diferencias desvalorativas importantes entre las distintas formas de agresión (como los delitos relativos al tráfico de drogas), mientras otros ofrecen una visión totalmente diferenciada, como la vida en el homicidio, donde el que mate a otro tiene una diferencia de desvalor sustancial frente al que le entregó el arma. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, *Política criminal...op.cit.*, pp. 36-37 y 40-41.

¹²²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones...op.cit.*, p. 73.

¹²²⁵ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 16.

¹²²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho...op.cit.*, p. 203.

¹²²⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel, “El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código penal)” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1963, p. 509.

de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio”.¹²²⁸ No hay alusión del bien jurídico ni puede extraerse de esa denominación, que sólo alude a conductas, derechos y deberes. Los arts. 223 y 224 tendrían como bien jurídico penalmente protegido a la seguridad personal del menor o incapaz en el marco del área de guarda, entendiendo lo primero como el aseguramiento de una especial protección de determinados ciudadanos en ámbitos o circunstancias sociales que producen una especial vulnerabilidad.¹²²⁹ A pesar de que existe una vinculación, por esta misma descripción, con otros bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad personal o la libertad sexual, lo característico de estos tipos penales es que, o abren la puerta a otros delitos con otros bienes jurídicos, o sancionan la creación de un estado que deja al menor en una situación de vulnerabilidad que eventualmente pudiera permitir un daño a otros intereses más allá de la seguridad. Sin embargo, la doctrina mayoritaria postula los derechos inherentes a la patria potestad, tutela y guarda como bienes jurídicos en estos tipos penales. Por último, el propio DIEZ RIPOLLÉS señala que existe una postura mixta al respecto, que parte con este último, pero introduciendo secundariamente la seguridad personal del menor.¹²³⁰

Como en estos casos, la situación del bien jurídico en los delitos relativos a la prostitución infantil y juvenil y otros relacionados a las redes informáticas y telemáticas ha ido variando en el sentido de aceptarse la posibilidad de protección de bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual.

A continuación revisaremos los principales aspectos de la protección penal de dichos bienes jurídicos, para luego revisar las opciones que se han planteado para los delitos y figuras en estudio.

3.2. UNA BREVE APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Si el concepto de bien jurídico en sí ha provocado divisiones en la doctrina, sobre todo entre aquellos llamados funcionalistas y su idea de protección de la norma, el

¹²²⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 14-16.

¹²²⁹ *Ibid*, p. 17

¹²³⁰ Por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, p. 19, especialmente notas a pie de página N° 28 y 29; ídem, pp. 108 y ss., a propósito de los tipos penales de los arts. 229, 230, 231, 232 y 233 de Código penal español. Véase también BELLO LANDROVE, Federico “La familia en el CP español”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 17, 2006, pp. 12 y ss.

concepto de bienes jurídicos de carácter colectivo genera aún más discusiones. Estas apuntan a distintas aristas del tema, desde su real existencia, su fundamentación, contornos, y, en caso de aceptarlos, la delimitación de qué es y qué no es bien jurídico colectivo.

Intentar adaptar un instituto nacido bajo un Estado liberal y democrático de Derecho a las características y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho ha generado buena parte de los problemas que se le imputan a estas nuevas formas de bienes jurídicos, su fundamento material ya no estaría centrado en el individuo.¹²³¹

El problema parte desde la propia denominación del objeto de estudio. Los más utilizados son “bien jurídico colectivo” y “bien jurídico supraindividual”,¹²³² pero a estos se agregan otros como por ejemplo “interés difuso”,¹²³³ “bienes jurídicos suprapersonales”,¹²³⁴ “bienes jurídicos universales”,¹²³⁵ o “bienes jurídicos

¹²³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el código penal de 1932)”, en AAVV, *Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa (Número monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, Madrid: Ed. Univ. Complutense, 1986, p. 151. Sin embargo, Mayo Calderón afirma que las teorías, principios y garantías propias del Derecho penal liberal, aplicables al bien jurídico individual, son perfectamente aplicables a los bienes jurídicos colectivos, minimizando el conflicto. MAYO CALDERÓN, Belén, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del código penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada: Ed. Comares, 2005, pp. 64-65.

¹²³² Por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, p. 225, para equiparar la categoría a la nomenclatura usada respecto a los bienes jurídicos individuales; cfr. Bustos Ramírez, quien prefiere usar “colectivo” por sobre “supraindividual” (aunque utiliza ambos de forma alternativa), pues estima que los delitos asociados afectan siempre a una masa –la colectividad– o colectivo de individuos, pero no está por sobre el individuo, como sugiere el uso del término “supraindividual”, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el código penal de 1932)”, en AAVV, *Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa (Número monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, Madrid: Ed. Univ. Complutense, 1986, pp. 153, 158-159.

¹²³³ Acuñado en la doctrina italiana por SGUBBI, Filippo, “*Tutela Penale di Interessi Diffusi*” en *La Questione Criminale*, N° 3, 1975; y él mismo, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milán: Ed. Giuffrè, 1976, y considerado por Corcoy Bidasolo como una forma lingüística de reproche a su legitimidad, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, p. 183.

¹²³⁴ MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro: aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (-tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad de tráfico-)*, Granada: Ed. Comares, 1997, pp. 11, 56.

¹²³⁵ Esgrimido este por Hassemer y Muñoz Conde, sobre la base a la capacidad dispositiva del bien jurídico, presente en el individual pero no en el colectivo, HASSEMER, Winfred; y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1989, p. 107; en el mismo sentido, respecto a la nomenclatura usada, KINHÄUSER, Urs, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”, en ARROYO ZAPATERO, Luis; y TIEDEMANN, Klaus, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: Ed. Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 445.

globales”.¹²³⁶ Lo que acentúa las dificultades para resolver esta cuestión, es que a veces estos conceptos se usan como sinónimos¹²³⁷ y en otros casos como términos con distinto significado.¹²³⁸ A lo largo de los siguientes párrafos utilizaremos los dos más aceptados en la doctrina de forma indistinta –colectivo o supraindividual-, salvo manifestación expresa en contrario.¹²³⁹

No siendo un objetivo medular de esta tesis, nos centraremos en los aspectos básicos de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, sus elementos centrales, distintivos y clasificaciones, con la idea de establecer una base sobre la que determinar la eventual existencia de alguno de estos bienes jurídico-penales en los delitos objeto de estudio. Tomaremos como base lo afirmado por HASSEMER, uno de los críticos de los bienes jurídicos no individuales, quien no rechaza la posibilidad de existencia de bienes jurídico-penales generales o estatales, pero los acepta sólo si brindan la posibilidad de servir a los intereses del hombre,¹²⁴⁰ entendiendo, como hace BUSTOS RAMÍREZ, que las delimitaciones conceptuales son las que permiten establecer un mejor orden de relaciones y complementación entre los bienes colectivos o supraindividuales (en mayor o menor extensión) con los que constituyen sus bases o condiciones, aquellos bienes individuales.¹²⁴¹

Para la caracterización de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, seguiremos a SANTANA VEGA, quien utiliza cuatro criterios para tal fin, a saber, la

¹²³⁶ Más lejano parece el concepto, no suficientemente masificado aún, de bienes jurídicos globales, definidos por Peters como “[...] aquellos bienes que son moldeados o incluso constituidos por el Derecho, y cuya existencia y forma interesan y benefician a todos los Estados o a toda la humanidad y están a su disposición”. La autora distingue entre bienes jurídicos globales cuasi-privados, públicos y penales. Al respecto véase PETERS, Anne, “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 16, 2012, pp. 75 y ss. (publicación monográfica dedicada a la protección de los bienes jurídicos globales).

¹²³⁷ Por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Ed. Akal, 2005, pp. 272-273.

¹²³⁸ Cerezo Mir distingue entre bienes jurídicos colectivos, que son un mero instrumento para la protección de bienes individuales, de los bienes supraindividuales, que serían los que están dotados de verdadera autonomía, CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 10, 2002, pp. 57-58.

¹²³⁹ *A priori*, consideramos que “supra-personal” no otorga mayores rasgos distintos respecto a supraindividual, más masivo en doctrina. Por su parte, el interés difuso es un concepto que alude más bien a la intención de determinar la materialidad del bien jurídico en particular, y no a un concepto que englobe el conjunto. Por último, hablar de “universalidad” ofrece una referencia mínima, sino existente, a la idea de bien jurídico personal o individual, lo que impide establecer un criterio determinador de la clasificación.

¹²⁴⁰ HASSEMER, Winfried, “Teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, N° 45 a 48, año 12, 1989, p. 282. También compartido por BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Los bienes jurídicos colectivos...op.cit.*, p. 153.

¹²⁴¹ *Ibid.* p. 163.

titularidad de dichos bienes, los intereses protegidos, los sujetos pasivos y la acción lesiva,¹²⁴² los que pueden permitir avanzar hacia la delimitación conceptual de los mismos. Veremos con mayor detalle el primero de ellos, por su importancia.

3.2.1. La titularidad en los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales como elemento de distinción

En relación a este criterio, un rasgo distintivo es que su titularidad recae en una generalidad de personas,¹²⁴³ lo que implica una visión rupturista para un instituto que nace al alero de la individualidad del ser humano. Este criterio parece ser esencial en doctrina para la conceptualización y agrupación de los bienes jurídicos de nuevo cuño. SOTO NAVARRO cree que sólo existirán bienes jurídicos colectivos cuando estos no puedan descomponerse en una pluralidad de bienes de carácter individual. En este caso, el bien colectivo sería superficial, por no tener un contenido propio, y debería prescindirse de él.

En términos positivos entonces, bienes jurídicos colectivos son aquellos que tienen una entidad propia distinta de una suma de bienes jurídicos individuales, transformándose su indivisibilidad en un rasgo distintivo.¹²⁴⁴ SCHÜNEMANN distingue entre bienes jurídicos colectivos puros de los meros bienes jurídicos colectivos aparentes. Los primeros son los que tienen entidad propias y delitos propios para su protección, más allá del adelantamiento de las barreras de punibilidad de los delitos patrimoniales (el autor no restringe la clasificación al derecho penal económico, aunque

¹²⁴² SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid: Ed. Dykinson, 2000, pp. 96 y ss.

¹²⁴³ También en este sentido CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y...op.cit.*, p. 204, para quien la consecuencia directa de esto es que nadie, ni el Estado, puede disponer de tales bienes jurídicos.

¹²⁴⁴ La autora señala que de los cuatro rasgos que la doctrina suele asociar como característicos de este tipo de bienes jurídicos, esto es, titularidad compartida, indisponibilidad, indivisibilidad y naturaleza conflictual, los dos primeros deberían descartarse, pues la distinción parte de una cuestión previa distinta a la titularidad/disponibilidad, como es el caso de las funciones del bien colectivo respecto a los individuos. Respecto de la naturaleza conflictual, su posición es menos tajante, pues la autora señala que este rasgo es compartido por algunos, pero no por todos los bienes colectivos. Se presenta particularmente en aquellos de “nueva generación”, donde su génesis y fundamento de protección ya no está en el normal funcionamiento social, sino en otros intereses legítimos dignos de protección, a ojos del legislador, SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Ed. Comares, 2003, pp. 227-230 (el entrecomillado es propio). Similar parece la opinión de CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, p. 204, en cuanto a la titularidad compartida, al referirse a la incapacidad para disponer del bien jurídico colectivo que tienen los sujetos individualmente considerados, o incluso los poderes o instituciones públicas.

parta de esta área), mientras que los segundos no son más que la suma de bienes jurídicos individuales.¹²⁴⁵

SANTANA VEGA se adhiere a esta división bipartita entre bienes jurídicos individuales y los que ella denomina supraindividuales,¹²⁴⁶ distinguiendo en esta última categoría entre bienes jurídico-penales institucionales y aquellos propiamente colectivos.¹²⁴⁷ Los primeros son aquellos en que la protección de los intereses protegidos se mediatiza a través de una persona jurídica pública, como es el Estado (por ej: la seguridad exterior del Estado o la Administración de Justicia); los segundos son aquellos que podrían afectar a una generalidad de sujetos individuales, sin mediación de un ente como el Estado, a diferencia de los primeros (por ej: salud pública, seguridad del tráfico vial, etc). En estos últimos la autora identifica cuatro bloques de contenidos del Estado social, como son la protección de la familia, protección de los trabajadores, protección de determinados colectivos de ciudadanos (jóvenes, discapacitados o tercera edad) y protección de determinados bienes¹²⁴⁸ (patrimonio histórico, artístico y cultural o medio ambiente).¹²⁴⁹

Sin embargo, estima SANTANA VEGA, la clasificación de los bienes jurídicos supraindividuales en colectivos e institucionales se ha visto relativizada a causa de tres indicadores, como son la desaparición de las fronteras entre lo público y lo privado en el

¹²⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento”, en SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid: Ed. Tecnos, 2002, pp. 190-191.

¹²⁴⁶ Sin embargo, entiende que, sobre todo en la actualidad, no es una separación drástica, y que sería conveniente hablar de preponderancia del carácter individual o supraindividual, más que de exclusividad, según puede apreciarse en bienes jurídicos tales como la propiedad, cada vez más restringido por la función social de la misma y cercano al orden socioeconómico. Es más, en forma particularmente interesante para efectos de esta investigación, la autora sostiene que en los delitos sexuales, específicamente en aquellos que afectan a menores de 12 años (según la normativa de la época de su obra) e incapaces, junto a la tradicional libertad sexual, la doctrina ha ubicado un nuevo –para la época– bien jurídico, la indemnidad sexual, sustancialmente diferente a aquel, y que a su parecer tiene rasgos sociales que mediatizan las características de la autodeterminación sexual como bien jurídico, en pos de un paternalismo estatal sobre tales sujetos. Refuerza este punto de vista en torno a la libertad sexual con otras medidas asociadas, como la limitación del perdón del ofendido, la limitación de la perseguibilidad (Sic) a instancia de parte o la posibilidad de apreciación de continuidad delictiva en estos delitos junto con aquellos contra el honor. SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, pp. 78-79.

¹²⁴⁷ Asumiendo entonces una relación de género a especie entre uno y otros. Esta distinción tripartita parece reflejar lo que Mata y Martín trae a colación respecto a la concepciones del Derecho que reconoce Radbruch: la individualista (bienes jurídicos personales), supraindividualistas (bienes jurídicos institucionales) y transpersonales (bienes jurídicos colectivos en sentido estricto). MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro: aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (-tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad de tráfico-)*, Granada: Ed. Comares, 1997, p. 12.

¹²⁴⁸ Esto habría que entenderlo desde la perspectiva civilista del término.

¹²⁴⁹ SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, pp.77-78.

Derecho,¹²⁵⁰ la irrupción de los denominados intereses difusos y la alteración de la preponderancia entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales, lo que deriva en una colectivización de los bienes personales. Esto puede apreciarse en una serie de figuras como las amenazas (a grupos étnicos o a los habitantes de una población), el hurto (y su relación con el grave desabastecimiento) o la figura del delito masa.¹²⁵¹

SANTANA VEGA relaciona esto con el carácter pluriofensivo de los tipos penales, en particular aquellos que protegen bienes jurídicos colectivos, donde el bien individual subyacente está intrínsecamente conectado a aquel, que protege en forma indirecta un bien de similar naturaleza, como ocurre en los delitos contra los consumidores. En estos primero surge un riesgo para un interés colectivo y luego la lesión del bien individual patrimonio, como ocurre también la relación entre salud pública y salud personal o individual. La misma relación se da entre bienes jurídicos colectivos en sentido estricto y los bienes institucionales, como sería el ejemplo de los delitos de omisión de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad, donde pueden apreciarse, con mayor o menor nivel de discusión, los bienes jurídicos “administración de justicia” y “seguridad común”, viéndose una relación de medio a fin entre los bienes de tal naturaleza, que suele llevar a confusiones entre la *ratio legis* y el bien jurídico propiamente tal.¹²⁵²

3.2.2. Sobre el interés protegido en los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales

A los problemas que supone determinar quienes son los individuos que, en su conjunto, detentan determinados bienes colectivos, como en los casos del funcionamiento del mercado de valores o de la correcta administración pública, se agrega otra dificultad. Esta se relaciona con la diferenciación entre bienes jurídicos

¹²⁵⁰ Al respecto, Corcoy Bidasolo utiliza el ejemplo de la función de reparación en Derecho penal, que desnaturaliza las divisiones y funciones entre este y el Derecho civil, y termina siendo contradictoria con la protección de bienes jurídicos supraindividuales, pues al no lesionarse en estos un interés privado, no se haría necesaria la reparación, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 176-177; cfr. MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios...op.cit.*, pp. 16-18, quien considera errónea una confusión de este estilo, a propósito del sujeto pasivo en el bien jurídico, por la clara distinción conceptual entre sujeto pasivo y perjudicado por un ilícito.

¹²⁵¹ SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, pp. 80-81.

¹²⁵² *Ibid*, pp. 81-83.

colectivos propiamente tales, y los denominados intereses (bienes jurídicos) difusos.¹²⁵³

Para distinguir ambas categorías se han usado al menos cuatro criterios.¹²⁵⁴

- a) En primer lugar, el mayor o menor grado de organización, teniendo en este caso los bienes colectivos mayor estabilidad y organización de los intereses que representan, frente a la ausencia de base organizativa de los bienes jurídicos difusos, dada la indeterminación de sus titulares;
- b) En segundo lugar, se apela a la relación de subsidiariedad de la titularidad, pues habiendo una unidad supraindividual de intereses organizados se estará ante bienes jurídicos colectivos, y faltando esta, frente a bienes jurídicos difusos;
- c) En tercer lugar podemos mencionar el carácter divisible de los bienes colectivos, frente al indivisible de los bienes jurídicos difusos; y
- d) Finalmente, en cuarto lugar, se utiliza la rama del ordenamiento jurídico que otorga disciplina al bien en cuestión, pues los bienes colectivos serían representativos del Derecho privado, mientras los intereses difusos del Derecho administrativo.¹²⁵⁵

Coincidimos con SANTANA VEGA en la crítica particular de los dos primeros criterios, por entender que, en primer término, el criterio organizativo podría llevar a confundir los bienes colectivos con los individuales, pues finalmente serían los sujetos quienes se organizan; y en segundo lugar pues en ambas categorías los sujetos pueden ser sustituidos unos por otros sin afectar la subsistencia del bien jurídico, ya que lo que selecciona al titular es la situación en que el individuo se encuentre y no el grado de organización en los intereses en juego.¹²⁵⁶ HASSEMER es especialmente crítico de estos intereses difusos, por considerar que su calidad conceptual deriva, por una parte, en tipos penales amplios, y por otra, no permite realizar una crítica de un tipo penal en particular por su excesiva amplitud, lo que desencadena en una pérdida de función crítica frente a la política criminal, cuestión que sí puede obtenerse de un bien jurídico descrito en forma concreta (como aquellos que él denomina “personales”).¹²⁵⁷

¹²⁵³ De hecho, para la determinación del sujeto pasivo, Antolisei, citado por Mata y Martín, recurre al criterio del interés protegido por la norma, siendo sujeto pasivo el titular del interés (bien jurídico) cuya lesión es indispensable para la existencia del delito, ANTOLISEI, Francesco, *L'offensa e il danno del reato*, citado en MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios...op.cit.*, p. 18.

¹²⁵⁴ SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid: Ed. Dykinson, 2000, pp. 97-98.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, pp. 98-99.

¹²⁵⁶ *Ibidem.*

¹²⁵⁷ HASSEMER, Winfried, “Teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, N° 45 a 48, año 12, 1989, pp. 280, 282, sin embargo, también afirma que el concepto de bien jurídico no debe ser total y absolutamente concreto, sino que debe ser lo suficientemente abierto como para permitir una decisión discrecional del legislador penal. En similar sentido BUSTOS

Volviendo al segundo de los criterios caracterizadores, esto es, los intereses protegidos, la autora diferencia entre aquellos bienes jurídicos colectivos propiamente tales de los públicos o institucionales, a pesar de que los segundos podrían incluirse en una perspectiva amplia de los primeros, si los entendemos como “[...] todos aquellos que no se circunscriben a una persona determinada”. Sin embargo, si se hila más fino, es posible distinguir los bienes jurídicos colectivos *stricto sensu* de los bienes individuales y de los bienes jurídico-penales públicos, en razón de los intereses protegidos. En estos últimos los intereses protegidos y eventualmente afectados o puestos en peligro afectan, valga la redundancia, al conjunto de la Sociedad-Estado, y además no pueden fraccionarse, mientras que los individuales lo hacen respecto a los intereses de los sujetos individualmente considerados. Lo que caracteriza a los bienes jurídicos colectivos es que los intereses están más o menos sectorizados, es decir, su referencia corresponde a un grupo más o menos determinado de sujetos,¹²⁵⁸ y se suma el que pueden fraccionarse.

Esta caracterización además redundante en que los bienes colectivos pueden protegerse subsidiariamente por los bienes jurídicos individuales, cuestión que no es posible respecto a los bienes públicos o generales, que sólo admiten una protección directa.¹²⁵⁹ Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la utilización de este criterio, en los términos expuestos, no permite diferenciarlo correctamente del primero de los usados por la autora, pues en estricto rigor, termina refiriéndose de igual modo a los titulares de los respectivos bienes, al indicar que los bienes individuales representan intereses del “ser humano en particular”, los bienes colectivos de “un grupo más o menos determinado de sujetos individuales”, mientras los bienes públicos de la sociedad toda o del estado.¹²⁶⁰

Parece tomar en consideración este criterio BUSTOS RAMÍREZ, quien clasifica en primer lugar a los bienes jurídicos entre aquellos que están referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema, que serían los bienes jurídico-penales

RAMÍREZ, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el código penal de 1932)”, en AAVV, *Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa (Número monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, Madrid: Ed. Univ. Complutense, 1986, p. 153, para quien incluso algunos bienes jurídicos supraindividuales clásicos como la seguridad del Estado o la fe pública tienen este problema de delimitación de su contenido, propio de todo bien jurídico-penal de esta naturaleza.

¹²⁵⁸ También al respecto CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y...op.cit.*, p. 204.

¹²⁵⁹ SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, p. 100.

¹²⁶⁰ O, en palabras de CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y...op.cit.*, p. 205, “...protección de intereses o derechos colectivos con referente individual”.

individuales (vida, honor, etc) y aquellos relativos al funcionamiento del sistema, que a su vez subdivide entre aquellos institucionales, los bienes colectivos propiamente tales y los de control. Los primeros son los referidos a ciertas instituciones básicas y esenciales para el funcionamiento del sistema, son universales y buscan establecer vías o procedimientos organizativo-conceptuales para asegurar los bienes jurídicos individuales; aquellos referidos a la satisfacción de necesidades sociales y económicas y la participación ciudadana en estos ámbitos son los que BUSTOS RAMÍREZ denomina en sentido estricto “bienes jurídicos colectivos”; por último, los de control son los que apuntan a la organización estatal como forma de cumplimiento de sus funciones.¹²⁶¹

Para el mismo autor, la importancia de esta clasificación radica en que la intervención punitiva reconoce como uno de sus límites al bien jurídico. Tanto como este la fundamenta, la restringe. Esos límites serán distintos dependiendo de cada categoría vista, encontrándose las mayores restricciones en los bienes referidos al funcionamiento del sistema, pues una intervención punitiva demasiado extensa impediría su funcionamiento. Esto ocurriría en relación a los bienes institucionales, pues una excesiva protección de los bienes colectivos y de control derivaría en el cierre del sistema. De ahí surge la necesidad, estima BUSTOS RAMÍREZ, de que la intervención punitiva en relación a los bienes colectivos sea mínima, para hacerla coherente con un estado social y democrático de Derecho, y en el caso de los bienes de control, para evitar un Estado de policía.¹²⁶²

MAYO CALDERÓN parece utilizar este elemento como criterio clasificatorio, aunque ello puede recibir ciertos reparos. La autora distingue cuatro tipos de bienes jurídicos colectivos: los estatales, los institucionales, los estructurales y por últimos los internacionales.

Si bien no define a los bienes jurídicos colectivos estatales, sí los caracteriza e identifica, señalando que son aquellos que se encuentran protegidos por los delitos contra la hacienda pública, contra la Corona, aquellos contra las instituciones del Estado y la división de poderes, el delito de ultraje a España, aquellos contra el orden público y por último los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Estos son necesarios para la subsistencia del sistema, pues sin ellos el modelo de Estado basado en el contrato social no puede sostenerse.

¹²⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Los bienes jurídicos colectivos...op.cit.*, p. 161.

¹²⁶² *Ibid*, pp. 162-163.

Los bienes colectivos institucionales serían aquellos referidos a instituciones básicas para el buen andar del sistema, como el correcto funcionamiento de la administración pública o de justicia, como también la fe pública. CORCOY BIDASOLO, aunque sin utilizar tal nomenclatura, reconoce este tipo de bienes jurídicos supraindividuales, que representan actividades que afectan, o pueden hacerlo, a la generalidad de los ciudadanos que, por el solo hecho de serlo, pueden o deben intervenir en tal actividad.¹²⁶³

Los estructurales son los que, como su nombre sugiere, se refieren a instituciones básicas o necesarias para el funcionamiento del sistema económico o social, como el correcto funcionamiento del mercado de valores, la libertad de competencia, la correcta ordenación del territorio, la transparencia contable en las sociedades mercantiles, la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico o la seguridad en términos generales (en el consumo, en el tráfico vial, colectiva, etc) y su necesidad va de la mano con el advenimiento del Estado social. Su existencia busca equilibrar ciertos ámbitos de acción social en que un grupo ostenta una posición privilegiada, propio de un sistema económico de mercado, y que sin esta protección penal estarían en una situación demasiado ventajosa frente a quienes participan de estas actividades útiles para la vida social.¹²⁶⁴

Por último, están los bienes jurídicos colectivos internacionales, que son entendidos por MAYO CALDERÓN como aquellos cuya trascendencia excede a un sistema social determinado, como el medio ambiente –uno de los bienes colectivos paradigmáticos-, la conservación de la flora y la fauna, las condiciones de supervivencia de la especie humana, el patrimonio histórico o los bienes protegidos en los denominados delitos contra la comunidad internacional o en el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.¹²⁶⁵

¹²⁶³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro...op.cit.*, p. 208.

¹²⁶⁴ Bustos Ramírez fue reticente a que todo lo relacionado con la protección de bienes jurídicos colectivos, en sentido amplio, pasare del Derecho penal al Derecho administrativo, por una supuesta incompatibilidad del instituto con los valores de la política criminal liberal. Desde su perspectiva, esto sería contraproducente, al dejar bienes valiosos al arbitrio del Estado, sin las garantías y restricciones propias del Derecho penal. Por eso el concepto material de bien jurídico-penal es importante en su función crítica del sistema, y especialmente los bienes colectivos, al llamar la atención sobre la estructura económica y social del sistema, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Los bienes jurídicos colectivos...op.cit.*, pp. 163-164.

¹²⁶⁵ MAYO CALDERÓN, Belén, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del código penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada: Ed. Comares, 2005, pp. 97-101.

3.2.3. Los sujetos pasivos y la acción lesiva en los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales

HASSEMER asumía hace ya más de dos décadas que estábamos frente a delitos de víctimas difusas, cuando se trataba de ilícitos económicos, medioambientales, tráfico de drogas o del procesamiento de datos, por ejemplo, lo que derivaba en una disolución del concepto de bien jurídico, dejando la protección de intereses humanos concretos para pasar a la protección de instituciones sociales o unidades funcionales de valor.¹²⁶⁶ SANTANA VEGA relaciona particularmente con aspectos de carácter procesal penal, ya que en los bienes jurídicos colectivos –y esta vez también en los difusos- la víctima no se logra apreciar con claridad, tendiendo a desaparecer frente al proceso penal debido a su difuminación. A decir de la autora, se convierten en instrumentos de funcionalización de poder, sin tener más referente que sí mismos, entrando a la vía del simbolismo, lo que podría apreciarse en delitos como el tráfico de drogas o los económicos.¹²⁶⁷

El punto anterior en particular sería un reflejo del llamado Derecho penal del riesgo, donde los bienes jurídicos individuales dan paso a los colectivos, y los delitos de resultado a los delitos de peligro, excluyendo a la víctima del Derecho penal material. MATA Y MARTÍN recoge este criterio pero más bien relacionado a la titularidad del bien jurídico, distinguiendo así entre sujeto pasivo genérico o mediato, por una parte, y sujeto pasivo específico o inmediato, por otra. En el primer caso estaríamos frente al Estado, pues es este quien asume la defensa de los bienes jurídicos de titularidad individual cuando son lesionados o puestos en peligro.¹²⁶⁸

Sobre este criterio en particular, en la visión de SANTANA VEGA, estimamos que si bien es razonable la apreciación respecto a los bienes difusos, esto debería matizarse en relación a los bienes jurídico-penales colectivos, pues como la misma autora señala al utilizar el criterio de la titularidad, esta radica en un grupo “más o menos determinado de sujetos”, los que en el proceso penal pueden perfectamente tener representatividad. Piénsese, por ejemplo, en las organizaciones de consumidores o en las sociedades de gestión colectiva, en materia de derechos de autor, donde los sujetos –

¹²⁶⁶ HASSEMER, Winfried, *Teoría personal...op.cit.*, p. 279.

¹²⁶⁷ Cuestión gravitante en el Derecho penal legitimado por la protección de bienes jurídicos individuales, SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, pp. 101-102.

¹²⁶⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios...op.cit.*, p. 15.

víctimas para estos efectos- están mayor o menormente determinados y pueden ser representados en juicio

Por último, el cuarto criterio caracterizador es el referente a la acción delictiva, donde se aprecian las características propias del Derecho penal del riesgo, como la introducción masiva de bienes jurídicos colectivos, protegidos a través de las figuras de peligro, sobre todo peligro abstracto, con un marcado adelantamiento de las barreras de protección, vulnerando eventualmente el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. Las referencias conductuales se estandarizan estableciendo parámetros de gestión de riesgo en base a criterios técnicos o la experiencia acumulada. Estas características no alcanzarían, al menos no en esa magnitud, a los delitos asociados a bienes jurídicos individuales.¹²⁶⁹

3.2.4. La función de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y sus relaciones de preeminencia o superioridad con bienes jurídicos individuales

HASSEMER afirma que el bien jurídico supraindividual en una concepción personal, ubicado en un campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado, sólo se justifican si es condición de la posibilidad de protección de la persona, encontrando allí su función.¹²⁷⁰ La legitimidad de los bienes colectivos debe considerar como elemento base la referencia a la protección de intereses fundamentales para la vida social del individuo.¹²⁷¹

Para CORCOY BIDASOLO, los bienes jurídicos supraindividuales tienen como función proteger la seguridad de las personas y su confianza en el buen funcionamiento de las distintas actividades de la sociedad en las que se involucre. Particularmente, y esto reviste interés para nosotros, la autora afirma la utilidad de estos bienes jurídicos cuando se trate de colectividades que se consideran en una situación desventajosa por su naturaleza o su concreta situación en el entramado sociales.¹²⁷² Una de las características fundamentales de la función de los bienes jurídicos colectivos es el

¹²⁶⁹ La autora no se manifiesta respecto a los bienes jurídicos difusos, pero podemos entender que a estos efectos los asimila a los colectivos, SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, pp. 102-103.

¹²⁷⁰ HASSEMER, Winfried, *Teoría personal...op.cit.*, p. 282, aunque sin señalarlo así de forma expresa.

¹²⁷¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y...op.cit.*, p. 184.

¹²⁷² *Ibid*, p. 218 y ss.

fomento de la participación de los individuos en el sistema, mientras que a ella se suma la de protección de otros bienes jurídicos, generalmente individuales.¹²⁷³

Si bien coincidimos en ambas apreciaciones, estimamos que deben agregarse las funciones que se le atribuyen también a los bienes individuales, como la sistémica, dentro de la teoría del delito, la interpretativa y la de ser una directriz político-criminal, que no son incompatibles con las nombradas en los párrafos anteriores.

Sobre las eventuales relaciones de preeminencia o superioridad de unos sobre otros, SANTANA VEGA resumen las posturas que existen al respecto, teniendo por un lado a las teorías dualistas, en contraposición a las monistas.¹²⁷⁴

Las teorías dualistas no superponen a unos por otros, pues entienden que estamos frente a dos categorías distintas de intereses protegidos, independientes entre sí, y que los bienes colectivos son un fin en sí mismos. TIEDEMANN es uno de sus máximos exponentes y da como ejemplos de lo último a la salud pública –delitos de tráfico de drogas- o el funcionamiento del mercado de valores.¹²⁷⁵

Por otra parte, las teorías monistas tienen en común el darle preeminencia a un tipo de bienes jurídicos por sobre el otro, y difieren en cual estará sobre cual. De esta forma tenemos el monismo colectivistas y el monismo personalista.

Las teorías monistas colectivistas o de preeminencia de los bienes jurídicos colectivos están fuertemente marcadas por sus contextos socio-políticos,¹²⁷⁶ sobre todo la denominada Escuela Penal de Kiel, que en la Alemania nacional-socialista erigía al pueblo como el valor supremo, siendo una comunidad unida a través de los lazos de fidelidad del individuo hacia la colectividad. La preeminencia del bien jurídico colectivo es clara en esta teoría.¹²⁷⁷ Algo similar, aunque en otro contexto, ocurre con las ideas funcionalistas, no obstante estas tienen la salvedad de prescindir del concepto de bien jurídico, reemplazándolo por la funcionalidad de los sistemas sociales o la confianza en la norma y en el sistema (AMELUNG y JAKOBS, respectivamente). El panorama en el funcionalismo moderado cambia sólo en cuanto el rol del individuo se concilia de mejor forma con las funciones sociales, no así en cuanto al rol del bien jurídico como instituto.¹²⁷⁸

¹²⁷³ MAYO CALDERÓN, Belén, *La tutela de...op.cit.*, p. 38.

¹²⁷⁴ SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, pp. 84 y ss.

¹²⁷⁵ Por todos, *Ibidem*.

¹²⁷⁶ Sobre todo las surgidas en regímenes dictatoriales.

¹²⁷⁷ Paradigmático el ejemplo de la eutanasia, no reconocida como un derecho individual a disponer del bien jurídico vida, sino como un instrumento para preservar la pureza de la raza.

¹²⁷⁸ SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, pp. 85-88.

Las teorías monistas personalistas o de la preeminencia de los bienes jurídicos individuales suponen al individuo como centro de la sociedad, resguardado de la intromisión excesiva del Estado por el Derecho penal, del que el bien jurídico es un concepto esencial, y cuya titularidad pertenece a los individuos. Estas teorías son contrarias a la funcionalización de los elementos individuales en torno a las necesidades sociales, y de hacerse, debe partir del individuo, considerado por sí mismo o como parte de un colectivo. En este panorama, los bienes jurídicos colectivos o universales tienen fundamento sólo si se corresponden con los intereses del individuo en su proyección como ser humano, plasmados en los bienes jurídicos personales, que son intereses humanos que requieren protección penal. KAUFMANN, VON LISZT o HASSEMER pueden considerarse como representantes de esta postura, afirmando este último que en ningún caso los bienes jurídicos individuales se contraponen a los colectivos, sino que son complementarios, en la medida que los segundos cuadren con los intereses en el sentido ya visto, permitiendo además un concepto material de bien jurídico.¹²⁷⁹ Así por ejemplo, el orden económico no es un bien jurídico colectivo, sino que es sólo un marco general de referencia para bienes jurídicos concretos que son protegidos por los tipos penales económicos. Lo mismo puede decirse de economía nacional o conceptos similares.¹²⁸⁰

Finalmente, para SANTANA VEGA la CE es preponderantemente personalista, lo que se puede desprender del art. 10.1, con base en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, y del art. 9.2.¹²⁸¹ Por lo mismo, sostiene la autora, los bienes jurídicos supraindividuales han de ser complementarios a los individuales. Cualquier intento establezca una independencia total entre unos y otros es artificial y riesgosa, pues la protección penal debe estar predominantemente al servicio del ser humano.¹²⁸²

En vista de la revisión de estos criterios, podemos generar un par de puntos básicos para proseguir el análisis:

¹²⁷⁹ Por todos, SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, pp. 89-92.

¹²⁸⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 70-71. “Cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo”, HASSEMER, Winfried, *Teoría personal...op.cit.*, p. 283.

¹²⁸¹ SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal...op.cit.*, p. 93.

¹²⁸² *Ibid.*, pp. 95-96.

- a) Primero, en la doctrina española ha habido una aceptación histórica a lo que podríamos denominar un “núcleo duro” de bienes jurídicos colectivos. Así por ejemplo ocurre con la administración de justicia, la seguridad del Estado o la fe pública. Sin embargo, las divisiones surgen a propósito de una nueva oleada de estos intereses protegidos por el Derecho penal.
- b) En segundo lugar, la titularidad del bien jurídico parece ser un criterio esencial para su clasificación, y permitiría distinguir dos tipos de bienes jurídicos distintos a los individuales, aquellos colectivos propiamente tales, y aquellos públicos o institucionales (que también podríamos llamar estatales en sentido estricto).
- c) Los bienes jurídicos colectivos en sentido estricto son una manifestación propia de formas contemporáneas del Derecho penal (del riesgo, moderno o expansivo, según se le ha llamado en doctrina), y se encuentran íntimamente ligados con los delitos de peligro, particularmente abstracto.

3.3. PROTECCIÓN PENAL DE LAS COLECTIVIDADES, BIEN JURÍDICO COLECTIVO Y MENORES DE EDAD

Como hemos visto en el apartado anterior, la relación más aceptada entre bienes jurídicos colectivos e individuales es aquella que sostiene que los primeros sirven a la persona a través de la protección de ciertas actividades esenciales a la sociedad y que permiten la realización del individuo y/o su participación en la vida social, así como sirven también para la protección de ciertos grupos o colectividades que se consideran débiles o desprotegidos por su naturaleza o su concreta situación en el entramado social. En este último supuesto, CORCOY BIDASOLO menciona a los trabajadores, los incapaces y los menores de edad, casos en que lo protegido, según la autora, no son los derechos o intereses de uno o más de los sujetos de estos grupos particularmente considerados, sino que los derechos o intereses de quienes pertenecen o pueden pertenecer a estos grupos, lo que además establece una carga especial o al menos afectan a quienes tienen a su cargo a personas de estos grupos (por ej: empleadores).¹²⁸³

¹²⁸³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro...op.cit.*, pp. 208-211. Con ciertos reparos incluye en esta categoría a consumidores y socios minoritarios, en relación a los delitos relativos al mercado y los delitos societarios, respectivamente. La razón de esto es que en ambos casos el CP los considera delitos semipúblicos, es decir, necesitan denuncia del sujeto agraviado (art. 287 CP), lo que sería incompatible con la concepción de bien jurídico supraindividual sostenido por la autora, pues la

La protección de las colectividades a través del Derecho penal podría considerarse una manifestación más del Estado social y democrático de Derecho, en la línea de lo sostenido por BUSTOS RAMÍREZ, por ejemplo. Revisaremos a continuación un par de ejemplos de protección de colectivos en el Derecho penal, con el fin de intentar determinar qué es lo que realmente se protege en estos casos, y así realizar los paralelismos correspondientes con los menores de edad como colectivo social.

3.3.1. ¿Hay algo en común entre la protección penal de los menores y la de los consumidores o las personas de tercera edad? Algunos ejemplos ilustrativos al respecto

En el CP se tipifican en forma expresa delitos contra el mercado y “los consumidores”, en la Sección 3ª del Capítulo XI, Título XIII del Libro II, lo que parecería asumir la opción legislativa de que el bien jurídico protegido es dicha colectividad.¹²⁸⁴ Sin embargo, *a priori*, podemos traer a ruedo los mismos argumentos utilizados *supra* para señalar que esto no debe ser obligatoriamente así, y que el *nomen* usado por el legislador en un epígrafe puede ser una pauta político criminal o una manifestación de intención, más que una referencia explícita al bien jurídico.¹²⁸⁵

La protección legal de los consumidores tiene su origen en el art. 51.1 de la CE,¹²⁸⁶ que para CARRASCO ANDRINO sería un verdadero límite a la libertad de

titularidad del bien sería finalmente individual. Distinto sería el caso de los delitos contra la salud de los consumidores, pues lo protegido aquí no sería el mercado sino el consumo, lo que incluiría a consumidores y usuarios, sean o no consumidores. Se trata en el fondo de proteger la confianza en que los productos serán lo que dicen ser y que tiene el precio adecuados a sus características. Sobre la titularidad de las acciones y las asociaciones de consumidores y usuarios, véase GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal”, en AAVV, *Protección penal de consumidores y usuarios*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 39-49. En contra de una protección especial a ciertos grupos, a propósito de las personas mayores, ALONSO ÁLAMO, Mercedes; y JAVATO MARTÍN, Antonio, “La protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa” en JAVATO MARTÍN, Manuel; y DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dirs.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 39-40, por considerar que el Derecho penal está orientado a la protección de bienes jurídicos y no a atender las necesidades especiales de ciertos grupos o sector de la población.

¹²⁸⁴ Haciéndolo equivalente en el título del epígrafe a una entidad abstracta como es el Mercado.

¹²⁸⁵ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Granada: Ed. Comares, 2007, pp. 36 y ss.

¹²⁸⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan, “El delito de publicidad engañosa”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 73-74.

empresa, en especial a la libertad de iniciativa económica del empresario dentro del ámbito publicitario.¹²⁸⁷ En el CP, las figuras que el legislador tipifica son las siguientes:

- a) La contenida en el art. 281.1, desabastecimiento de materias primas,¹²⁸⁸
- b) El delito de publicidad engañosa o fraudulenta¹²⁸⁹ del art. 282;¹²⁹⁰
- c) La defraudación a los consumidores, contenida en el art. 283;¹²⁹¹ y
- d) Alteración de los precios naturales, en el art. 284.¹²⁹²

A estos pueden sumarse otros, como los contenidos en Título XVII del CP, usualmente denominados como “Delitos contra la seguridad colectiva”.¹²⁹³

¹²⁸⁷ CARRASCO ANDRINO, María, *La publicidad engañosa y el derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*, Valencia: Ed. Revista General de Derecho, 2000, p. 75.

¹²⁸⁸ Art. 281.1: “El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses”.

¹²⁸⁹ Con esta última denominación, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 473.

¹²⁹⁰ Art. 282: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

¹²⁹¹ Art. 283: “Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos”.

¹²⁹² Art. 284: “Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

1. Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiese corresponderles por otros delitos cometidos.

2. Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3. Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieron órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador”.

Cierta reserva sobre este artículo en PUENTE ALBA, Luz M^a, *Los delitos contra los consumidores*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 16, quien califica como “genuinos delitos económicos contra el consumidor” sólo a las figuras de los artículos 281 a 283.

¹²⁹³ Estos son:

- a) Delitos de elaboración y tráfico ilícito de sustancias nocivas o productos peligrosos, de los artículos 359 y 360 del CP;
- b) Algunos de los delitos relacionados con los medicamentos deteriorados, caducados o nocivos, de los artículos 361 y ss., modificados por la LO 1/2015; y
- c) Delitos de fraude alimentario, contenidos en los artículos 363, 364 y 365 del CP. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal”, en AAVV, *Protección penal de consumidores y usuarios*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 21. En estas figuras, fuera ya del llamado Derecho penal económico, el bien jurídico protegido,

HORMAZÁBAL MALARÉE afirma que lo protegido en estas figuras es un bien jurídico colectivo o macrosocial, pues protege una relación de esta última naturaleza. Específicamente lo protegido sería la libre y leal competencia, castigando las conductas que puedan lesionarla, pues estas están la servicio de bienes jurídicos básicos y personales de los consumidores, como su salud, libertad e intereses económicos.¹²⁹⁴ Para MUÑOZ CONDE, lo afectado en estas figuras son los derechos de los consumidores, considerados como colectivo, patrimoniales y socioeconómicos, fundamentando su incriminación en la incapacidad de los delitos patrimoniales clásicos de proteger los intereses de dicho colectivo.¹²⁹⁵ Por su parte, PUENTE ALBA estima que en los delitos de los artículos 281 a 283 se protegen los intereses de una colectividad, compuesta por todos los consumidores de bienes y servicios en el mercado, bien jurídico colectivo institucionalizado con referente individual, el que se refleja en el patrimonio y la libertad de disposición económica.¹²⁹⁶

Revisando a grandes rasgos cada una de las figuras, considera MORALES PRATS que en el tipo básico del art. 281, el bien jurídico protegido está constituido por los intereses de los consumidores, y que la prohibición de la manipulación de la oferta de determinados bienes o servicios sería el medio para la protección de dichos intereses, no debiendo confundirse el objeto de la acción –oferta y demanda- con el objeto del

más allá de las salvedades y particularidades de cada tipo penal, es la salud pública, bien jurídico distinto de la salud individual, a la que de todas formas propende. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*, 2ª edición, Madrid: Ed. Universitaria Ramón Aceres, 2010, pp. 11 y ss. Sobre el mismo, por todos, GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “Capítulo III. De los delitos contra la salud pública”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011, pp. 1429-1431.

¹²⁹⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “El uso de información privilegiada y bien jurídico”, en CORTES BECHIARELLI, Emilio; DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; y GURDIEL SIERRA, Manuel (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 493-494. Faraldo Cabana especifica que el bien jurídico protegido en estos delitos es de tipo supraindividual o colectivo no general, pues no pertenece a la generalidad de los sujetos insertos en una comunidad, por lo mismo difusos y con una limitada capacidad de expansión. En este sentido, el bien jurídico funciona como una abstracción conceptual que permite abarcar a un colectivo de sujetos “[...] no determinables a priori formada por el conjunto de patrimonios o libertades de disposición económica de los individuos que toman parte en el tráfico económico”, FARALDO CABANA, Patricia, “Consentimiento y adecuación social en los delitos contra los consumidores”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 161-163.

¹²⁹⁵ Aunque el autor no es explícito en referirse a los intereses “individuales” de cada uno de los miembros del colectivo consumidores, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 472.

¹²⁹⁶ PUENTE ALBA, Luz Mª, *Los delitos contra los consumidores*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 16-17, excluyendo la figura del art. 284, por los motivos que se expondrán luego.

delito –bien jurídico intereses de los consumidores-.¹²⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ comparte esta opinión, complementando que el bien jurídico protegido sería el interés difuso de los consumidores “[...] en el normal abastecimiento del mercado de materias primas o productos de primera necesidad”. Agrega a esta protección aquella que esta figura brinda a la libertad de competencia o libre mercado, calificando a este tipo penal como pluriofensivo y cualificado en relación al contenido en el art. 284 del CP.¹²⁹⁸

El que MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ denomina como “delito de publicidad falsa”, protege un aspecto específico del orden global del mercado, como es el interés difuso del colectivo de consumidores en la veracidad del medio publicitario.¹²⁹⁹ Similar es la apreciación de MORALES PRATS respecto al art. 282, aunque lo formula en términos aún más específicos, al hablar del “interés de los consumidores y usuarios en la recepción de información veraz sobre servicios y productos, que se ofertan en el mercado”, considerando también que su titularidad es difusa, pues corresponde al “colectivo de consumidores y usuarios”.¹³⁰⁰ TERRADILLOS BASOCO sigue la línea del interés difuso de los consumidores, protegido a través de la tipificación de una lesión a los intereses de los consumidores en la veracidad de la información publicitaria, la que sólo pasa a ser típica, afirma el autor, cuando se transforma en un medio

¹²⁹⁷ MORALES PRATS, Fermín, “Artículo 281”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011, pp. 879-880; así también PUENTE ALBA, Luz Mª, *Los delitos contra los consumidores*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 130-131, quien lo considera un bien jurídico supraindividual institucionalizado, construido para englobar bienes jurídicos individuales de los consumidores como el patrimonio y la libertad de disposición económica;

¹²⁹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 4ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp.313-314, siendo la figura del apartado segundo, un genuino delito socioeconómico, al presuponer una situación de desabastecimiento general, aunque, señala, la forma calificada no se corresponde exactamente con la figura básica del apartado primero. Con mayor detalle, él mismo, “El delito de publicidad falsa”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal de la empresa*, Pamplona: Ed. Univ. Pública de Navarra, 2002, pp. 322 y ss.

¹²⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 4ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 282.

¹³⁰⁰ Que caracteriza como un bien jurídico socioeconómico, MORALES PRATS, Fermín, “Artículo 282”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011, pp. 883-884; “colectivo difuso de consumidores”, según Puente Alba, que identifica como bien jurídico el mismo, con la salvedad de señalar que la veracidad recae sobre los medios publicitarios, PUENTE ALBA, Luz Mª, *Los delitos contra los consumidores*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 131-132; cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, “El nuevo delito publicitario (art. 282 del código penal)”, en *Actualidad Penal*, Nº25, 1997, pp. 563-565, quien entiende que estamos ante un delito que protege un bien jurídico individual, compuesto por los intereses económicos y personales del consumidor, individualmente considerado. Al respecto, CARRASCO ANDRINO, María, *La publicidad engañosa y el derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*, Valencia: Ed. Revista General de Derecho, 2000, pp. 83-84 critica esta postura indicando que luego la autora señala que el sujeto pasivo del delito es una colectividad, lo que llevaría a pensar que está optando por un bien jurídico colectivo con referente individual.

objetivamente idóneo para afectar otros intereses, que no serían otros que los individuales.¹³⁰¹

A propósito del delito publicitario, incluido en el art. 282 CP, DEL MORAL GARCÍA estima que el bien jurídico protegido es el derecho de los consumidores a recibir del mercado una información veraz (sobre los productos de consumo), a fin de garantizar la libertad de elección de productos y servicios, pero a la vez incluye, como bien jurídico protegido indirectamente, la competencia leal en el mercado.¹³⁰² Agrega además el mismo autor que el sujeto pasivo “del delito” son los consumidores, entendiendo por estos las personas físicas o jurídicas que adquieren o disfrutan de los productos o servicios de quienes los producen o suministran, actuando como destinatarios finales de estos.¹³⁰³

En contra, CARRASCO ANDRINO asume que aquí se protege directamente un bien jurídico personal, los intereses individuales del consumidor, argumentando con elementos de texto, en particular porque el tipo exige que se pueda causar un peligro grave a los intereses de los consumidores.¹³⁰⁴ Esta visión es compartida parcialmente por SANTANA VEGA/ ESTUPIÑÁN CÁCERES, quienes estiman que en esta figura lo protegido es el ejercicio de los derechos económicos de los consumidores afectados por la publicidad engañosa, caracterizado por las autoras como bien colectivo intermedio o de referente individual, pues lo protegido en realidad es el bien jurídico individual citado.¹³⁰⁵

En relación al tipo del art. 283, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ considera que estamos ante un genuíno delito socioeconómico, de original tipificación, cuyo bien jurídico protegido institucionalizado o espiritualizado es similar al del delito de publicidad falsa, esto es, “[...] el interés difuso de los consumidores en que se asigne el

¹³⁰¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan, “El delito de publicidad engañosa”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, p. 74; véase también FARALDO CABANA, Patricia, *Consentimiento y adecuación...op.cit.*, p. 164.

¹³⁰² DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal”, en AAVV, *Protección penal de consumidores y usuarios*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 111-112 (entre comillas es propio). De todas formas el autor reconoce también a los consumidores, en plural, como sujetos pasivos de la acción, e indirectamente a los competidores.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 118.

¹³⁰⁴ CARRASCO ANDRINO, María, *La publicidad...op.cit.*, pp. 85-89, rechazando las tres opciones colectivas utilizadas en doctrina: la veracidad en los medios publicitarios, la libertad de disposición económica del consumidor y el buen funcionamiento del mercado

¹³⁰⁵ Además distinguen el bien jurídico protegido en la esfera civil y administrativa, SANTANA VEGA, Dulce; y ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalia, “La publicidad engañosa: delimitación de ilícitos”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal de la empresa*, Pamplona: Ed. Univ. Pública de Navarra, 2002, pp. 377-380.

valor nominal que proceda a los mencionados productos o servicios facturados en el mercado, interés que no es sino un aspecto particular del orden global del mercado”.¹³⁰⁶ DEL MORAL GARCÍA sostiene que el bien jurídico está constituido por los intereses económicos en determinados sectores de consumo,¹³⁰⁷ lo que PUENTE ALBA particulariza en el interés de los consumidores en la autenticidad del precio de venta al público y su correspondencia con la cantidad de bienes o servicios que serán suministrados.¹³⁰⁸

Por último, en relación al art. 284, MORALES GARCÍA identifica como objeto de protección al mercado, en sus condiciones básicas de funcionamiento, entre las que se cuenta el sistema de determinación de precios de las mercaderías en condiciones de igualdad,¹³⁰⁹ lo que MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ entiende como “la libre concurrencia y el intervencionismo estatal”.¹³¹⁰

A diferencia de lo que ocurre en la protección penal de los consumidores, y de forma más similar a la situación de menores de edad o discapacitados, la que se otorga a los adultos mayores o personas de la tercera edad no encuentra una sistematización propia en el CP. No existe, siguiendo la comparación, una sección ni capítulo dedicado a este colectivo, sino más bien un grupo de disposiciones de parte general y especial disgregadas a lo largo del texto. Por lo mismo hablar del “Derecho penal del adulto mayor”, aunque sea en términos pedagógicos, es referirse a este grupo de disposiciones y tipos penales. No existe una nomenclatura uniforme ni límites muy precisos para referirse a este colectivo, a diferencia de lo que ocurre con los menores de edad (que más allá de algunas precisiones o distinciones, no se discute los 18 años como límite superior). MORILLAS FERNÁNDEZ se inclina por “personas mayores”, basado en el contexto normativo de la ONU, que utiliza tal expresión.¹³¹¹

¹³⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico...op.cit.*, pp. 302-303.

¹³⁰⁷ MORALES PRATS, Fermín, “Artículo 283”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011, pp. 897-898.

¹³⁰⁸ PUENTE ALBA, Luz Mª, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 91

¹³⁰⁹ MORALES GARCÍA, Oscar, “Artículo 284”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011, p. 284.

¹³¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico...op.cit.*, p. 335. En detalle sobre el bien jurídico de este delito y del contenido en el art. 281, véase BRAGE CENDÁN, Santiago, *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP*, Granada: Ed. Comares, 2001, especialmente pp. 39-51.

¹³¹¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Malos tratos a personas mayores: otra forma de violencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N°2, 2000, disponible en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-r4.html (Última visita 6 de enero de 2015).

Una mirada fenomenológica del problema arroja una serie de factores diversos que lo han llevado a tener mayor atención del legislador y relevancia frente al Derecho penal. Se cuentan, entre otros, la baja en las tasas de natalidad que lleva a un aumento de la edad promedio en la población de los países más desarrollados; el aumento en la situación de abandono de las personas mayores; el cambio en la actitud de los jóvenes hacia estas personas (disminución del respeto y la valoración social); la –casi contradictoria– incorporación de estos al “mercado” como consumidores (tarjetas de créditos, paquetes turísticos especiales, etc), entre otros.¹³¹²

Partiendo de la base de que una persona mayor puede ser sujeto pasivo, por regla general, de cualquier delito, el CP contempla algunas disposiciones especiales para este segmento de la población, pero no lo define expresamente.¹³¹³ SANTANA VEGA las ordena distinguiendo entre aquellas que son propias de la parte general, y las que pertenecen a la parte especial.¹³¹⁴

Entre las primeras destacamos:

- a) Persecución de delitos. Para el caso de las personas desvalidas, la denuncia o querrela de delitos en su contra podrá ser ejercida por sus representantes legales o por el Ministerio Público, según el art. 161.2.¹³¹⁵
- b) Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Existen circunstancias agravantes de especial interés y ocurrencia práctica para las personas mayores, como es

¹³¹² Una panorámica al respecto en, JAVATO MARTÍN, Manuel, “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico-penal”, en JAVATO MARTÍN, Manuel; y DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dir.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010, especialmente pp. 68-69, y 76-83; respecto a los productos financieros asociados a la vivienda dirigidos a personas mayores, véase ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalia, “La hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores”, en DÍAZ PARALEA, M^a Dolores; y SANTANA VEGA, Dulce, (Coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid: Ed. Reus, 2008, pp. 197-200. Sobre la tipología del maltrato y sus causas, GARCÍA SÁNCHEZ, Ernesto, *El maltrato a los ancianos en el ámbito familia*, Albacete: Ed. Altaban, 2007, pp. 63 y ss.

¹³¹³ SANTANA VEGA, Dulce, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores(I)”, en DÍAZ PARALEA, M^a Dolores; y SANTANA VEGA, Dulce, (Coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid: Ed. Reus, 2008, pp. 349-350, identifica lo que ella denomina “conceptos afines” en el CP, entre los que se cuentan “persona desvalida” (por ej: artículos 161.2, 201.1, 287, etc.), “Persona privada de sentido” (por ej: art. 181.2.2º), “abuso de trastorno mental” (*sic*) (por ej: art. 181.2.2º), “disminuidos síquicos” (por ej: art. 370.1) o “personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidos a su custodia o guarda en centros públicos o privados” (art. 173.2). Consideramos que si bien la amplitud de cada concepto permite incluir allí a las personas mayores, sólo el primero y el último reflejan con mayor acierto la fenomenología del adulto mayor necesitado de protección penal. Además, “abuso de trastorno mental” ni siquiera es una tipología de sujeto, sino una conducta. Debió decir la autora “trastornado mental”, para mantener la lógica de la clasificación.

¹³¹⁴ *Ibid*, pp. 351 y ss.

¹³¹⁵ “Art. 161.2: Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

el caso de la alevosía del art. 22.1,¹³¹⁶ la agravante de discriminación del 22.4¹³¹⁷ – especialmente al referirse a la enfermedad o minusvalía de la víctima- y por último la circunstancia mixta del art. 23.¹³¹⁸

c) En relación a las penas. Aquí pueden considerarse especialmente dos disposiciones, la del art. 46,¹³¹⁹ que establece la pena de inhabilitación para la patria potestad e instituciones cautelares, que en este caso adquiriría importancia para quien tiene a su cuidado a personas mayores y cometa un delito contra este por acción u omisión; y las prohibiciones propias del art. 48.1 a 4,¹³²⁰ modificado por la LO 1/2015, en particular

¹³¹⁶ “Art. 22.1: Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

¹³¹⁷ “Art. 22.4: Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

¹³¹⁸ “Art. 23: Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

Sobre la misma, véase ALONSO ÁLAMO, Mercedes; y JAVATO MARTÍN, Antonio, “La protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa” en JAVATO MARTÍN, Manuel; y DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dir.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 45-46

¹³¹⁹ “Art. 46: La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas”.

¹³²⁰ “Art. 48: 1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

residir o acudir a determinados lugares, aproximarse, comunicarse con la víctima, sus familiares o determinadas personas.¹³²¹

d) Libertad condicional. Cuando el condenado es de “avanzada edad”,¹³²² esta condición será causa para la concesión del beneficio en comento.¹³²³

Entre las disposiciones de parte especial destacamos cuatro que, a nuestro parecer, son las más trascendentes en la materia, debido a la cercanía con las personas mayores (recordemos que no hay figuras específicas):

a) Lesiones. Aquí podemos encontrar la figura cualificada de lesiones del art. 148.5,¹³²⁴ que considera como circunstancia agravatoria el que el agraviado sea una persona especialmente vulnerable, donde podemos incorporar sin problema a las personas mayores.

b) Maltrato y violencia doméstica. El art. 173.2 vuelve a utilizar el concepto de personas especialmente vulnerables, que otorga cabida a la persona mayor, pero no en forma excluyente, pues esta puede tener –como será usual en la realidad- una relación de ascendencia con quienes comparte domicilio.¹³²⁵

¹³²¹ Santana Vega agrega además las disposiciones relativas a la prescripción penal –por un supuesto vacío regulatorio frente a la disposición especial del art. 132.2 para menores de edad-, la responsabilidad civil, artículos 116, 118 y 120.1, y los casos de esterilización de personas con grave deficiencia síquica, artículos 155 y 156 CP, SANTANA VEGA, Dulce, *Protección jurídico-penal...op.cit.*, pp. 358-365.

¹³²² Elemento normativo que no encuentra definición en el CP, y que es la expresión más cercana que ocupa el legislador en el Código. Es el juez quien deberá valorar culturalmente la expresión. Véase sobre esta disposición ACOSTA GONZÁLEZ, Nicolás, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores”, en DÍAZ PARALEA, M^a Dolores; y SANTANA VEGA, Dulce, (Coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid: Ed. Reus, 2008, pp. 391-392.

¹³²³ “Art. 91.3: Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez o tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior.

En este caso, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.

El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional”.

¹³²⁴ “Art. 148.5: Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

¹³²⁵ “Art. 173.2: El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso,

c) Violencia de género. Este delito protege especialmente a la mujer, lo que incluye por supuesto a aquella de avanzada edad, como parte del art. 153 CP.¹³²⁶ SANTANA VEGA afirma aquí que si la mujer fuera considerada como persona mayor, podría subsumirse dentro de la figura agravada del art. 153, como especialmente vulnerable. Sin embargo, el déficit de protección y agravio comparativo con la mujer que no tuviera edad avanzada hacen recomendable la aplicación de las agravantes genéricas vista en el párrafo anterior.¹³²⁷

d) Acoso predatorio o *stalking*. Este delito, introducido por la LO 1/2015 en el nuevo art. 172 ter, considera agravada la pena en su N° inciso final si el afectado se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, donde pueden subsumirse a las personas mayores.¹³²⁸

cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

¹³²⁶ “Art. 153: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

¹³²⁷ La autora también incluye como figuras de trascendencia en la parte especial algunas que, consideramos, tiene mayor lejanía en relación a la víctima específica o bien menos incidencia práctica estadística, como las detenciones ilegales del art. 165, el descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.5, los delitos contra el patrimonio, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y los delitos sexuales, SANTANA VEGA, Dulce, *Protección jurídico-penal...op.cit.*, pp. 367-371. Sobre las estafas y apropiaciones indebidas en particular, véase BELLO LANDROVE, Federico, “Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes”, en JAVATO MARTÍN, Manuel; y DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dirs.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 198 y ss.

¹³²⁸ “Artículo 172 ter. 1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar

ALONSO ÁLAMO/ JAVATO MARTÍN consideran que el mayor injusto en el caso de las personas mayores debiera considerarse a través de la parte general del Derecho penal, específicamente con las circunstancias agravatorias de la responsabilidad penal, las que pueden girar en torno a los motivos o actitud del autor, al desvalor de la acción o al desvalor del resultado, como serían, por ejemplo, el actuar por motivos discriminatorios, el abuso de superioridad o la vulnerabilidad de la víctima, respectivamente. Esto en desmedro de la opción mayoritaria que toma el legislador español de incluir cláusulas específicas en ciertos tipos penales, según se vio *supra*.¹³²⁹

Como se puede apreciar, el legislador no le da un tratamiento específico y diferenciado al adulto mayor, sino que lo hace a través de diversas disposiciones desperdigadas en el CP. No existe un único bien jurídico asociado a las personas de tercera edad, sino que cada figura otorgará mayor protección por razones distintas en relación a diversos bienes jurídicos, la mayoría de ellos individuales, como la salud, integridad física o síquica (lesiones), la integridad moral (tratos vejatorios) o el patrimonio (estafa contra personas mayores), entre muchos otros. Si bien puede considerarse que existe una protección penal a favor del colectivo personas mayores, este es de forma mucho más dispersa y débil (al menos de forma directa) que lo visto en relación a los consumidores. Ahora, en comparación a los menores de edad, comparte la característica de dispersidad normativa, pero con la gran diferencia de que este último colectivo goza de una serie de figuras específicas en razón de la minoría de edad.

3.3.2. La protección penal de los menores de edad como colectivo en el CP: la confusión de las partes y el todo

La idea de que en ciertos delitos sexuales contra menores de edad se protege a un colectivo determinado de sujetos tiene cierto respaldo en instrumentos institucionales,

legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.a La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.a Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años”.

¹³²⁹ ALONSO ÁLAMO, Mercedes; y JAVATO MARTÍN, Antonio, *La protección penal...op.cit.*, pp. 45-46.

aunque poco eco en la doctrina. Por ejemplo, la Consulta FGE 3/2006 (Fiscalía General del Estado) sobre determinadas cuestiones relativas a los delitos relacionados con la pornografía infantil, estima que en los supuestos previstos en los arts. 189.1.b y 189.2 (antes de la Reforma), cuando el sujeto actúa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual de cada menor, sino “[...] la indemnidad sexual, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto (a propósito de los eventuales concursos de delitos entre captación y producción, por ejemplo).¹³³⁰

GONZÁLEZ TASCÓN cree que al binomio libertad sexual-indemnidad sexual, habría que agregar, para los delitos cometidos a través de redes informáticas o telemáticas, otro bien jurídico, como sería la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC, aunque en una esfera muy concreta, traducido en un uso seguro de las TIC por parte de los menores, favoreciendo el desarrollo de derechos fundamentales como la libertad de expresión o comunicación. La autora sostiene que el fundamento de esta afirmación se encontraría en la propia ley, que afirma “[...] sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”.

En ese sentido, parece correcto el argumento de la autora al entender que, si estuviésemos frente a conductas – en este caso, el *cibercroaming* y los delitos finalmente acaecidos- que atenten contra el mismo bien jurídico, la comisión de los últimos absorbería el primero, pues de otra forma se vulneraría el principio de *non bis in idem*, al castigar el mismo delito en grado de tentativa y consumado. Si el artículo 183 bis en su redacción antigua, o el 183 ter en la nueva, protege un bien jurídico distinto a la indemnidad sexual, no se presentan problemas dogmáticos para castigar ambas conductas paralelamente.¹³³¹ Sin embargo, esto podría atribuirse a un error en la técnica legislativa, que el legislador repite en otras disposiciones, como el art. 172 ter, al intentar endurecer el castigo a conductas que parecen tener un desvalor similar.

En concreto, complementando la idea anterior, GONZÁLEZ TASCÓN asume que el 183 bis protege un bien jurídico de naturaleza colectiva, como es la infancia en general, cuyo valor como bien jurídico de naturaleza colectiva amerita su protección en distintos ámbitos, lo que ha cobrado especial impulso gracias al Convenio sobre los Derechos del Niño.¹³³² En esta línea se encuentra VALVERDE MEGÍAS, quien estimaba que el art. 183 bis (hoy ter) no corresponde solo a una figura que castigue

¹³³⁰ Vid. AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.* p. 396.

¹³³¹ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.* p. 242

¹³³² *Ibid*, p. 244. Al respecto, buscar a DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Los delitos de pederastía”, en *Diario La Ley Penal*, N°15055, 2010, p. 20.

actos preparatorios contra la indemnidad sexual. Por el contrario, la figura en comento no protege únicamente la indemnidad sexual de los menores de 13 años (hoy de 16) que eventualmente podrían llegar a ser explotados o abusados, sino que el tipo penal responde al peligro generalizado que para la infancia genera la conducta del ciberacosador, en razón de la exposición particular de este grupo especialmente vulnerable al contacto, potenciado por las características de las tecnologías informáticas o telemáticas. En este ambiente, lo protegido no solamente sería el libre desarrollo de la infancia en general, sino también la seguridad de los mismos en el uso de los actuales sistemas de comunicación, en la línea de GONZÁLEZ TASCÓN.¹³³³

FERNÁNDEZ TERUELO sostiene que el 183 bis CP, en su redacción original, constituye una figura de adelantamiento de la protección penal, ya no a la clásica indemnidad sexual, sino a la infancia en general, o más específicamente, a la infancia usuaria de TIC. Sería el propio legislador el que pareciera referirse más bien a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, descripción que no es muy distinta a lo que la doctrina conoce usualmente como indemnidad sexual.¹³³⁴

Respecto a la denominada “seguridad de la infancia en el uso de las TIC”, sostenida por VALVERDE MEGÍAS y GONZÁLEZ TASCÓN, FERNÁNDEZ TERUELO estima que esto no parece reunir las condiciones mínimas para ser considerado un bien jurídico en el contexto de un Derecho penal garantista, haciendo la comparación con la seguridad del tráfico vial. Esto ya que la protección de la seguridad debe estarse sólo a aquellos casos en que existan posibles consecuencias mortales, que se daría en el tráfico vial merced de las estadísticas de accidentes anuales, como lo sería también la otros bienes similares, a saber, la seguridad de los trabajadores. A pesar de que el propio precepto contiene una cláusula (de concurso real) que teóricamente avalaría la existencia de otro bien jurídico inspirado en la idea de seguridad, el autor cree que se trata de un error legislativo, como ya habíamos afirmado, y que tal opción puede ser reconducida a la propia indemnidad sexual, en una faz de seguridad vinculada a la sexualidad.¹³³⁵

El CP, en concordancia con la CE, ha derivado la protección penal esencialmente individual hacia la protección de intereses colectivos, colectividades o intereses difusos, muchos de los que no son objetables siempre y cuando se

¹³³³ VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...*, op. cit., p. 23.

¹³³⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2011, p. 155.

¹³³⁵ *Ibid*, p. 156.

correspondan con los denominados derechos sociales y económicos y que tienen relevancia constitucional, por ejemplo, los trabajadores, el medio ambiente o el patrimonio histórico. El problema es que la ampliación del Derecho penal se produce con una fundamentación muy clásica (la prevención general)¹³³⁶ y sin delimitar claramente su ámbito de aquel concerniente al Derecho administrativo sancionador, sobre todo en sectores vinculados a la economía. Así se protegen, por ejemplo, los intereses del mercado, de los consumidores, recién vistos, u otros como la flora y la fauna o la ordenación del territorio.

Resulta tentador, estima GARCÍA ARÁN, justificar esto en virtud de una sociedad más compleja, con un Estado más interventor en materia económica, pero el problema, a su juicio, no es si esos bienes jurídicos colectivos merecen protección penal, sino en que condiciones y hasta que punto se les da protección penal, dejando de lado el Derecho administrativo, menos dañino e interventor que aquel.¹³³⁷ Esta “tentación” parece ser tomada por el legislador para proteger en cualquier sentido o cualquier aspecto de los menores de edad. No se trata de inventar algo que permita sustentar y justificar político-criminal o sistémicamente un tipo penal, así como tampoco tiene por qué derivar en la protección de una moral colectiva, basado, como dicen GONZÁLEZ AGUDELO/ RUIZ RODRÍGUEZ, “[...] en el rechazo atávico de ciertas formas de contacto sexual (pedofilia, zoofilia, homosexualidad, incesto, etc), pues se trataría de identificar un interés jurídico-penal digno de protección –si lo hay- y no solo de trasladar a definiciones jurídico-penales demandas de punición”.¹³³⁸

Siguiendo con la idea, a partir de la nueva sistematización del Capítulo II bis del CP, armada por la LO 5/2010 y consolidada por la LO 1/2015, parecieran deslizarse elementos que justifican la “tentación” de pensar en un bien jurídico colectivo o supraindividual, como resumen de muy buena forma TERRADILLOS BASOCO:

¹³³⁶ Agrega a esto DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *Los delitos de...op.cit.*, p. 20, la prevención especial en el caso de los pederastas.

¹³³⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Constitución y derecho penal, veinte años después”, en ARROYO ZAPATERO, Luis; y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam, Volumen I*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ed. Universidad Salamanca: Cuenca, 2001, pp. 289-292.

¹³³⁸ Vid. GONZÁLEZ AGUDELO, G. y RUIZ RODRÍGUEZ, L., “El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado ¿Menores en riesgo?”, en PUENTE ABA, L.; ZOPICO BARBEITO, M.; y RODRÍGUEZ MORO, L.M. (Coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Granada: Ed. Comares, 2008.

“[...] bien jurídico colectivo que tuviese como contenido la protección de la infancia y de la juventud en consonancia con los derechos y garantías internacional y constitucionalmente reconocidos, podríamos dotar de injusto material a esta conducta (*childgrooming*), pues es una conducta constatada y cada vez más frecuente en la práctica como paso previo a un daño efectivo del bien jurídico individual; se realiza principalmente con sujetos especialmente vulnerables (menores de 13 años,¹³³⁹ también con inimputables, pero están excluidos de la regulación), y a través de medios cada vez más sofisticados y difíciles de controlar, que sitúan al colectivo en un riesgo exponencialmente mayor de sufrir un daño material”.

Indica el autor que algo similar ocurre en otros grupos de delitos que tienen sujetos pasivos colectivos, como los consumidores, los trabajadores, las mujeres, etc.¹³⁴⁰

Concordamos en parte de lo expuesto recién, en el sentido de que la inclusión de la cláusula concursal del art. 183 ter 1 *in fine* pareciera dar pie firme a la protección de algo más que la indemnidad sexual en el caso de los menores de edad. Ese algo ha sido identificado con el colectivo de niños y adolescentes o con la seguridad de estos en el uso de TIC. De otra forma no se explicaría que, por ejemplo, un delito de violación a un menor previamente contactado y acosado por un *cibergroomer* no absorba la conducta del art. 183 ter 1. Sin embargo, creemos que esto es una conclusión que, si bien no errada en sus intenciones ni desprovista totalmente de argumentos, se apresura en la búsqueda de un nuevo bien jurídico paralelo a la indemnidad.

Las razones de lo anterior parten, aunque no pueden sostenerse únicamente en ello, en el claro error del legislador en este sentido,¹³⁴¹ movido por motivaciones que pueden entenderse como simbólicas, en un ámbito de especial sensibilidad social. Desde nuestra perspectiva, hay un “error de apreciación” de cierta parte de la doctrina, ya señalada, de confundir una expectativa (o directriz) político-criminal¹³⁴² con un bien jurídico. No cabe duda de que la mayoría de las disposiciones contenidas en las últimas reformas en materia de delitos sexuales contra menores busca proteger a estos menores, individual y colectivamente, pero eso no lo transforma en bien jurídico. Haciendo una

¹³³⁹ Antes de la LO 1/2015.

¹³⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, Tomo III, Volumen I*, Ed. Iustel: Madrid, 2011, pp. 198-199.

¹³⁴¹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Derecho penal e...op.cit.*, p. 155.

¹³⁴² En palabras de ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 16.

analogía al respecto, no cabe duda de que el legislador sanciona los robos y hurtos no solamente para proteger la propiedad y el patrimonio, sino también para proteger la seguridad en general (vía pública, hogares, etc.) y el orden público. Esto último no transforma el hurto, el robo y en general los delitos del Título XII en delitos del Título XXII, por ejemplo. Se confunde, a nuestro entender, lo que ROXIN denomina concepto metodológico de bien jurídico, con el verdadero bien jurídico protegido.¹³⁴³

Podrían usarse otros argumentos para la pretensión de un bien jurídico colectivo en los delitos de pornografía infantil y juvenil, *cibergrooming* o *sexting*, cometidos a través de Internet. Por ejemplo, la forma comisiva del art. 183 ter, que podría fundamentar que se castigue conjuntamente con una violación, por ejemplo, de la misma manera que un hurto podría castigarse conjuntamente con una estafa. Ya hemos visto en este trabajo el rol que las redes informáticas y telemáticas juegan en los delitos sexuales contra menores, particularmente en la especial situación de vulnerabilidad en que estos quedan. El agresor que utiliza el mundo virtual puede provocar similar daño que aquel que utiliza el mundo real, o incluso más. El poder multiplicador y difusor de Internet no tiene parangón en la vida material. Además las redes permiten la invisibilización del agresor, ocultando o falseando su identidad, cuestión que el legislador entendió como una forma agravada en el art. 183 ter, recogiendo lo que la criminología ha mostrado sobre el *cibergrooming*.

Entendemos que no puede omitirse el hecho de que muchas de las potenciales víctimas apenas han alcanzado la pre-adolescencia, en el mejor de los casos, o lisa y llanamente serán niños pequeños. La exposición a situaciones virtuales de carácter sexual provoca una puesta en peligro o directamente un daño de mayor significancia o entidad a si fuera un adolescente. Que el legislador altere las reglas concursales teniendo a la vista estas consideraciones parece más razonable a que haya incorporado en estos delitos un nuevo bien jurídico, de carácter difuso, y absolutamente alejado de la intervención penal mínima.¹³⁴⁴

¹³⁴³ El autor concibe este concepto metodológico como la finalidad de la ley, la *ratio legis*, y no como el objeto de protección, ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, (traducción de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno) en HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición al español a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007, pp. 448-449.

¹³⁴⁴ Coinciden, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito...op.cit.*, p. 154; BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...op.cit.*, p. 395.

3.4. ¿CUÁL ES, FINALMENTE, EL BIEN PROTEGIDO EN LOS DELITOS EN ESTUDIO?

Creemos, en primer lugar, que se deben descartar ciertos bienes jurídicos o ideales que históricamente han estado asociados a los delitos sexuales, como es el caso de la moral sexual, las buenas costumbres, la decencia y el pudor público. Esto, por supuesto, no implica afirmar que hay una desconexión absoluta entre Derecho y moral sexual, lo que es casi evidente.¹³⁴⁵ Los ámbitos del ordenamiento jurídico y la moral deben mantenerse, aunque conectados, suficientemente separados, puesto que la intervención excesiva del Derecho para regular aspiraciones ético-sociales genera normas destinadas al fracaso, o peor aún, destinadas a generar consecuencias opuestas a las legítimas aspiraciones sociales de justicia, como ocurrió en España en el régimen franquista.¹³⁴⁶ Sus ámbitos normativos “[...] se mantienen entre sí como dos círculos secantes, de forma que, siendo distintos en sustancia, muestran determinados puntos de coincidencia”.¹³⁴⁷

Por las mismas razones no compartimos la apreciación de POLAINO NAVARRETE, quien es enfático en la separación entre Derecho y moral, en general, y Derecho-moral sexual en particular, con miras a que “[...] el criterio propio del legislador ha de quedar siempre a salvo de los peculiares caracteres y postulados axiológicos que le son inherentes de forma genuina”. Algunas de las pautas morales de una comunidad en un momento determinado se ven reflejadas en las normas jurídicas. Una de ellas, en el CP, es la que se considera atentatorias contra dichas pautas las conductas de los sujetos que agreden o abusan sexualmente de menores de edad usando violencia o intimidación. Hay unanimidad respecto a su desvalor, tanto moral como jurídico. Sin embargo, en otros ejemplos, como el registro de una relación sexual consentida entre un adulto y un menor de 17 años, no existe tal unanimidad, y lejos aún se está de un acuerdo al respecto.

Un Derecho penal que intente proteger primordialmente expectativas morales del legislador no garantiza bienes jurídicos, sino que indica la manera en que estos

¹³⁴⁵ Para esto POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.* p. 29, se ve reflejado en el bien jurídico “[...] que pone en más íntima relación las correlativas esferas valorativas del Derecho y de la Moral es el de la honestidad, el cual asume sin duda relevancia en uno y otros sector normativos”.

¹³⁴⁶ *Ibid*, p. 34.

¹³⁴⁷ *Ibid*, pp. 26-27. A juicio de BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado...op.cit.* p. 231, son los elementos normativos los que permiten la inclusión de pautas morales o contenidos moralizantes en los tipos penales.

bienes han de usarse, aunque cuando del uso diferente que se haga no aparezca la afectación de bien jurídico alguno. Como señala POLAINO NAVARRETE, la única vía tutelar del Derecho penal a la moral es “[...] posibilitándola, es decir, permitiendo que el hombre desarrolle sus posibilidades, y cuando alguna limitación impone, es porque ese desarrollo afecta algún bien ajeno”,¹³⁴⁸ o, como bien señala ROXIN, “[...] la mera ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal. En tanto no lesione la libertad y la seguridad de nadie, no lesiona un bien jurídico”.¹³⁴⁹

Coincidimos con la doctrina que mayoritariamente enfoca el bien jurídico protegido en la libertad e indemnidad sexuales, pero con algunos matices tratándose sobre todo de las conductas que hemos estudiado, y agregando una tercera variante, la intimidad sexual.

Según se ha visto en este capítulo, pareciera que la aceptación de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido para el caso de los menores de edad, sobre todo aquellos bajo el umbral de los 13 años (antes de la LO 1/2015), implica la negación de la libertad sexual de estos menores. Esto se genera, desde nuestra perspectiva, por una confusión entre el derecho y el bien jurídico, y/o derechamente por una deficitaria apreciación de ciertos componentes victimológicos ligados al desarrollo de los menores.

En relación al primer punto, creemos que se confunde la libertad en el ámbito sexual como derecho fundamental de todo ser humano, con la libertad sexual como bien jurídico penalmente protegido, siendo que su naturaleza, sus ámbitos y características son distintas.¹³⁵⁰ El bien jurídico es una creación del legislador y por tanto no puede operar como un límite para éste respecto de la creación del Derecho penal, cuestión que sí ocurre con los derechos fundamentales.¹³⁵¹ La libertad en su esfera sexual es inherente a todo ser humano por su naturaleza, pero su manifestación jurídico-penal, el bien jurídico libertad sexual, posee restricciones en su ejercicio, lo que es completamente distinto a asumir que los menores no tienen libertad sexual. Como bien afirmaba TERRADILLOS BASOCO antes de la Reforma, la capacidad de obrar conforme a Derecho que el menor adquirirá gradualmente, como en la situación del consentimiento válido en las relaciones sexuales del mayor de 13 años pero bajo 18, “[...] dependerá de la facultad que se quiera ejercer y si esta es autónoma -sin necesidad

¹³⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.* p. 40.

¹³⁴⁹ ROXIN, Claus, *¿Es la protección de...op.cit.*, p. 449..

¹³⁵⁰ Algo similar ocurre con la intimidad, como indica ROMEO CASABONA, Carlos, *La intimidad...op.cit.*, pp. 522-553.

¹³⁵¹ BACIGALUPO, Enrique, *Teoría y práctica del derecho penal*, Tomo I, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2009, p. 619.

de representante-, como en el caso de algunos actos naturales que conforman el ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental y que sólo pueden ser ejercidos de forma directa y personal por el titular: vivir, pensar, comer, hablar, determinarse sexualmente”. Lo anterior no obsta a tener por válidas y jurídicamente existentes situaciones o circunstancias en las que el menor no puede ejercer dichas facultades, por su desarrollo sicológico o bien por alguna discapacidad física o mental, o bien esas facultades están legalmente restringidas en función de la protección del interés del propio menor o de terceros.¹³⁵²

Aquí podemos enlazar el segundo punto, de características fáctico-jurídicas. Es evidente que un menor de edad puede ejercer una parcela de su derecho fundamental a manifestarse sexualmente, sin que esto tenga repercusiones penales para sí o un tercero. Lo hace cuando comienza a descubrir su sexualidad de manera individual, o bien con sus primeros acercamientos con otros menores de edad, lo que se da de forma natural antes de los 16 años. Esto, desde una perspectiva sico-social, es “acorde al desarrollo del menor”.

El legislador español, a través de la LO 1/2015, intenta establecer un principio básico y general en torno a la libertad sexual de los menores: que estos podrán consentir libremente actividades sexuales con mayores al momento de cumplir los 16 años, estableciendo esa edad como criterio clasificador de muchos delitos sexuales. Lo reconoce el propio Capítulo II Bis en su epígrafe. Sin embargo, esta regla general tiene excepciones, como en el caso de la pornografía infantil y juvenil, donde se establecen los 18 años como edad para consentir participar en la elaboración de este tipo de material, y en especial la regla introducida a partir del art. 183 quater, norma que consideramos de gran valía para convertirse en una vía de escapatoria ante los despropósitos punitivos del legislador.

¹³⁵² TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, Tomo III, Volumen I*, Ed. Iustel: Madrid, 2011, p. 194. Algo similar en relación al Derecho internacional sostiene Gutiérrez Gutiérrez, “tal presupuesto afirma que la protección de los derechos humanos constituye un bien jurídico global, entendiéndolo por tal no simplemente el que es definido como <<bien público>> de proyección universal por la teoría económica, la ciencia política o la ética; se requiere además que el bien público sea objeto de una decisión política que formalice, en términos jurídicos, el correspondiente deber de protección a cargo de la Comunidad internacional, cualquier que sea la definición de esta que pueda resultar pertinente a nuestros efectos”, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, “Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional”, en ESPÓSITO, Carlos; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco (Eds.), *La protección de bienes jurídicos globales*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16 (2012), Coed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: Madrid, 2012, p. 92.

Coincidimos con TAMARIT SUMALLA en lo inexacta de la expresión “edad de consentimiento sexual”, que se refiere más bien a la edad bajo la cual será delito cualquier contacto de naturaleza sexual, bajo cualquier condición o circunstancia, presumiendo de modo absoluto la irrelevancia del consentimiento del menor.¹³⁵³ Debe hacerse dos precisiones a lo señalado por el autor: primero, que no se trata de todo contacto de naturaleza sexual, pues el art. 183 ter 1 castiga una conducta de un adulto sobre un menor que no tiene naturaleza sexual *per se* (podría tenerlo, claro), sino que se exige una finalidad para la realización de ulteriores actos sexuales; y segundo, que la regla en comento es la que permite que no todo contacto sexual entre un adulto y un menor de 16 sea delito, como veremos en las próximas líneas.

Dicha regla proviene de la Directiva 2011/93/UE, que en su art. 8.1 deja a discreción de los Estados miembros excluir del ámbito penal los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que estos actos no impliquen abusos.¹³⁵⁴ Su naturaleza jurídica oscila entre una causal de atipicidad, justificación y excusa legal absolutoria, frente a lo que TAMARIT SUMALLA opta por causal de atipicidad, pues en el abuso sexual el consentimiento es un elemento esencial del tipo.¹³⁵⁵

La regla incorporada otorga plena claridad a la dualidad entre libertad sexual-edad límite de consentimiento sexual libre. Nos referimos a que la segunda no obsta la

¹³⁵³ TAMARIT SUMALLA, Josep, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 423-424.

¹³⁵⁴ Como indica MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma...op.cit.*, pp. 186-187, durante la tramitación parlamentaria se intentó reducir la indeterminación de esta regla, con la incorporación de una limitante máxima de 3 años de edad entre los sujetos involucrados, cuestión que quedó fuera del texto. Coinciden en la falta de fundamento científico y en la responsabilidad absoluta del parlamento español, RAMOS TAPIA, M^a Inmaculada, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 124-125; TAMARIT SUMALLA, Josep, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 423-425; MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 439; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Estudio preliminar...op.cit.*, p. 56. Para Boldova Pasamar, la adaptación sin miramientos de la normativa comunitaria no siempre es la mejor opción, sobre todo cuando son los propios Estados los que, al final, hacen suya o no una opción legislativa, influenciado por diferentes culturas y concepciones éticas, sociales y jurídicas, BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., “Pornografía infantil en la red: fundamento y límites de la intervención del derecho penal”, en ROMEO CASABONA, Carlos; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (Eds.); ARMAZA ARMAZA, Emilio (Coord.), *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada: Ed. Comares, 2010, p. 386.

¹³⁵⁵ También agrega que constituye una excepción a la presunción de irrelevancia del consentimiento, que tendrá como consecuencia la necesidad del juez de valorar las condiciones en que se prestó el consentimiento, para determinar si es o no constitutiva de abuso sexual, TAMARIT SUMALLA, Josep, *Delitos contra...op.cit.*, p. 425. Por desgracia, como indica Ramos Vázquez, de todas formas tendrán que acreditarse los elementos en juicio, donde el juez deberá indagar en las formas en que una pareja lleva adelante su vida sexual. RAMOS VÁZQUEZ, José A., “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 634; aparentemente opta por excusa legal absolutoria, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Prefacio...op.cit.*, p. 21.

primera. En otras palabras, aún bajo los 16 años el legislador reconoce que el menor puede ejercer algunos ámbitos de su sexualidad en forma libre, inclusive con un adulto.¹³⁵⁶ Lo mismo, pero a *contrario sensu*, podríamos decir de los delitos de pornografía infantil y juvenil. Que el límite mínimo de consentimiento en esas figuras sea el de 18 años no obsta a afirmar, como hace el legislador, que por regla general se tiene libertad sexual desde los 16.

A pesar de que la norma contempla una serie de conceptos normativos indeterminados (proximidad, desarrollo, grado de desarrollo, madurez, grado de madurez), que dejan un amplio espectro interpretativo al juez,¹³⁵⁷ creemos que esto es positivo, pues esa regla se aplica para eximir de responsabilidad penal, no para atribuirle. Sería extraño que un juez considere que un adulto que sobrepasa los 30 años es cercano en edad y grado de madurez a un menor de 15, pues aunque lo sea en lo segundo (sicológicamente viable), no lo será en lo primero, y los requisitos son copulativos.¹³⁵⁸ Pero al menos el juzgador tendrá una herramienta para relaciones que puede darse en un ámbito de normalidad, de acuerdo a la valoración cultural de la sociedad actual. Por ejemplo, una menor de 15 años que trabaje en un ambiente artístico (actriz, cantante, etc.) con un muchacho de 22 que aún está en la Universidad.¹³⁵⁹

El límite anterior de 13 años no permitía excepciones, y en general parecía acertado, salvo cuando hablábamos de los fenómenos que estudiamos en este trabajo, como el *sexting*. El juzgador en esos supuestos no contaban con una herramienta expresa para excluir del ámbito penal una relación entre un preadolescente de 14 y una de 13 años. Ahora sí la tiene para rangos de edad cercanos a los 16 años.¹³⁶⁰ No obstante, creemos conveniente que se establezca una especie de “segundo límite inferior”, que permita distinguir la situación de niños respecto a los adolescentes, pues sus características, como dijimos antes, son muy distintas. No existiendo norma expresa,

¹³⁵⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 441.

¹³⁵⁷ Para TAMARIT SUMALLA, Josep, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 425-426, es necesario atender a la investigación fenomenológica sobre los abusos sexuales.

¹³⁵⁸ Criticado por Ramos Vázquez, por aunar en un solo requisito copulativo elementos que atienden a propósitos distintos: la edad a dar seguridad jurídica, la madurez o desarrollo a flexibilizarla. RAMOS VÁZQUEZ, José A., *El consentimiento...op.cit.*, p. 633.

¹³⁵⁹ Consideramos acertadas las críticas de Ramos Vázquez en el sentido de que esta regla es más restrictiva de lo que pareciera, pues haciendo los descartes del consentimiento “no libre” (por ejemplo, abusos sexuales), sólo sería aplicable a algunos delitos de ese capítulo, en particular 183.1 y algunos supuestos de *grooming*, RAMOS VÁZQUEZ, José A., *El consentimiento...op.cit.*, p. 632.

¹³⁶⁰ Al no haber regla en contrario, coincidimos con RAMOS VÁZQUEZ, José A., *El consentimiento...op.cit.*, p. 635 en que un menor de 14 años –penalmente responsable- que ha tenido actividad sexual con una de 12 debería poder acogerse a esta regla.

habrá que revisar el conjunto del sistema para buscar principios comunes respecto a esta distinción, lo que haremos en el próximo capítulo.

Al contrario de lo que señala MORILLAS FERNÁNDEZ, podemos sostener que esta nueva disposición permite afirmar con mayor claridad aún que nuestro legislador protege la indemnidad sexual de los menores junto a su libertad sexual, en algunos casos. Para el autor aquel bien jurídico perdería toda su esencia con esta nueva regla al reconocerse que los menores de 16 años tienen un consentimiento sexual válido bajo ciertas circunstancias.¹³⁶¹ Creemos que si un menor de esas edad presta su consentimiento libre a alguien que no es próximo en edad y madurez, este último no estará exento de responsabilidad, entonces, lo protegido aquí no puede ser la libertad sexual del menor, porque aunque existe consentimiento, el legislador no le presta un valor liberador para el sujeto con quien desarrolla una actividad sexual.

Es por lo anteriormente expuesto que podemos sostener que junto a la libertad sexual, protegida penalmente para los mayores de edad, y en forma parcial para los mayores de 16 años y menores de 18, existe otro bien jurídico, que es el ordinariamente denominado indemnidad sexual.¹³⁶² La doctrina también utiliza ciertas denominaciones como un normal desarrollo o un adecuado proceso de formación que, a nuestro juicio, son más bien lo denominado, y no el denominador. Así, por ejemplo, en el caso de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, la doctrina ha utilizado dos ideas para referirse al objeto de protección en estos. Por una parte, el bienestar síquico de los menores de edad, entendido como sus sentimientos personales frente a las conductas aquellas (DÍEZ RIPOLLÉS), y por otro el derecho a disfrutar de un adecuado proceso de formación y desarrollo evolutivo en el plano sexual sin interferencias ajenas interesadas (VIVES ANTÓN). CARMONA SALGADO reconduce ambas ideas a un solo concepto, el de indemnidad sexual como bien jurídico penalmente protegido.¹³⁶³ Lo

¹³⁶¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 441.

¹³⁶² Polaino Navarrete, desde una perspectiva histórica, consideraba la existencia de algunos delitos que protegían el derecho del menor a una correcta educación sexual, de acuerdo a las normas vigentes en 1973. Entre ellos estaban la inducción y favorecimiento a la prostitución o corrupción de un menor de veintitrés años, el proxenetismo y la omisión del cumplimiento de deberes asistenciales por parte de quien ejerza guarda, custodia o potestad del menor. Sin embargo, como el mismo autor manifiesta, la dureza punitiva de estas figuras se fundamentaba en los irreparables perjuicios psicológicos, morales y personales que resultan para la educación del menor en materia sexual, al haber sido sometido a tales conductas. Esto, traducido en términos actuales y desprovistos del sesgo moral, no hace sino demostrar que más que un derecho, se protege la salud física, mental y espiritual del menor, su normal evolución en materia sexual, en el fondo, algo que es parte de sus garantías individuales. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.* p. 114-115.

¹³⁶³ Por todos, CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.* pp. 299-300.

mismo ocurre, según la autora, en los delitos relativos a la prostitución, algunos relativos a la explotación sexual y corrupción de menores.¹³⁶⁴

Similar es el pensamiento de ORTS BERENGUER para el caso del exhibicionismo y la provocación sexual, donde el bien jurídico tutelado puede cifrarse en un conglomerado de intereses, como el bienestar síquico de los menores e incapaces, su derecho a obtener unos adecuados procesos de formación y socialización, sin interferencias interesadas.¹³⁶⁵ Lo mismo respecto a los delitos relativos a la prostitución.¹³⁶⁶ A mayor abundamiento, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ estima que en los delitos relativos a la prostitución infantil y juvenil el bien jurídico protegido sería el adecuado proceso de formación y socialización del menor, aunque esboza la idea de que esto sería una proyección de la libertad sexual en el caso de menores e incapaces.¹³⁶⁷ Discrepamos de esto último, pues más que ser una proyección de la libertad sexual, las ideas utilizados por el autor corresponden al contenido de la indemnidad sexual como bien jurídico penalmente protegido. Este bien jurídico representa el interés del Estado por preservar a los menores de ciertas conductas sexuales en que se involucran mayores, con el objetivo de proteger el normal desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual.¹³⁶⁸ Aquel involucra el adecuado proceso de formación y socialización del menor, así como su estabilidad síquica y un no menor etcétera, que conforman el contenido de la indemnidad sexual.¹³⁶⁹

Pero a esta dualidad de bienes jurídicos debe agregarse un tercer componente, que es la intimidad, particularmente en el ámbito de la sexualidad.¹³⁷⁰ Como hemos visto en esta investigación, el fenómeno del *sexting*, asociado en forma errada

¹³⁶⁴ *Ibid*, pp. 308-310.

¹³⁶⁵ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.* p. 279

¹³⁶⁶ *Ibid*, p. 288

¹³⁶⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.* p. 263

¹³⁶⁸ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 224; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Libertad e...op.cit.*, pp. 585-587; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 49.

¹³⁶⁹ Esto genera las críticas de Álvarez García/ Ventura Püschel, para quienes aparentemente se ha partido de la consideración –al menos hasta la reforma actuada por la LO 5/2010- de que a partir de los 13 años, una persona ha alcanzado la madurez suficiente para autodeterminarse sexualmente y, desde tal perspectiva, se ha equiparado su desarrollo al de una persona adulta, resulta extraordinariamente difícil, por no decir imposible, justificar el diferenciado tratamiento penal que sin embargo se hace de otras conductas; desde el exhibicionismo y la provocación sexual, hasta la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución, o de los diversos supuestos de corrupción sexual (algunos reincorporados al Código penal en el año 2003 y derogados el 2015). Comportamientos todos ellos atípicos si se ejecutan por o con adultos, pero criminalizados si intervienen –también si lo hacen consentidamente-, personas con edades comprendidas entre los 13 y los 16 o 18 años, según el caso. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Libertad e...op.cit.* p. 586.

¹³⁷⁰ De la que estos sujetos no pueden disponer libremente, de acuerdo al art. 4 de la LO 1/1996 sobre protección judicial del menor, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 297.

únicamente al art. 183 ter 2, encuentra uno de sus mayores ámbitos de subsunción típica en el art. 197.7, cuyo bien jurídico protegido es la intimidad. En el caso del *sexting*, lo será en el ámbito sexual, incorporando la protección de las imágenes o videos de contenido íntimo, como lo son aquellos de carácter pornográfico.¹³⁷¹ Es cierto, como indica QUINTERO OLIVARES, que la vía penal puede resultar excesiva en el caso de las imágenes entregadas voluntariamente (distinta piensa el autor respecto a los datos personales), si ya existe normativa civil aplicable, pero el binomio menores de edad-Internet en el *sexting*, desde nuestra perspectiva, justifica tal intervención faltando el consentimiento para difundir.¹³⁷²

Todo lo anterior es perfectamente aplicable a los casos de delitos de pornografía infantil y juvenil en Internet, y reflejan de buena forma los aspectos dogmáticos, fenomenológicos y político-criminales de figuras como el *cibergrooming* o el *sexting*.¹³⁷³ Ahora, lo que complementará este análisis es la determinación de la naturaleza de esa protección, en el sentido de si estamos hablando de una lesión a los bienes jurídicos, o si es una puesta en peligro, abstracta, concreta, hipotética o de otras características, cuestión que se analizará en el siguiente capítulo.

Por último, y antes de pasar a aquel, no pueden obviarse las palabras de CANCIO MELIÁ frente a la discusión sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, especialmente en la duplicidad de bienes entregada por la opción libertad-indemnidad sexuales. Para este autor, toda la discusión normativa y la *praxis* social se centran en la idea de libertad sexual, toda vez que, sobre todo en el caso de los menores, si se les protege en la minoría de edad es para que puedan ejercer correctamente la libertad sexual en el futuro. Va aún más allá al afirmar que en realidad no hay indicios que indiquen que esta es una discusión decisiva en el plano político-criminal, agregando que “[...] la discusión deben interesarse, sobre todo, por cuál es el ámbito de incriminación efectivo, es decir, qué conductas son susceptibles de ser incluidas de modo legítimo en el ámbito penal. Y para ello no necesariamente la adopción de un modelo diferenciado o unitario de bien jurídico es el elemento decisivo. Es decir, que no necesariamente la opción por un concepto fragmentado de bien jurídico implica una decisión por un ámbito de criminalización más extenso (ni a la inversa)”.¹³⁷⁴ Aunque discrepamos de la exclusión de la indemnidad sexual, sí consideramos valioso el último

¹³⁷¹ CASTELLÓ NICÁS, Nuria, *Delitos contra...op.cit.*, p. 492.

¹³⁷² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Estudio preliminar...op.cit.*, pp. 58-59.

¹³⁷³ ORTS BERENGUER, Enrique, *Determinación a...op.cit.*, pp. 651-654.

¹³⁷⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, pp. 371 y ss.

punto, en el sentido de la importancia de determinar no sólo lo protegido, sino la manera en que esto será protegido.

4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

PERRÓN, a propósito de las reformas a los delitos sexuales en el Código penal alemán, visualiza una situación similar a lo que ocurre en España, donde el legislador intenta mejorar la tutela penal de la libertad e indemnidad sexuales, en particular de ciertos grupos vulnerables como mujeres, niños y adolescentes, pero de tal manera que se ha terminado excediendo en sus buenas intenciones, generando la sensación de que ha creado nuevos bienes jurídicos en su intento.¹³⁷⁵ Así, se habla hoy de generaciones futuras o seguridad en el uso de las redes, lo que, desde nuestra perspectiva, excede los márgenes del principio de ofensividad, legalidad e intervención mínima.¹³⁷⁶

En este sentido, descartamos la postura que tuvo el legislador durante décadas, al proteger ostensiblemente “bienes jurídicos” como la moral sexual, la decencia pública o el pudor público, porque fueron el reflejo de un poder político dispuesto a imponer a los ciudadanos una moral –la de quienes detentaban el poder-, y una forma de reprimir conductas que estuvieran fuera de esta visión. Lo que se alejaba y pudiera comprenderse como expresión de una moral sexual distinta, corría el riesgo de perderse en la sombra del Derecho penal de la época.

Así también criticamos que el legislador actual genere delitos que lleven a la doctrina a reconocer, nuevamente, tintes moralizantes en el Derecho penal. Hoy la protección del menor frente a los abusos sexuales (utilizando esta expresión en sentido amplio) es un asunto que genera total respaldo en todos los sectores sociales. Sin embargo, concordamos con TAMARIT SUMALLA en el sentido de que tanto la protección de menores como la de mujeres no puede llevarse a extremos pues existen riesgos de regreso al puritanismo, como ocurre en la sociedad norteamericana.¹³⁷⁷ Aquí

¹³⁷⁵ “De ahí que haya introducido una serie de nuevos tipos penales y circunstancias agravantes que, o bien carecen de todo significado, o bien derivan en penas desproporcionadamente altas. El tiempo dirá si la jurisprudencia alemana, con una interpretación restrictiva de las nuevas disposiciones, será capaz de compensar sus inconvenientes, de manera que a la postre prevalezcan sus efectos positivos...el legislador no puede por menos que mostrar prudencia en el ulterior desarrollo del derecho penal y evitar la incorporación precipitada e irreflexiva de modificaciones que en la práctica originen un considerable grado de incertidumbre y, por ende, también de desigualdades en la aplicación de la ley”. PERRÓN, Walter, “El reciente desarrollo de los delitos sexuales en el derecho penal alemán”, en DIEZ RIPOLLÉS, José L. (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Ed. Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 1999, pp. 79-80.

¹³⁷⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...op.cit.*, p. 397.

¹³⁷⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 19-20.

el bien jurídico como institución penal debe cumplir un rol político-criminal orientador y limitador.

Lo que también es erróneo, desde nuestra perspectiva, es asumir que los delitos sexuales contra menores de edad, y dentro de estos aquellos que se realizan a través de Internet, protegen un solo bien jurídico (sea cual sea la opción elegida). Entendemos que, como lo viene haciendo hace décadas, el CP resguarda una serie de intereses distintos a través de estos delitos, los que han ido variando en la medida que evoluciona la sociedad y cambian los valores de esta. De la moral sexual, honestidad, orden sexual de las familias o pudor público,¹³⁷⁸ la legislación penal en este campo ha evolucionado hasta proteger, en los delitos que estudiamos, tres bienes jurídicos: la libertad sexual, la indemnidad sexual y la intimidad sexual de los menores de edad, en todos los casos.¹³⁷⁹

La libertad sexual, aunque protegida desde antaño por el legislador, alcance su consagración con la LO 3/1989, cuando el legislador la reconoce expresamente. La libertad sexual es una especie dentro de las libertades, se deriva del derecho fundamental, pero no puede identificarse ni confundirse con esta,¹³⁸⁰ que tiene la amplitud necesaria para acoger aquella.¹³⁸¹ Es importante la distinción entre derecho fundamental y bien jurídico, pues consideramos que la discusión al respecto suele verse influenciada por las relaciones entre ambos ámbitos. Quienes defienden la existencia de un bien jurídico paralelo a la libertad sexual de los menores, niegan que estos sean titulares de la misma, lo que es erróneo. Niños y adolescentes son titulares de un derecho fundamental a manifestarse voluntariamente en la vida sexual. Otra cosa distinta es el bien jurídico, y allí los menores están restringidos por el legislador, en razón de su edad y madurez. A su vez, quienes asumen que la libertad sexual de los menores es el bien jurídico único en estos casos, hacen una reducción de derecho fundamental a bien jurídico, lo que también es erróneo.

La introducción del art. 183 quater al CP permite reafirmar que el legislador sí le reconoce libertad sexual a los menores de edad, pero parcialmente y no en forma exclusiva, al no poder ser ejercida de forma plena cuando existe tal reconocimiento. La reconoce y la protege penalmente, en la medida de que sea ejercida en un ámbito de

¹³⁷⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Sobre algunos...op.cit.*, pp. 197-198; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 43-44.

¹³⁷⁹ La primera reconocida expresamente por el legislador desde 1989, mientras la segunda desde 1999. La intimidad sexual es de antigua protección, aunque la LO 1/2015 le dio un nuevo ámbito de protección, que permite abarcar algunos supuestos de *sexting*.

¹³⁸⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, Madrid: Ed. Akal, 1987, pp. 12-13; 26-27; POLAINO NAVARRETE, Miguel; y POLAINO-ORTS, Miguel, *Libertad como...op.cit.*, p. 164.

¹³⁸¹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al...op.cit.*, p. 403.

libertad y sin ser utilizado o abusado por otros menores o adultos. La franja de 16 a 17 años es la que mejor refleja esto, pero también los menores de 16 bajo los criterios del art. 183 quater. Pero estos últimos no son absolutos, y para aquellos casos en que el legislador derechamente no les permite actuar en el ámbito de la vida sexual, lo protegido será la indemnidad sexual. A diferencia de la regulación existente antes de la LO 1/2015, no puede señalarse en forma tajante o al menos con cierta seguridad, cuál es el límite entre libertad e indemnidad sexual, gracias en buena medida a la regla en comento. De *lege ferenda*, autores como MORILLAS FERNÁNDEZ proponen volver a los 13 años, como antes de la Reforma, lo que podría ser una buena solución.¹³⁸² Sin embargo, de *lege lata*, este límite se debería establecer a través de la revisión íntegra del sistema jurídico español, lo que implicaría asumir que, por regla general, bajo los 14 años el menor no tiene libertad sexual como bien jurídico ni siquiera en forma parcial, ya que a esa edad se establece el límite mínimo de responsabilidad penal, en virtud de la ficción de la capacidad para comprender los alcances jurídicos de sus actos y comportarse de acuerdo a esa comprensión. La excepción estaría dada por los supuestos donde concurra la aplicación del art. 183 quater. Cabe señalar además que hasta la LO 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, la edad mínima para contraer matrimonio y, por tanto, ejercer con una persona de igual o mayor edad su vida sexual al amparo del Derecho, era de 14 años. Con esta ley de reciente promulgación, dicha edad se eleva a 16 años, logrando un mayor nivel de coherencia interna del sistema.¹³⁸³

El bien jurídico indemnidad sexual cuenta con la ventaja de haber sido incluido expresamente por el legislador, a través de la LO 11/1999, y tener un amplio reconocimiento en doctrina. Lo primero, en todo caso, no le asegura tal calidad, pues los epígrafes del CP o leyes especiales también hacen referencia a las formas comisivas o a directrices político-criminales, por ejemplo, y no sólo a los bienes jurídico protegidos. Respecto a su contenido, consideramos que la idea de indemnidad sexual de los menores permite englobar una serie de conceptos desarrollados por la doctrina, como el

¹³⁸² MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos...op.cit.*, p. 464.

¹³⁸³ Señala la LO 15/2015 en su preámbulo “El Título III contiene los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia y, dentro de ellos, la dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior, que hasta ahora correspondía al Ministro de Justicia, y el de parentesco para contraer matrimonio, el de intervención judicial en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o para el caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y también un expediente para los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales. También se ha eliminado la dispensa matrimonial de edad, al elevarla de 14 a 16 años, de acuerdo con la propuesta realizada por los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”.

normal o correcto desarrollo de la sexualidad, el desarrollo libre de la personalidad, el bienestar sexual síquico o físico, entre otros, que le dan materialidad a aquella y sirven como una eficaz pauta de interpretación para el juzgador.¹³⁸⁴

A este binomio hay que agregar la intimidad sexual de los menores, protegida específicamente por el art. 197.7, a propósito de una parte del fenómeno de difusión de material pornográfico a través de TIC realizada por menores de edad, o *sexting*. Esta intimidad sexual está protegida en su doble faz, negativo-positiva, pues la primera reconoce un ámbito reservado de la vida privada del individuo –menor o adulto- frente a las injerencias de terceros con sus actos, necesario para el libre desarrollo de la personalidad del mismo;¹³⁸⁵ y la segunda reconoce un derecho a controlar la información y los datos de la propia persona o de su familia, para que puedan ser usados sólo bajo la voluntad de su titular.¹³⁸⁶ Las imágenes y los videos que registren ámbitos de intimidad del menor pueden asimilarse a estos datos o a esta información, en el sentido de que el 197.7 castiga una conducta cuyo comienzo implica la voluntad positiva del menor para entregar material íntimo, pero la posterior negativa para su difusión o cesión a través de Internet. La capacidad amplificatoria de la Red y la incapacidad que tendrá el menor para controlar sus imágenes o videos una vez que ingresan al ciberespacio, además del daño que esta difusión puede provocar no sólo a su intimidad, sino a su normal desarrollo, justifican la intervención penal en este ámbito, tal como justifican las restricciones a la libertad de expresión, por mandato constitucional contenido en el art. 20.4 CE.¹³⁸⁷ Coincidimos con ROMEO CASABONA¹³⁸⁸ y VIVES ANTÓN,¹³⁸⁹ entre otros, en que esta intervención debe darse en el marco de los principios de lesividad e intervención mínima, lo que desde nuestra posición se da por cumplido en la figura recién expuesta.

¹³⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 217; TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 193-195; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Delitos sexuales...op.cit.*, pp. 191-192, 199, 201; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...op.cit.*, p. 218; MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERO, Ramón; *Delitos contra...op.cit.*, p. 239; aunque en contra, otorga el mismo significado, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 265-266.

¹³⁸⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 283.

¹³⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 270-271; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal...op.cit.*, p. 264; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.), *Código penal...op.cit.*, p. 753; NIETO MARTÍN, Adán, en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al* (Dir.), *Comentarios...op.cit.*, p. 471.

¹³⁸⁷ ROMEO CASABONA, Carlos, *Derecho penal y...op.cit.*, pp. 310-312.

¹³⁸⁸ *Ibid.*, pp. 316-317.

¹³⁸⁹ VIVES ANTÓN, Tomás, *Introducción...op.cit.*, p. 32.

Las constantes reformas a los delitos sexuales vistas hasta ahora reflejan una serie de premisas político-criminales por parte del legislador: intolerancia a los riesgos, excesiva protección de grupos vulnerables-ampliación exagerada del ámbito de punibilidad espacial, incluyendo el ámbito de intimidad personal y el ciberespacio.¹³⁹⁰ Todo bajo la finalidad de proteger a los menores de edad de los “terrores que acechan en la sociedad actual, como los ciberagresores y el oscuro mundo de la Red”. Como le llama MORILLAS FERNÁNDEZ, es una superprotección excesivamente paternalista del legislador.¹³⁹¹ Esto ha dado pie a las discusiones sobre la ampliación de los objetos protegidos en los delitos de pornografía infantil y juvenil y sus figuras relacionadas a través de Internet.

En el escenario penal actual, donde prácticamente no se discute la existencia de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, no existe consenso respecto a considerar la opción de un bien jurídico de esta naturaleza en los delitos sexuales cometidos a través de Internet, como los de pornografía infantil y juvenil, o particularmente el *cibergrooming*, recogido en casi todas sus hipótesis en los artículos 183 bis y ter del CP. La opción de un colectivo social, como serían los menores de edad, el uso seguro de las TIC por parte de los menores o bien la protección de las generaciones futuras, parecen vislumbrarse de una u otra manera como opciones presentes en el escenario penal.

Sin embargo, consideramos que la única opción viable es mantener el trinomio libertad-indemnidad-intimidad sexuales en el caso de los menores de edad, ante la imposibilidad real de establecer un bien jurídico colectivo o supraindividual concreto, de contenido claro y que no signifique una extralimitación del Derecho penal para proteger un interés difuso. Como indica POLAINO NAVARRETE, lo normal, por las características sociales y morales de nuestra sociedad, es que aumenten los delitos sexuales, tanto en cantidad como en “calidad” (dureza, dañosidad), y que habría que extrañarse de que no fuera así,¹³⁹² pero esto no significa aceptar bienes jurídicos que permitan justificar intromisiones indebidas del legislador en la libertad personal ni una protección “a toda costa” de los menores de edad.

Los alcances del riesgo o la dañosidad a que pudieran estar expuestos los menores de edad, y como el Derecho penal reacciona, o debería reaccionar, es lo que se verá en el siguiente capítulo.

¹³⁹⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, p. 260.

¹³⁹¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos...op.cit.*, p. 443.

¹³⁹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.* p. 23

CAPÍTULO V

**LA NATURALEZA DE LA PROTECCIÓN A LOS BIENES JURÍDICOS EN
LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL EN INTERNET**

1. LOS MOMENTOS DE INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL ANTE CONDUCTAS PENALMENTE RELEVANTES

1.1. LOS EXTREMOS RELEVANTES PARA EL DERECHO PENAL: LA LESIÓN Y EL PELIGRO

Siguiendo a MIR PUIG, la antijuridicidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuridicidad por dos razones. Primero, por exigir en principio un desvalor de resultado especialmente grave y/o peligroso, es decir, una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones. En segundo lugar, este resultado ha de ser imputable a una conducta desvalorada por su capacidad generadora de peligro (desvalor de la conducta).¹³⁹³ El contenido material de este desvalor es distinto en los delitos en que el resultado (separado o no) es una lesión de un bien jurídico, que en aquellos cuyo resultado (separado o no) es una puesta en peligro del mismo. En los primeros la afectación del bien jurídico exigida es mayor que en los segundos.¹³⁹⁴ Por ende, es este concepto el baremo imprescindible para entender ambas formas de ofensividad, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, donde se reconoce la función limitativa del bien jurídico, como puede apreciarse en las tendencias político-criminales y constitucionalistas.¹³⁹⁵ ORTS BERENGUER/GONZALEZ CUSSAC entienden que el bien jurídico se concibe sobre la idea de valor, que se extiende a cualquier realidad (bienes materiales, derechos, principios jurídicos, sociales, libertades, etc.), por lo que puede entenderse bien jurídico como “[...] todo valor de la vida humana (bien) protegido por el Derecho (jurídico)”.¹³⁹⁶

Los bienes jurídico-penales no pueden identificarse con la cosa protegida o substrato, pues requiere algo más, que es la valoración que se le incorpora (antes de esto, son axiológicamente neutros). Por eso se puede distinguir materialmente del objeto

¹³⁹³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, p. 160.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, p. 165.

¹³⁹⁵ El concepto de bien jurídico puede abordarse desde dos perspectivas, la dogmática y la político criminal. En la primera, de *lege lata*, se entiende como el objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada, es el objeto de la tutela jurídica. En cambio, en la segunda, de *lege ferenda*, se trata de aquello que merece ser protegido por el Derecho penal, a diferencia de simples valores morales, por ejemplo, *Ibid.*, p. 160.

¹³⁹⁶ También sobre las otras funciones del bien jurídico, ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZALEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal. Parte general*, 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 219.

de la acción. Una conceptualización de bien jurídico que se aleje de su sustrato lo transforma en un bien espiritualizado, lo que deviene en su “evaporización”, al perder el objeto de referencia del concepto. Es aquí donde se termina confundiendo con la finalidad de la ley. Ahora, tampoco debe confundirse con su sustrato (sustrato + valor = bien jurídico), lo que sería un evidente error dogmático.¹³⁹⁷

Como indican JESCHECK/ WEIGEND, los bienes jurídicos no pueden identificarse con el sustrato material, pues son “[...] valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad”.¹³⁹⁸ El menoscabo recogido en el tipo penal debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido por el delito. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial temporal, mientras que lo último afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal.¹³⁹⁹ En este marco, el concepto de bien jurídico “[...] es una relación dialéctica entre realidad y valor” (el Derecho penal no debe proteger vida únicamente como valor, sino proteger la vida de personas concretas),¹⁴⁰⁰ ergo, “[...] son intereses de la comunidad cuya protección garantiza el Derecho penal”.¹⁴⁰¹

Tampoco el bien jurídico debe ser confundido con la *ratio legis*, con el fundamento o finalidad de la ley. Debe poseer un contenido material pre-existente a la norma para poder cumplir una función sistémica. Su titularidad puede corresponder a un individuo o la colectividad. El sustrato real de los bienes jurídicos como entes abstractos no son las cosas materiales, sino las relaciones de las personas con los intereses reales, como por ejemplo, con la facultad de disposición de las cosas.¹⁴⁰²

¹³⁹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 162-163. Afirmo QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (con la colaboración de Fermín Morales Prats), *Parte general del derecho penal*, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010, pp. 280-281, que para la interpretación de la norma la clave es asumir un concepto material-prejurídico y dinámico de bien jurídico, no simples creaciones abstractas. En el fondo, un concepto material de BJ, pero que tenga a la Constitución como marco.

¹³⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., corregida y ampliada, Granada: Ed. Comares, 2002, p. 277.

¹³⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho...op.cit.*, p. 277.

¹⁴⁰⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 162-163. Afirmo QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (con la colaboración de Fermín Morales Prats), *Parte general del derecho penal*, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010, pp. 280-281, que para la interpretación de la norma la clave es asumir un concepto material-prejurídico y dinámico de bien jurídico, no simples creaciones abstractas. En el fondo, un concepto material de BJ, pero que tenga a la Constitución como marco.

¹⁴⁰¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho...op.cit.*, p. 274.

¹⁴⁰² En general sobre esto y las funciones del bien jurídico, JESCHECK, Hans-Heinrich; y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho...op.cit.*, pp. 275-277.

Como bien afirma CORCOY BIDASOLO, “[...] el peligro para el bien jurídico es el punto de partida para la intervención penal”.¹⁴⁰³ Estamos ante institutos de amplia trascendencia para el Derecho penal, por lo que el concepto de peligro que se utilice aquí debe servir para todas las instituciones de esta rama del ordenamiento jurídico (tentativa, imputación objetiva, etc.). De esta forma, los aportes de las ciencias naturales no sirven para estos efectos, pues no fundamenta los delitos de peligro ni los de lesión, sino sólo es un presupuesto, que aunque importante, no es definitorio desde la perspectiva jurídico-penal.¹⁴⁰⁴

En la lesión y en el peligro hay una relación negativa con el bien jurídico, desvalorada. La diferencia es que el desvalor de la conducta se enjuicia *ex ante*, mientras que el del resultado *ex post*. El desvalor de la conducta exige que la situación no querida por el Derecho se deba a un comportamiento suficientemente peligroso para un espectador –hombre medio- situado *ex ante* en la posición del hechor. En los delitos de resultado separado, como la mayoría de los delitos contra la vida humana, el desvalor de resultado presupone que aquel pueda imputarse a una conducta peligrosa como resultado de la misma. Para decidir la peligrosidad de la acción u omisión que genera la lesión, es necesaria la utilización de un punto de vista *ex ante*. Si la función del Derecho penal es evitar los resultados típicos, sólo puede lograrlo desvalorando, y en su caso, prohibiendo, conductas humanas cuya capacidad para producir aquellos resultados pueda ser apreciada en el momento de ir a realizarlas y mientras no ha concluido su realización, es decir, *ex ante*.¹⁴⁰⁵

Desde el punto de vista *ex post*, habría que desvalorar toda acción que sea efectivamente causa de la lesión, aunque *ex ante* apareciera como totalmente inadecuada para producir la lesión. El desvalor del resultado, que se valora *ex post*, presupone también el desvalor de la conducta, valorada *ex ante*. El desvalor de la conducta se debe a la peligrosidad para el bien jurídico que un espectador objetivo (baremo del hombre medio) puede advertir en la conducta en el momento de realizarse, *ex ante*. En palabras de MIR PUIG, el desvalor de la conducta es, en este sentido, “[...] desvalor intersubjetivo *ex ante*”.¹⁴⁰⁶

¹⁴⁰³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 1999, p. 31.

¹⁴⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro...op.cit.* pp. 31-32.

¹⁴⁰⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 165-166.

¹⁴⁰⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, p. 167.

El concepto de lesión en Derecho penal parece menos debatida que el de peligro, como indica CARNELUTTI. La lesión es un elemento del delito,¹⁴⁰⁷ es un concepto normativo, consistente tanto en la destrucción o daño de un objeto material, como en la ofensa a bienes jurídicos ideales sin sustrato material. En los delitos de lesión se requiere que la conducta prive, menoscabe o perjudique efectivamente al bien jurídico.¹⁴⁰⁸ No sucede lo mismo con la noción de peligro, de bastante más compleja naturaleza.

Peligro, concepto también de naturaleza normativa,¹⁴⁰⁹ siguiendo a WELZEL, “[...] es la situación en la cual la producción de determinadas consecuencias no deseadas es probable, conforme a un juicio objetivo (de experto)”.¹⁴¹⁰ ORTS BERENGUER y GONZALEZ CUSSAC lo entienden como “...la posibilidad relevante de que un resultado se produzca como consecuencia normal de un determinado acto o situación”.¹⁴¹¹

En doctrina, dos son las teorías que intentan explicar la idea de peligro, la subjetiva y la objetiva.

La teoría subjetiva parte de conceptos positivo-naturalísticos, donde el peligro es fruto del desconocimiento de las leyes causales y sólo existe en la mente del sujeto que tiene una imagen del peligro basada en la experiencia. No hay acciones peligrosas, sino lesivas o no lesivas, dependiendo si existe o no error humano. La existencia del peligro surge de un juicio *ex ante* subjetivo (incluso si es desde el prisma del hombre medio) según el cual una acción es peligrosa cuando, *ex post*, no conocemos las razones por las que no se ha producido el resultado. Este juicio de peligro no sólo tiene una función declarativa, sino más bien constitutiva del concepto de peligro. Se critica el hecho de

¹⁴⁰⁷ Pero no su consecuencia, CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del delito*, Ed. Círculo Legal Editores: Santiago, 2008, p. 233.

¹⁴⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 301; ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZALEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal...op.cit.*, pp. 223-224. El resultado es un acontecimiento, y estos se diferencian de la situaciones en que estas últimas son objeto de cambio. El fallecimiento de una persona es un acontecimiento, cuando está muerto es una situación o estado. El acontecimiento puede convertirse en una situación. “Cuando la palabra dicha por alguien es oída y comprendida por otro, significa ello un cambio en el mundo exterior del que habla”, MAYER, Max Ernst, *Derecho penal. Parte general*, Trad. Sergio Politoff Lischitz, Buenos Aires: Ed. B de F, 2007, p. 140.

¹⁴⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 302.

¹⁴¹⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 4ª ed., traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica: Santiago, 2002, p. 55.

¹⁴¹¹ ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZALEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal...op.cit.*, p. 350.

que más que conceptualizar el peligro como objeto, lo que hace esta teoría es crear un concepto de juicio de peligro.¹⁴¹²

La teoría objetiva parte de la característica o propiedad de ciertas conductas: ser peligrosas. No basta una mera probabilidad de lesión, sino que esta debe ser elevada de acuerdo a todas las circunstancias concurrentes. Se critica el que en vez de definir peligro, se ofrece lo que significa o en lo que deriva el peligro, es decir, el aumento de probabilidades de lesión.¹⁴¹³

También se propone que algunas conductas sean, *iure et de iure*, peligrosas (peligro presunto), principalmente en los llamados delitos de peligro abstracto, criterio cuestionable, como veremos luego, por sus consecuencias jurídicas y porque el peligro real depende de las circunstancias concomitantes al hecho, y si no hay peligro, no hay antijuridicidad material que fundamente el injusto.¹⁴¹⁴

TERRADILLOS BASOCO afirma que el peligro es un concepto que se caracteriza por la concurrencia de dos elementos: primero, una posibilidad lesiva; y segundo, lo eventual es la destrucción o deterioro de un bien jurídico.¹⁴¹⁵

Respecto al primero, se trataría no de una simple posibilidad de lesión a un bien jurídico, sino que esta debe tener una entidad suficiente para responder a alguno de los conceptos que ha dado la doctrina al respecto, como “grado apreciable de posibilidad”, “posibilidad relevante” o “probabilidad”.¹⁴¹⁶ Claramente se trata de un concepto normativo cuya valoración deberá hacerla el juez de fondo, pues el grado de peligrosidad no debe ser pre-establecido por el legislador.¹⁴¹⁷

En relación a la segunda característica, el peligro tiene como referencia al bien jurídico, tal como en los delitos de lesión, donde existe un resultado material, razón por la que ambos “[...] presentan un objeto jurídico genérico de protección idéntico”. Aquí se presenta un punto peculiar cuando la doctrina se refiere al “resultado de peligro”, lo

¹⁴¹² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro...op.cit.* pp. 32-33.

¹⁴¹³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro...op.cit.* pp. 33-34; vid., también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1994, pp. 21 y ss.

¹⁴¹⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro...op.cit.* p. 34.

¹⁴¹⁵ TERRADILLO BASOCO, Juan, “Peligro abstracto y garantías penales”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; y MORALES PRATS, Fermín (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra): Ed. Aranzadi, 2001, p. 789; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán...op.cit.*, p. 75.

¹⁴¹⁶ Este último alejado de su sentido estadístico. Por todos, TERRADILLO BASOCO, Juan, *Peligro abstracto...op.cit.*, p. 790.

¹⁴¹⁷ *Ibidem*, cuestión que podríamos discutir en casos en que la probabilidad esté asociada a la transgresión de un valor numérico conceptual, que complementa una norma penal en blanco, como podría tratarse de delitos contra la salud pública o el medio ambiente.

que pareciera contradictorio con las clasificaciones que hemos estado revisando. El uso de la expresión resultado de peligro exige, en palabras de ORTS BERENGUER/ GONZÁLEZ CUSSAC, “[...] una dosis de sentido jurídico para ser comprensible”, toda vez que, en apariencia, si solo se ha creado un peligro cierto estaríamos en un escenario en que, por definición, no ha habido resultado.¹⁴¹⁸ Por eso este particular “resultado” genera tantos inconvenientes a la doctrina y a la jurisprudencia. Esto se hace más grave si cada vez se ocupan más los delitos de peligro, sobre todo de los llamados delitos de peligro abstracto.

TERRADILLOS BASOCO entiende que la solución a esta aparente contradicción se explica en que la creación del peligro envuelve dos formas de lesión o resultado, uno jurídico –la afectación al objeto de protección del delito- y otro fáctico – la alteración del mundo exterior- distinguible este último de la acción misma.¹⁴¹⁹ Sería entonces el comportamiento el peligroso, y el peligro mismo el resultado, entendiéndolo como una subespecie de daño.¹⁴²⁰ Subyace aquí la idea de BINDING respecto a que peligro y lesión pueden igualarse en la medida de que el primero contiene un daño a los bienes jurídicos puestos en peligro en su existencia libre de molestias.

Esto lleva al menos a un par de consecuencias. Primero, que la exigencia o no de un resultado no puede ser el criterio para distinguir los distintos tipos de peligro que existen, y segundo, que tanto en los delitos de peligro abstracto como en los de peligro concreto existiría una acción peligrosa para el bien jurídico, pues de no existir, podríamos estar frente a ilícitos de mera desobediencia.¹⁴²¹ Veremos que es justamente frente a los delitos de peligro abstracto donde se produce este cuestionamiento.

La forma tradicional de tipificar una conducta para hacerla acreedora de una respuesta punitiva ha sido a través de la lesión, lo que ha sido legitimado con los años, y

¹⁴¹⁸ ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZALEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal...op.cit.*, p. 348; también en este sentido FLORES MENDOZA, Fátima, “Capítulo 7. La tipicidad”, en ROMEO CASABONA, Carlos; SOLA RECHE, Esteban; y BOLDOVA PASAMAR, Miguel A. (Coords.), *Derecho penal. Parte general*, Granada: Ed. Comares, 2013, pp. 99-100.

¹⁴¹⁹ Lo que ejemplifica con el delito de injurias, en el que, afirma el autor, además de la acción se exige para la consumación algo más que la sola realización de aquella, como sería un mínimo de difusión, lo que se transformaría en la alteración del bien jurídico, TERRADILLO BASOCO, Juan, *Peligro abstracto...op.cit.*, pp. 790-791; sigue esta línea MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, p. 108, y en Italia CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general...op.cit.*, p. 235. El problema de lo planteado por Terradillos Basoco es que no ofrece un parámetro o elemento para distinguir la afectación como resultado de peligro de la afectación como resultado de lesión.

¹⁴²⁰ DEL CASTILLO CODES, Enrique, “Estudio sobre los delitos de peligro”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 19, 2006, pp. 12-13. Un resultado o lesión menos grave, como indica CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general...op.cit.*, p. 235.

¹⁴²¹ TERRADILLO BASOCO, Juan, *Peligro abstracto...op.cit.*, p. 792.

amortizado mediante la incorporación de la teoría del bien jurídico. Si hay un efecto separable espacio-temporalmente de la conducta, estamos frente a delitos de resultado, como en el homicidio. Por ejemplo, en el delito de allanamiento de morada lesiona el bien jurídico (inviolabilidad de aquella), pero no requiere un resultado separable de la conducta de allanamiento. Sí lo requiere el homicidio, que además de la conducta matadora, requiere un resultado separable de esta, la muerte del sujeto (desde la perspectiva fisiológica), que producirá la lesión al bien jurídico.¹⁴²²

Un delito estará legitimado si castiga el daño o lesión a un bien jurídico penalmente protegido. Ahora, si no hay lesión, pero sí un peligro concreto, cercano en el tiempo y en el espacio contra el bien jurídico, tampoco habrá mayores problemas de legitimación. El problema se produce por los delitos de peligro abstracto, o al menos con algunos de ellos.¹⁴²³

Al no exigirse un resultado, y ni siquiera una puesta en peligro concreta, el legislador puede anticipar bruscamente las barreras de intervención punitiva, sancionando una conducta que únicamente de forma abstracta pone en peligro un bien jurídico¹⁴²⁴. No sería precisa una prueba de la lesión ni del nexo causal entre este y la conducta del hechor, dándole mayor libertad al juez y reduciendo las posibilidades de defensa del imputado o acusado. El juez ni siquiera se vería obligado a probar la peligrosidad desde una perspectiva *ex ante*, de acuerdo a lo expresado por CEREZO MIR.¹⁴²⁵

Se verá a continuación cada una de estas categorías por separado, para luego intentar determinar la naturaleza de la lesión o del peligro en los delitos de pornografía infantil y juvenil en Internet, así como del *cibergrooming* y *sexting*.

1.2. FORMAS EN QUE EL DERECHO PENAL ENFRENTA LAS CONDUCTAS GENERADORAS DE RIESGO.

La gran cantidad de riesgos de nuestra sociedad, los problemas de causalidad entre los resultados lesivos de los nuevos riesgos, el carácter sustituible de los operadores de las conductas riesgosas y la proliferación de bienes jurídicos

¹⁴²² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, p. 232.

¹⁴²³ PARIONA, *El derecho...op.cit.* p. 160.

¹⁴²⁴ La forma en que los delitos vinculados a las redes informáticas impactan en el principio de intervención mínima se verán *infra* en esta investigación.

¹⁴²⁵ CEREZO MIR, José. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de derecho penal y criminología*. 2ª. época. N° 10, 2002. Madrid. Ed. Marcial Pons, p. 55.

supraindividuales son los factores que contribuyen a la incrementación de la técnica del delito de peligro abstracto, y también, cómo no, a su deslegitimación¹⁴²⁶. PERIS RIERA agrega, con razón, el importante rol de las políticas públicas en este fenómeno, al asumir el Estado “[...] tareas de naturaleza solidarista colocando al Derecho penal ante el reto de tutelar nuevos y complejos bienes jurídicos”, lo que contribuye a la mentada expansión legislativa en el ámbito penal.¹⁴²⁷

Debemos diferenciar en este punto entre los delitos de peligro abstracto, de peligro abstracto-concreto o también llamados de aptitud y los delitos de peligro en sentido estricto o de peligro concreto. Lo que en principio todos tendrían en común es el reflejar conductas que “[...] implican un menoscabo de las condiciones pre-existentes de seguridad de un bien jurídico”.¹⁴²⁸

1.2.1. La fórmula de aceptación mayoritaria: Los delitos de peligro concreto

Los delitos de peligro requieren la simple puesta en peligro de un bien jurídico, y son usados preferentemente para la protección de bienes jurídicos colectivos propios de la sociedad del riesgo. Se distinguen aquí los delitos de peligro concreto o peligro en sentido estricto, que son aquellos que exigen la producción de una situación de peligro efectiva o concreta para un bien jurídico determinado, o sea, un resultado de peligro concreto para aquel (si aceptamos dogmáticamente esta dualidad), representado por la proximidad de una lesión al bien.¹⁴²⁹

En esta categoría hay una perfecta coherencia con el principio de lesividad u ofensividad, que es llevada al extremo por ZAFFARONI, cuando señala que los delitos de peligro concreto son los únicos y verdaderos delitos de peligro.¹⁴³⁰ En el parecer de BUSTOS RAMÍREZ, aquí existe una relación inmediata del bien jurídico protegido en un tipo penal con la situación de peligro, donde la probabilidad de afectación es real y

¹⁴²⁶ *Ibid*, pp. 60-61. Peris Riera lanza ideas, no respaldadas, sobre una paradoja entre la tendencia legislativa a aumentar esta clase de delitos y una fáctica tendencia de los juzgadores a despenalizar aquellas conductas, basados en la supuesta inexistencia frente a las situaciones para las que fueron creadas. PERIS RIERA, Jaime. “Delitos de peligro y sociedad del riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década”, en CARBONELL MATEU, Juan C., *et al* (Coords.). *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Ed. Dykinson, 2005, p. 690.

¹⁴²⁷ PERIS RIERA, *Delitos de peligro...op.cit.* p. 689.

¹⁴²⁸ TERRADILLO BASOCO, Juan, *Peligro abstracto...op.cit.*, p. 792.

¹⁴²⁹ Por ejemplo, los delitos contenidos en los arts. 341, 342, 346.1, 361, 361 bis, 362 y 363, JESCHECK, Hans-Heinrich; y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho...op.cit.*, p. 282; CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* p. 239.

¹⁴³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires: Ed. Ediar, 2009, pp. 102-103, para quien, si el peligro no es concreto, simplemente no es peligro.

cercana, en un análisis *ex post*. Por lo mismo, la doctrina prácticamente no discute su existencia y legitimidad, y su uso se manifiesta en distintos ámbitos del Derecho penal, como el tráfico vial o la salud pública, sólo por nombrar algunos.¹⁴³¹

En estos delitos, la consumación se produce con la creación de un riesgo determinado para el bien jurídico.¹⁴³² Afirma PERIS RIERA que el peligro penalmente relevante puede presentarse unido a la acción, o bien separado de ella. En el primer caso, estaríamos ante delitos de peligro y mera actividad, y en el segundo frente a delitos de peligro y resultado. En estos últimos, los que hemos ya identificado como delitos de peligro concreto, el peligro para el bien jurídico se derivará de un efecto separable de la conducta.¹⁴³³ Si bien formaría parte del tipo, teniendo incidencia directa en la forma de consumación, la referencia al bien jurídico objeto del peligro concreto es el núcleo de la antijuridicidad material.¹⁴³⁴

1.2.2. Jaque al principio de ofensividad: Los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que la acción ha de ser peligrosa de acuerdo a un juicio *ex ante* formulado por el juez, pero sin referirse a un resultado concreto de peligro o lesión para un bien jurídico,¹⁴³⁵ o, lo que es igual, normalmente suponen un peligro,¹⁴³⁶ razón por la que serían delitos de mera actividad.¹⁴³⁷ Son, en el fondo, aquellos en que la acción es, por regla general, peligrosa para los bienes jurídicos, cuestión que fundamenta su punibilidad, sin que sea necesario

¹⁴³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general. Tomo I*, 2ª ed., Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 514. Coinciden, en general, BARBERO SANTOS, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 26, Fasc/Mes 3, 1973, p. 489; MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios...op.cit.*, p. 52; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 303; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito, Vol. I*, Barcelona: Ed. Bosch, 2000, p. 554.

¹⁴³² ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZALEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal...op.cit.*, p. 223.

¹⁴³³ Los otros, por supuesto, corresponden a los delitos de peligro abstracto, PERIS RIERA, *Delitos de peligro...op.cit.* p. 700.

¹⁴³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general...op.cit.*, p. 617.

¹⁴³⁵ Hay una visión coincidente de esto en MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 303; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Ed. Reppertor, 2002, p. 379; HIRSCH, Hans Joachim, “Peligro y peligrosidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, N°2, 1996, p. 523; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José L., *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo derecho penal*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1999, pp. 54-55; entre otros.

¹⁴³⁶ CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* p. 239.

¹⁴³⁷ FLORES MENDOZA, Fátima, *Capítulo 7...op.cit.*, p. 100.

que en el hecho concreto el bien jurídico haya estado en peligro.¹⁴³⁸ Se da lugar a ellos para dar mayor protección a los bienes individuales, pero también para dar cabida a la protección de bienes jurídicos colectivos emergentes.¹⁴³⁹ No existe, según indica BUSTOS RAMÍREZ, una relación de inmediatez entre el peligro y el bien jurídico.¹⁴⁴⁰ En la visión sostenida por TERRADILLOS BASOCO¹⁴⁴¹ y MAQUEDA ABREU,¹⁴⁴² los delitos de peligro abstracto tienen sólo una víctima potencial.¹⁴⁴³

También se les denomina delitos de peligro presunto, ya que en esta categoría de delitos el legislador presume que, de acuerdo a la experiencia humana promedio, viene acompañada la aparición de algún peligro.¹⁴⁴⁴ Por lo mismo, el peligro no sería un elemento constitutivo de la figura del delito, sino más bien cumple un rol político-criminal, al transformarse en un motivo del legislador para tipificar una determinada conducta,¹⁴⁴⁵ perdiendo casi completamente la referencia al bien jurídico, incluso si es supraindividual. Como sostiene MIR PUIG, la fundamentación de los delitos de peligro abstracto buscaría “[...] la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que con frecuencia son lesivas (peligro estadístico)”.¹⁴⁴⁶ Así las cosas, los delitos de peligro abstracto constituirían una vulneración del principio de ofensividad, según concuerda la doctrina mayoritaria.¹⁴⁴⁷

Contraria a la utilización del calificativo “abstracto” para referirse a esta categoría de delitos es MENDOZA BUERGO, pues considera que aquel término es contradictorio con la idea de peligro en sí, ya que este es siempre concreto, al ser una situación en que un objeto de protección entra en un radio de eficacia de una fuente de

¹⁴³⁸ Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho...op.cit.*, p. 514; MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios...op.cit.*, p. 70; BARBERO SANTOS, Marino, *Contribución al estudio...op.cit.*, p. 489; JESCHECK, Hans-Heinrich; y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho...op.cit.*, p. 283; FLORES MENDOZA, Fátima, *Capítulo 7...op.cit.*, p. 100, quien cita como ejemplos en el CP a los delitos contenidos en los artículos 379.2, 364, 365, 368 y 371.

¹⁴³⁹ ORTOS BERENGUER, Enrique, y GONZALEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal...op.cit.*, pp. 223-224.

¹⁴⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho...op.cit.*, p. 514.

¹⁴⁴¹ TERRADILLO BASOCO, Juan, *Peligro abstracto...op.cit.*, p. 800. En la década de los cincuenta se cimentó el concepto de los llamados “delitos sin víctima”, que son aquellos “[...] creados cuando se intenta prohibir por medio de la legislación el intercambio de bienes o servicios, fuertemente deseados, entre pares que actúan de mutuo acuerdo”, OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.* p. 62.

¹⁴⁴² MAQUEDA ABREU, María L., “La idea de peligro en el moderno derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Actualidad Penal*, N°26, 1994, p. 490.

¹⁴⁴³ Mientras en los de peligro concreto esta víctima sería real, y estaría expuesta al radio de peligro de la acción típica.

¹⁴⁴⁴ Nomenclatura usada en la doctrina italiana, PERIS RIERA, *Delitos de peligro...op.cit.* p. 701; también CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* p. 240.

¹⁴⁴⁵ Común, por ejemplo, en la tipificación de actos preparatorios en algunos delitos contra bienes jurídicos colectivos, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general...op.cit.* p. 617.

¹⁴⁴⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, p. 240.

¹⁴⁴⁷ Entre otros, *Ibid.*, p. 241.

peligro. Y en relación a la utilización del concepto “presunto”, recién visto, también se muestra reacia, ya que estos tipos penales van más allá de fundamentar su punibilidad en un juicio de experiencia humana, sino directamente el legislador presume la efectiva producción de un peligro para el bien jurídico, constituyendo la ya vista presunción *iure et de iure* al respecto. Sin embargo, tampoco la idea de delitos de peligro presunto es omnicomprendensiva de la fenomenología jurídica presentado por el legislador en los últimos años, según la misma autora.¹⁴⁴⁸

Estos delitos de peligro presunto, para TERRADILLOS BASOCO, serían de estructura y características similares a la de los delitos de peligro abstracto, tanto que suelen identificárseles como formas paradigmáticas del criticado Derecho penal moderno. Aquellos tienen su origen en una valoración *ex ante* realizada por el legislador sobre una simple valoración estadística, prescindiendo de la causalidad, lo que dejaría al juez en pie de repetir tal operación, en una mal entendida liberación de la prueba en cada caso concreto. Esto se traduciría en una inaceptable –según el autor- presunción *contra reo*, que atenta contra el principio de culpabilidad. Por tanto, estaríamos ante un delito de peligro presunto si en los hechos subsumibles en el tipo correspondiente no hubiera existido peligro alguno para el bien jurídico, ni aún abstracto, lo que se lograría con el juicio de imputación objetiva de la aminoración de condiciones de seguridad del bien jurídico hecho a la acción del sujeto activo.¹⁴⁴⁹

Tanto la idea de peligro abstracto como de peligro presunto adolecerían de problemas semánticos para comprender la idea que se quiere expresar con ellos, pues, por una parte, están definidos con expresiones “negativas”, esto es, la ausencia de peligro real o concreto, y por otro lado, no reflejan algunas nuevas formas de tipificación de fenómenos criminales. Por estas razones, MENDOZA BUERGO opta por la idea de peligrosidad acuñada por HIRSCH, blindada por un elemento positivo en vez de la mera ausencia de tal.¹⁴⁵⁰

HIRSCH ha propuesto utilizar una nomenclatura distinta para los que usualmente son llamados delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. Para el primer concepto propone utilizar delitos de peligrosidad (de riesgo), toda vez que el concepto “peligro”, que luego se divide, estaría mal utilizado, ya que en la clasificación recién expuesta se parte de un punto distinto. Si estamos frente a delitos de “peligro

¹⁴⁴⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada: Ed. Comares, 2002, pp. 33-34.

¹⁴⁴⁹ TERRADILLO BASOCO, Juan, *Peligro abstracto...op.cit.*, pp. 793-794.

¹⁴⁵⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos...op.cit.*, p. 35.

abstracto”, la perspectiva es *ex ante*, mientras que en los de “peligro concreto” esto se tiene que verificar caso a caso, en los hechos concretos, pues se trata de “algo transitivo”, la causación de una situación de peligro para un objeto. Los delitos de peligro abstracto son, en realidad y desde la perspectiva del autor, delitos de peligrosidad, donde el énfasis está puesto en el peligro general.¹⁴⁵¹

Coincidimos, al igual que MENDOZA BUERGO, en lo razonable de la propuesta de HIRSCH, pero también es necesario conceder que la dualidad peligro concreto-peligro abstracto es tan asentada en la doctrina que sería difícil implantar otra denominación.¹⁴⁵² Por lo demás, de modo alguno es la finalidad de este trabajo.

Al basarse estos delitos en una presunción de una eventual situación de peligro abordada por el legislador, implica una anticipación de las barreras de intervención penal, anterior a la propia situación de peligro al bien jurídico, lo que ha derivado en el debate moderno en un cuestionamiento a la legitimidad de estas figuras.¹⁴⁵³

Estos problemas de legitimidad de la intervención penal a través de la tipificación de este tipo de peligros han intentado ser resueltos por la doctrina a través de principios como el de precaución o el de prevención. El punto de partida del primero es la sospecha de los riesgos graves o irreversibles que puede llevar consigo una actividad determinada, generalmente basados en cálculos matemáticos o estadísticos. Tal probabilidad provoca que el legislador penal actúe penalizando conductas que, en base a este juicio estadístico, puedan producir riesgos o daños de gran magnitud. Sus principales campos de aplicación son la salud pública y la protección del medio ambiente¹⁴⁵⁴. El punto de partida del segundo en tanto son las leyes causales conocidas, justamente las que en el principio de precaución son reemplazadas por juicios estadísticos.

¹⁴⁵¹ HIRSCH, Hans Joachim, “Peligro y peligrosidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Nº2, 1996, pp. 514-515. Concuera con esto, ROMEO CASABONA, Carlos, *El principio de precaución...op.cit.*, p. 39, quien propone para la misma especie el concepto “delitos de acción peligrosa”, con el objetivo de dar acogida menos confusa a los llamados delitos de peligro abstracto concreto.

¹⁴⁵² MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos...op.cit.*, p. 37.

¹⁴⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general...op.cit.*, p. 618; ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZALEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal...op.cit.*, p. 224; según BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho...op.cit.*, p. 514, directamente contrario al *nullum crimen sine iniuria*.

¹⁴⁵⁴ Contrario a tal fundamentación CERESO MIR, *Los delitos de...op.cit.* p. 61, quien aceptaría este principio solo en sede civil o administrativa. Misma opinión, ROMEO CASABONA, Carlos, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal”, en AAVV, *Modernas tendencias de la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid: Ed. UNED, 2001, pp. 77 y ss. (en varias obras).

Para CEREZO MIR, la legitimidad de los delitos de peligro abstracto puros vendría de la mano de su transformación en delitos de peligro abstracto-concreto o de aptitud para la producción de un daño¹⁴⁵⁵, siguiendo lo propuesto por ESCRIVÁ GREGORI y SCHRÖEDER, como ya lo ha hecho el legislador español en los delitos de los artículos 360, 363, 364 o 365 del CP, pero siempre restringidos a figuras que protejan bienes jurídicos colectivos de carácter intermedio, y no para bienes jurídicos supraindividuales.¹⁴⁵⁶ MIR PUIG por su parte no concede legitimidad a estos tipos penales cuando se haya probado de antemano la exclusión de peligro alguno, “[...] debiendo siempre exigirse que no desaparezca en ellas todo peligro”, atacando la presunción *iure et de iure* que habría detrás de todo delito de peligro abstracto¹⁴⁵⁷.

Para GÓMEZ MARTÍN, la crítica al uso de delitos de peligro contra bienes jurídicos supraindividuales como una vulneración a principios básicos del Derecho penal, como el de intervención mínima o la garantía de taxatividad, o a una flexibilización de los criterios de imputación de la dogmática jurídica, es exagerada. Para el autor, con una correcta tipificación de las conductas que traerán asociada una pena, sin recurrir a tipos penales en blanco sin vulneración del “complemento indispensable”, permiten que los tipos de peligro abstracto puedan conservar su identidad como ilícitos penales sin riesgo de ser confundidos con las correlativas infracciones administrativas. Cuando se trate de comportamientos que pongan en peligro los más importantes bienes jurídicos supraindividuales, hay que distinguir entre los comportamientos típicamente relevantes de los que no lo son, siendo los primeros merecedores de sanción penal, mientras los segundos de sanción administrativa.¹⁴⁵⁸

1.2.3. La solución intermedia: Los delitos de peligro abstracto-concreto

Como recuerda MENDOZA BUERGO, fue SCHRÖDER quien propuso la existencia de una categoría intermedia de delitos entre los de peligro concreto y abstracto, denominados justamente como delitos de peligro abstracto-concreto, que implican una combinación de elementos de ambas categorías. En estos, la descripción

¹⁴⁵⁵ Aquellos delitos en que se prohíbe la realización de una acción que lleve implícita la posibilidad de producir un determinado resultado. En CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* p. 48.

¹⁴⁵⁶ CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* pp. 71-72.

¹⁴⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. Barcelona: Ed. PPU, 1990, p. 224. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, Luis. “¿Qué es la modernización del derecho penal?”, en AAVV. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Cerezo Mir*. Madrid: Ed. Tecnos, 2002.

¹⁴⁵⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Cultura del control...op.cit.* pp. 94-95.

típica exige que se constate la presencia de peligro en base a consideraciones generales, desentendiéndose de algunas cuestiones particulares del caso concreto. De esta manera, el juez no necesita constatar la existencia de un resultado (lesión o peligro concreto de lesión), sino sólo la peligrosidad de la conducta, pero atendiendo a criterios generales, y no los que rodearon a la situación concreta.¹⁴⁵⁹

Similar al peligro abstracto-concreto propuesto por SCHRÖDER es la figura de peligro hipotético, construcción dogmática elaborada por TORÍO LÓPEZ, quien entiende que en esta categoría de delitos no se exige la producción de una lesión al bien jurídico, ni del peligro frente al mismo, sino sólo la ejecución de una acción objetivamente peligrosa para dicho bien, de acuerdo a sus características. Aquí se encuentra la diferencia, según el autor, con el peligro abstracto, pues no se trata de una mera presunción abstracta de peligro, sino una específica situación de peligrosidad que cumple con todas las propiedades características del peligro, lo que permite que, aunque no haya puesto en peligro concreto a un bien jurídico, la conducta es plenamente adecuada para producirlo.¹⁴⁶⁰ POLAINO NAVARRETE opta por denominar a esta categoría delitos de peligro intrínseco, pues la peligrosidad es un requisito consustancial e inherente a la acción ejecutada.¹⁴⁶¹

Si bien existen otras denominaciones para esta tercera categoría de delitos de peligro,¹⁴⁶² lo central de todas ellas parece ser que el legislador no se contenta con describir una conducta que, en abstracto, podría resultar peligrosa, sino que más bien describe una conducta que, en el caso concreto, resultaría riesgosa para el bien jurídico, pero sin exigir resultado en dicha descripción. Coincidimos aquí con MENDOZA BUERGO respecto a que en esta descripción se introducirían elementos especiales de la conducta (modalidades o circunstancias) o bien medios comisivos concretos, dejando de ser el peligro el *leit motiv* del legislador, para transformarse en un elemento más del tipo objetivo. Esto permite, según la autora, superar los problemas del juicio *ex ante*

¹⁴⁵⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos...op.cit.*, p. 38. DEL CASTILLO CODES, Enrique, *Estudio sobre los...op.cit.*, p. 14, clasifica los tradicionales delitos de peligro abstracto en dos grupos. Por una parte, los delitos de peligrosidad concreta, que corresponderían a lo que hemos venido mostrando como delito de peligro abstracto-concreto, y por otra los delitos de peligrosidad abstracta, coincidentes con los delitos de peligro abstracto propiamente tales, o tradicionalmente considerados, que serían aquellos que se sustentan en la suficiencia del riesgo genérico que llevan aparejado.

¹⁴⁶⁰ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-diciembre 1981, Tomo 34, pp. 825 y ss., quien afirmaba que en estos delitos debían coexistir un desvalor real de la acción junto a un desvalor potencial del resultado.

¹⁴⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general...op.cit.*, p. 619.

¹⁴⁶² Delitos de aptitud, delitos de idoneidad, delitos de peligro potencial, delitos de peligro abstracto especial o delitos de peligrosidad concreta, según resume MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos...op.cit.*, pp. 39-40.

desconectado de la realidad que exhibían los delitos de peligro abstracto, transformando esto en “[...] un juicio normativo de previsibilidad realizado desde la perspectiva *ex ante* por un observador objetivo con los conocimientos del autor”.¹⁴⁶³

Son, finalmente, y más allá de su denominación, delitos que exigen algo más que la mera peligrosidad abstracta de la conducta descrita en el tipo, pero menos que la puesta en peligro concreta de un bien jurídico.¹⁴⁶⁴ Incluso, como indica TERRADILLOS BASOCO, aunque la víctima de los delitos de peligro no concreto sea potencial, supone que la realización de la conducta típica implique una aminoración de las condiciones de seguridad de este sujeto (condiciones y efectos).¹⁴⁶⁵

El mismo autor agrega un óptica distinta sobre el problema, al introducir como modalidad de delito de peligro a aquellas figuras que protegen bienes jurídicos individuales (o individualizables) a través de otros de naturaleza supraindividual, lo que cambia el eje de la conducta peligrosa (en abstracto, en concreto, presunto o hipotético) al objeto de protección. Este problema, como el propio TERRADILLOS BASOCO asume, es más bien político criminal que dogmático. La idea sería que al proteger los bienes supraindividuales, se protege mediatamente el bien individual.¹⁴⁶⁶

Para el legislador, existen bienes jurídicos relevantes en cuanto a su protección que están explícita e implícitamente contenidos en la Constitución, pero también otros dignos de protección penal que no tienen reconocimiento en la Carta Magna, aunque deben estar ligados a una valor constitucional. De tal forma, la lesión del primero será necesariamente idónea para una puesta en peligro del segundo. Producto de estos fenómenos, se produce un adelantamiento de las barreras de protección penal, lo que sólo podrá darse respecto a bienes constitucionales primarios, por su importancia en la lesión de otros bienes conectados con estos. Y aunque hay muchos de los que dudosamente se les puede calificar de primarios, respecto a otros, como la libertad, la dignidad y sus derechos inherentes, no hay mayor duda.¹⁴⁶⁷

En relación con los bienes jurídicos supraindividuales, es indiferente que el delito que lo proteja sea de peligro concreto o abstracto, ya que la diferencia radica en que los de peligro concreto también se protege un bien jurídico individual y se requiere un “resultado de peligro” con relación a este bien. CORCOY BIDASOLO no acepta la

¹⁴⁶³ MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos...op.cit.*, pp. 41-42, 49.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 46.

¹⁴⁶⁵ TERRADILLO BASOCO, Juan, *Peligro abstracto...op.cit.*, p. 800.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, pp. 804-805.

¹⁴⁶⁷ CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Ed. Comares: Granada, 2002, pp. 11-12.

distinción propuesta por autores como SCHÜNEMANN entre delitos de peligro abstracto con referente individual o suficientemente individualizados y delitos de peligro abstracto que protegen bienes colectivos sin referente individual, pues tal distinción niega suficiente autonomía a la primera categoría (o sea, la autora defiende la existencia de delitos de peligro abstracto con referencia únicamente a bienes individuales).¹⁴⁶⁸

Consideramos adecuada la distinción de distintos niveles de peligro reconocidos por el legislador. Los delitos que castigan la puesta en peligro concreta para un bien jurídico determinado, individual o colectivo, es una primera categoría que no ofrecerá mayores problemas de legitimidad. Una segunda categoría, las figuras que recogen un peligro abstracto, implican el castigo de conductas a priori desvaloradas por el legislador, aunque en el caso concreto no haya existido peligro alguno para un bien jurídico determinado. Esto se acerca peligrosamente al castigo de la mera desobediencia. Por lo mismo, estimamos adecuada la existencia de una tercera categoría, con independencia de su denominación –hipotético, mixto, etc.- que permita zanjar los problemas de legitimidad.

Esta distinción será importante cuando nos refiramos a los delitos estudiados en los capítulos anteriores, y los bienes jurídicos asociados a ellos: la libertad sexual, la indemnidad sexual y la intimidad (sexual).

¹⁴⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro...op.cit.* p. 207.

2. ¿SON LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL EN INTERNET, EL *CIBERGROOMING* Y EL *SEXTING* DELITOS DE LESIÓN O DELITOS DE PELIGRO?

2.1. EL DERECHO PENAL SEXUAL Y LOS FACTORES DE RIESGO

Mucho, o todo, de lo que pueda decirse del panorama presente de los delitos sexuales responde a lo mismo que se diga del Derecho penal en general.¹⁴⁶⁹ El legislador ha ido moldeando esta parcela de la parte especial en conformidad a una serie de elementos, entre los que se cuenta la individualización conceptual, la individualización valorativa de la sexualidad, la concreción del perjuicio y la disminución de la criminalidad, creando en cierta forma una serie de principios propios del Derecho penal sexual, acentuados tras la reforma de 2015.¹⁴⁷⁰

Conforme a ello, es menester señalar que el Derecho penal sexual actual presenta algunas características de trascendencia.

La primera de ellas, dispone que la dinámica anteriormente expuesta es un motivo plausible para incitar la penalización de actos preparatorios- habitualmente impunes- concibiéndolos como delitos autónomos,¹⁴⁷¹ a fin de prevenir la afectación

¹⁴⁶⁹ LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ. “Libertad...*op.cit.* p. 92.

¹⁴⁷⁰ BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español. Tomo II, el sistema de la parte especial. Volumen 1, delitos contra bienes jurídicos individuales*, Ed. Bosch: Barcelona, 2005, pp. 231-232; sobre los principios propios, GARRIDO GUZMÁN, Luis, *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, Ed. Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid: Madrid, 1992, pp. 20 y ss., que hace alusión a los principios de intervención mínima, *in dubio pro libertate* y tolerancia.

¹⁴⁷¹ V. gr., situación que se verifica plenamente con la incorporación en las legislaciones extranjeras de figuras criminológicas como el *child grooming* o *cibergrooming*, pues en algunas países sólo se sancionan conductas tendientes a exponer al menor a iconografías, producciones o charlas de material lúbrico e inducirlo a realizar actividades sexuales a través de una *webcam*, telefonía móvil o una red social como sucede en Alemania. Disponible en <http://www.bundesrecht.juris.de/stgb/index.html#BJNR001270871BJNE034004377> y España con su Ley Orgánica de 05/2010 Boletín Oficial del Estado (BOE) 23 de junio de 2010 pero vigente a partir del día 22 de diciembre del mismo año; mientras otras, más rigurosas, proscriben seducir al menor (falseando la identidad) y además, viajar o preparar un viaje para generar encuentros con ellos como ocurren en el Estado de La Florida en EE.UU con la *CyberCrimes Against Crimes Act* 2007. Disponible en http://laws.flrules.org/files/Ch_2007-143.pdf (últimavisita 18 de diciembre de 2014) y Escocia, mediante la *Protection of Children and Prevention of sexual offences (Scotland) Act* 2005. Disponible en http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2005/asp_20050009_en_1#pb3-11g12 (última visita 12 de noviembre de 2014). En este mismo sentido, la figura de *sexting*, encuentra cabida en algunos ordenamientos jurídicos, como ocurre en el Estado New Jersey de EE.UU, donde connotado fue el caso de la menor de 14 años que fue arrestada en la ciudad de Clifton tras ser acusada de difundir pornografía infantil debido a que ésta mantenía 30 fotografías de ella desnuda en el sitio *MySpace.com*, enfrentando cargos por distribución de pornografía infantil y exposición sexual explícita. Disponible en <http://www2.elnuevodiario.com.do/app/article.aspx?id=146181>. (Última visita 17 de julio de 2014)

efectiva y maliciosa de los bienes jurídicos tutelados, por lo cual se pone énfasis que este tipo de tutelas se centra en la creación de delitos de peligro abstracto (en su sentido tradicional). La justificación de esta tendencia radica en que lo tutelado por éste tipo de delitos, adquiere una especial dimensión por el mayor contenido del injusto que estos actos representan.

Luego, el Derecho penal de la actualidad ha demostrado varios cambios de paradigmas clásicos. Uno de ellos es la utilización masiva, en las figuras de tipificación reciente, de delitos de peligro, por sobre los delitos de resultado o materiales. Como hemos venido señalando, la visión más o menos estandarizada es que en estos delitos se sanciona un comportamiento típico que es peligroso, de acuerdo a un juicio de peligrosidad *ex ante*, sin que en el caso concreto tenga que sobrevenir el resultado material que ese peligro ha generado. Si el peligro es concreto, la realización del tipo penal está supeditada a la entrada de la situación de peligro en el caso particular, mientras que si el peligro es abstracto, la peligrosidad del comportamiento penalizado no constituye un elemento del tipo, sino solo la razón de existencia de la norma penal¹⁴⁷². Como señalaba CEREZO MIR, el peligro es únicamente la *ratio legis*, o sea, el motivo que llevó al legislador a tipificar como delito la conducta elegida¹⁴⁷³.

Las redes informáticas y telemáticas, al ser una de las nuevas manifestaciones de ámbitos riesgosos, se transforman en un ambiente propicio para la generación de peligros de distinta índole, donde los menores de edad y las personas con discapacidad para a ser un “objeto” expuesto a riesgos, desde la perspectiva del legislador.

Otra característica dice relación con que el fenómeno de ciberdelincuencia exige la innovación del Derecho penal material,¹⁴⁷⁴ mediante la equiparación de la normativa internacional respecto a los criterios que permitan determinar las conductas que serán constitutivas de delito (por ejemplo, en el Cciber o la propia Directiva 2011/93/UE);¹⁴⁷⁵ y del Derecho procesal, unificando los presupuestos procesales encaminados a facilitar su prosecución, procedimiento y ejecución de la eventual sentencia condenatoria (por

¹⁴⁷² PARIONA ARANA, Raúl. “El derecho penal moderno”, en *Revista Penal*. N° 20, 2007. Madrid: Ed. La Ley, p. 160; CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* p. 48.

¹⁴⁷³ PARIONA, *El derecho...op.cit.* p. 160.

¹⁴⁷⁴ El autor da como ejemplos, en el Código penal español, el manejar un vehículo motorizado bajo la influencia de sustancias tóxicas, del artículo 379, el cohecho, tipificado en el artículo 419 y ss., y el falso testimonio, del artículo 458 y ss. CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* p. 47.

¹⁴⁷⁵ Fenómeno que ya se avizoraba en Europa más de dos décadas atrás, COUNCIL OF EUROPE – EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS-, *Computer-related crimes. Recommendation N° R(89)9 on computer-related crime and final report (Prefacio de August Bequai)*, Estrasburgo: Ed. Council of Europe, Publications and Documentation Service, 1990, pp. 33 y ss.

¹⁴⁷⁵ RODRÍGUEZ MESA, Mª José, *La Directiva...op.cit.*, pp. 229-230.

ejemplo, orden de euroarresto).¹⁴⁷⁶ Asimismo, es menester recalcar que estas reformas no tienen sentido alguno si no se les refuerza con vías no jurídicas de prevención, como la educación informática de la población y el control del contenido visitado por los menores mediante el uso de filtros.¹⁴⁷⁷

2.2. LOS SUPUESTOS FÁCTICOS Y LOS PROBLEMAS CIENTÍFICOS EN LA RELACIÓN PELIGRO-LESIÓN EN LA LIBERTAD, INDEMNIDAD E INTIMIDAD SEXUAL DE LOS MENORES

Según SCHÜNEMANN, existiría una contradicción en la punibilidad de la conducta, si es que se justifica el aumento de las penas y la expansión normativa por una “extrema desprotección de la víctima”, como ocurriría con los menores en la pornografía infantil y juvenil. Así, pone como ejemplo el Derecho alemán, donde el § 184 b) inciso 4º del StGB sanciona la posesión de documentos pornográficos infantiles, donde el legislador castiga esta conducta para compensar la extrema desprotección de los menores de edad. Sin embargo, el aumento de visitantes en una web de pornografía infantil y juvenil no estaría previsto en el tipo penal, siendo perfectamente idóneo, desde su perspectiva, para estimular el mercado, mientras que el almacenamiento intermedio inocuo para la pornografía sí estaría penalizado en la norma citada. En el § 184 b inciso 4º del StGB “[...] se entrecruzarían consideraciones víctima-dogmáticas admisibles y moralistas prohibidas”,¹⁴⁷⁸ lo que no se aleja demasiado del escenario español.

La SCS de EEUU de 16 de abril de 2002 analiza con profundidad el problema de la pornografía infantil y juvenil y los supuestos conflictivos que ha traído consigo el desarrollo de nuevas tecnologías informáticas, específicamente los problemas que arrojó la Ley de prevención de la pornografía infantil de 1996, que castigaba la producción, posesión o distribución de imágenes sexualmente explícitas en que no se emplearan niños reales pero que exhibieran representaciones de menores (*virtual child*

¹⁴⁷⁶ En América Latina, los países pertenecientes a la OEA también han manifestado su preocupación frente a este flagelo, de forma tal que a fines de 2008 se llevaron a cabo en la ciudad de Bogotá, dos Taller Técnicos Regionales tendientes a analizar la cooperación conjunta contra los delitos cibernéticos. En estas citas, se procuró el intercambio de experiencias para fortalecer las legislaciones nacionales internas. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/cybersp_talleres_tec.htm (Última visita 16 de julio de 2011)

¹⁴⁷⁷ Como puede apreciarse, por ejemplo, ver <http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=99> (Última visita 19 de julio de 2011)

¹⁴⁷⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, *¿El derecho...op.cit.* pp. 72-73.

pornography), así como la utilización de imágenes de niños reales que luego eran manipuladas para incluirlas en un contexto sexual que originalmente no poseían (*morphing*). La sentencia abordaba el primer supuesto, considerándolo exento de prohibición amparándola en la libertad de expresión, declarando la inconstitucionalidad de la citada ley, por cuanto tal modalidad de pornografía virtual, al ser consumida por mayores y no usar menores reales, no sobrepasa el derecho a la libertad de expresión. BEGUÉ LEZAUN cita un fragmento de la sentencia:

“El gobierno considera que la pornografía infantil virtual alimenta los apetitos de los pedófilos y les anima a incurrir en conductas ilegales. Este razonamiento no puede sustentar la prohibición en cuestión. La mera tendencia de la expresión a fomentar actos ilícitos no es razón suficiente para prohibirla. El gobierno no puede constitucionalmente legislar sobre hipótesis con el deseo de controlar los pensamientos privados de una persona. Los derechos de la Primera Enmienda están más en peligro cuando el gobierno intenta controlar el pensamiento o justificar sus leyes con tal ilícito fin”.¹⁴⁷⁹

El legislador, más que la judicatura, parecen tener una especial visión sobre las causas de los abusos sexuales (en términos amplios). No es, *a priori*, algo cuestionable, pues como señala MARSHALL, una teoría sobre la etiología de la delincuencia sexual es muy útil en muchos aspectos. Permite identificar los factores de riesgo y, de este modo, desarrollar estrategias preventivas generales y especiales, definiendo en este último caso los objetivos del tratamiento para estos delincuentes.¹⁴⁸⁰

En esta línea, por ejemplo, la política criminal norteamericana en materia de agresores sexuales cambia radicalmente en la década de los noventa, dejando de lado un modelo de pura internación en centros psiquiátricos, para derivar en otro de fuertes penas seguido de medidas de seguridad acumulativas de inocuización (por ejemplo, la castración química, sistemas de registros públicos de *sexual offenders*, comunicación a las comunidades donde reside uno de ellos, etc.), cuyos únicos requisitos son que se trate del autor de un delito violento, que haya afectado al menos a dos víctimas y que exista un pronóstico de reincidencia futura. Este sistema dualista ha sido criticado por SILVA SÁNCHEZ desde dos perspectivas, una empírica, por lo difícil de determinar el

¹⁴⁷⁹ BEGUÉ LEZAÚN, Juan J., *Sobre las tribulaciones...op. cit.* pp. 101-102.

¹⁴⁸⁰ MARSHALL, William L., *Etiología...op.cit.* p. 72.

“pronóstico de futura reincidencia”, y otro valorativo, por la vaguedad de los términos usados en la ley para determinar con precisión en que casos debe imponerse el internamiento una vez cumplida la pena.¹⁴⁸¹

Sin embargo, es útil revisar si los supuestos fácticos sobre los que el legislador moderno trabaja, principalmente el español, son suficientemente poderosos como para justificar algunas de las intervenciones penales tipificadas en el CP, a la luz de los conocimientos científicos existentes en la actualidad.

El abuso de los menores de edad, desde una perspectiva criminológica que incluya lo ocurrido en Internet y las redes sociales, gira en torno a dos elementos principales: la asimetría de edad y el abuso de poder. Ambos son aspectos de mucha flexibilidad, pues en el primer caso, si bien la mayor parte de los abusos se dan en una relación de adulto a niño, también hay abusos sexuales de niños sobre otros. No existe tampoco una idea estable respecto a la diferencia de edad entre agresor y víctima. Además la asimetría de edad es sólo una de una serie de relaciones asimétricas, como la fisiológica, de orientación y desarrollo sexual, de recursos, habilidades sociales, etc. En el caso del segundo elemento -el abuso de poder-, este proviene ordinariamente del ejercicio de un rol dominante en el ámbito social, aunque tampoco su concepción es clara, pues ha llegado a entenderse como una consecuencia del primer elemento.¹⁴⁸²

En relación al victimario, TAMARIT SUMALLA descarta la absoluta vinculación entre abusador y pedófilo. No todos quienes abusan de menores de edad poseen dicha parafilia. En muchos casos, el abusador es un cercano o familiar, mientras en otros son profesionales relacionados con la infancia, principalmente educadores o pediatras, lo que para el autor demuestra que las tendencias pedófilas vienen acompañadas de una atracción hacia el mundo de los menores, pero sin transformarse en una regla absoluta.¹⁴⁸³ Los autores estiman complejo el panorama psiquiátrico de los abusadores infantiles, por razones científicas (algunos estudios consideran la violación

¹⁴⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en derecho comparado”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Ed. Ariel: Barcelona, 2002, pp. 148-150.

¹⁴⁸² LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix, *Prevención de los abusos sexuales de menores y educación sexual*, Salamanca, 1995, pp. 28-29). TAMARIT SUMALLA, Josep, *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 edición revisada y actualizada, Ed. Aranzadi: Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 18-19.

¹⁴⁸³ El autor también distingue entre la prostitución de menores de 12 años, donde puede hablarse de una vinculación estrecha con la pedofilia, y la de mayores de esas edad, que caben dentro de la amplia gama de servicios sexuales ofertados, y que no necesariamente debe vincularse a pedofilia, TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección penal...op.cit.*, p. 23.

una parafilia, mientras que otros no le dan esta clasificación a actos aislados como masturbarse viendo la imagen de un menor).¹⁴⁸⁴

El mismo autor resume los rasgos característicos de interés criminológico que se presentan en los pedófilos:

- a) El pedófilo requiere una frecuencia de contactos sexuales, y en lo posible con un número considerable de víctimas;
- b) El sujeto tiende a disponer y producir imágenes y filmaciones de niños. No todo necesariamente pornográfico, pero el que existe es utilizado para justificar su conducta bajo un halo de normalidad, o bien para extorsionar al menor;
- c) Los pedófilos tienden a presentar distorsiones cognitivas, que usualmente tienden a autojustificar su conducta desviada, neutralizando todo proceso de autoculpabilidad, impidiendo una valoración negativa de los hechos;¹⁴⁸⁵
- d) Existe una tendencia a mantener contacto entre pedófilos, aprovechando, por ejemplo, las bondades de Internet, fenómeno asociado íntimamente con la proliferación de la pornografía infantil en tal medio;
- e) Existe una fuerte tendencia endogámica, pues entre un 60 y un 80% de los casos el autor es conocido o pariente del menor; y
- f) Suele asociarse la pedofilia con personas de edad avanzada, lo que de todas formas puede ser cuestionado por los casos conocidos a través de los medios de comunicación (menores abusadores de otros menores, por ejemplo).¹⁴⁸⁶

Algunas de estas ideas están bastante asentadas en la comunidad, incluyendo la jurídica, por lo que suelen tomarse como verdades indiscutibles, incluso por el legislador al momento de crear o modificar delitos sexuales relativos a menores de edad.

¹⁴⁸⁴ MARSHALL, William L.; FERNÁNDEZ, Yolanda M., “Los delincuentes sexuales en la actualidad”, en MARSHALL, William L., *Agresores sexuales*, Ed. Ariel: Barcelona, 2001, pp. 105-106. Para un perfil criminológico de los delincuentes sexuales en general y de los delincuentes sexuales victimizadores de menores en particular, HERRERO HERRERO, César, *Fenomenología...op.cit.* pp. 285-293; 296-298.

Perfil criminológico.

¹⁴⁸⁵ Lo resume brevemente BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...op.cit.*, pp. 381-382, especialmente n.p.p. 1.

¹⁴⁸⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección penal...op.cit.*, pp. 24-25. Sobre las causas de la pedofilia o de los abusadores, vid., principalmente, REDONDO ILLESCAS, Santiago, “Delincuencia sexual: mitos y realidades”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago, *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona: Ed. Universidad de Barcelona, 2002; y en la misma obra colectiva, el artículo de MARSHALL, W. Y MARSHALL, L., “Cómo llega alguien a convertirse en un delincuente sexual?”. Existe en general una compilación de características que han sido identificadas como propias de los agresores sexuales a menores, particularmente en elementos como sexo y edad, relación con la víctima, conducta de abuso, infancia de los agresores, personalidad, sicopatías, etc. BENEYTO ARROJO, M^a José; y MARTÍNEZ RUBIO, David, “características y tratamiento de los abusadores de menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María; y ORTS BERENGUER, Enrique (Coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2014, Pp. 411-415.

No todas, sin embargo, parecen tener tanta solidez científica como para permitir la justificación de la punibilidad de ciertas conductas dentro de un marco de lesión o peligro (concreto o abstracto-concreto, al menos) a un bien jurídico.

En relación al perfil de género y edad, aunque es posible encontrar agresores sexuales adolescentes, mujeres e incluso menores, son los hombres los que concentran cerca del 85% de las agresiones de este tipo, tanto sujetos de clases bajas como profesionales (que incluso tienen planes especiales de rehabilitación en Canadá).¹⁴⁸⁷ Sin embargo, estas caracterizaciones *ex post* impiden aún poder detectar o reconocer a un agresor antes de cometer un delito. La bases evolutivas de la agresión sexual estarían dadas por el éxito reproductivo del hombre en la evolución de la especie, que es un criterio antropológico. El impulso sexual es innato en los mamíferos, sin embargo, para que esto se traduzca en una agresión sexual –caso humano- debe darse una combinación de elementos genéticos y ambientales (aunque hay estudios que niegan la existencia de los primeros, existe una conexión entre impulsos sexuales e impulsos agresivos – mismos sustratos neuronales, similares conexiones neuronales y los mismos esteroides que activan la agresión activan el sexo-).¹⁴⁸⁸

Sin embargo, el anterior parámetro no es válido para el interés sexual por víctimas pre-púberes, lo que obligaría a explicar el asunto desde otra perspectiva evolutiva. MARSHALL/FERNÁNDEZ estiman que la causa estaría en la forma en que se organiza el sistema de preferencias masculino, ya que los seres humanos poseen módulos diseñados para detectar y apreciar el género y la juventud. Por eso los hombres prefieren a mujeres de unas ciertas características –proporción cintura/cadera prototípica-, y si estos detectores fallan, actúan sin restricciones, convirtiendo a los pre-púberes en el objetivo sexual más atractivo.¹⁴⁸⁹

Lo anterior funcionaría de una manera similar a la homosexualidad, donde algunos estudios han determinado que los homosexuales suelen tener hermanos varones mayores, puesto que el sistema inmunológico de la madre se vuelve ultra competente para generar anticuerpos contra los andrógenos de los fetos, produciendo hijos con un

¹⁴⁸⁷ RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo, *Maltrato y abuso sexual de menores. Una revisión crítica*, Granada: Ed. Comares, 2006, pp. 46-47.

¹⁴⁸⁸ MARSHALL, William L., *Etiología...op.cit.* pp. 54-55.

¹⁴⁸⁹ MARSHALL, William L.; FERNÁNDEZ, Yolanda M., “Los delincuentes sexuales en la actualidad”, en MARSHALL, William L., *Agresores sexuales*, Ed. Ariel: Barcelona, 2001, pp. 90-91.

cerebro menos masculinizado. Sin embargo, no explican estos estudios la preferencia de algunos pedófilos por jovencitas o niñas.¹⁴⁹⁰

MARSHALL estima que la principal causa de que el agresor sexual sea tal no es innata, sino adquirida, y se trataría de la vulnerabilidad de este, que usualmente tiene origen en unos vínculos destructivos entre padres e hijos, “[...] es esta vulnerabilidad la que determina la respuesta de una persona a experiencias posteriores, y se expresa a través de distintos patrones de comportamiento”.¹⁴⁹¹ Algunos estudios citados por el autor relacionan directamente a los violadores con sus padres, donde la presencia de una mala o nula relación es notoria. Los violadores no se identifican con sus padres (ambos), los que suelen castigarlos constantemente sin que el castigo esté vinculado necesariamente con un mal comportamiento. Los padres suelen ser agresivos, alcohólicos y tienen problemas con la ley. Comportamientos antisociales en la infancia pueden derivar en una tendencia a violar, acosar o ser exhibicionista de adulto, donde, producto de ese tipo de relaciones de infancia, la soledad se vuelve un rasgo notorio en los agresores sexuales. Ahora, la diferencia de calidad entre las relaciones padre-hijo y madre-hijo tendría diferencias en el periodo de adultez, pues las primeras suelen derivar en agresiones sexuales, mientras las segundas en un comportamiento antisocial. Hay estudios que señalan que los agresores sexuales tienen menos relaciones íntimas y están mucho más solos que otros delincuentes.¹⁴⁹²

Es en la adolescencia donde se muestran tendencias sexuales que razonablemente pueden transformarse en permanentes, por lo que la pubertad sería fundamental en el desarrollo del comportamiento agresivo (allí se suman elementos biológicos con otros ambientales). Un hombre normal aprende en esta etapa a distinguir entre el sexo y la agresión y a inhibir esta en el contexto sexual estable u ocasional.¹⁴⁹³ Es obvio, según afirman MARSHALL/ FERNÁNDEZ, que el aprendizaje social pone frenos a la agresión sexual en la mayoría de los hombres. Así va evolucionando desde el excluyente propio interés hacia la empatía por el interés ajeno, cuestión que no se presenta en los agresores.¹⁴⁹⁴

¹⁴⁹⁰ MARSHALL, William L.; FERNÁNDEZ, Yolanda M., *Los delincuentes sexuales...op.cit.*, pp. 50-51.

¹⁴⁹¹ MARSHALL, William L., “Etiología de la delincuencia sexual”, en MARSHALL, William L., *Agresores sexuales*, Ed. Ariel: Barcelona, 2001, pp. 49-51.

¹⁴⁹² MARSHALL, William L., *Etiología...op.cit.* pp. 57-61.

¹⁴⁹³ *Ibid*, pp. 56-57.

¹⁴⁹⁴ Ward y otro, citados por Marshall y Martínez, han clasificado a los delincuentes sexuales según las técnicas de apego de adultos a sus parejas, en tres grupos:

En los estudios científicos se ha asociado ordinariamente los abusos sexuales sufridos en la infancia y adolescencia con los futuros ataques a otras personas (se replica el modelo). También se ha señalado que los agresores sexuales tienden a masturbarse a más temprana edad y con mayor frecuencia que el resto de los adolescentes, asumiendo el sexo como una forma de obtener placer y escapar a las miserias de la vida. *Ergo*, el sexo se transforma en una herramienta para afrontar la vida y resolver los problemas. Por lo mismo, los agresores tenderían a buscar niños con déficit emocional, vulnerables emocionalmente, para brindarles placer (afecto, placer sexual) y disminuir las opciones de ser denunciados. Se generaría para el menor abusado en este contexto un determinado modelo de relación entre niño y adulto, “[...] hecho que, junto al placer derivado de los aspectos físicos del abuso, pueden explicar por qué las relaciones abusivas durante la infancia pueden llevar a una víctima vulnerable a convertirse en agresor sexual”.¹⁴⁹⁵

Una vez de adulto, el agresor sexual vería incrementados sus impulsos en virtud de una serie de factores, según se ha postulado en algunos estudios. Por ejemplo, ciertos estados de ánimo como la depresión, ansiedad o sensación de soledad; la soledad o el rechazo de una mujer; la intoxicación por alcohol; la ira; vergüenza; etc.¹⁴⁹⁶ En este marco, tres factores muy comunes en los agresores sexuales son la baja autoestima, la falta de empatía (aunque algunos estudios señalan que la falta de empatía es sólo con sus víctimas y no en general) y las escasas habilidades sociales (si el ser humano no logra entablar relaciones sociales exitosas durante un periodo de tiempo prolongado, sufre de soledad emocional, lo que parece fomentar la agresión).¹⁴⁹⁷

Los delincuentes sexuales tendrían también constantes distorsiones cognitivas. Por ejemplo, en el caso de los pedófilos, suelen interpretar erróneamente el comportamiento de sus víctimas reales o potenciales, al ver a los menores como adultos

a) Aquellos delincuentes sexuales que pretenden establecer una relación no intimidatoria e íntima con los niños;

b) Aquellos con un estilo temeroso, que son aquellos que tiene contactos sexuales impersonales con sus víctimas –mujeres o niños- a las que agreden usualmente sólo una vez; y

c) Aquellos con un estilo despreciativo, que es el que agrede físicamente en forma violenta.

De todas formas, Marshall/Martínez no están completamente de acuerdo con esta teoría, MARSHALL, William L.; FERNÁNDEZ, Yolanda M., “Los delincuentes sexuales en la actualidad”, en MARSHALL, William L., *Agresores sexuales*, Ed. Ariel: Barcelona, 2001, pp. 91-92; 100-101.

¹⁴⁹⁵ De todas formas Marshall asume que un menor no abusado sexualmente puede transformarse en agresor, pues su vulnerabilidad pudo llevarle a tener una conducta determinada que actuó como refuerzo de su disposición a abusar. MARSHALL, William L., *Etiología...op.cit.* pp. 66-67.

¹⁴⁹⁶ *Ibid*, p. 69.

¹⁴⁹⁷ MARSHALL, William L.; FERNÁNDEZ, Yolanda M., *Los delincuentes sexuales...op.cit.*, pp. 98-100.

deseosos de mantener con ellos relaciones sexuales. Se sienten cercanos a los niños y niñas –bajan a su nivel para relacionarse con ellos- y se sienten autorizados a abusar de ellos. Cosa similar ocurre con las víctimas mujeres, a las que usualmente ven como provocadoras.¹⁴⁹⁸

Ahora, teniendo a mano algunos de los más importantes elementos con los que la ciencia ha tratado de representar a los abusadores sexuales (insistimos, en términos amplios), particularmente quienes agreden a menores de edad, cabe preguntarse si, como parece afirmar el legislador, pueden establecerse ciertas relaciones de causalidad entre algunas de las conductas realizadas por esta clase de individuos y sus potenciales víctimas.

Sin duda el ámbito que mayor polémica y problemas genera es la vinculación entre el consumo o tenencia de pornografía infantil y juvenil y la comisión de delitos sexuales (físicos) contra menores de edad, principalmente por el sustento (o falta) de la relación de aumento que se produce de lo uno frente a lo otro. La idea básica es: a mayor consumo de pornografía infantil y juvenil, mayor demanda; a mayor demanda, debe subir la oferta; para subir la oferta, debe producirse más pornografía de este tipo y, para eso, se cometen más delitos sexuales contra menores.

Internet y las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones serían el principal factor criminógeno que permitiría sustentar la afirmación del párrafo anterior.¹⁴⁹⁹ Sus manifestaciones concretas, en esta visión, estarían dadas por conductas penalmente relevantes como el *cibergrooming* o el *sexting*, por ejemplo. Esta relación es la que permite abordar la cuestión de si tales conductas, vistas ya en los capítulos anteriores, constituyen formas de creación de peligros causados por la conducta de relevancia sexual de agresores presentes o potenciales –sean o no pedófilos- o directamente acciones lesivas frente a los sujetos pasivos de tales conductas.

La falta de estudios estadísticos y las diferencias en las metodologías utilizados, sumados a la tradicional y alta “cifra negra”, hace muy difícil contar con un panorama claro respecto a la cantidad de abusos sexuales de todo tipo que se cometen en la

¹⁴⁹⁸ MARSHALL, William L.; FERNÁNDEZ, Yolanda M., *Los delincuentes sexuales...op.cit.*, pp. 101-102.

¹⁴⁹⁹ Así lo manifiesta el legislador español en el Preámbulo de la LO 1/2015, “La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de aCCso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”.

actualidad.¹⁵⁰⁰ Como afirma AEBI, “[...] las estadísticas policiales y judiciales no son en realidad indicadores de la delincuencia, sino indicadores de la reacción social ante la delincuencia. En este contexto, la fiabilidad y la validez de las estadísticas policiales depende en gran medida de la tendencia de la población a denunciar las infracciones, así como de la tendencia de los agentes policiales a registrar dichas denuncias, y ambas tendencias varían según los delitos, los países y las épocas”.¹⁵⁰¹ Los delitos sexuales tienen una sobre-exposición que deja la impresión de que son sumamente frecuentes. Sin embargo, las cifras conocidas demuestran que, en general, no constituyen más de un 2% de los delitos conocidos.¹⁵⁰² El sentido alarmista, pero al mismo tiempo sin fundamento científico o estadístico alguno, puede verse en impresiones como esta:

“El espectacular aumento de la pornografía infantil de todo tipo, está corriendo paralelo al aumento del acoso y la brutalidad sobre los menores. Cuando se disparan los abusos y violaciones a niños y niñas, lo menos conveniente es consentir la expansión de revistas, cómics o videos, que presentan a los menores como objetos sexuales que <<provocan>> a los adultos, y que en realidad están deseando que se abuse de ellos”.¹⁵⁰³

Esta relación “causalista” establecida por el legislador no es patrimonio exclusivo del Derecho penal de nuestros tiempos. A mediados del siglo pasado, el exhibicionismo o exposición indecente,¹⁵⁰⁴ era considerado (en EEUU) uno de los peores delitos contra la moral pública (peor que mendigar u ofrecer servicios de prostitutas), y al mismo tiempo un insulto contra las mujeres (por la susceptibilidad al

¹⁵⁰⁰ Por ejemplo, Ramos Vázquez señala que desde la vigencia del antiguo art. 183 bis CP (hoy 183 ter 1), apenas se han judicializado tres casos, RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, p. 439. Aunque indiscutible, tampoco podemos afirmar que sea un fenómeno inexistente o marginal. Creemos que la criminología debería indagar los motivos por los que sólo un bajo número de hechos de este tipo se judicializa.

¹⁵⁰¹ AEBI, Marcelo F., *Temas de criminología*, Ed. Dykinson: Madrid, 2008, p. 237.

¹⁵⁰² Para ver una panorámica al respecto, Vid. REDONDO ILLESCAS, Santiago, “Delincuencia sexual: Mitos y realidades”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Ed. Ariel: Barcelona, 2002, pp. 37-42.

¹⁵⁰³ CANOVAS GAILLEMÍN, Guillermo, *La otra cara de la pornografía*, Ed. Mensajero: Bilbao, 1996, p. 60.

¹⁵⁰⁴ Lo que en un inicio era considerado “exposición indecente”, fue mutando, gracias a los aportes de la psiquiatría, a “exhibicionismo”. Se cambia el centro de atención del acto al actor, BOURKE, Joanna, *Los violadores. Historia del estupro de 1860 a nuestros días*, traducción de Enrique Herrando Pérez, Ed. Crítica: Barcelona, 2009, p. 307.

horror sexual y al miedo), no contra hombres. Esta visión fue cambiando, al menos en cuanto al género de la víctima, en la segunda mitad del siglo XX.¹⁵⁰⁵

A los exhibicionistas se les consideraba sujetos peligrosos, toda vez que algunas estadísticas indicaban que uno de cada diez hombres condenados por actividades exhibicionistas habían intentado la violación anteriormente y uno de cada cinco tenía condenas anteriores por delitos sexuales en los que se había usado la fuerza.¹⁵⁰⁶ Esto explica que en la época (décadas del 60 y 70 en EEUU) los actos de exhibicionistas tuvieran una pena considerablemente alta (hasta 20 años incluso), pues se pensaba que el exhibicionista comenzaba una espiral de violencia sádica al exhibirse frente a otros. No obstante esto, desde la psiquiatría surgían voces que instaban a tratar a estos sujetos como enfermos y no como delincuentes.¹⁵⁰⁷

Algo similar ocurría en Alemania, en la década del cuarenta. GUHA hace referencia a los argumentos que los sectores conservadores y ultraconservadores alemanes esgrimieron cuando el gobierno federal intentó suavizar el art. 184 del Código penal de la época, que castigaba la producción y difusión de pornografía (de todo tipo). Los principales argumentos del sector cristiano-conservador-nacionalista fueron los siguientes:

- a. No se puede liberar el consumo de pornografía para adultos sin que este caiga en manos de los menores;
- b. La pornografía es nociva para la sociedad, pero especialmente para la juventud, el matrimonio, la familia y el Estado, siendo una verdadera manifestación de Belcebú;
- c. La pornografía es un atropello a la dignidad del ser humano, pero particularmente de la mujer;
- d. La pornografía sirve a intereses comerciales inescrupulosos;

Por su parte, los argumentos del gobierno alemán de la época frente al mismo fenómeno eran los siguientes:

- a. No es misión del Estado erigirse en guardián de la moral de ciudadanos adultos, mientras no se pongan en peligro las garantías constitucionales de paz y seguridad;
- b. La norma que se pretende modificar ya no tiene vigencia real (desuso);

¹⁵⁰⁵ BOURKE, Joanna, *Los violadores...op.cit.*, pp. 308-309.

¹⁵⁰⁶ “Los actos realizados por exhibicionistas a menudo se describen como sexuales. La gente a la que se expone no da su consentimiento. Esto hace que los exhibicionistas sean sexualmente abusivos, según mi definición”, BOURKE, Joanna, *Los violadores...op.cit.*, p. 307.

¹⁵⁰⁷ *Ibid* pp. 311-313.

- c. La ciencia ha demostrado que la pornografía no afecta la evolución ética de la juventud; y
- d. La defensa de los menores y de los no interesados en la pornografía puede ser más efectiva si se libera esta para consumo de los adultos.

GUHA hace presente que en estas discusiones, los grupos conservadores usualmente no presentan argumentos científicos, sino sólo morales, pues las leyes morales no necesitarían fundamentación.¹⁵⁰⁸

El discurso actual no cambia en demasía, aunque varía hacia otros delitos, particularmente aquellos referidos a la pornografía infantil y juvenil. Las cifras de delitos sexuales, específicamente de violaciones, ha aumentado en forma sistemática en Europa occidental (España, por ejemplo), en un porcentaje de variación positiva de un 36% entre 1990 y el 2000. No obstante, si incorporamos a las estadísticas a Europa central y oriental, los niveles tienden a permanecer estables en ese periodo de tiempo, aunque, como reconoce AEBI, sus estadísticas no son fiables.¹⁵⁰⁹ TAMARIT SUMALLA aporta algunas cifras que desmentirían –el 2002- las voces más o menos alarmistas que hablan de un gran incremento de estos delitos,¹⁵¹⁰ y lo mismo hace RAMOS VÁZQUEZ respecto a Estados Unidos entre 2000 y 2010.¹⁵¹¹

El panorama estadístico de la criminalidad europea en la última década muestra cifras globales más o menos estables en la última década en los delitos tradicionales (homicidios, lesiones, violación, robo, etc. Por desgracia las estadísticas oficiales son dadas en estos delitos, pero escasas en los delitos no tradicionales), particularmente en países como España, Alemania y Suecia, aunque con un incremento a comienzos del 2000, lo que viene de la mano con un alza importante en la población de estos países. Sin embargo, esta “oportunidad de delinquir” también se ha visto incrementada gracias al gigantesco consumo de mercancías (televisión, ordenadores, ropa, etc.), quiebres familiares y masivos fracasos escolares, fracaso de los mecanismos de control, y, como no, la inclusión de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana y en el quehacer delictivo, etc. En palabras de HERRERO HERRERO, “[...] todo ello viene provocando la ausencia de una atmósfera o clima social capaz de facilitar, con suficiente amplitud y

¹⁵⁰⁸ GUHA, Anton Andreas, *Moral sexual...op.cit.* pp. 206-207.

¹⁵⁰⁹ AEBI, Marcelo F., *Temas de...op.cit.* pp. 244-246; 255-256.

¹⁵¹⁰ Vid., TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección penal...op.cit.*, p. 22.

¹⁵¹¹ RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, pp. 436-437.

persuasión, normas socialmente conformadoras de auténtica y civilizada convivencia”.¹⁵¹²

Sin embargo, y nuevamente mostrando un panorama estadístico contradictorio, en el año 2010 la delincuencia en España entregó las cifras más bajas de la década, con un total –oficial- de infracciones penales de 1.742.817, frente a las 1.777.465 del año anterior, con una caída de 2,3 en los principales delitos.¹⁵¹³

A modo de ejemplo de estas voces alarmistas que menciona TAMARIT SUMALLA, podemos citar a CANOVAS GAILLEMÍN, quien afirma que la pornografía crea una demanda que no tiene oferta en el mercado legal, por lo que el que quiere satisfacer sus fantasías con menores debe introducirse al mercado delictivo. Por lo mismo, dichas publicaciones pornográficas incitan la ilegalidad, pues el agresor da un paso más, al, por ejemplo, acosar y seducir a un menor para abusar de él, acudir a la prostitución de menores o peor aún, secuestrar y violar a un menor.¹⁵¹⁴

La doctrina alemana entiende que el castigo a la simple posesión de pornografía infantil se fundamentaría en el interés de evitar actuaciones de abuso o maltrato sexual a menores de catorce años por parte de adultos, al existir una conexión, aunque sea muy lejana, con esta situación de abuso o maltrato. Se buscaría, en el fondo, una indirecta erradicación del mercado de pornografía infantil.¹⁵¹⁵

En la línea de lo expresado por TAMARIT SUMALLA, y a propósito del ciberacoso sexual a menores, NÚÑEZ FERNÁNDEZ se muestra contrario a la existencia del 183 bis en el CP (en su redacción antes de la Reforma), entre otras razones por una supuesta falta de necesidad práctica de la figura, pues los casos de ciberacoso tienen como sujeto pasivo, principalmente, a menores de 15 y 17 años (hoy parcialmente incluidos), mientras que es el acoso físico o “real” el que incide a menores de 13 años. En el mismo sentido, considera casi irreal el perfil del ciberacosador sexual a menores, figura creada por una especie de histeria colectiva –que alcanza incluso a la doctrina- sin mayor sustrato empírico ni científico.¹⁵¹⁶

Frente a estas posturas encontradas, como señala GRAHAM, el problema de la dañosidad de la pornografía deja de ser un problema simplemente moral o filosófico,

¹⁵¹² HERRERO HERRERO, César, *Fenomenología Criminal y criminología comparada*, Ed. Dykinson: Madrid, 2011, pp. 97-101.

¹⁵¹³ HERRERO HERRERO, César, *Fenomenología...op.cit.* pp. 173-174.

¹⁵¹⁴ CANOVAS GAILLEMÍN, Guillermo, *La otra cara...op.cit.* pp. 60-61.

¹⁵¹⁵ Por todos, ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *El tipo de...op.cit.* pp. 176-177.

¹⁵¹⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXV, 2012, pp. 184-186.

sino empírico, y como tal debe demostrarse, no simplemente afirmarse.¹⁵¹⁷ Datos sobre este punto no abundan, y menos los que tengan rigurosidad científica. Por ejemplo, las cifras entregadas por Leo Madsen, máximo productor escandinavo de material pornográfico, en cuyo país la venta de pornografía disminuyó considerablemente desde su liberalización. De 40.000 a 50.000 libros pornográficos vendidos pasó a colocar en el mercado no más de 400 o 500. En parte justifica este cambio por que a los jóvenes no les interesa la pornografía.¹⁵¹⁸

En 1970, el Informe de la Comisión sobre Obscenidad y Pornografía determinó que no parecía haber pruebas contundentes para vincular pornografía y actos específicos de violencia contra las mujeres de forma causal (que, como se acaba de enunciar, es parte de la misma discusión que se presenta para combatir y penar la posesión de pornografía, por ejemplo), lo que generó un debate que hasta el día de hoy no parece contar con elementos absolutamente concluyentes. En la década de los ochenta, Reagan convoca a la comisión que redactó el Informe Messe, con resultados opuestos a los de 1970, pero con un grupo conformado por gente de ideología claramente conservadora, y que concluyó que sí existía una vinculación causal entre pornografía y agresiones sexuales contra la mujer. En detalle, la Comisión sobre Obscenidad y Pornografía llegó a las siguientes conclusiones:¹⁵¹⁹

- a) No hubo consenso en la opinión del público encuestado sobre los efectos de leer o ver material pornográfico, por lo que no se recomendaba una prohibición legal;
- b) La pautas sexuales de los sujetos no se veían afectadas de manera considerable luego de exponerse a material pornográfico;
- c) La pornografía no era causante de la delincuencia juvenil, y en el caso de los adultos, se señaló que los delincuentes sexuales había tenido un contacto significativamente menor con la pornografía que los adultos no delincuentes en general;
- d) Los delitos sexuales en Copenhague disminuyeron coincidentemente con la derogación de las leyes contra la obscenidad en Dinamarca (se tomó esta experiencia como referente de la Comisión); y,
- e) En EEUU, la relación entre cantidad de pornografía disponible y los cambios ocurridos en los delitos sexuales no permitían afirmar que los delitos sexuales aumentan en la medida de que aumenta la pornografía disponible.

¹⁵¹⁷ GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación... op. cit.* p. 125.

¹⁵¹⁸ GUHA, Anton Andreas, *Moral sexual...op.cit.* pp. 209-210.

¹⁵¹⁹ OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.* pp. 91-95.

La Comisión recomendó no prohibir legalmente las conductas de adultos que desearan ver o disponer de pornografía, recomendaron eso sí restricciones para los jóvenes y proteger a quienes manifiesten no querer contacto alguno con la pornografía. Por último, recomendaba fomentar la educación sexual para educar sobre el sexo como una parte natural de nuestras vidas. Cabe consignar que por la misma época (1969) otro informe estatal emanado de la *National Commission on the Causes and Prevention of Violence* llegaba a conclusiones más o menos dispares, al determinar que la violencia en los medios de comunicación sí afectaba la conducta de las personas –aumentando la violencia–, con recomendaciones más restrictivas.¹⁵²⁰

En la misma década del setenta, los estudios científicos sobre la influencia de la pornografía en la sociedad ofrecieron pobres resultados. La mayoría de los existentes era conteste respecto a que no era dañina ni para el adulto ni para el adolescente, y tampoco ponía en peligro a estos o al matrimonio, la sociedad o el Estado. Un estudio del Instituto de Investigaciones de Derecho y Conducta de la Universidad de California, comprobó en una investigación aplicada a tres grupos de personas (uno de penados por delitos sexuales, otro de consumidores de pornografía y un tercero grupo de control) que una persona que no había podido satisfacer su curiosidad juvenil con ayuda de la pornografía estaba mucho más expuesta a desarrollar una perversión sexual en su vida de adulto, en caso de quedar sometida a influencias educacionales desfavorables, lo que era muy notorio en los pederastas. El estudio concluyó que la pornografía, en estos casos, es un medio para descargar las tensiones sexuales por conducto de la fantasía. Esta investigación fue dirigida por los profesores Harold Kant y Michael Goldstein, y fue parte de un informe más amplio encomendado por el gobierno de Richard Nixon, en Estados Unidos. El Presidente, además del Senado norteamericano, rechazaron los resultados del estudio, por considerarlos “poco científicos”. En el caso del órgano legislativo, un reportaje de la revista *Psychology Today* demostró que casi ningún senador leyó el estudio antes de rechazarlo.¹⁵²¹

Un estudio similar realizado en el Instituto de Sexología de la Universidad de Hamburgo, Alemania, investigó sobre si la pornografía hace al hombre sexualmente agresivo. Los resultados arrojaron que entre dos tercios a cuatro quintos de los varones estudiados no experimentaron efecto alguno al visualizar pornografía, que en muchos

¹⁵²⁰ OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.* pp. 91-95.

¹⁵²¹ GUHA, Anton Andreas, *Moral sexual...op.cit.* pp. 207-208.

casos era considerada “fuerte” en la época, estableciéndose que dicho material no ejerce una influencia sobre la conducta sexual ya establecida.¹⁵²²

Muchos de los casos analizados estadísticamente y de las experiencias conocidas ofrecen resultados contradictorios y que impiden dar una respuesta unívoca. En Dinamarca, la liberalización de la pornografía coincidió con la disminución de los delitos sexuales, sin embargo, dicha liberalización fue de la mano con la abolición de delitos sexuales, como era en aquel momento la homosexualidad. En Japón en tanto, la pornografía dura o *hardcore* es mucho mayor que en EEUU –de la mano de los dibujos animados pornográficos-, sin embargo, la tasa de agresiones sexuales violentas es porcentualmente mucho menor. Esto demuestra que los factores culturales de las respectivas sociedades tienen una injerencia importante en las conductas antisociales, no solamente la mayor o menor tasa de consumo pornografía.¹⁵²³

Otros estudios serios en Estados Unidos tampoco pudieron establecer una injerencia directa entre el consumo de pornografía y las agresiones sexuales (aunque en este caso contra mujeres). Es más, en algunos grupos estudiados –violadores por ejemplo- el consumo de pornografía era relativamente bajo, y estaba asociado a sentimientos de culpa y vergüenza. Obviamente estos resultados fueron rechazados por grupos feministas.¹⁵²⁴

A propósito de esto último, para los movimientos feministas anti-pornografía de los setenta y ochenta, los hombres confunden fantasía y realidad, y terminan asumiendo que lo que aparece en las producciones pornográficas es lo “real”, tanto en los gustos de la mujer o los menores, como en la forma en que viven la sexualidad (placer al ser violadas, etc.). La pornografía termina siendo no una cuestión de imágenes o fotografías, sino una práctica que infringe daño principalmente a niños y mujeres.¹⁵²⁵ El abuso sexual infantil en su amplio espectro fue sacado a la luz pública justamente por estos movimientos feministas entre la década del sesenta y setenta.¹⁵²⁶

En un inicio del estudio del fenómeno, autores como SCHORSCH estimaban que “[...] un niño sano en un ambiente intacto elabora las vivencias sexuales no violentas sin consecuencias perdurables negativas”, y aunque con posterioridad la postura del autor fue variando, sus ideas iniciales sustentaban las posturas de muchos

¹⁵²² *Ibid*, pp. 208-209.

¹⁵²³ OSBORNE, Raquel, *La construcción...op.cit.* pp. 106-107.

¹⁵²⁴ *Ibid* pp. 112-113.

¹⁵²⁵ *Ibid*, p. 155. Para un perfil de las mujeres y niños como víctimas, HERRERO HERRERO, César, *Fenomenología...op.cit.* pp. 309-317.

¹⁵²⁶ MARSHALL, William L.; SERRAN, Geris A., *Naturaleza y...op.cit.* p. 27.

pedófilos que estimaban que no se les hacía un daño a los niños al mantener relaciones sexuales con ellos. Sin embargo, la realidad ha demostrado que muchos niños abusados, hoy adultos, arrastran graves daños psicológicos producto del abuso, y que incluso se manifiestan en la adultez. SCHORSCH estimaba que no era el Derecho penal la mejor herramienta para tratar el tema de los abusos sexuales a menores, pues “[...] el rudo martillo del Derecho penal deja astillas y ruinas por todas partes”.¹⁵²⁷

TAMARIT SUMALLA entiende que los abusos sexuales son, y con independencia de cualquier maltrato físico, una forma de maltrato síquico, con efectos a corto, mediano y largo plazo. Entre los primeros, los clásicos son asco, miedo, vergüenza, culpa, desconfianza, hostilidad o ansiedad. Muy pocas veces se detectan sentimientos de satisfacción del menor.¹⁵²⁸ En este mismo espectro, los niños abusados sexualmente muestran una serie de características más o menos comunes en su comportamiento: sentimientos crónicos de ansiedad y miedo, depresión, ideación y comportamientos suicidas, irritabilidad, sentimientos de ira, comportamiento hipersexualizado, falta o pérdida de habilidades sociales, promiscuidad o falta de interés por el sexo, déficit atencional, trastornos de aprendizaje. En el aspecto físico, se presentan lesiones genitales, infecciones del tracto urinario, embarazos no deseados y dolores de diversa índole.¹⁵²⁹ Todo lo anterior no sólo por la conducta abusiva concreta y consumada, sino también por el proceso en sí y las circunstancias que lo rodean.¹⁵³⁰

¹⁵²⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección penal...op.cit.*, pp. 18-19, respecto a Schorsch, especialmente ver notas Nº 3 y 5-7. La *Traumagenic Dynamics Theory* (FINKELHOR, D.; y BROWNE, A., “*The traumatic impact of child sexual abuse: A conceptualization*”, en *American Journal of Orthopsychiatry*, Nº 55, pp. 530-541 1985), citada por Marshall, agrupa en cuatro las áreas de impacto de los abusos sexuales en niños:

a) La sexualización traumática por la influencia del abuso en el desarrollo sexual del niño. Por ej: comportamiento sexual agresivo;
b) La sensación de traición, que se genera al ser abusado por un adulto conocido o de confianza, en quien el menor suponía podía confiar. Esto genera dificultad para confiar en los demás, comportamiento agresivo, retrarse socialmente, etc.
c) Estigmatización, sobre todo si el medio que rodea al menor reacciona con rechazo, incredulidad o repugnancia. Esto derivará en baja autoestima, culpa, vergüenza o aislamiento, quizás con consumo de drogas o alcohol.
d) La impotencia, al sentir el niño que ha perdido el control sobre su vida. Esto puede generar ansiedad, miedo, depresión, agresividad, comportamiento sexual agresivo o identificación del niño con el agresor.

MARSHALL, William L.; SERRAN, Geris A., *Naturaleza y...op.cit.* p. 22.

¹⁵²⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección penal...op.cit.*, pp. 26-28.

¹⁵²⁹ MARSHALL, William L.; SERRAN, Geris A., “Naturaleza y alcance del delito sexual y su prevención”, en MARSHALL, William L., *Agresores sexuales*, Ed. Ariel: Barcelona, 2001, p. 22.

¹⁵³⁰ Vale la pena destacar que la forma más habitual de control sobre el menor víctima son la persuasión, la seducción y el engaño, BENEYTO ARROJO, Mª José; y MARTÍNEZ RUBIO, David, “Características y tratamiento de los abusadores de menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María; y ORTOS BERENGUER, Enrique (Coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2014, Pp. 411-415.

Es necesario diferenciar los efectos según la etapa de vida del menor. Por ejemplo, en la edad preescolar, suelen presentar, producto del abuso, pesadillas, trastorno por estrés postraumático, lesiones físicas y comportamientos sexuales inapropiados. En edad escolar en tanto, suelen presentar miedo, anomalías mentales, agresiones, pesadillas, problemas escolares, hiperactividad y regresión, etc. En la adolescencia, por último, presentan síntomas relacionados con la depresión, retraimiento, comportamiento suicida, autolesiones, actividades ilegales, fugas de casa, uso de sustancias tóxicas, problemas escolares, etc.¹⁵³¹

Donde no cabe duda alguna en la ciencia es que uno de los efectos más comunes en los menores abusados es el que se conoce como “sexuación traumática”. Esto consiste en “[...] la interferencia que supone la intrusión de las conductas e intereses de un adulto en el desarrollo sexual normal de un niño, de modo que a través de tal interferencia en la vivencia de la sexualidad infantil se desfavorecen aprendizajes deformados que conllevan concepciones erróneas sobre la sexualidad y sobre la moral sexual”. Algo similar ocurre con el denominado “Síndrome de acomodación al abuso sexual infantil”, que explica la reacción del menor abusado consistente en asumir la culpabilidad por el abuso o negar su existencia, con arreglo a una serie de patrones de comportamiento: primero secretismo y sentimiento de desamparo frente al abusador; y luego una negación a la cooperación en la intervención judicial, debido al proceso de acomodación a convivir con el abuso que lleva el menor.¹⁵³²

A mediano o largo plazo puede detectarse ansiedad, depresión y sexualización de las relaciones, entre otras. La depresión es la más común en este ámbito, sobre todo en la vida adulta, lo que genera, nuevamente, un gran problema de causalidad entre el abuso y el efecto producido años después.¹⁵³³ En específico, los efectos sexuales a largo plazo en las víctimas de abusos (en sentido amplio) serían fobias o aversiones sexuales, falta de satisfacción sexual, alteraciones en la motivación sexual, trastornos de la activación sexual y del orgasmo y creencia de ser valorado por los demás únicamente por el sexo. Estos se transforman en los efectos más habituales a largo plazo, incluso sobre aquellos físicos o sociales, y sobre ellos, en general, no existen mayores discrepancias en la literatura especializada.¹⁵³⁴

¹⁵³¹ HERRERO HERRERO, César, *Fenomenología...op.cit.* p. 298.

¹⁵³² TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección penal...op.cit.*, p. 28.

¹⁵³³ *Ibid*, pp. 26-28.

¹⁵³⁴ ECHEBURÚA, Enrique; y GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina, “Tratamiento psicológico integrado para los menores. Víctimas de abuso sexual en el entorno familiar”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ,

De todas formas, todo esto varía de acuerdo a una serie de elementos, como la reacción de los adultos, los tratamientos, factores de vulnerabilidad, redes de apoyo o la judicialización del asunto. Suele asociarse además –y esto popularmente está bastante asentado- al abusado con un futuro como abusador o trastornado sicopático.¹⁵³⁵

2.3. LA MADUREZ SEXUAL DEL MENOR, INTERVENCIÓN PENAL Y COHERENCIA DEL SISTEMA

SÁNCHEZ TOMÁS, parte de la concepción de que el menor o incapaz posee de inicio o por propia naturaleza capacidad para decidir si mantiene una relación sexual o consiente que un adulto le filme desarrollando comportamientos sexuales o pornográficos. Este planteamiento es en alguna parte acertado, pues está fundamentado en la propia esencia de la libertad del sujeto. Sin embargo, existe un interés ajeno al individuo por parte del Estado de protección sobre su correcta formación, más si cabe en unos momentos en los que el menor o incapaz todavía no ostenta una verdadera valoración o madurez que le permita actuar de forma consciente, para que, en el futuro, pueda desarrollarse libremente en la esfera sexual, sin injerencias o condicionantes externos que hayan influido en su período de formación. Esta es la razón por la cual el Estado restringe o limita su capacidad de consentir legalmente en materia sexual, acotando con ello la *praxis* de los bienes jurídicos y definiendo sus fronteras.¹⁵³⁶

Como cualquier lineamiento político-criminal, puede compartirse o no el fundamento o base científica de la normativa, por lo que sin duda puede discutirse la idea de la falta de madurez de ciertos menores de edad en algunos aspectos de su vida. Sin embargo, lo que es absolutamente cuestionable es que el legislador, sea cual sea la decisión que tome, no tenga la coherencia entre sus distintas políticas normativas, incluyendo la criminal. Si se revisa el ordenamiento jurídico en su totalidad, podemos observar que la idea que subyace a la indemnidad sexual como bien jurídico (en algunos casos los menores de 18 años, y en todos los casos los menores de 16, no pueden ejercer su vida sexual con la intervención, directa o indirecta, de sujetos penalmente

María; y ORTS BERENGUER, Enrique (Coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2014, pp. 343-346.

¹⁵³⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección penal...op.cit.*, pp. 26-28.

¹⁵³⁶ SÁNCHEZ TOMÁS, José M., “Los abusos sexuales en el Código penal de 1995: en especial sobre menor de 12 años y abusando de trastorno mental”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 61, Madrid, 1997, pp. 104 y ss.

responsables) es bastante irregular, presentándose una serie de supuestos contradictorios establecidos por el legislador.

A saber, la capacidad del menor en materia civil está regulada principalmente en el art. 1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor;¹⁵³⁷ el art. 12 de la CE;¹⁵³⁸ y los artículos 154,¹⁵³⁹ 315,¹⁵⁴⁰ 443¹⁵⁴¹ y 1263¹⁵⁴² del CC. Antes de la mayoría de edad, existen tres momentos de trascendencia:

a. A partir de los 12 años se exige el consentimiento del menor para constituir su adopción (art. 177.1 CC);¹⁵⁴³ deben ser oídos en caso de conflictos por la patria potestad (art. 92.2¹⁵⁴⁴ y 156¹⁵⁴⁵ CC); para la constitución de tutelas (art. 231 CC)¹⁵⁴⁶ y en aquellos actos en que el tutor requiera autorización judicial (art. 273 CC).¹⁵⁴⁷

¹⁵³⁷ “Artículo 1. Ámbito de aplicación.

La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.

¹⁵³⁸ “Artículo 12.

Los españoles son mayores de edad a los 18 años”.

¹⁵³⁹ “Artículo 154.

Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad”.

¹⁵⁴⁰ “Artículo 315.

La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”.

¹⁵⁴¹ “Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”.

¹⁵⁴² “Artículo 163:

No pueden prestar consentimiento.

1. Los menores no emancipados.

2. Los incapacitados”.

¹⁵⁴³ “Artículo 177.

1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años”.

¹⁵⁴⁴ “Artículo 92.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”.

¹⁵⁴⁵ “Artículo 156:

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

- b. A partir de los 14 años puede cambiar de estado civil con la asistencia de su representante legal (art. 14.3, párrafo 4; art. 20.2 b) y 21.3.b)); contraer matrimonio con dispensa judicial (art. 48 CC); ejercer la patria potestad sobre sus hijos (art. 157 CC); tener responsabilidad penal por sus actos (art. 1 LORPM); realizar testamento (art. 663 CC); y conducir un ciclomotor (art. 12 del RD 772/1997, de 30 de mayo).
- c. A partir de los 17 años el menor puede trabajar (art. 6 Estatuto de los Trabajadores); realizar la administración ordinaria de sus bienes del peculio profesional (art. 164 CC); ceder derechos de explotación sobre su propiedad intelectual (art. 44 RDL 1/1996 de 12 de abril); y
- d) También a partir de los 16 años y hasta la mayoría legal de edad, la menor puede consentir en la interrupción voluntaria del embarazo en el caso de las mujeres (Ley 41/2002 y LO de salud sexual).

En la LORPM, los menores de 14 años son absolutamente irresponsables, pues el legislador asume *iure et de iure* que bajo ese límite son inimputables, más allá de su real madurez mental. El fundamento último es la seguridad jurídica, según JIMÉNEZ DÍAZ.¹⁵⁴⁸ La exposición de motivos de la LORPM justifica los 14 años en razones objetivas, relativas a la poca trascendencia de los delitos cometidos por menores de esa edad, y por considerar que la normativa civil, asistencial y familiar son suficientes para abordar el problema (principio de mínima intervención). El mismo JIMÉNEZ DÍAZ

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

¹⁵⁴⁶ “Artículo 231.

El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años”.

¹⁵⁴⁷ “Artículo 273.

Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oír al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes”.

¹⁵⁴⁸ La LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, vigente hasta el 2001, sostenía como límite inferior los 12 años, lo que subió a 13 en el proyecto de LORPM, para quedar finalmente –enmienda de por medio- en 14 años, JIMÉNEZ DÍAZ, María J., “Edad y menor”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, José M. (Coord), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Ed. Dykinson: Madrid, 2010, pp. 46-47.

concuera con los 14 años, pero por razones subjetivas, relacionadas con el nivel de formación del menor, que a esa edad ha terminado al menos la enseñanza básica.¹⁵⁴⁹

Esta misma ley, en su art. 61, establece la responsabilidad civil de los menores por los ilícitos cometidos, siendo los padres, entre otros, solidariamente responsables de los daños provocados. Parece no haber importado el grado de desarrollo intelectual del menor de 18 pero mayor de 14, pues cualquiera sea el caso la responsabilidad de los padres se mantiene igual. Esto denota que aun no existe un verdadero desembarco de criterios científicos razonables en la regulación que hace el legislador sobre los menores de edad, al menos en ámbitos jurídicos tradicionales como el civil o el penal.¹⁵⁵⁰

Apunta MORILLAS FERNÁNDEZ que la capacidad de ejercicio del menor en materia civil está estrechamente vinculada al concepto de madurez, pero que sin embargo la legislación no contiene una definición de este concepto.¹⁵⁵¹ HOYO SIERRA define madurez como “[...] un conjunto de aptitudes físicas, síquicas y sociales que cabe resumir como capacidad de comprensión del alcance de lo que se está realizando y de las consecuencias que de ello se derivan, capacidad de entendimiento y juicio para adoptar decisiones respecto a dichos actos, y como capacidad para comportarse conforme a lo prescrito por el derecho, fundamento esto último de la responsabilidad personal”.¹⁵⁵²

En opinión de PUEYO/ANTEQUERA FARIÑA, la sicología no ha operativizado formalmente el concepto de madurez, por lo que debe considerarse como un sinónimo de ideas como personalidad normal plenamente desarrollada. La personalidad representa un conjunto de elementos disposicionales constitutivos de la

¹⁵⁴⁹ Deberían estar en 2º de ESO, JIMÉNEZ DÍAZ, María J., *Edad y menor...op.cit.*, pp. 48-49. Sobre la naturaleza jurídica de la LORPM, *Ibid*, pp. 57 y ss.

¹⁵⁵⁰ No corre la idea de que a mayor madurez menor deber de control de los padres, *ergo*, menor responsabilidad de estos. Vid., art. 1903 CC, MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, “Régimen de los menores de catorce años”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, José M. (Coord), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Ed. Dykinson: Madrid, 2010, pp. 96-97.

¹⁵⁵¹ Un ejemplo de esto es el art. 162 CC.

“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”.

¹⁵⁵² HOYO SIERRA, Isabel, “La evaluación psicológica de la capacidad natural del menor maduro”, en AAVV, *Los menores ante el Derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid: Madrid, 2005, p. 59.

individualidad psicológica. En ella se incluyen la inteligencia, los conocimientos, las disposiciones emocionales, los sentimientos, las actitudes y las motivaciones. Se suman también todos aquellos procesos dinámicos que relacionan esta estructura y determinan la acción adaptativa del individuo en su entorno social y durante su vida.¹⁵⁵³

La personalidad sufre un proceso de desarrollo asociado a diversos aspectos del ser humano a lo largo de su vida, como los cambios biológicos y psicológicos. Sin embargo, es muy difícil estandarizar estos procesos, por la notable mutabilidad de dichos cambios. PUEYO/ ANTEQUERA FARIÑA entienden por madurez “[...] el estado final de este desarrollo, cuando las disposiciones temperamentales, las capacidades cognitivas y volitivas así como los conocimientos básicos para desarrollar una vida plena en sociedad, han cristalizado de forma suficiente para garantizar una plena autonomía personal al individuo que vive en sociedad”. Desde una perspectiva jurídica, esta madurez es la que sustenta la capacidad de comprender y de decidir sobre las acciones u omisiones del sujeto, que finalmente determinarán la existencia de un delito, o su ausencia, por falta de acción o de reprochabilidad.¹⁵⁵⁴

El CC presume la madurez plena desde los 18 años,¹⁵⁵⁵ sin embargo, el menor puede tener capacidad cognitiva y volitiva suficiente para ejercer por sí mismo los derechos de la personalidad, aun cuando no tenga plena capacidad civil de obrar, cuestión que fundamenta el art. 162 del CC. Por su parte, la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, entiende que los menores de edad son “[...] sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción, no sólo de sus propias necesidades sino también de las de los demás, reconociéndole la plena titularidad de algunos derechos y una progresiva capacidad para ejercerlos”.¹⁵⁵⁶

Asimismo, la Convención de Oviedo de protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de

¹⁵⁵³ PUEYO, Antonio A.; y ANTEQUERA FARIÑA, Mónica, “Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente: consideraciones psicológicas y jurídicas”, en BUENO ARÚS, Francisco *et al* (Dir.); GUZMÁN DÁLBORA, José L.; *et al* (Eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson: Madrid, 2006, p. 69.

¹⁵⁵⁴ PUEYO, Antonio A.; y ANTEQUERA FARIÑA, Mónica, *Inteligencia y...op.cit.* pp. 69-70.

¹⁵⁵⁵ Pero eso no implica que no exista bajo ese límite, lo que deberá comprobarse en el caso concreto, MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, *Régimen de los menores...op.cit.*, p. 78.

¹⁵⁵⁶ OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo, “La protección jurídica del menor en el ámbito sanitario”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, José M. (Coord), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Ed. Dykinson: Madrid, 2010, pp. 802-803.

abril de 1997 y que entró en vigor el 1 de enero de 2000, en relación a la toma de decisiones de los menores de edad, en el art. 6.2, inc. 2º, señala “la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”. Esta norma recoge nuevamente la idea de que el menor, a pesar de no cumplir cierto parámetro étareo, puede al menos manifestar su opinión respecto a ciertos aspectos de transcendencia jurídica para su persona, en razón de la edad que tiene y del grado de madurez que posea, lo que aquí es particularmente notorio, pues estamos hablando de intervenciones médicas .

El consentimiento del paciente constituye un presupuesto necesario no sólo en los casos en que se trate de evitar o curar un mal a la salud, sino también en los supuestos de medicina no curativa, como las cirugías plásticas (algunas), esterilizaciones o cirugía transexual, entre otras. Este consentimiento incluso ha sido considerado por el Tribunal Supremo como un derecho humano de última generación (cuarta generación), derivado de los principios de dignidad de la persona, libertad y derecho de autodeterminación sobre el propio cuerpo.¹⁵⁵⁷

En el caso de los menores de edad, el consentimiento por representación se da únicamente en los casos de menores de 16 años no emancipados que no sean capaces de comprender el alcance de la intervención, por sus capacidades intelectuales o emocionales. De todas formas, siendo mayor de 12 años, será escuchado por el médico.¹⁵⁵⁸ Esta legislación especial decanta por un sistema de capacidad natural del consentimiento del menor, que se presume si el menor ha cumplido 16 años. Esta normativa es acorde con buena parte de la legislación sobre menores, que concibe a este

¹⁵⁵⁷ En la STS de 25 de febrero de 2001. Vid., LAURENZO COPELLO, Patricia, “Relevancia penal del consentimiento informado en el ámbito sanitario”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), *Problemas actuales del derecho penal y la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2008, pp. 417-418.

¹⁵⁵⁸ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Art. 9. Límites del consentimiento informado y por representación.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

como un sujeto activo en la sociedad, con capacidad de crear y modificar su propio medio personal y social.¹⁵⁵⁹ Un criterio como este se encuentra también en el CC, en el art. 156¹⁵⁶⁰ a propósito de la patria potestad, donde el juez puede oír al menor de al menos 12 años, dependiendo de su madurez, para determinar cuál de los padres tendrá la patria potestad del hijo en común en caso de desacuerdos. También en la legislación civil, la LO 1/1982 considera el grado de madurez del menor para la validez de su consentimiento respecto a la disposición de su intimidad, honor o propia imagen.¹⁵⁶¹

Aunque pueden existir situaciones bastante conflictivas, sobre todo si caben dudas respecto al grado de discernimiento del menor, la Ley 41/2002 entrega una señal potente al asumir *iure et de iure* que, si el menor tiene dieciséis años cumplidos, su consentimiento será plenamente válido, y primará sobre cualquier desacuerdo con sus padres. La situación sólo cambiará si el mayor de dieciséis posee alguna alteración o anomalía síquica, o bien en los casos extraordinarios que establece la propia ley: interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos y aplicación de técnicas de reproducción asistida.¹⁵⁶²

La concepción de los derechos de la personalidad, la autonomía del paciente y el interés superior del menor han sido claves en la participación del menor en la toma de decisiones en materia sanitaria. Hay que recordar que tanto la LO 1/1996 como la Convención sobre los derechos del niño de la ONU garantizan el derecho del menor a

¹⁵⁵⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia, *Relevancia penal...op.cit.* pp 422-423.

¹⁵⁶⁰ “Artículo 156.

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

¹⁵⁶¹ “Artículo tercero.

Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

¹⁵⁶² LAURENZO COPELLO, Patricia, *Relevancia penal...op.cit.* pp. 423-424.

ser oído, siendo subyacente a esto el que la opinión del niño tiene algún valor en razón de su grado de madurez y capacidad cognitiva.¹⁵⁶³

Muy importante en estas cuestiones es la LO 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores. Aquí se establecen los 14 años como edad mínima para la responsabilidad individual de los menores sobre hechos constitutivos de delito en el CP u otras leyes, excluyendo a quienes están bajo ese rango. Como señala la exposición de motivos, “[...] la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”.

Un punto en extremo complejo es el de la Ley orgánica de interrupción voluntaria del embarazo (LOIVE), que permite a las adolescentes, bajo consentimiento expreso y por escrito, la interrupción del embarazo contando al menos con 16 años (arts. 13 y 14),¹⁵⁶⁴ en concordancia con la Ley 41/2002, art. 9.3 ya visto. El criterio básico

¹⁵⁶³ OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo, *La protección jurídica...op.cit.*, pp. 809-812.

¹⁵⁶⁴ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Artículo 13. Requisitos comunes.

Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero.—Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

Segundo.—Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Tercero.—Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley.

Cuarto.—En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

para permitir la decisión del menor de edad es su capacidad intelectual y emocional de comprender la situación médica a la que se va a someter, equiparando a las menores de 18 pero por sobre los 16 a las mujeres mayores de edad si cumplen aquellos requisitos.¹⁵⁶⁵ Resulta paradójico que una menor de 16 o 17 años pueda, libremente, interrumpir un embarazo, determinando el fin de la vida humana que está por nacer, con independencia del origen del embarazo -el que pudo ser consecuencia de una relación libre con un adulto, por ejemplo-, pero no puede decidir si desea registrar en video la relación sexual que dio origen a ese embarazo.

Las incoherencias del sistema son muchas, como deja de manifiesto MORILLAS FERNÁNDEZ. A lo expresado en el párrafo anterior, quizás uno de los más claros al respecto, puede agregarse, por ejemplo, que un menor tiene la posibilidad de conducir un ciclomotor con 14 años pero no puede comprarlo por sí mismo aunque tuviera 17, a pesar de que la madurez que se exige para conducir debiese bastar para que pueda celebrar un contrato de compraventa, conducta obviamente menos peligrosa.

Antes de la LO 1/2015, el panorama era de notable incoherencia en cuanto a los requerimientos de edad para ciertos actos. Por ejemplo, de acuerdo al CP anterior a la ley, a partir de los 13 años el menor podía mantener relaciones sexuales consentidas, por presumir el legislador de que tenía la madurez necesaria para comprender el alcance de sus actos. Sin embargo, si el o la menor querían casarse, debían esperar hasta los 14 años y contar con la dispensa judicial correspondiente. Hoy, con la barrera de los 16 años, es posible asumir una mayor coherencia interna dentro del CP, muy discutible por cierto, pero siguen existiendo incoherencias en torno a todo el sistema jurídico que regula la intervención de los menores en el Derecho. Siguiendo con la misma línea de ejemplos, como bien apunta MORILLAS FERNÁNDEZ, ahora el menor puede casarse a los 14 años, pero sigue su libertad sexual plena aparece recién a los 18. Más contradicciones se presentan si agregamos el matrimonio católico, donde la edad mínima para contraerlo es de 16 para los varones y 14 para las jóvenes, pero donde tendrían que pasar hasta 2 años para poder consumir¹⁵⁶⁶ (si no es posible, según el juez, incardinar a la pareja dentro del art. 183 quater, y en todo caso dentro del marco de un procedimiento judicial para una pareja que se ha atreído a contraer matrimonio!).

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

¹⁵⁶⁵ El rol de padres o representantes es ínfimo en estos casos, según expone la citada ley. MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, *Régimen de los menores...op.cit.*, pp. 86-88.

¹⁵⁶⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, p. 442.

El menor no puede beber alcohol ni fumar hasta la mayoría de edad si no se les autoriza, por ejemplo, y así podríamos seguir encontrando casos de consentimiento restringido.¹⁵⁶⁷ El legislador se muestra incongruente al considerar la capacidad intelectual y madurez de un menor, pues en algunos casos le da importancia y en otros no. Por ejemplo, un menor de 13 años, pero con la madurez de un adolescente de 17, no podrá tener relaciones sexuales consentidas con uno de 16 sin que se elimine la posibilidad de consecuencias penales para la pareja.¹⁵⁶⁸

Todas estas normas asumen que el menor, a pesar de no contar con la edad mínima para realizar válidamente ciertos actos jurídicos, *a priori*, puede realizarlos de todas formas de acuerdo a su grado de madurez y su edad, cuestión que el legislador penal parece no recoger, salvo para cometer delitos y ser responsable de ellos, al menos desde los 14 años.¹⁵⁶⁹ En materia penal, el consentimiento sexual está fijado en 16 años, lo que debe entenderse como la edad física, pues si se apelara a la edad mental se quebraría el principio de la seguridad jurídica.¹⁵⁷⁰ GONZÁLEZ TASCÓN era de la idea de que la LO 5/2010, al establecer un capítulo especial para las agresiones y abusos sexuales a menores de 13 años de edad, límite fijado en ese momento, trajo consigo la supresión de la presunción legal de invalidez del consentimiento de los menores de esas edad en materia sexual. La nueva redacción flexibilizaría, según la autora, la cuestión de la edad legal de consentimiento, al permitir que en atención del grado de madurez del menor, su consentimiento tenga valor.¹⁵⁷¹ Aunque coincidimos con la autora en que el grado de madurez del menor tiene hoy importancia para efectos de su consentimiento en materia sexual, no parece haber un argumento de texto que permita afirmar que existió después de la LO 5/2010 un verdadero cambio respecto a la presunción *iure et de iure* sobre el tema. Incluso la misma GONZÁLEZ TASCÓN critica la inclusión del bien

¹⁵⁶⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, *Régimen de los menores...op.cit.*, pp. 94-95.

¹⁵⁶⁸ Puede llegarse a extremos mayores aún, como indica *Ibid*, pp. 100-102, quien cita el Auto N° 786/2008 de 30 de diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se le aplica la LORPM a un joven de 18 años por considerar que su madurez concreta es menor a la de su edad, contra toda lógica y garantía jurídico-penal mínima.

¹⁵⁶⁹ Al contrario de lo que sucede en el derecho penal sexual, en el derecho penal juvenil, a lo largo del siglo XX, paulatinamente se dejó de hablar del “niño delincuente” para asumir el concepto de “delincuente juvenil” o “joven infractor”, para incluir a niños, jóvenes y adolescentes que cometen actos antisociales, pero particularmente a estos últimos, pues son los que de mejor manera encuadran en el parámetro de “mayor de 14 años”, PUEYO, Antonio A.; y ANTEQUERA FARIÑA, Mónica, “Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente: consideraciones psicológicas y jurídicas”, en BUENO ARÚS, Francisco *et al* (Dir.); GUZMÁN DÁLBORA, José L.; *et al* (Eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson: Madrid, 2006, pp. 67-68.

¹⁵⁷⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, *Régimen de los menores...op.cit.*, p. 94.

¹⁵⁷¹ GONZÁLEZ TASCÓN, María, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, pp. 233-234.

jurídico indemnidad sexual en el tipo penal, y en la redacción del antiguo artículo 181.2, que aunque no mencionaba el bien jurídico, era un concepto meta-jurídico existente y utilizable para interpretar el precepto.¹⁵⁷²

El delito de acoso sexual del art. 184 CP protege el bien jurídico libertad sexual, o indemnidad en el caso de los menores. Sin embargo, en este último caso, podemos entender que aquellos, cuando sean acosados en un ámbito docente, se les protegerá la indemnidad sexual, pues están siendo sometidos a un contexto no acorde a su edad. Esto ya que, según el Derecho español y la normativa internacional, es un “niño” y no debe exponerse a situaciones como esta. Pero al mismo tiempo, ese niño puede participar en una actividad laboral, a pesar de toda la normativa internacional que busca extraer al niño de las relaciones laborales. ¿No están entonces estas relaciones también fuera de lo que corresponde a su edad?

Coincidimos con la crítica apreciación de MORILLAS FERNÁNDEZ a las modificaciones hechas por la Reforma en esta materia, por la absoluta incapacidad del legislador de realizar una investigación científica seria y profunda, que le permita establecer un estándar de edad genérico, “[...] donde todas las capacidades de consentimiento en materia sexual puedan confluir”.¹⁵⁷³

2.4. EL AMPLIO HORIZONTE DE INTERVENCIÓN PUNITIVA EN LOS DELITOS ESTUDIADOS: DESDE EL ¿PELIGRO? HASTA LA LESIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS EN JUEGO

Aunque suele entenderse que el núcleo duro de los delitos sexuales han sido y son, en general, delitos de lesión (aunque de mera actividad), el giro parcial hacia los delitos de peligro cuando intervienen menores de edad ya se había deslizado en doctrina. Por ejemplo, CARUSO FONTÁN considera que la violación, así como el adulterio, eran verdaderos delitos de peligro abstracto, ya que lo que realmente protegía

¹⁵⁷² GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 234.

¹⁵⁷³ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Los delitos contra...op.cit.*, pp. 435-436, quien prosigue con la crítica y sus consecuencias, al señalar “piénsese que el individuo que quiera mantener una relación sexual con un menor debe valorar: i) si la otra persona tiene dieciséis años, es lógico establecer un intervalo de edad por debajo del cual se considere inválido el consentimiento emitido –otra cosa es que se esté de acuerdo con el nuevo límite impuesto, de lo que me ocuparé en el epígrafe correspondiente–; ii) en el caso de que no los tuviera, habría que realizar una valoración si se encuentra próximo al menor por razón de edad –¿dónde se establece el límite? ¿con la mayoría de edad? ¿qué diferencia hay entre tener diecisiete años y once meses y dieciocho y dos?– y grado de desarrollo o madurez; y iii) si durante la citada relación sexual, la pareja decide grabarse impera el criterio de los dieciocho años de edad para que el consentimiento sea válido”.

el legislador con estas figuras era la familia matrimonial legalmente constituida, y la cópula heterosexual vaginal podía significar peligro de embarazo, derivando en la introducción de un hijo ilegítimo a la familia. Además la mujer violada terminaba marcada socialmente, al perder la doncellidad, poniendo en peligro la posibilidad de obtener un matrimonio conveniente que la dejara en buena posición social. Por lo mismo, la cópula homosexual, o la penetración heterosexual anal sólo se consideraban como abusos deshonestos, con una pena menor.¹⁵⁷⁴ Hoy, sin embargo, la idea de delitos de peligro parece sobrevolar el Derecho penal sexual sin necesidad de recurrir a estas ideas ultraconservadoras sobre una forma de familia socialmente aceptada,¹⁵⁷⁵ aunque sí a otras igualmente moderadas (y moralistas), como hemos venido revisando.

A continuación, revisaremos los delitos de pornografía infantil y juvenil que pueden cometerse a través de Internet u otras redes, vistos en esta tesis, a fin de intentar determinar si estamos frente a delitos de lesión o de peligro, y en este último caso, a qué clase de estos delitos en particular. Para entender el panorama, distinguiremos entre aquellos que pueden calificarse como delitos de lesión y los que entrarían en la categoría de delitos de peligro. En este último, pondremos especial atención en aquellos que la doctrina ha sindicado como de peligro abstracto, para ver la forma de reinterpretarlos al menos como delitos de peligro hipotético.

2.4.1. Los delitos que penalizan la lesión a bienes jurídicos entre los tipos de pornografía infantil y juvenil y aquellos que absorben al *cibergrooming* y el *sexting*

En este grupo podemos considerar los siguientes:

2.4.1.1. Elaboración de pornografía infantil y juvenil, del art. 189.1 b)

Es quizás la figura más clara en el sentido analizado de todas las aquí expuestas. Estamos frente a un auténtico delito de lesión, donde la conducta punible consiste en la utilización de niños o adolescentes en la elaboración material pornográfica, que ven, por este hecho, afectada su indemnidad sexual, al verse expuestos a un contexto sexual no

¹⁵⁷⁴ CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas...op.cit.* pp. 39-40.

¹⁵⁷⁵ LANGLE RUBIO, Emilio, *Código penal de 17 de junio de 1870*, Ed. Hijos de Reus: Madrid, 1915, p. 501, afirmar que el castigo penal al adulterio es una muestra de que el legislador ha confundido el delito con el pecado, o ha confundido “[...] la misión ascética de la moral y de la religión, con la misión política de la justicia criminal”.

acorde a su madurez sexual. Reiteramos lo expuesto en capítulos anteriores, en relación a que es necesario interpretar la definición dada por el legislador a través de la LO 1/2015 utilizando como baremo el concepto de “utilización” de los menores, como sinónimo de abuso o aprovechamiento. Sólo esto le da el desvalor necesario para fundar su castigo penal.

Serían subsumidos los supuestos de pseudo-pornografía en que se utiliza a los menores y sean expuestos a un contexto sexual lesivo, aunque luego sean manipulados. Los supuestos de pornografía infantil y juvenil aparente quedarían absolutamente fuera del ámbito típico.¹⁵⁷⁶

Desde nuestra perspectiva, y siendo coherentes con esta línea, deberían quedar fuera del concepto de pornografía infantil y juvenil, una serie de hechos por no haber afectación el bien jurídico, o sea, no haber lesión, ni puesta en peligro. Por ejemplo, el mayor de edad casado con un menor de edad que registran sus relaciones sexuales en video o fotografía. No podría hablarse de injusto cuando el propio ordenamiento jurídico le permite al menos contraer matrimonio y, por tanto, ejercer su libertad sexual (el menor ya no es indemne). Tampoco deberían considerarse en este tipo, en general, aquellas conductas que de por sí son lícitas, al menos en el ámbito de los menores de edad pero mayores de 16, donde no existe utilización de estos. Si se involucra a un menor de esta edad, el partícipe mayor podría verse beneficiado indirectamente de la aplicación de la eximente del art. 183 quater, lo que demostraría que la relación o actividad sexual de los sujetos fue libre, entre personas cercanas en edad y grado de madurez, no existiendo utilización del menor.

En las tipologías de pornografía optamos por mantener al margen del art. 189, la lejanía de los menores de edad en relación a las conductas de los sujetos activos hace muy discutible sostener que exista algún tipo de afectación a la indemnidad sexual de algún menor, cuando sólo se usa la voz o imagen de aquellos sin su aprovechamiento, o bien ni siquiera a aquellos en sí mismos.¹⁵⁷⁷ La utilización “parcial” de menores o incapaces, como cuando se ocupa el cuerpo sin el rostro, ha sido considerado típico por alguna jurisprudencia,¹⁵⁷⁸ lo que nos parece correcto, siendo su indemnidad sexual claramente el bien afectado.

¹⁵⁷⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, pp. 109-110.

¹⁵⁷⁷ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 259; BEGUÉ LEZAÚN, Juan J., *Sobre las tribulaciones...op.cit.*, p. 101.

¹⁵⁷⁸ SAP de Valencia, Sección 2ª, 664/2004 del 8 de noviembre; otras situaciones complejas, como la pseudo-pornografía o las de actos sexuales simulados, se analizarán con posterioridad.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ estima que si existe alteración de la voz o de la imagen del menor (*morphing*, antiguo delito del 189.7) son de tal entidad que no permitieran el reconocimiento de este, la conducta sería atípica, pues la afectación al bien jurídica sería intrascendente, con lo que concordamos plenamente.¹⁵⁷⁹ Para RAGUÉS I VALLÈS, en los casos de material en cuya elaboración no han sido utilizadas personas reales, como dibujos o realidad virtual, falta aquella lesividad real susceptible de legitimar la intervención penal, y parecería más bien Derecho penal de autor, al presumir que quien posee este material pueda demandar también aquél en que hayan participado menores reales.¹⁵⁸⁰

Por su parte, MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERÓ afirman que aquellos casos en que adultos realizan conductas sexuales aparentando ser menores o incapaces, como el caso que ridículamente se ha incorporado en la letra c) del 189 b) inciso segundo, estaría absolutamente fuera de la tipicidad, por no producir lesión a los bienes jurídicos protegido (dignidad y derecho a la propia imagen, según los autores, aunque vale de igual forma para la indemnidad sexual, que sostenemos aquí).¹⁵⁸¹ Por su parte, de haberse usado la voz o imagen de menores reales sin que se obtuvieran en un contexto sexual, sería su intimidad y derecho a la propia imagen el bien lesionado, conectado con la idea anglosajona de *privacy*.¹⁵⁸²

2.4.1.2. La utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos del art. 189 1 a)

Utilizar, por otro lado, significa aprovecharse o servirse del menor o incapaz,¹⁵⁸³ lo que implica que el sujeto activo somete al menor de edad o persona con discapacidad, careciendo este de la capacidad para resistirse o decidir en forma independiente, sea por edad u otra característica intrínseca o extrínseca a ellos.

¹⁵⁷⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, p. 280.

¹⁵⁸⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Los delitos...op.cit.*, p. 297; MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1229.

¹⁵⁸¹ Lo que, según los autores, sería aplicable sólo a las hipótesis de la letra b) del art. 189.1, y no a la letra a), siempre y cuando se utilice la voz o imagen de los menores, pues aquellos casos en que adultos realizan conductas sexuales aparentando ser menores o incapaces estaría absolutamente fuera de la tipicidad, por no producir lesión a los bienes jurídicos protegido (dignidad y derecho a la propia imagen, según los autores, aunque vale de igual forma para la indemnidad sexual, que sostiene la doctrina mayoritaria), MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1229.

¹⁵⁸² MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1229.

¹⁵⁸³ MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1227.

En esta variante típica, los sujetos pasivos deben intervenir directamente en el espectáculo exhibicionista o pornográfico, realizando actos de significación sexual, acompañado o no de otras personas.¹⁵⁸⁴ Si bien el legislador asimila en este tipo dos conductas con distinta gravedad desde la perspectiva del bien jurídico,¹⁵⁸⁵ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERÓ estiman que, de acuerdo a la *ratio* del precepto, es posible incorporar conductas en las que el menor o incapaz se limitan solo a presenciar la conducta exhibicionista o pornográfica realizada por el o los hechores mayores de edad, pues en tales casos el menor queda involucrado en un contexto que atenta contra su indemnidad sexual.¹⁵⁸⁶ Por lo mismo, nos encontramos claramente ante un delito de lesión al bien jurídico penalmente protegido.

2.4.1.3. La situación del *sexting* y la variedad de tipos que lo absorben

Como vimos al analizar el fenómeno en capítulos anteriores, el envío de pornografía a través de las TIC por parte de menores es un fenómeno difícil de subsumir en un solo tipo penal, como el art. 183.2, contrario a lo que estima una parte de la doctrina. Desde nuestra perspectiva, es imprescindible que se aprecien y distingan las diferentes formas en que dicho fenómeno se presenta entre los menores, pues tienen distintas características y potencialidad lesiva, pudiendo subsumirse en distintos tipos penales, como también excluirse del ámbito penal.

Los supuestos más claros son aquellos en que los menores que reciben imágenes o videos de otros menores que han sido elaboradores del mismo (que pueden ser casos de *sexting* primario o secundario), lo distribuyen sin autorización de estos, quienes dieron su afluencia sólo para la posesión de los mismos. La incorporación del art. 197.7 permite subsumir aquí estos supuestos, el que constituye un claro delito de lesión a la intimidad sexual de los menores, quienes ven que sin su voluntad, videos o fotografías en que aparecen comienzan un viaje sin retorno a través de Internet, con un mínimo poder de control de las mismas. Consideramos válidos los argumentos que quieren evitar transformar a todos en “confidentes necesarios de los demás”,¹⁵⁸⁷ pero

¹⁵⁸⁴ LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal...op.cit.*, p. 97; TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra...op.cit.*, p. 214.

¹⁵⁸⁵ AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra la libertad...op.cit.*, pp. 392-393; TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, pp. 106-107.

¹⁵⁸⁶ MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1228.

¹⁵⁸⁷ MORALES PRATS, Fermín, *La reforma...op.cit.*, p. 460.

insistimos que la combinación de los factores minoría de edad e Internet dan el desvalor necesario para su castigo penal.

Para evitar incriminaciones necesarias, sobre todo a través del art. 186, debemos entender que los supuestos de *sexting* primario individual y secundario no tienen la capacidad ofensiva suficiente para ser siquiera considerados como una fuente de peligro, por la edad de los partícipes, así como por la forma en que estos menores entienden los límites de la sexualidad y la intimidad en la sociedad actual.¹⁵⁸⁸

2.4.2. Los delitos que penalizan la puesta en peligro concreta a bienes jurídicos entre los tipos en estudio

2.4.2.1. Captación de menores con fines exhibicionistas o pornográficos, art. 189.1.a

Captar implica atraer o ganar la voluntad del menor o incapaz para aquellos fines. Este tipo da cabida a castigar como un tipo independiente lo que en circunstancias normales sería un acto constitutivo de tentativa punible.¹⁵⁸⁹ Constituiría una conducta atípica en este marco la captación que no esté destinada a elaborar material pornográfico o a la participación en espectáculos del mismo carácter o exhibicionista.¹⁵⁹⁰ Al tener el desvalor suficiente para ser considerada, de no existir este tipo, una tentativa punible, consideramos clara su naturaleza de delito de peligro concreto, por lo que el juez deberá sancionar aquellas conductas consistentes en captar a las víctimas y que, en las circunstancias concretas, signifiquen un riesgo grave y concreto de que los menores sean utilizados en aquellos espectáculos, en una perspectiva *ex post*. Creemos que el juzgador debería considerar la existencia del espectáculo al menos en etapa de preparación, y no que este exista sólo en los planes del hechor, o carecería de peligro suficiente para el bien jurídico.

2.4.2.2. El *cibergrooming* y los tipos penales que lo absorben

Esta fenómeno es subsumido en la gran mayoría de los supuestos a través del tipo consagrado en el art. 183 ter 1 CP. La compleja conducta típica consiste en un

¹⁵⁸⁸ Concuenda VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de...op.cit.*, pp. 180-181.

¹⁵⁸⁹ MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra la libertad op.cit.*, p. 1227; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 378.

¹⁵⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 256.

contacto no corpóreo a través de Internet u otras TIC (*numerus apertus*),¹⁵⁹¹ proponiéndole al menor un encuentro físico o virtual con la finalidad de cometer cualquiera de las conductas descritas en los artículos 183 o 189 CP, acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento.¹⁵⁹² Dicho contacto puede ser iniciado incluso por el propio menor de 16 años, lo que permite subsumir aquí aquellos actos de los ciberacosadores que se introducen en redes sociales o comunidades virtuales simulando ser un menor, a través de un perfil o imagen falsa, provocando en el menor de edad el deseo de establecer contacto.¹⁵⁹³ Es esencial que este contacto exista, pues de no haber respuesta por parte del menor, ni la presencia de otros actos de acercamiento representarían un peligro, siquiera potencial, para el bien jurídico protegido, como bien afirma VILLACAMPA ESTIARTE.¹⁵⁹⁴

Como se dijo supra, los actos materiales encaminados al acercamiento pueden ser a través de las TIC, y el mismo encuentro puede ser por estos medios, ya que las actuales tecnologías lo permiten. Por eso es posible, hoy en día, hablar de “sexo virtual”, lo que incluye la opción de que el sujeto activo termine produciendo material pornográfico infantil y juvenil sin tener un contacto corpóreo directo con el menor.¹⁵⁹⁵ La exigencia de “actos materiales” puede cumplirse fácilmente, pues la expresión no incluye el “acto final” (subsumible en los artículos a los que el tipo reenvía), sino solo lo que se realice para lograr esto, y tales actos pueden consistir en escribir un correo electrónico, un post, enviar un mensaje de *whatsapp* o llamar por teléfono, todos ellos conductas humanas físicas exteriores, o sea, materiales, opuestas a los espiritual o digital.¹⁵⁹⁶ Otra interpretación dejaría fuera otra cuestión que la fenomenología de la criminalidad sexual en Internet ofrece como de normal ocurrencia, y es el caso de los adultos que, aprovechando Internet y las redes sociales, contactan a menores de otros países, o de lugares lejanos dentro de un mismo país. Aquí el agresor puede contactar para, por ejemplo, producir material pornográfico infantil y juvenil a través de la

¹⁵⁹¹ CHACÓN MEDINA, Antonio, *Una nueva cara...op.cit.*, p. 16.

¹⁵⁹² MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 121. Crítico con una remisión tan abierta, TAMARIT SUMALLA, Josep, *Artículo 183 bis...op.cit.*, p. 1186.

¹⁵⁹³ Por ejemplo, en la comunidad virtual Club Pingüin, cuyos usuarios son básicamente menores de 13 años. En dicho sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 246.

¹⁵⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de...op.cit.*, p. 160.

¹⁵⁹⁵ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 290, aunque el auto incluye como exigencia el consentimiento libre de los participantes, lo que no se produce en las conductas subsumibles en el art. 183 bis.

¹⁵⁹⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, pp. 246-247; en igual sentido, VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 18; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; y SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, *Delitos contra la...op.cit.*, p. 705; TAMARIT SUMALLA, Josep, *Artículo 183 bis...op.cit.*, p. 1185.

webcam, al existir la imposibilidad física o bien extrema dificultad en reunirse físicamente.

El legislador contempla también tipos agravados, cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. La última, como dijimos, es una circunstancia muy común en las redes sociales, lo que puede considerarse un acierto del legislador al recoger la realidad fenomenológica, sin embargo, aunque consideramos que debió ser la figura básica. Como vimos también, las otras circunstancias terminan siendo redundantes, dejando a la coacción sin utilidad alguna (la coacción moral ya está absorbida por la intimidación).¹⁵⁹⁷

Parece indudable que el cúmulo de actos castigados en el art. 183 ter serían actos preparatorios de los delitos del art. 183 CP, pero de naturaleza más difusa en relación a los delitos de pornografía infantil y juvenil en general (art. 189 CP), pues dependiendo de los detalles concretos, podría ser tanto acto preparatorio como directamente ejecutivo, sobre todo por el valor amplificativo de Internet. Esto ha generado cuestionamientos lógicos sobre el momento de la intervención penal¹⁵⁹⁸ y sobre la posibilidad de que se castigue la tentativa de este delito¹⁵⁹⁹

SUÁREZ-MIRA lo considera un delito de peligro, que protege el bien jurídico indemnidad del menor de 13 años. La amenaza o peligro está constituido por la conducta del victimario que contacta con el menor a través de alguno de los medios descritos en el tipo, para luego concertar un encuentro con el fin de cometer alguno de los delitos señalados.¹⁶⁰⁰ Lo mismo MONGE FERNÁNDEZ, aunque crítica por el

¹⁵⁹⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 252; VALVERDE MEGÍAS, Roberto, *El ciberacoso...op.cit.*, p. 21.

¹⁵⁹⁸ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 123; GONZÁLEZ TASCÓN, María, *El nuevo delito...op.cit.*, p. 229; TAMARIT SUMALLA, Josep, *Los delitos...op.cit.*, p. 172 y él mismo autor, *Artículo 183 bis...op.cit.*, p. 1186; que menciona como aquí el legislador español se apartó de la Convención, que en su art. 23 sólo incorporaba como delito ulterior la producción de pornografía infantil; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 240.

¹⁵⁹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Los delitos...op.cit.*, p. 290, para quien sí habría espacio a la tentativa, en caso de iniciarse actos ejecutivos. MANZANARES SAMANIEGO, José L., *Código penal...op.cit.*, p. 256, tacha de delito de mera actividad, y al ser de ejecución escalonada, permitiría la tentativa; en igual sentido CHACÓN MEDINA, Antonio, *Una nueva cara...op.cit.*, p. 16; HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, *Las conductas...op.cit.*, p. 290; para Cancio Meliá es un delito de preparación, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 374; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; y SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, “Delitos contra la libertad sexual”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I Arts. 1 al 318 bis*, 3ª edición con concordancias y jurisprudencia, Barcelona: Ed. Bosch, 2012, pp. 704-705, es un acto preparatorio;

¹⁶⁰⁰ Lo que para SERRANO/SERRANO implicaría un desplazamiento de ambas partes, o de una de ellas, para contactar personalmente en algún lugar, es decir, una reunión entre ellos, SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...op. cit.*, p. 238.

adelantamiento de las barreras de intervención penal en este caso,¹⁶⁰¹ y RAMOS VÁZQUEZ, aunque sin distinguir el tipo de peligro.¹⁶⁰² Este último y VILLACAMPA ESTIARTE rechazan la posibilidad de incluir la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico distinto a la indemnidad sexual, cuestión que compartimos.¹⁶⁰³

Concordamos con estas apreciaciones, pero consideramos que se trata de un delito de peligro abstracto en el caso de la vinculación con el 183 CP, y de peligro concreto, según las características de los hechos, para el caso del art. 189, generado por las características del medio comisivo incluido por el legislador, por una parte, y en razón del bien jurídico protegido –la indemnidad sexual– por otra. Se ha señalado extensamente en esta investigación que Internet, así como otras redes de similares características, potencian la lesividad de las conductas socialmente relevantes, aunque sean solo “otra forma de hacer lo de siempre”. El menor es contactado a través de medios que le permiten engañar, encubrirse y eliminar su “huella digital”, o al menos hacerla más difícil de identificar, además de mantener un control sobre los actos del menor a espaldas de quien lo tenga bajo su cuidado. Dado que la escala de peligro es graduable, ante el *child grooming* encaminado a la pornografía infantil y juvenil, el menor se encuentra en la escala previa a la lesión a su bien jurídico, que se produce en los delitos remitidos por el legislador.

No estamos frente a simples tentativas de clásicos delitos sexuales como la violación, sino frente a conductas cuyo desvalor es amplificado por el medio comisivo típico. Además, y por otro lado, la indemnidad sexual encierra los elementos sicólogos del menor en el ámbito sexual, los que se pueden afectar incluso sin un encuentro material con el hechor, como los supuestos de esta figura. Para LÓPEZ INIESTA, en delitos como este lo que se protege es “[...] el derecho de menores e incapaces a un normal y libre desarrollo de su personalidad, bien constitucionalmente tutelado y, en particular, en su vertiente síquica que comprende el descubrimiento espontáneo de la sexualidad, sin intromisiones de adultos, ni experiencias traumáticas que han de incidir negativamente en su bienestar síquico y que pueden condicionar negativamente su vida futura”.¹⁶⁰⁴ Esto no es otra cosa que la indemnidad sexual.

¹⁶⁰¹ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos...op.cit.*, p. 123.

¹⁶⁰² RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ciberacoso...op.cit.*, p. 439.

¹⁶⁰³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de...op.cit.*, pp. 156-157.

¹⁶⁰⁴ GÓMEZ INIESTA, Diego, en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al* (Dirs.), *Comentarios al código penal*, Ed. Iustel: Madrid, 2007, pp. 457-458. El autor se respalda en algunas sentencias, particularmente las SSTs de 19 de junio de 1990; de 20 de mayo de 1991 y 20 de mayo de 1993.

Por último, los supuestos de *cibergrooming* que no puedan ser incardinados al art. 183, podrían subsumirse en el actual art. 183 bis, que castiga el determinar o hacerle presenciar al menor de 16 años un comportamiento de naturaleza sexual en forma significativa,¹⁶⁰⁵ entendiéndose por este aquel que, de acuerdo con el sentir general, es susceptible de estimular o saciar el apetito venéreo.¹⁶⁰⁶ A *priori* ambas conductas podrían considerarse como delitos de peligro abstracto, por lo que se requiere que sean reinterpretados como delitos de peligro hipotético, para fundamentar y legitimar, al menos en parte, su punición. Respecto al inciso segundo, por las características del acto que se hace ver al menor, podemos entender que se trate de un delito de peligro concreto, pues la entidad del abusos sexual presenciado es idónea para causar una grave afectación a la indemnidad sexual del menor, particularmente su desarrollo psicológico asociado a la sexualidad.

2.4.3. La obligación de reinterpretar: Los delitos que penalizan la puesta en peligro abstracta a bienes jurídicos entre los tipos en estudio. ¿Hay realmente peligro en algunos de ellos?

2.4.3.1. Financiar o lucrar con cualquiera de estas actividades del art. 189 1 a) *in fine*

Financiar consiste en entregar cualquier aporte económico que permita la realización o mantenimiento de las conductas contenidas en la primera parte del art. 189.1.a. Antes de la Reforma, esta descripción permitiría incluir conductas tan lejanas a la lesión del bien jurídico como el comprar entradas para un espectáculo de este tipo, o incluso el que distribuye publicidad, pues estaban aportando con trabajo avaluable pecuniariamente.¹⁶⁰⁷ Al menos el primer de los casos fue reconducido por el legislador al nuevo art. 189.4. Nuevamente es necesario incluir criterios restrictivos a un delito que a primera vista es claramente de peligro abstracto, a través de una valoración *ex post* que permita entenderlo como de peligro abstracto-concreto, en virtud de

¹⁶⁰⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Delitos contra...op.cit.*, p. 173;

¹⁶⁰⁶ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 303; GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *El nuevo...op.cit.*, pp. 136-138.

¹⁶⁰⁷ AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 394; concuerda SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, p. 274. Cabe consignar que el actual art. 189.4 castiga a quienes asistan a espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

consideraciones generales de peligrosidad.¹⁶⁰⁸ Así, la entrega de dineros para montar un espectáculo exhibicionista o la producción ejecutiva del espectáculo mismo son, de acuerdo a estas consideraciones generales, más peligrosas para la indemnidad sexual del menor que la simple distribución de publicidad o compra de entradas (el financista determina, con sus recursos, si el evento se hace o no; el asistente, si no compra la entrada, no evitará por sí solo que el evento se haga).

Por otro lado, la hipótesis de lucrar debiese valorarse con criterios similares, para no ser entendido lisa y llanamente como un delito de peligro abstracto sin más, pero sin dejar de considerar que el desvalor de lucrar no puede equipararse a captar o utilizar menores con fines pornográficos.¹⁶⁰⁹ Razón encontramos en la afirmación de MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERÓ, que consideran redundante la figura, al no concebir una forma de lucrar que no pase por la previa captación u utilización del menor o incapaz, a través de las múltiples variantes del art. 189.1 a) o b).¹⁶¹⁰

2.4.3.2. La producción, tráfico o difusión de material pornográfico elaborado con niños y adolescentes, art. 189.1.b, parte primera

El legislador intenta captar la “cadena de producción”¹⁶¹¹ que sigue a la utilización de menores en la elaboración de material pornográfico, castigando al que produzca (en sentido amplio, excluyendo elaboración),¹⁶¹² venda, distribuya, exhiba u ofrezca¹⁶¹³ este tipo de material, o bien facilite cualquiera de las acciones anteriores.

Como cadena en sí, la capacidad lesiva de cada conducta va a estar determinada por la proximidad de estas a la lesión del bien jurídico indemnidad sexual. Esto permite vislumbrar la idea del legislador de que todas estas acciones “alimentan” a un mercado que demandará más material pornográfico donde se haya usado menores. Descontando

¹⁶⁰⁸ CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 700; TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, p. 109; cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 256, quien sólo deja en el ámbito de la atipicidad la hipótesis del asistente a un espectáculo de estas características que no paga entrada; Vid., también respecto al lucro, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos sexuales...op.cit.*, p. 378.

¹⁶⁰⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *Los delitos...op.cit.*, p. 296; CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución...op.cit.*, p. 700.

¹⁶¹⁰ MORALES PRATS; Fermín; y GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1228.

¹⁶¹¹ Que CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, p.166 denomina “tráfico de pornografía”.

¹⁶¹² Entendido en AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 837, N° 9572 en un sentido similar al cinematográfico, es decir, como “[...] la conducta de quien transforma un material preexistente”.

¹⁶¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 256, cree que “ofrecer”, como acto preparatorio, podría generar problemas si lo ofrecido es un material que no existe, al menos al momento del ofrecimiento, llevando a arbitrariedades judiciales por lo ambiguo de la situación.

todos los problemas de causalidad enunciados en apartados anteriores, y tomando en especial consideración la falta de fundamentos científicos sólidos para su penalización, sólo la interpretación de estas figuras como delitos de peligro abstracto-concreto permitirá dar algo de legitimidad a estos delitos, dada la lejanía general con la lesión o incluso la puesta en peligro concreta de la indemnidad sexual, lo que dependerá en todo caso de cada conducta en particular.

2.4.3.3. Las posesión de material pornográfico infantil y juvenil para fines de tráfico o difusión, del art. 189.1.b *in fine*

Como vimos anteriormente, la posesión de dicho material puede realizarse a través de la tenencia física del mismo, como también de forma virtual, incluyendo esta última opción a los archivos informáticos existentes en ordenadores, discos duros u otros dispositivos de almacenamiento, pero también a través del *cloud computing*. Esto último es lo que permite la consumación de este tipo penal a través de Internet, cuando el sujeto posee pornografía infantil y juvenil en sitios virtuales de almacenamiento, como iCloud o Dropbox, por nombrar algunos de los más usados.¹⁶¹⁴ La diferencia con el supuesto del art. 189.2 CP está en el tipo subjetivo, específicamente en la finalidad con la que se posee el material.¹⁶¹⁵

2.4.3.4. La adquisición o la posesión de material pornográfico infantil y juvenil para propio uso, del nuevo art. 189.5, inciso primero

Probablemente este sea, como vimos en su oportunidad, el delito de más difícil legitimación, de aquellos relacionados con la pornografía de menores, particularmente por su abierta vulneración al principio de intervención mínima y al de ofensividad. La falta de un ánimo para difundir o comercializar ulteriormente dicho material, deja a este tipo penal al borde de una penalización simplemente moralizante.¹⁶¹⁶

¹⁶¹⁴ En contra, TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos contra (II) ...op.cit.*, p. 215.

¹⁶¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p.p. 244-245.

¹⁶¹⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 257; TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección...op.cit.*, pp. 110-111; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 258; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Delitos relativos...op.cit.*, p. 276.

Respecto a su forma comisiva, no hay diferencia respecto al tipo del art. 189.1 b), parte segunda, pues, como dijimos, es en el tipo subjetivo donde debemos buscar la distinción.

Si la naturaleza de la posesión para difusión ya era compleja, intentar asumir que este delito es de peligro abstracto-concreto es aún más difícil. BOLDOVA PASAMAR estima que el castigo a esta conducta se centra en evitar que se siga utilizando en el futuro a menores de esta forma. Por lo mismo, los afectados con este delito no son los menores que aparecen en las imágenes o videos, sino el conjunto de menores que en el futuro pudieran ser víctimas de instrumentalización sexual.¹⁶¹⁷ Si bien la idea político-criminal subyacente es correcta, en ningún caso podemos identificar esta afirmación con un bien jurídico de carácter colectivo como las generaciones futuras.

2.4.3.5. El acceso a material pornográfico infantil y juvenil, del art. 189.5, inciso segundo

Luego de la penalización de la posesión, era posible pensar que el legislador no adelantaría nuevamente las barreras de intervención penal, pero la LO 1/2015 trajo un nuevo art. 189.5 inciso segundo, que castiga el acceso doloso a pornografía infantil y juvenil por medio de las TIC. Ni siquiera la presencia de un elemento subjetivo del injusto permite reducir este tipo a niveles razonablemente justificables. El mero visionado de este tipo de pornografía, sin siquiera posesión, se trata de justificar a través de los argumentos del incremento en la oferta-demanda del material, pero como hemos visto en este capítulo, no existe base científica sólida para poder llevar el Derecho penal a este grado de intervención.¹⁶¹⁸

No podemos asumir otra cosa que considerar esta figura como un delito de peligro abstracto, pero de lo más abstracto que pueda existir.

2.4.3.6. Difusión de material pornográfico con indiferencia del sujeto utilizado en esta, del art. 186

¹⁶¹⁷ BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...op.cit.*, pp. 397. El autor entiende que en los casos de posesión están relacionados con el derecho a la propia imagen del menor como bien jurídico.

¹⁶¹⁸ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El delito...op.cit.*, pp. 454-455.

Lo castigado aquí es difundir, vender o exhibir material pornográfico entre menores de edad o incapaces, por cualquier medio. Las conductas no difieren de lo visto en los apartados anteriores,¹⁶¹⁹ y la cláusula de medio comisivo abierto permite que esto se realice a través de Internet y otras redes similares. En específico, la idoneidad de las redes sociales como *Facebook* o *Club Píngüin* es clara en la medida que permiten un rápido, fácil e inmediato contacto con los menores de edad (desde una perspectiva virtual, claro). Eso sí, el medio comisivo debe permitir el contacto “entre menores”, lo que, dada la exigencia de un sujeto activo (no es lo castigado la conducta de un menor-sujeto pasivo hacia otro menor-sujeto pasivo), obliga a un contacto directo del hechor con la o las víctimas, descartando el que estos simplemente visualicen el material pornográfico que aquel suba en un sitio web, por ejemplo.¹⁶²⁰

El objeto material aquí varía, pues no está restringido sólo al material pornográfico en que se utiliza a menores de edad o incapaces, sino que a todo material que pueda adjetivizarse de esa manera (lo que incluye pornografía de adultos), pero, aunque sea redundante, dejando fuera lo simplemente erótico.¹⁶²¹

Si el bien jurídico fuera de carácter colectivo –moral sexual, por ejemplo- el sujeto pasivo sería la sociedad y los menores o incapaces pasarían ser simples objetos del delito.¹⁶²² GALLEGO/HORTAL afirman que la simple exhibición del material pornográfico ante el menor de edad es atípica, pues en el caso concreto deberán considerarse elementos subjetivos como el grado de formación sexual del menor, que provoque en él una capacidad del acto para influenciar su normal desarrollo sexual.¹⁶²³

QUERALT JIMÉNEZ afirma que debe tratarse de sujetos pasivos y no sujeto pasivo, lo que se fundamentaría en un argumento de texto, pues el art. 186 habla de menores o incapaces, y no de menor o incapaz. Sostener esto implica dejar en el ámbito de la atipicidad aquella difusión hecha a un solo menor, lo que resulta inaceptable por dos razones: primero, el bien jurídico protegido en este delito es individual, al tratarse

¹⁶¹⁹ Sobre las mismas, CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra la libertad...op.cit.*, p. 305; ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 283; MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Delitos contra...op.cit.*, p. 1228.

¹⁶²⁰ En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, p. 284; VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 658; CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 305-306; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de derecho...op.cit.*, pp. 178-179. En contra, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español...op.cit.*, p. 240. Otra cosa es que la conducta de ese menor que accede a material pornográfico, si es infantil y juvenil, sea posible de subsumir en el art. 189.5.

¹⁶²¹ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 284-285.

¹⁶²² VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 653;

¹⁶²³ GALLEGO, José I.; HORTAL, Juan C., *Delitos contra la libertad...op.cit.*, p. 253;

de la indemnidad sexual del menor expuesto al material pornográfico,¹⁶²⁴ y segundo, porque el legislador ocupa similares expresiones en otros artículos, como el 189.1 a), sin que eso signifique que se exija más de un sujeto pasivo. En relación al bien jurídico protegido, la indemnidad sexual de menores e incapaces permitiría englobar otros usados como bienestar psico-sexual o el adecuado proceso de formación y desarrollo sexual aquellos, o, como señala la Constitución en sentido amplio, el libre desarrollo de menores e incapaces.¹⁶²⁵

Sin embargo, el escaso desvalor de la conducta tipificada, sobre todo cuando la edad del sujeto pasivo es más cercana a los 16, exigen que el tipo penal sea interpretado como un delito de peligro abstracto-concreto,¹⁶²⁶ evitando que se considere un delito contra la moralidad sexual colectiva o simplemente un delito de peligro abstracto contra la indemnidad sexual de los menores involucrados.¹⁶²⁷ Similar es la opinión de MUÑOZ CONDE, al señalar como exigencia del material pornográfico que este sea idóneo para afectar el bien jurídico, en específico el libre desarrollo de la personalidad de incapaces o menores de edad y el control de sus instintos sexuales (que nosotros consideramos parte del contenido de la indemnidad sexual), respetando así la proporcionalidad del castigo.¹⁶²⁸ No obstante, esto parece más bien una reinterpretación como delito de peligro concreto, lo que escapa a la redacción típica y vulneraría el *nullum crimen*. Al no estar en el Capítulo V, tampoco se le puede interpretar como un delito de corrupción,

¹⁶²⁴ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español...op.cit.*, p. 249.

¹⁶²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 208 y ss.; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, *Delitos contra la...op.cit.*, pp. 269-270; CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 299; en contra, SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAILLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial...op.cit.*, p. 247.

¹⁶²⁶ AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, pp. 371-372, rechaza expresamente la opción de la moral sexual como bien jurídico, optando por la indemnidad, en la medida que el legislador sólo castigaría las conductas que afecten la evolución o desarrollo de la personalidad del menor o incapaz, aunque estos presten su consentimiento; en similar sentido, CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial...op.cit.*, p.157; SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.), *Código penal...op.cit.*, p. 1039;

¹⁶²⁷ VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Exhibicionismo...op.cit.*, p. 646; “bienestar síquico y adecuado proceso de formación de menores e incapaces”, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de derecho penal...op.cit.*, p. 144.

¹⁶²⁸ En igual sentido, CALDERÓN CEREZO, Ángel.; y CHOCLÁN MONTALVO, José A., *Derecho penal. Tomo II parte especial*, 2ª edición, actualizada a marzo de 2001, Barcelona: Ed. Bosch, 2001, p. 124; AGUADO LÓPEZ, Sara, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (5): exhibicionismo y provocación sexual”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010, p. 375; AAVV, *Memento práctico...op.cit.*, p. 827, N° 9489; o como le llama Sainz-Cantero, “el futuro desarrollo <<normal>> de su sexualidad”, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, *Delitos contra...op.cit.*, p. 271, lo que claramente muestra una postura moral frente al tema; por último, uno de los límites más importantes a la incriminación del objeto se encontrará en la propia Constitución, en la libertad de expresión del art. 20 de la CE, MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, 2ª edición, revisada, actualizada y puesta al día, Elcano (Navarra): Ed. Aranzadi, 2001, p. 186.

lo que sí permitiría calificarlo como delito de lesión.¹⁶²⁹ Por lo tanto, como ya señalábamos, debe interpretarse como un delito de peligro, pero abstracto-concreto.

No compartimos la opción de VENTURA PÜSCHEL, quien estima como clara la diferencia entre los delitos sexuales con contacto físico –agresiones y abusos sexuales- de aquellos sin ese contacto –exhibicionismo y provocación sexuales-, donde el valor del consentimiento es diferente en los primeros, al excluir la tipicidad, que en los segundos, donde no produce tal efecto. En aquellos, el bien jurídico protegido sería la libertad sexual, mientras en los delitos sin contacto la moral sexual sería lo protegido.¹⁶³⁰ Esta posición utiliza erróneamente la idea de que, de no existir contacto corporal, la afectación al bien jurídico sería distinta, lo que no refleja la capacidad lesiva de lo realizado a través de Internet u otras redes, según se ha señalado constantemente en este trabajo.

¹⁶²⁹ La corrupción era el resultado del delito, y entendiéndose por tal aquel estado fisio-psíquico de un menor a causa de una intempestiva o anómala excitación de los instintos sexuales y la necesidad de satisfacerlos. Concuerdan con la exigencia de resultado, CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal...op.cit.*, p. 165; CALDERÓN CEREZO, Ángel.; y CHOCLÁN MONTALVO, José A., *Derecho penal. Tomo II parte especial*, 2ª edición, actualizada a marzo de 2001, Barcelona: Ed. Bosch, 2001, p. 185; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 28-259, quienes estiman que de no darse el resultado la conducta sería atípica, al menos respecto al art. 189.4, desestimando cualquier opción de un delito en grado de tentativa; dudosa frente a la calificación de delito de resultado, CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra...op.cit.*, p. 322; sobre el punto, ORTOS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos...op.cit.*, p. 266 ven improbable una forma de ejecución imperfecta de este delito, ya que “[...] el mero intento de hacer participar a un menor o un incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual no debiera considerarse una tentativa del delito, si no comporta un mínimo riesgo para la formación de la personalidad de la víctima, y el autor desea crearlo o es consciente de que puede crearse y el perjuicio producirse”. Aguado López utiliza la indemnidad sexual como bien jurídico para delimitar el perjuicio típico, que no sería uno simplemente moral, sino sico-sexual, pues el tenor literal del tipo penal exige un daño o perjuicio a la evolución o desarrollo de su personalidad, lo que incluye el ámbito sexual, AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 401. En contra, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a...op.cit.*, p. 104-106, quien lo califica como un delito de peligro, particularmente de peligro presunto;

¹⁶³⁰ Agrega el autor que también se puede restringir la interpretación del delito en base a la conducta, excluyendo todo lo que no implique contacto con las víctimas (por ejemplo, las labores de preparación del material), MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 251-252; en igual sentido AGUADO LÓPEZ, Sara, *Delitos contra...op.cit.*, p. 372.

3. EXCURSO: EL APARENTE Y PELIGROSO GIRO DEL LEGISLADOR DESDE LA PREVENCIÓN A LA PRECAUCIÓN EN (ALGUNOS DE) LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL, *CIBERGROOMING* Y *SEXTING* COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET

La existencia de delitos que castigan conductas como las descritas en ambos incisos del art.189.5 CP, nos llevan a pensar que el legislador va más allá que la simple prevención de delitos. Junto con castigar comportamientos como la adquisición de pornografía infantil y juvenil y su posesión para propio uso o incluso el simple visionado de la misma a través de la web, además de mostrarnos la intolerancia del legislador a comportamientos desviados pero sin ofensividad, son ejemplos de una velada política-criminal orientada hacia la precaución.

Como una de las derivaciones del principio de igualdad, STRATENWERTH, un escéptico de la teoría del bien jurídico, considera como obligación para el Derecho penal la protección de las generaciones futuras frente al actuar presente, aunque no exista certeza de las consecuencias que para nuestros descendientes pueda generar lo que se haga hoy.¹⁶³¹ De similar opinión es ROXIN, con la única diferencia que el autor considera innecesario abandonar la idea de protección del bien jurídico, sino que bastaría una ampliación de este concepto para incorporar los intereses de quienes aún no han nacido, por ejemplo.¹⁶³²

Esta idea de protección de generaciones futuras, o de las condiciones para niños y adolescentes frente a la gestión actual de los riesgos inciertos –entre ellos los riesgos tecnológicos graves-¹⁶³³ nos lleva del principio de lesividad al principio de precaución, mucho más ajeno al Derecho penal. El principio de precaución o cautela nace al alero del Derecho ambiental, expandiéndose sobre todo en el Derecho internacional con la

¹⁶³¹ STRATENWERTH, Günther, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” (traducción de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante), en HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición al español a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007, p. 371.

¹⁶³² Lo que se logra extendiendo el contrato social a las generaciones futuras o a otras criaturas de la creación, lo que permitiría justificar también la protección de los animales a través del Derecho penal, ROXIN, Claus, *¿Es la protección de...op.cit.*, p. 456.

¹⁶³³ CASTRONUOVO, Donato “Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de las OGM”, en *Revista Penal*, N° 33, enero 2014, p. 70; BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil...op.cit.*, p. 397.

característica de *soft law*.¹⁶³⁴ Sin embargo, como indica ROMEO CASABONA, el devenir del principio lo ha llevado, por una parte, a introducirse en el Derecho interno (considerando su origen, es una especie de regreso al Derecho interno) y en otros campos distintos al medio ambiente.¹⁶³⁵

La naturaleza del principio de precaución se debate entre principio jurídico y extrajurídico, aunque ROMEO CASABONA toma una postura ecléctica al respecto, al entender que comparte características de ambas naturalezas. Es un principio extrajurídico pues cumple una función orientativa a los poderes públicos, que son quienes deben tomar la decisión de generar medidas para prevenir el daño, controlando o suprimiendo el riesgo.¹⁶³⁶ Pero también cumple una función interpretativa de las normas jurídicas y regulativa respecto a los comportamientos humanos.¹⁶³⁷

¹⁶³⁴ Es posible encontrar en doctrina la utilización de ambos conceptos. Así, por ejemplo, Plaza Martín opta por usar principio de cautela, pues se encuentra consagrado en el art. 174.2 del Tratado CE y luego en la Resolución sobre el Principio de Cautela, del Consejo Europeo de Niza, celebrado del 7 al 9 de diciembre de 2003, PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005, p. 164, npp N° 349.; mientras que Romeo Casabona opta por principio de precaución, por utilizarse así en la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM(2000)1, de 2 de febrero de 2000 (Esto qué es?), ROMEO CASABONA, Carlos, “El principio de precaución en las actividades de riesgo”, en AAVV, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 18, npp N° 5. A propósito de su recepción en el TCE, se incluye aquí en conjunto con el principio de acción preventiva, lo que podría llevar a confusiones respecto a su naturaleza. Sin embargo, Moreno Molina opta por entender que son principios diversos, pero relacionados, entendiendo que forman un “binomio machihembrado” (sic) en materia de políticas ambientales, MORENO MOLINA, Ángel, *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2006, p. 45. Al respecto, Martín Morales afirma que están en una relación de género a especie, donde el principio de prevención corresponde al primero, MARTÍN MORALES, Mª Luisa, “Subyace el principio de precaución en el ámbito urbanístico”, en AAVV, *El principio de precaución y su subproyección en el derecho administrativo español*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 300.

¹⁶³⁵ ROMEO CASABONA, Carlos, “El principio de precaución en las actividades de riesgo”, en AAVV, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 28-29. Debe entenderse la alusión al “medio ambiente” expresada por el autor en un doble sentido. Por una parte, que el principio de precaución ha abordado otras áreas del conocimiento con objetos distintos al medio ambiente, como la nanotecnología, la farmacología o la ingeniería genética, por ejemplo, y por otra –complementaria por cierto– que la expansión abarca áreas distintas al Derecho ambiental, como el Derecho administrativo o el Derecho económico (respecto a los consumidores, para ser más específico). En el mismo sentido Plaza Martín, quien augura al principio de cautela-precaución el mismo destino que el principio de subsidiariedad, que pasó de las normas sectoriales de Derecho ambiental en el antiguo TCEE a la primera parte del TCE, donde se amplió su ámbito de acción, PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005, p. 164, además la propia Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM(2000)1, de 2 de febrero de 2000, p. 10, afirma que el hecho de estar recogido en el TCE en materia medioambiental no restringe en caso alguno que no pueda ocuparse en otros ámbitos, sobre todo referente a la gestión de riesgos que puedan afectar la salud humana, como ocurrió en el conocido caso de las “vacas locas”.

¹⁶³⁶ Lo que a su vez genera nuevos ámbitos de responsabilidad para las autoridades públicas, sobre todo administrativas, en la medida de que los poderes públicos asumen el control, en mayor o menor medida, de la gran mayoría de los ámbitos sociales o tecnológicos de riesgo, a través de las autorizaciones respectivas. Esto trae como consecuencia una eventual disminución del ámbito de responsabilidad del ciudadano en el manejo de esos riesgos, ROMEO CASABONA, Carlos, *El principio de*

Su contenido no ha sido objeto aún de un debate generalizado en la doctrina, al menos penal, por lo que, como señala MORENO MOLINA, debe tenerse lo señalado por la Comisión como una interpretación auténtica sobre el mismo.¹⁶³⁸ El Convenio sobre la protección del medio marítimo del Noreste del Atlántico (OSPAR) describe, más no define, el principio de precaución, como aquel “[...] en virtud del cual se toman medidas preventivas cuando existen motivos razonables para creer que las sustancias o la energía introducida directamente o indirectamente en el medio ambiente puede ocasionar daños para la salud humana, a los recursos vivos...incluso cuando no hay evidencia concluyente de una relación causal entre los aportes y los efectos”.¹⁶³⁹ EMBID TELLO lo caracteriza como un “[...] principio procedimental llamado a potenciar la evaluación de riesgos inciertos y posibilitar la adopción de medidas frente a los mismos aun cuando estos se desconocen en gran medida”.¹⁶⁴⁰

KRAMER utiliza dos ejemplos para graficar los alcances del principio de precaución. El primero se refiere a la prohibición o restricción en la circulación de amianto, cadmio y los ftalatos, conforme al Reglamento 793/93, caso en que la aplicación del principio implicaría la toma de medidas comunitarias aún sin contar con los estudios de evaluación de riesgo encargados por los operadores económicos de los productos. El segundo ejemplo es el relativo al cambio climático, en el que se han tomado una serie de medidas políticas y jurídicas a pesar de que no habría aún evidencia clara respecto a las causas antropogénicas del calentamiento global.¹⁶⁴¹

El riesgo permitido, como principio aceptado en la dogmática penal, alude a un riesgo conocido, mensurable y previsible, en mayor o menor medida, lo que genera como efecto la previsión, pero deja un margen de incertidumbre para los riesgos sospechables pero no previsibles, mensurable o cuantificable, que derivan de la incertidumbre científica en su previsión (se sospecha de...). Esto deja a los poderes públicos en la disyuntiva entre tomar medidas antes que el daño sea demasiado grave o

precaución...op.cit., pp. 30-31. Así también la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM(2000)1, de 2 de febrero de 2000, p. 4.

¹⁶³⁷ ROMEO CASABONA, Carlos, *El principio de precaución...op.cit.*, pp. 26-27.

¹⁶³⁸ Aunque, claro está, carece de fuerza vinculante, por lo que no deja de ser una directriz a tomar en cuenta, pero sin obligatoriedad, MORENO MOLINA, Ángel, *Derecho comunitario...op.cit.*, p. 48.

¹⁶³⁹ Convenio adherido por la Comunidad Europea, Dic. 98/249 [1998] DOCE L104/1.

¹⁶⁴⁰ EMBID TELLO, Antonio, “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid: Ed. La Ley, 2010, p. 1223.

¹⁶⁴¹ KRAMER, Ludwig, *Derecho medioambiental europeo*, Madrid: Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente, 2009, p. 25.

irreversible o esperar a una mayor certeza científica frente a la eventual realización de un daño.¹⁶⁴²

La precaución, a diferencia de la previsión, se orienta hacia la hipótesis de la incertidumbre del riesgo, de los nexos causales y del daño. El principio de precaución desempeña su función, como señala ROMEO CASABONA, en las insuficiencias o limitaciones de la previsibilidad, cuando se ha identificado un riesgo derivado de un producto, fenómeno o proceso, pero sin certeza científica suficiente.¹⁶⁴³ Para el autor, la neutralización de todo riesgo implicaría la paralización de actividades económicas importantes que se realizan en la actualidad sin excesivas oposiciones.¹⁶⁴⁴

El ámbito de aplicación del principio de precaución está restringido a dos situaciones de riesgo: primero, aquellas que tengan una característica de incertidumbre científica, y segundo, que tengan la posibilidad de generar daños graves e irreversibles. Esta incertidumbre científica puede alcanzar a los daños (de carácter colectivo y, eventualmente, catastrófico), su extensión, gravedad, características, relación de causalidad, etc., mientras que el carácter de irreversible lo da aquello que va en contra del aseguramiento de la continuidad del futuro.¹⁶⁴⁵ Tal como se ha dicho hasta el momento, los ámbitos de riesgo por excelencia en que se ha desarrollado este principio son el medioambiente y la salud humana (en sentido amplio), donde puede incluirse, por ejemplo, la biotecnología.¹⁶⁴⁶ Fuera de estos ámbitos podría considerarse el urbanístico, aunque la autora que lo plantea, asumiendo que no está expresamente incluido en ese sector normativo, argumenta que su eventual inclusión (o reconocimiento) puede permitir actuaciones para la evitación de daños a la vida o la integridad de las personas,

¹⁶⁴² MORENO MOLINA, Ángel, *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2006, p. 47.

¹⁶⁴³ ROMEO CASABONA, Carlos, *El principio de precaución...op.cit.*, pp. 20-21. Para una revisión de algunos asuntos de conocimiento de tribunales comunitarios en que se utilizó el principio de precaución en materia de delitos contra la salud humana, principalmente, véase PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho ambiental...op.cit.*, pp. 166-171.

¹⁶⁴⁴ ROMEO CASABONA, Carlos, *El principio de precaución...op.cit.*, p. 19. Así lo estima también la Comisión, al estimar que no puede aspirarse a un “riesgo cero” cuando se evalúa una medida o política en virtud del principio de precaución, Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM(2000)1, de 2 de febrero de 2000, p. 18.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*, pp. 22-23.

¹⁶⁴⁶ ROMEO CASABONA, Carlos, “Salud humana, biotecnología y principio de precaución”, en AAVV, *El principio de precaución y su subproyección en el derecho administrativo español*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 222 y ss. Algún trabajo hay que lo vincula también al sector de las telecomunicaciones, pero sin embargo su desarrollo muestra que el ámbito último del riesgo será el medio ambiente o la salud humana, MORENO GRAU, Joaquín, “Algunas cautelas en el sector de las telecomunicaciones”, en AAVV, *El principio de precaución y su subproyección en el derecho administrativo español*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 259 y ss.

así como sus bienes, en ámbitos en que no hay constatación (científica) cierta en la actualidad.¹⁶⁴⁷

Político-criminalmente hablando, la adopción del principio de precaución implica la toma de medidas para la prevención del daño sobre el que no se tiene certidumbre científica, como ya se vio, que podrían ir incluso hasta la paralización de la actividad.¹⁶⁴⁸ Contrario a este extremo, ROMEO CASABONA afirma que, cualquiera sea la medida tomada, esta debe cumplir con ciertos principios generales de aplicación,¹⁶⁴⁹ que son los establecidos en la Comunicación,¹⁶⁵⁰ a saber:

- a) Deben ser proporcionales al nivel de protección elegido;
- b) No deben ser discriminatorias;
- c) Deben guardar coherencias con otras medidas ya aplicadas;
- d) Deben tener en consideración el análisis costo-beneficio, económico y no económico, de los cursos de acción a realizar o de la ausencia de esta;
- e) Las medidas deben ser sujetas a revisión con el fin de recibir los avances científicos que confirmen o descarten la posibilidad del daño que se quiere prevenir; y
- f) Deben ser capaces de designar a quien incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para que el riesgo a prevenir sea evaluado.

MORENO MOLINA estima que, lamentablemente, el principio de precaución no ha sido utilizado con la suficiente energía por parte de las autoridades europeas, no evitándose numerosos daños a la salud humana y el medio ambiente, reforzando sus dichos en una publicación de la Agencia Europea del Medio Ambiente, que, a la luz de variados casos de productos dañinos, concluye que de haberse utilizado el principio de cautela, se habrían podido evitar daños a gran escala.¹⁶⁵¹

¹⁶⁴⁷ Para esto señala los sectores más sensibles, como son las inundaciones, planeamiento y ordenación del territorio y los terremotos, dando algunos ejemplos, como la Ley 6/98 de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones, en su art. 9, además de una serie de normas de las comunidades autónomas, MARTÍN MORALES, M^a Luisa, “Subyace el principio de precaución en el ámbito urbanístico”, en AAVV, *El principio de precaución y su subproyección en el derecho administrativo español*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 304 y ss.

¹⁶⁴⁸ ROMEO CASABONA, Carlos, *El principio de precaución...op.cit.*, pp. 24-25.

¹⁶⁴⁹ ROMEO CASABONA, Carlos, *El principio de precaución...op.cit.*, p. 25.

¹⁶⁵⁰ Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM(2000)1, de 2 de febrero de 2000.

¹⁶⁵¹ MORENO MOLINA, Ángel, *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2006, p. 47; AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de precaución; 1896-2000*, Madrid: Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente, 2003, que es la traducción al español del mismo informe, *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*, Luxemburgo: Ed. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2001.

ROMEO CASABONA revisa los alcances penales del principio de precaución, que como vimos antes, ha encontrado su mayor impacto y desarrollo en otras ramas del Derecho, como el ambiental. Al respecto, varios son los ámbitos dogmático-penales en que podría tener alguna utilidad tal principio, siendo mencionados por el autor –sin ánimo de taxatividad– los siguientes: delitos de peligro (construcción de la noción de peligrosidad de la acción); delitos imprudentes (determinación del cuidado debido y del riesgo permitido); relación de causalidad (atribuir o descartar el nexo causal); y la responsabilidad penal en la toma de decisiones en ciertos ámbitos con repercusiones sociales.¹⁶⁵² El primero de estos puntos es el que nos interesa en relación con nuestro objeto de estudio.

La función que podría cumplir aquí es la de servir al juez para la delimitación del concepto de acción peligrosa en los denominados delitos de peligro abstracto (que luego se verán con mayor detalle), sobre todo en consideración a que estos entregarían al juez menos herramientas o pautas para la interpretación del tipo penal. Más específicamente, señala ROMEO CASABONA, “[...] podría contribuir a la elaboración de un procedimiento de imputación para algunos de estos delitos, basándose para ello en la innecesariedad de imputar un determinado resultado, y pudiendo prescindir entonces de y en consecuencia de la constatación del nexo causal”. Eso permitiría prescindir del principio de previsibilidad objetiva, incluso con mayor certeza jurídica, pero con el riesgo de doblar los límites del principio de legalidad.¹⁶⁵³

ROMEO CASABONA se muestra favorable frente a la utilización del principio de precaución o cautela en el Derecho penal, tanto dogmática como político-criminalmente, como forma de contener algunos excesos de la sociedad de riesgo, más que para una legitimación de los mismos, eso sí, dentro de los principios generales del Derecho penal, particularmente legalidad y culpabilidad.¹⁶⁵⁴ El principio de precaución

¹⁶⁵² ROMEO CASABONA, Carlos, *El principio de precaución...op.cit.*, pp. 37-38, quien mantiene presente la idea de que la introducción de este principio en el Derecho penal pudiera derivar en una expansión injustificada del mismo.

¹⁶⁵³ Salvo que, como indica el autor, esto se salve por medio de la remisión a una norma extrapenal que establezca los presupuestos para la realización de la acción peligrosa o al menos establezca los requisitos para la concesión de permisos administrativos para su realización. Ejemplifica el punto con los tipos penales contemplados en los artículos 316, 317, 349 o 341 y siguientes del CP, donde se utiliza esta técnica de reenvío, *Ibid*, pp. 40-41. Claramente en los delitos sexuales *online* o los delitos de pornografía en particular no existe reenvío, pues el ejercicio de la sexualidad no está regulado por normas administrativas que entreguen pautas generales o particulares sobre la misma, más allá de algunos ámbitos como la prostitución o los derechos reproductivos –fuera esto último del núcleo duro de la libertad sexual– y lejos de la indemnidad sexual en el caso de menores de edad.

¹⁶⁵⁴ En relación a este, su utilización gira en torno a la delimitación de la conducta adecuada desde la perspectiva jurídico-penal, *Ibid*, p. 59.

sería congruente con las estructuras dogmáticas de la teoría del delito y de la teoría del bien jurídico. En este último caso, podría aportar a la legitimidad de ciertos delitos que protegen, en forma inmediata, bienes jurídicos colectivos o intermedios, y en última instancia o de forma mediata bienes jurídicos individuales.¹⁶⁵⁵

La posición del Derecho comunitaria hoy en día es clara, “[...] la incertidumbre no podrá ser utilizada como refugio para no actuar”.¹⁶⁵⁶ Sin embargo, si aplicamos esta premisa al Derecho penal sexual, más específicamente a la parcela dedicada al castigo de conductas atentatorias contra menores de edad, la precaución justificará con manga ancha la intervención penal. Sería castigado cualquier comportamiento inmoral, mas no lesivo, que alguna mente muy imaginativa y de escaso rigor científico considere como posible de poner en peligro en algún indeterminado momento la libertad, la intimidad o la indemnidad sexual de los menores de edad.

Eso, a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho, es totalmente inaceptable.

¹⁶⁵⁵ *Ibid*, pp. 59-60.

¹⁶⁵⁶ EMBID TELLO, Antonio, “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid: Ed. La Ley, 2010, p. 1223.

4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

La protección de bienes jurídicos en el Derecho penal, se realiza a través de la prohibición de ciertas conductas que los lesionan, o que al menos los ponen en peligro, para que así el instituto cumpla su función de proteger y permitir la participación de las personas en los sistemas sociales.¹⁶⁵⁷ La lesión o puesta en peligro del bien jurídico no debe ser confundida con la *ratio legis*, pues su contenido material es pre-existente a la norma; y tampoco con el resultado exigido en el tipo penal, o sea, el efecto externo más o menos permanente en el sustrato material del bien, que incluso puede ser una puesta en peligro concreta del mismo (resultado de peligro), aunque no exista acuerdo en la doctrina respecto a esto último.¹⁶⁵⁸

La importancia del peligro entonces es clara, pues representa el punto de partida para la intervención penal, así como lo es también su naturaleza, en tanto se trata de un concepto jurídico que puede considerar elementos fenomenológicos, pero que es normativizado por el Derecho penal.¹⁶⁵⁹ La norma jurídico-penal desvalora la conducta, lo que hace a través de un juicio *ex ante*, o el resultado separable, hecho a través de un juicio *ex post*, aunque este último contiene necesariamente a aquella.¹⁶⁶⁰

En el marco de la denominada sociedad del riesgo, donde se configura un Derecho penal del riesgo, una de las herramientas más utilizadas por la política criminal moderna es la tipificación de los denominados delitos de peligro abstracto,¹⁶⁶¹ dejando atrás la habitual técnica legislativa que recurría a los delitos de lesión y los de peligro concreto. Las razones son variadas, pero las más importantes son la gran cantidad de riesgos presentes en la vida –incluso cotidiana– de la sociedad actual, de características postindustriales; los problemas de causalidad entre los resultados lesivos que son generados por estos nuevos riesgos; el carácter sustituible de los operadores de las conductas riesgosas; la redefinición de los baremos de cuidado debido y la proliferación

¹⁶⁵⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, p. 163.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, pp. 162-163; JESCHECK, Hans-Heinrich; y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho...op.cit.*, p. 277.

¹⁶⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro...op.cit.* pp. 31-32.

¹⁶⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 301; ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZALEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal...op.cit.*, pp. 223-224; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 165-167.

¹⁶⁶¹ A pesar de no ser una definición completamente aceptada, e incluso eventualmente errónea, ha sido utilizada de forma permanente por la doctrina. Vid., al respecto, MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos...op.cit.*, pp. 33-34; ¹⁶⁶¹ HIRSCH, Hans Joachim, *Peligro y peligrosidad...op.cit.*, pp. 514-515.

de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.¹⁶⁶² Sin embargo, esta forma actual de legislar parece extenderse bajo un manto de dudas y cuestionamientos sobre su legitimidad, en particular por la anticipación de las barreras de protección, en algunas casos, a conductas que en otras circunstancias no serían punibles ni siquiera a título de tentativa, o lo que es peor, castigando conductas previas de otros que no son delito (como algunas formas de prostitución).¹⁶⁶³

Por lo anterior, se hace imperioso intentar redefinir, vía interpretativa, a los delitos de peligro abstracto, con el fin de comprenderlos como delitos de peligro abstracto-concreto, de la manera que sostienen ESCRIVÁ GREGORI, SCHRÖEDER O CEREZO MIR, entre otros.¹⁶⁶⁴ Los primeros son aquellos en que, de acuerdo a un juicio *ex ante*, se castigan conductas que se entienden peligrosas por regla general, sin que sea necesario que en el caso concreto un bien jurídico haya estado en peligro,¹⁶⁶⁵ estimándose que tienen una víctima solo potencial, o bien que es la sociedad toda, si lo puesto en peligro fuese un bien jurídico supraindividual o colectivo.¹⁶⁶⁶ Los segundos constituyen una categoría incorporada a la doctrina penal por SCHRÖEDER, y por TORÍO LÓPEZ en España, bajo la denominación de delitos de peligro hipotético, y consisten en la tipificación de conductas en las que se exige que se constate la presencia de peligro en base a consideraciones generales, desentendiéndose de algunas –sólo algunas– cuestiones particulares del caso concreto. En consecuencia, para el juez no es necesario constatar la existencia de un resultado, como en los delitos de lesión o de peligro concreto, sino sólo la peligrosidad de la conducta, pero atendiendo a criterios generales en una situación *ex ante*, extraídos de la situación concreta (visión *ex post*). O sea, se busca comprobar que la conducta sea plenamente apta para producir la lesión o el peligro concreto, aunque en el caso específico no haya alcanzado a hacerlo.¹⁶⁶⁷

¹⁶⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión...op.cit.*, pp. 13 y ss.

¹⁶⁶³ CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* p. 55; PARIONA, *El derecho...op.cit.* p. 160.

¹⁶⁶⁴ CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* pp. 71-72.

¹⁶⁶⁵ Así, entre otros, CEREZO MIR, *Los delitos de...op.cit.* p. 239; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho...op.cit.*, p. 514; MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios...op.cit.*, p. 70; BARBERO SANTOS, Marino, *Contribución al estudio...op.cit.*, p. 489; JESCHECK, Hans-Heinrich; y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho...op.cit.*, p. 283; FLORES MENDOZA, Fátima, *Capítulo 7...op.cit.*, p. 100; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...op.cit.*, p. 303; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...op.cit.*, p. 379.

¹⁶⁶⁶ TERRADILLO BASOCO, Juan, *Peligro abstracto...op.cit.*, p. 800; MAQUEDA ABREU, María L., *La idea de peligro...op.cit.*, p. 490.

¹⁶⁶⁷ TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Los delitos de peligro...op.cit.*, p. 825 y ss. De similar manera, pero bajo el nombre de delitos de peligro intrínseco, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general...op.cit.*, p. 619.

El panorama en los delitos de pornografía infantil y juvenil cometidos a través de redes telemáticas o informáticas, el *sexting* y el *cibergrooming*, es muy amplio en este sentido, pues se tipifican conductas directamente lesivas a los bienes jurídicos libertad-intimidad-indemnidad sexuales, junto con otros de peligro concreto, de peligro abstracto y concreto (no nos referimos a los de peligro hipotético, sino a tipos que, dependiendo de ciertas circunstancias, pueden tener ambas naturalezas), y de peligro abstracto. A estos se suman algunos respecto a los que es muy difícil afirmar que producen algún peligro, de cualquier tipo, lo que ha llevado a la doctrina a crear bienes jurídicos para intentar justificarlos desde una perspectiva político-criminal y dogmática, como vimos en el capítulo anterior respecto a las conductas del art. 189.5 CP.

Esta parcela del ordenamiento penal ha sido particularmente sensible a los cambios sociales y tecnológicos de la última década, por lo mismo, se ha exacerbadado la protección de sus bienes jurídicos, especialmente los vinculados con los menores y las personas con discapacidad que requieren especial protección. En particular la indemnidad sexual se intenta salvaguardar a través de la creación de delitos de peligro abstracto, entre otras medidas sustantivas y adjetivas. Esto, a su vez, es causado por el descomunal influjo de las TIC en la vida actual, y en especial en la forma de socialización de los menores de edad, lo que ha generado nuevas manifestaciones de ciberdelincuencia, algunas de ellas vinculadas estrechamente al citado bien jurídico (difusión de pornografía infantil y juvenil, *cibergrooming*, *sexting*, *happy slapping*, etc).

El especial cuidado que el legislador penal tiene con niños y adolescentes no es antojadizo, pero peca de exceso en algunos casos al suponer, sin bases científicas sólidas, la existencia de ciertos peligros en conductas bastante lejanas al bien jurídico. Este legislador da por sentado algunos presupuestos causales difíciles de aceptar de buenas a primera. En concreto, entiende que existe una cadena de sucesos circular que comienza –eventualmente, pues es circular- con determinadas conductas que pondrían en peligro a los menores de forma lejana, como facilitar espectáculos exhibicionistas o captar a un menor con ciertos fines. Esto a su vez fomentaría la ocurrencia de otros hechos y la realización de otras conductas, cuyo peligro para los bienes jurídicos en juego sería mayor, como difundir material pornográfico infantil y juvenil o contactar a un menor con fines lujuriosos. Lo último haría que se cometan sucesivas conductas, que ya no ponen los bienes en peligro, sino que derechamente lo dañan, como la utilización directa de menores para elaborar material pornográfico, los abusos o las agresiones sexuales. Es más, si, por ejemplo, ese material producido cae en manos de un sujeto que

lo posee, aunque sea para uso personal, estaría fomentando que este círculo vicioso siga su curso sin detenerse, y lo mismo ocurriría con quien accede a este material a través de las TIC para su simple visualización.

Hay algunos de estos supuestos que son, a ojos de la ciencias sociales y naturales, casi indiscutibles, pero no todos.

Entre los primeros, no cabe duda alguna que los bienes jurídicos en juego, principalmente la indemnidad sexual, son lesionados a través de ciertas conductas recogidas por el legislador, como las agresiones sexuales, o la utilización de menores para elaborar pornografía, incluso cuando esto se realiza a través de Internet. Las especiales características de la relación víctima-victimario,¹⁶⁶⁸ el perfil de muchos de los agresores, los factores sociales que incentivan el delito, y, sobre todo, las características del daño al bien jurídico que pueden generar estas conductas, fundamentan el castigo a dicha lesión, pero no el castigo a todas las puestas en peligro. Lo mismo puede decirse del supuesto de *sexting* recogido en el art. 197.7, donde existe una evidente vulneración a la intimidad sexual del menor.

Entre los segundos, que duda cabe, la vinculación que el legislador hace entre el consumo, el acercamiento, la elaboración, la difusión y la posesión de pornografía infantil y juvenil, *online* u *offline*, y entre estas y las agresiones sexuales, es lo que mayores problemas genera a la intervención penal, por el poco rigor científico de algunos de los estudios que existen –y que no son abundantes- o bien porque pertenecen a realidades sociales o culturales distintas, u otros momentos históricos. No se ha podido establecer una relación de causalidad clara entre la pornografía en Internet y la violencia sexual, pues en tal relación existirían otros factores, como por ejemplo, las anomalías mentales del delincuente.¹⁶⁶⁹ A su vez, graves y escandalosos hechos de violencia han tenido lugar en sociedades donde no hay Internet o televisión.¹⁶⁷⁰ Frente a

¹⁶⁶⁸ No replicable en todos los casos, sin duda.

¹⁶⁶⁹ “Un delincuente sexual puede, por ejemplo, comenzar al principio sintiéndose satisfecho con meras fantasías desviadas, necesitar más tarde introducir algunas experiencias de conducta desviada, para, finalmente, llevar a cabo la conducta delictiva real, manteniendo en todos los casos el mismo nivel de experiencia emocional”, MCMURRAN, Mary, “¿Es el agresor sexual un adicto al delito?”, traducción de Santiago Redondo Illescas, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Ed. Ariel: Barcelona, 2002, p. 259.

¹⁶⁷⁰ La influencia de la pornografía y la violencia en sicópatas y asesinos en serie ha sido reforzada por testimonios como el de Ted Bundy, autor de más de 40 asesinatos, ejecutado en 1989. En una entrevista dada antes de morir, el sujeto señaló que, a pesar de nacer en un hogar cristiano normal, su adicción a la pornografía fue aumentando de rango, pues comenzó con la denominada “blanda”, para pasar a una más “dura”. Bundy señaló “los más peligrosos son los que incluyen violencia y violencia sexual...hasta que llegas al punto en que la pornografía no da para más. Llegas al punto del salto en que empiezas a preguntarte si quizás llevarlo a la práctica te va a dar eso que no alcanzas sólo leyéndolo o mirándolo”. El

esta duda, GRAHAM estima que esta intervención tiene su costo, pues cada prohibición legal se cobra en la libertad de otros ciudadanos, y deben destinarse recursos para hacer cumplir la ley. Además, prohibir la pornografía, en cualquiera de sus variantes, abre el problema de definir el objeto prohibido, lo pornográfico, cuestión difícil según ya hemos visto en este trabajo.¹⁶⁷¹

Frente a los delitos de peligro concreto, los cuestionamientos, de existir, son más bien débiles, pues se castigan conductas que establecen un peligro real para el menor, como algunos supuestos de *cibergrooming* dirigidos a la elaboración de pornografía infantil y juvenil a través de la Red.

El problema, insistimos, son los delitos de peligro abstracto. El legislador incorpora varios que parecen tener esta naturaleza, como el financiamiento o la obtención de lucro, del art. 189.1 a) o la posesión para difusión, de la letra b) *in fine* del mismo artículo. Y lo que es peor, ahonda el problema al establecer una regulación jurídica que guarda varias incoherencias en relación a la libertad, intimidad o indemnidad sexual de los menores, su capacidad civil, responsabilidad penal, posibilidad de decidir sobre aspectos trascendentes de su vida y el uso de la madurez del mismo como fundamento para la intervención penal.¹⁶⁷² Algunos de los ejemplos contradictorios más graves al respecto son los que se generan, en primer lugar, a partir de la LOIVE, particularmente en sus artículos 13 y 14, que permiten que la menor que tenga al menos 16 años pueda decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo en forma exclusiva. Esto se fundamenta en la madurez intelectual y emocional de la menor para asumir las consecuencias de su vida sexual, la misma que el legislador entiende que no posee en suficiencia para decidir participar de ciertas conductas de connotación sexual –como la elaboración de pornografía (un video íntimo pornográfico) o en un espectáculo exhibicionista (bailar en un club de caballeros)- sin consecuencias penales para quien la acompañe.¹⁶⁷³ En segundo lugar, la regulación del matrimonio civil y religioso en España permiten que un menor de hasta 14 años, cumpliendo ciertos

autor concluye su revisión admitiendo que en muchos de los sicópatas, sobre todo sexuales, hay influencias literarias –como El Marqués de Sade- o cinematográficas –La Naranja Mecánica o Asesinos por Naturaleza-, pero también considera que las películas por esencia influyen en los hábitos o ideas de la gente, a veces para bien, otra para mal, y que la solución no estaría en censurar estas obras, GARRIDO GENOVÉS, Vicente, “La literatura y el cine: ¿Pueden alentar la psicopatía y el sadismo sexual?”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Ed. Ariel: Barcelona, 2002, pp. 296-300.

¹⁶⁷¹ GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación...* op. cit. pp. 126-127.

¹⁶⁷² JIMÉNEZ DÍAZ, María J., *Edad y menor...* op. cit., pp. 48-49; PUEYO, Antonio A.; y ANTEQUERA FARIÑA, Mónica, *Inteligencia y...* op. cit. pp. 69-70.

¹⁶⁷³ MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, *Régimen de los menores...* op. cit., pp. 94-95.

requisitos procedimentales, contraiga matrimonio con persona mayor respecto a sí mismo. Esto implica una decisión trascendente en muchos planos, incluyendo el desarrollo de la sexualidad entre cónyuges. Difícil aplicar aquí el viejo aforismo que dice que quien puede lo más, puede lo menos...

Respecto a estos delitos de peligro abstracto, creemos que la única forma de evitar una transgresión a ciertos principios elementales del Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, como el de intervención mínima y el de ofensividad, es su reinterpretación en clave de delitos de peligro abstracto-concreto, es decir, como señala TORÍO LÓPEZ, comprobando que la conducta sea totalmente apta para producir una lesión o peligro concreto a uno de los bienes jurídicos del trinomio aceptado por nosotros, aunque en el caso específico no haya alcanzado a producirlo.¹⁶⁷⁴

Finalmente, las figuras que mayores problemas ofrecen en este ámbito son las de los arts. 189.5, la adquisición, posesión o acceso a través de Internet u otras TIC a material pornográfico infantil y juvenil. Estas, para no quedar en el margen externo de los límites de legitimidad, también deberían reinterpretarse en clave de delitos de peligro abstracto-concreto, para que no exista un completo desentendimiento de la circunstancias de la situación concreta, aunque sea desde una perspectiva *ex ante*. Sin embargo, la simple elaboración de ejemplos que permitan esto es difícil, por lo que coincidimos con la apreciación de una parte importante de la doctrina que los considera injustificados, innecesarios, moralistas y transgresores con la libertad e intimidad de los sujetos que las realizan.¹⁶⁷⁵ Rechazamos a su vez la otra forma de justificarlos, que es la creación de nuevos bienes jurídicos penalmente protegidos. Creemos que esto abre la puerta para que el legislador comience a incriminar conductas bajo el manto de la incertidumbre científica, lo que implicaría la adopción, en el Derecho penal sexual, del principio de precaución, solución inadmisibles en el siempre delicado equilibrio de derechos y libertades en la vida en general y el ciberespacio en particular.¹⁶⁷⁶

¹⁶⁷⁴ TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Los delitos de peligro...op.cit.*, p. 825 y ss.

¹⁶⁷⁵ O como señala Tamarit Sumalla, aludiendo a episodios de la historia legislativa estadounidense, se trata de una verdadera caza de brujas, como muestra de un proceso de sacralización de la infancia y exaltación de la inocencia. TAMARIT SUMALLA, Josep, “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 102-103.

¹⁶⁷⁶ ROMEO CASABONA, Carlos, *Derecho penal...op.cit.*, pp. 328-330.

CONCLUSIONES FINALES

Luego de haber finalizado la investigación que nos propusimos, y habiendo revisado la legislación, la doctrina y alguna jurisprudencia sobre los temas tratados, hemos arribado a una serie de conclusiones. A continuación revisaremos las más importantes.

Conclusión primera: Comenzamos esta tesis con la revisión a un ámbito extrajurídico, una mirada al entorno que rodea el conjunto de conductas y delitos que desarrollamos en estas páginas. Apreciamos como la sociedad actual ha evolucionado de manera tan significativa que parece razonable afirmar que estamos ante una nueva estructura social. El nombre que se adjudique a esta nueva sociedad es menos importante –al menos para los juristas- que la identificación de sus elementos más significativos, sobre todo en cuanto impactan directamente en el ordenamiento jurídico-penal y sus lineamientos político-criminales. Desde nuestra perspectiva, la información, las redes y el riesgo son los que mayor trascendencia tienen para esta área del Derecho, y en especial para el tipo de delitos que hemos analizado. Las imágenes y videos son información digital que circula por las redes informáticas y telemáticas con una velocidad y extensión sin precedentes en la historia humana, características que acentúan los factores de riesgo en la sociedad actual, y que dan una fisonomía especial al Derecho penal.

Conclusión segunda: Observamos que entre los factores generadores de riesgo en la sociedad actual se encuentran las tecnologías de la información y las comunicaciones, que forman parte de muchos de los procesos de la vida diaria. Si bien BECK parece ubicarlos en un lugar secundario en su propuesta, bajo otras fuentes como la ingeniería genética o la energía nuclear, es innegable que casi todos los ámbitos del quehacer humano tienen incluidos, en mayor o menor medida, procesos y redes informáticas. Esto es más notorio si miramos, incluso superficialmente, la manera como niños y adolescentes viven su día a día. Por lo mismo, se genera una nueva realidad tecno-social, marcada por el paralelismo entre el mundo físico y el denominado ciberespacio, donde el ser humano “vuelca” una parte importante de su vida, producto del fenómeno llamado “convergencia tecnológica”. Se ha generado una nueva forma de interacción social a través de las redes sociales en la llamada Internet 2.0. La Red es un (ciber)

espacio propicio para la creación, modificación y masificación de nuevos riesgos para los bienes jurídicos, lo que no significa que queda fuera del alcance de la regulación jurídica. El Derecho penal los ha enfrentado adaptando sus instituciones más importante, por ejemplo, redefiniendo los límites de los bienes jurídicos individuales, creando nuevos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales; o generando un mayor espacio para los delitos de peligro. Parte de esto es claramente visible en los delitos de connotación sexual cometidos a través de Internet u otras TIC y que involucran a menores de edad. El legislador ha decidido enfrentar estas nuevas formas de delincuencia, ampliando el ámbito de aplicación del Derecho penal no sólo a las conductas cometidas en el mundo físico, sino también en el ciberespacio, pero a un costo importante para algunos derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Conclusión tercera. Existe un grupo de delitos y figuras criminógenas que tienen en común, directa o indirectamente, a la pornografía relativa a menores, que nosotros preferimos identificar como pornografía infantil y juvenil y no simplemente “infantil”, por reflejar de mejor manera el amplio y disímil espectro de niños y adolescentes afectados, desde la perspectiva del lenguaje común. Además, y a pesar de que el legislador haya subido la edad mínima de consentimiento sexual a 16 años, la valoración penal es distinta para el caso de los primeros -niños en sentido estricto- que para los adolescentes, como se puede inferir de la visión global del sistema. El desvalor de la conducta delictiva es mucho mayor en el primer caso que en el segundo, donde encontramos hechos cuyo desvalor es mínimo o inexistente (por ejemplo, las relaciones sexuales consentidas registradas visualmente entre dos jóvenes de 17 años).

Conclusión cuarta. Para apreciar la calidad de pornográfico de un material, con independencia de la existencia o no de una definición legal, es menester acudir a ciertos parámetros extra-jurídicos. Para entender estos, consideramos esencial apreciar el desarrollo histórico que ha tenido la pornografía, concepto que en sí no cuenta con más de dos siglos de vida. Particularmente importante para la apreciación de su significado es el periodo que va de finales del siglo XVIII a principios del siglo XIX, en Inglaterra, donde las obras literarias calificadas hasta cierto momento como pornográficas, fueron utilizadas por artistas o literatos para realizar una fuerte crítica social a la clase política, a la Iglesia y a la familia protestante inglesa, perdiendo el carácter de obsceno a pesar de su fin lascivo. Estos mismos elementos pudieron verse en importantes sentencias de la

Corte Suprema de Estados Unidos, que en los años setenta determinó ciertos criterios constitutivos de lo que podría calificarse como pornográfico u obsceno. Dichos criterios son, por un lado, de carácter positivo, pues se requiere su presencia. Aquí están el interés predominantemente libidinoso, un carácter potentemente ofensivo y los denominados *community standards*, es decir, lo que una comunidad, en un espacio y un momento determinado, considera generalmente como obsceno. Pero también los hay negativos, cuando es necesario que no estén presente, como la ausencia de un serio valor literario, artístico, educativo, científico y/o político.

Conclusión quinta. A nuestro juicio, debemos descartar absolutamente que el valor económico de una obra con contenido sexual determine su carácter pornográfico, como ha sido recogido por cierta doctrina e incluso alguna jurisprudencia. Si bien hoy en día el “porno” es un gigantesco y lucrativo mercado transnacional, incluye al denominado porno *amateur*, donde el interés no es económico (al menos no de forma directa), sino simplemente sexual, favorecido por la facilidad en el intercambio de archivos digitales que genera Internet. Además, entre ciertos grupos de sujetos que producen y/o consumen pornografía infantil y juvenil, el fin de su elaboración es más bien honorífico (ser admitido en un grupo) y no económico. Por último, creemos que la presencia de menores de edad relativizaría el criterio negativo de la ausencia de ciertos elementos, en especial el carácter artístico, toda vez que puede ser usado como excusa para, subiendo el nivel de la producción de imágenes o videos que involucren a niños o adolescentes, quitarles el carácter de pornográfico.

Estos criterios y los de la conclusión anterior serán de gran utilidad para el juzgador al momento de dilucidar los problemas más complejos de calificación de imágenes o videos, como el que se presenta al intentar diferenciar entre simples desnudos de menores y representaciones pornográficas de sus órganos sexuales, por ejemplo.

Conclusión sexta. El concepto de pornografía infantil y juvenil que la LO 1/2015 incorporó al CP fue transpuesto casi íntegramente de la Directiva 2011/93/UE. Su tipificación incorpora una serie de elementos de dudoso alcance, que de interpretarse con cierta displicencia o un criterio muy amplio, podrían derivar en un contenido de muy escasa ofensividad a los bienes jurídicos protegidos, además de reñido con la *lex stricta* y la intervención mínima. Esto ya que el legislador parece querer incorporar en

esta definición parte de la denominada pornografía infantil y juvenil aparente, que es aquella donde no se utilizan directamente menores de edad. Para evitar eso, sostenemos que es necesaria la interpretación de los cuatro supuestos típicos a través del baremo de la “utilización”, contenido en el encabezado del párrafo y en la descripción de las conductas de las letras a) y b) del art. 189.1, entendida como un abuso o aprovechamiento de los menores para la creación de las imágenes o videos pornográficos que los representen en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas. No hay que olvidar que estamos frente a delitos calificados de “explotación y corrupción de menores” lo que excluye la simple participación desprovista de ofensividad a los bienes jurídicos.

Conclusión séptima. El criterio de la “utilización” resulta muy conveniente en especial para restringir los alcances de las letras b) y d), pues la representación de los órganos sexuales de un menor o las imágenes realistas (pornografía infantil y juvenil virtual y pornografía infantil y juvenil técnica) sólo podrán considerarse dentro del ámbito típico si se han obtenido de un menor real utilizado para estos fines, en el primer caso, o utilizado directamente para la creación del material realista, en el segundo. Este último es más evidente desde nuestra perspectiva, pues a un dibujo o recreación digital no se le puede calificar de “menor”, pues este calificativo responde a criterios biológicos (nacimiento) y cronológicos (edad), que una imagen no tiene, por muy realista que sea. Además, el propio CP reconoce que existe pornografía donde se representa a menores de edad pero que no es pornografía infantil según la definición del art. 189, como es el caso de aquella mencionada en el art. 183 ter 2.

Insistimos en que otra interpretación permite introducir en este artículo pornografía que no lesiona los bienes jurídicos libertad o indemnidad sexual de los menores, y cuya peligrosidad es cuestionable, según vimos en el último capítulo. Sólo restaría asumir que el legislador quiere castigar las tendencias pedófilas de quienes elaboran o consumen este tipo de material sin utilizar a menores reales para ello, lo que pugna con el principio de culpabilidad. Por último, el supuesto de la letra c) es el mejor ejemplo de una técnica legislativa deficitaria, pues estamos ante una norma de contenido circular que incluye pero excluye al mismo tiempo el caso de pornografía infantil y juvenil aparente en que adultos simulan ser menores de edad, tornándose en una disposición inaplicable.

Conclusión octava. Junto al fenómeno de la pornografía infantil y juvenil en Internet hay otros dos estrechamente relacionados: el *cibergrooming* o ciberacoso sexual a menores y el *sexting*, o envío de material pornográfico a través de las TIC por parte de menores. Los elementos en común son el involucrar a niños y adolescentes, realizarse a través de Internet u otras TIC y la presencia de pornografía relativa a los primeros. El legislador ha decidido incriminarlos con distintos alcances y consecuencias, incluso diversos a lo que él mismo tenía contemplado en primera instancia.

En el primero de los casos, preferimos la denominación *cibergrooming* en vez de ciberacoso sexual a menores, porque el verbo *to groom* incluye conductas unitarias de acercamiento, preparación o acicalamiento que no constituyen acoso, aunque sea esto el grueso del fenómeno. El legislador trasladó al art. 183 ter 1) lo que incorporó en el art. 183 bis la LO 5/2010, aborbiendo una parte considerable del fenómeno en estudio, pero no todo. La exigencia de conductas complejas en el art. 183 ter y la presencia de figuras agravadas permite subsumir los supuestos más comunes de *cibergrooming*, que suelen implicar la solicitud al menor, vía seducción, engaño o chantaje, de imágenes o videos de carácter pornográfico, con lo que puede transformarse en antesala para algunos de los delitos de pornografía infantil y juvenil contenidos en el art. 189 del CP.

No obstante, el tipo penal también presenta algunos vacíos importantes, pues las conductas de los *groomers* que prefieren mantener sólo una “relación virtual” con un menor de 16 años, sin la finalidad de un posterior contacto físico, serían impunes al tenor del art. 183 ter 1, a pesar de ser una forma comisiva totalmente admisible en el marco de las relaciones de este tipo en Internet, e idóneo para afectar a los bienes jurídicos en cuestión. Estas conductas tampoco podrían ser subsumidos por otros delitos de acoso, como el del art. 184, por ausencia del contexto requerido, ni forman parte de otros fenómenos criminógenos en la Red, como el *ciberbullying* o el *ciberstalking*. Deberán ser incardinados al 183.2, aunque no toda forma de acercamiento telemático implica embaucamiento, que es una forma especial de engaño aprovechando el candor o ignorancia sexual de la víctima, algo cada vez menos común entre los adolescentes actuales, pero muy normal en los niños. Subsidiariamente, quedan las opciones de aplicación de los artículos 185 y 186, para aquellos supuestos de *cibergrooming* no subsumibles en las normas anteriores, cuestión no exenta de los cuestionamientos que mencionaremos en los siguientes párrafos.

Conclusión novena. Por su parte, en relación al envío de pornografía a través de las TIC por parte de menores de edad o *sexting*, es un fenómeno que llamó la atención de la criminología en EEUU, donde ha sido penalizado en varios Estados. Se trata de una serie de conductas determinadas realizadas por menores de edad (esto es esencial), solitariamente o en conjunto, y que el legislador ha recogido apenas de forma parcial en el CP, lo que consideramos acertado aunque no haya sido la intención de aquel. Esta incongruencia se debe, al igual que en el *cibergrooming*, a una deficiente observación y estudio de los fenómenos antes de incorporarlos al ámbito penal, así como a una poco razonada política-criminal en torno a la conveniencia de castigar conductas propias de los adolescentes, donde se refleja la forma que estos tienen de ver la sexualidad o la intimidad.

Con ello queremos afirmar que el art. 183 ter 2, al contrario de lo que alguna doctrina ha señalado, no contempla ni penaliza el fenómeno del *sexting*, sino que actos ciertamente relacionados, pero más bien propios del *cibergrooming*, y previos al envío de material pornográfico de menores (que puede o no estar subsumido en el art. 189.1 letra b, inciso segundo) recién señalado. Para poder determinar qué tipos penales pueden absorber las conductas, al margen por ahora de su conveniencia, es necesario conocer y comprender las etapas del fenómeno. De estas, la fase en que el menor actúa en solitario creando o difundiendo material pornográfico de sí mismo (*sexting* primario) debiese quedar fuera del Derecho penal, pues no hay daño alguno penalmente relevante a sus bienes jurídicos. De difundirlo a través de Internet u otras TIC, sólo casos de cierta gravedad, como hacerlo entre niños o ciertas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, justificarían la aplicación del art. 186, el único que subsumiría tal conducta.

Debemos descartar la eventual subsunción de todos los supuestos de *sexting* en los delitos de pornografía infantil y juvenil, pues el material pornográfico que pudiera producir él o los menores no reviste las formas exigidas por el art. 189, debido a la ausencia de una “utilización del menor”. Si la hubiera, no habría *sexting*, sino otro fenómeno.

Conclusión décima. Desde una perspectiva político-criminal, consideramos que la inclusión explícita del *sexting* en el CP o su subsunción en otros tipos es desaconsejable por las siguientes razones: estamos ante fenómenos sin el desvalor suficiente, propios de la adolescencia, en cuya base juega un importante rol la voluntad o el consentimiento de

los mismos; la libertad o indemnidad sexuales podrían no verse afectadas, por tratarse de actividades naturales de una determinada etapa del desarrollo humano, al menos en el caso de los adolescentes; y por último, esta actividad se realiza entre menores de edad, en un contexto de normalidad acorde a su estado evolutivo, a pesar de que, eventualmente, puedan producir algunas consecuencias no deseadas en su entorno educacional, social o incluso a nivel psicológico. El más evidente ejemplo de este último caso es el de aquellas fases del *sexting* en que el receptor de una imagen o video que ha sido enviada voluntariamente lo difunde a través de las redes sin la anuencia del emisor. Sostenemos que estas partes del fenómeno (*sexting* primario, cuando participan dos o más sujetos, y *sexting* secundario) son posibles de incardinar en el art. 197.7, si se cumplen además los otros requisitos típicos, entre ellos el grave menoscabo a la intimidad de la persona. La norma exige esa doble etapa del consentimiento: presente para la entrega del material íntimo, pero ausente para la difusión, revelación o cesión.

Conclusión décima primera. Consideramos que la falta de autorización expresa en la difusión de fotografías o videos de actividades sexuales íntimas otorga desvalor penal suficiente al hecho como para ameritar el castigo. El alto poder difusor, el daño que puede generar esto al normal desarrollo del menor y la edad de las víctimas lo justifican plenamente. Las formas en que los menores entienden la intimidad hoy en Internet no hace que pierdan la capacidad de controlar lo que ocurre con las imágenes o videos que han cedido a un tercero sin permitir su difusión. Tal como el legislador le reconoce al menor un cierto ámbito de libertad para consentir algunas conductas sexuales, esa misma voluntad se le debe reconocer para resguardar su intimidad sexual, teniendo control sobre las imágenes o videos que puedan ser captados o cedidos dentro de ese ámbito espacial. Lo contrario equivale en el ciberespacio a jamás recuperar el control sobre dicho material.

Conclusión décima segunda. En el *sexting*, así como en el *cibergrooming*, el legislador ha cometido un error importante, al no restringir el sujeto activo de las figuras aplicables sólo al adulto, como sí lo hace la Directiva 2011/93/UE. De esta forma no se dejaría una puerta abierta a la criminalización de hechos propios del ámbito de jóvenes y adolescentes sin el suficiente desvalor para ser castigados, y se lograría mantener una mínima coherencia dentro del sistema en el trato y defensa jurídica de los menores de edad. El legislador no puede perder de vista, si quiere ser coherente con sus propias

medidas, que las iniciativas legales que pone en marcha buscan la protección de niños y adolescentes, lo que debe incluir también el no involucrarlo indebidamente e innecesariamente en el proceso penal. La experiencia y el sentido común nos han demostrado los negativos efectos que provoca en las personas, en especial menores, el verse expuesto a la maquinaria judicial (doble victimización, estigmatización social, etc.), pero esta referencia indiscriminada a los sujetos activos permite que los menores pasen de víctimas a victimarios sin mayor esfuerzo.

Conclusión décima tercera. Habiendo realizado una revisión panorámica de la evolución histórica del Derecho penal español en la regulación de los delitos sexuales y el bien jurídico protegido en estos, y teniendo ya a la vista los tipos penales necesarios del CP tras las reformas de 2015, podemos apreciar una línea oscilante entre bienes jurídicos colectivos e individuales. Durante décadas el legislador protegió la honestidad sexual y la moral sexual públicas, pero pocos años antes de la promulgación del CP de 1995, introdujo al sistema de forma expresa la libertad sexual, haciendo lo mismo tiempo después con la indemnidad sexual. Con esto, construyó un sistema de delitos sexuales contra menores que giraba en torno a bienes jurídicos individuales. Sin embargo, las reformas de los últimos años han dado pie a la doctrina para reconocer otra vez una política criminal orientada hacia intereses moralizantes, apreciable con claridad en los delitos objeto de nuestra investigación, como la posesión de pornografía infantil y juvenil.

Para intentar dilucidar cuáles son los bienes jurídicos efectivamente protegidos por el legislador en los delitos estudiados, tuvimos que realizar un análisis individual y global de los tipos penales involucrados. Era necesario dejar de lado lo que esperábamos o queríamos que el legislador protegiese, frente a aquello que en realidad, vistas las normas existentes, está protegiendo. Nuestra posición es que, de forma razonable desde una perspectiva dogmática y político-criminal, el legislador protege tres bienes jurídicos en los delitos de pornografía infantil y juvenil a través de Internet, *cibergrooming* y *sexting*: la libertad sexual, la indemnidad sexual y la intimidad sexual de los menores, lo que hace a través de delitos de lesión y de peligro. Sin embargo, entre estos últimos, hay una figura en particular que difícilmente proteja los bienes recién nombrados, ni siquiera de forma abstracta, como diremos luego. Se trata del art. 189.5, en que el legislador parece proteger, desgraciadamente, la moral sexual, pero no la pública, sino

una determinada moral sexual que refleja la forma de ver estos fenómenos de aquellos que detentan hoy el poder.

Conclusión décima cuarta. La libertad sexual, como derecho fundamental y manifestación concreta de la libertad personal o libertad de la voluntad individual, es inherente a todo ser humano, lo que incluye a los menores de 16 años. Ellos tienen libertad sexual y la ejercen de distintas maneras (descubrimiento individual de la sexualidad, primeras aproximaciones sexuales con otro menor de 16 años, etc.), sin que tengan relevancia penal. No obstante, el legislador estima que, bajo un cierto rango etáreo, no tienen la madurez necesaria para moverse autónomamente en la vida sexual.

En relación a esto, apreciamos que suele confundirse la libertad en el ámbito sexual como un derecho fundamental con la libertad sexual como bien jurídico penal, cuando su naturaleza, sus ámbitos y características son distintas. El bien jurídico es una creación del legislador y por tanto no puede operar como un límite para éste al momento de establecer nuevos delitos, lo que sí ocurre con los derechos fundamentales. Los menores, en algunos supuestos, son titulares de la libertad sexual como bien jurídico, pudiendo ejercerla libremente. Esto se ve reafirmado con la inclusión del art. 183 quater, que establece una regla de exención de responsabilidad penal por falta de tipicidad cuando el autor sea próximo al menor de 16 tanto en edad como en grado de desarrollo y madurez. La norma reconoce que, incluso bajo los 16 años, el menor puede disponer de su vida sexual si lo hace libremente con alguien mayor pero cercano en los términos dichos. Más evidente aún en el caso en que el menor es involucrado sin su consentimiento libre en un contexto sexual por una persona que sí es próxima a él en grado de madurez y desarrollo. Es claro aquí que lo protegido es la libertad sexual de estos menores en particular. Cosa similar ocurre con los menores de edad entre 16 y 17 años, quienes pueden participar libremente en la elaboración de pornografía infantil y juvenil, lo que implica el no ser utilizados para ello. Por ejemplo, una pareja de 17 años que mantiene relaciones sexuales libres y decide grabarse.

Si bien la regla del art. 183 quater está limitada a los delitos del Capítulo II Bis, creemos que su contenido puede ser utilizado para determinar en qué casos no habría “utilización” de menores para la elaboración de pornografía infantil y juvenil.

Conclusión décima quinta. Sin embargo, en aquellos casos en que el menor de 16 años realiza una actividad sexual de forma libre, pero con alguien que no es próximo en los

términos ya señalados, se generará responsabilidad penal para este. Por ende, lo que aquí se protege ya no es la libertad sexual del menor, pues el legislador no le autoriza a ejercerla bajo ciertas condiciones sin responsabilidad penal para el tercero. Consideramos entonces que lo protegido penalmente en los delitos sexuales en estudio es algo distinto a la libertad sexual, que en palabras del propio legislador es la indemnidad sexual.

Este bien jurídico representa el interés del Estado por preservar a los menores de ciertas conductas de contenido sexual, con o sin su voluntad, principalmente cuando participan sujetos de mayor edad, con el objetivo de proteger y permitir el normal desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual, su bienestar sexual síquico, físico u otros que ha desarrollado la doctrina en concordancia con lo dispuesto en la CE y que constituyen el contenido de este bien jurídico. Aunque el título de los epígrafes en el CP fuese una mera directriz político-criminal, no puede descartarse que en la mayoría de los casos coincide con el bien protegido, cuestión que creemos ocurre con la indemnidad sexual de los menores de edad que no pueden ejercer su libertad sexual. Existe una interrelación de estos bienes jurídicos, deslindan el uno con el otro.

Conclusión décima sexta. El bien jurídico intimidad incluye la intimidad sexual, resguardando la capacidad de la persona para decidir en un ámbito tan personalísimo como el ejercicio de la sexualidad, que puede manifestarse en un ambiente físico o en el ciberespacio. El contenido de la intimidad sexual del menor comprende su faz negativa, en cuanto reconoce un ámbito reservado de la vida privada de aquel frente a las injerencias de terceros; y la faz positiva, pues reconoce un derecho a controlar la información y los datos de su propia persona o familia, para que puedan ser usados sólo bajo su voluntad. Las imágenes o videos que registren ámbitos de intimidad del menor pueden asimilarse analógicamente a estos datos o a esta información, en los términos del art. 197.7, según hemos visto párrafos antes.

Que duda cabe que los menores han redefinido los contornos de su intimidad en Internet, exportando mucho de su ámbito privado a través de plataformas como las redes sociales 2.0. Con ello asumen también una cuota de riesgo, que estimamos es legítima en cuanto sus condiciones de madurez y desarrollo lo permiten, pero ello no los lleva a asumir todos los riesgos, menos cuando han decidido restringir uno de sus ámbitos, como la circulación indiscriminada de sus imágenes o videos de contenidos sexual íntimo, de la manera en que se tipifica en el numeral 7 del art. 197. Por lo mismo,

podemos afirmar que los supuestos de *sexting* penalmente relevantes y tipificados en la norma indicada son delitos contra la intimidad sexual del menor, si de un niño o adolescente se tratara, y sólo en términos amplios pueden considerarse delitos sexuales, por la especial parcela de intimidad que resguardan.

Conclusión décima séptima. Por desgracia el legislador no ha recogido un criterio cronológico expreso en estos delitos que permita una distinción entre niños y adolescentes, lo que complica la resolución de problemas como la edad o el momento en que un menor puede disponer de su intimidad (por ejemplo, para la difusión de material pornográfico de sí mismo). De *lege ferenda*, consideramos importante señalar un límite de estas características; de *lege lata*, estimamos que será necesario extraerlo de la visión holística del sistema jurídico. Así, el criterio “capacidad natural de juicio y comprensión del menor”, recogido normativamente como “madurez”, debe integrarse con las disposiciones de la LO 5/2000, que exime de responsabilidad penal a los “niños” –según expresa en la exposición de motivos- menores de 14 años; los artículos 155 y 156 CC, sobre patria potestad, en que se escuchará a estos cuando tengan al menos 12 años y tuviera suficiente madurez; el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, que considera los 12 años para ser al menos escuchado por el médico en ciertas intervenciones; el art. 12 de la Convención de derechos del niño, que apela a la edad y madurez para expresar libremente su opinión; o el art. tercero de la LO 1/1982, que permite consentir, al menos civilmente, sobre su intimidad o propia imagen si su condiciones de madurez lo permiten. Es decir, el juzgador deberá considerar especialmente la situación de los menores cuando estos tengan una edad entre 12 y 14 años o superior, en consideración a su grado de madurez en el ámbito sexual, para determinar el valor del consentimiento que ha entregado en un acto sobre el ejercicio de su sexualidad.

Conclusión décima octava. Se ha sostenido en esta tesis que la irrupción de las nuevas tecnologías y su impacto en la realidad tecno-social ha sido recepcionada por el CP. Sin embargo, ese impacto tiene aún alcances normativos restringidos. Creemos que no es posible sostener que estemos frente a un nuevo bien jurídico nacido en el actual modelo social en el ámbito de los delitos sexuales contra menores por Internet. En el Derecho penal actual, donde prácticamente no se discute la existencia de bienes jurídicos distintos a los individuales, una parte de la doctrina ha barajado la opción de un bien

jurídico colectivo en los delitos estudiados. Se señala, por ejemplo, el uso seguro de Internet y las TIC por parte de los menores, cuya naturaleza es más bien de *ratio legis* y no de bien jurídico. Se confunde, a nuestro entender, el concepto metodológico de este último con el objeto de protección del injusto penal.

También se incluye la opción de un colectivo social, como serían los menores de edad, de forma similar a la protección penal de los consumidores o de las personas de la tercera edad. Sin embargo, esto debe descartarse, pues el paralelismo demuestra que en el caso de los consumidores, finalmente se protegen algunos intereses individuales de este o bien otros de tipo supraindividual, como el mercado en sus condiciones básicas de funcionamiento. En el caso de las personas de la tercera edad, el legislador no les da un tratamiento específico y diferenciado, sino que lo hace a través de diversas disposiciones desperdigadas en el CP que protegen distintos bienes jurídicos, la mayoría de ellos individuales, como la integridad física o síquica (lesiones) o el patrimonio (estafa contra personas mayores), por ejemplo. Más que bienes jurídicos, estos u otros colectivos constituyen objetivos de protección político-criminales, que orientan la labor del legislador de proteger ciertos bienes jurídicos pertenecientes a los individuos de esos grupos.

La revisión de las normas y principios jurídico-penales en estos capítulos nos llevan a pensar que la única opción viable es mantener el trinomio libertad-indemnidad-intimidad sexuales en el caso de los delitos de pornografía infantil y juvenil por Internet, *cibergrooming* y *sexting*, ante la imposibilidad de hablar de un bien jurídico colectivo de contenido y límites concretos. Por desgracia el legislador da pie para entrar en esta confusión, con la tipificación de conductas difícilmente legitimables a la luz de los bienes jurídicos tradicionales. Por lo mismo, es importante determinar la naturaleza de la protección que se da a los bienes jurídicos, en el sentido de analizar si lo punible es una lesión o una puesta en peligro de los mismos, y de qué tipo de peligro hablamos.

Conclusión décima novena. La existencia de un peligro para el bien jurídico es el punto de partida para la intervención penal. Las conductas descritas en los delitos aquí estudiados encajan en una sociedad marcada por la digitalización de los contenidos, la convergencia tecnológica, la masividad de Internet y la hipersexualización, que constituyen los elementos que aumentan el riesgo para ciertos grupos vulnerables, como los menores de edad. Pero el recurso a los delitos de peligro implica siempre la anticipación de las barreras de protección, lo que en el caso de los delitos de peligro

abstracto es vulneratorio del principio de intervención mínima, llevando al legislador a punir conductas que usualmente no lo serían ni aún como tentativa.

Lo anterior exige intentar redefinir, vía interpretativa, a los delitos de peligro abstracto, con el fin de comprenderlos como delitos de peligro abstracto-concreto o hipotético. Estos consisten en la tipificación de conductas en las que se exige que se constate la presencia de peligro en base a consideraciones generales, desentendiéndose de algunas –sólo algunas- cuestiones particulares del caso concreto. En consecuencia, para el juez no será necesario constatar la existencia de resultado, como en los delitos de lesión o de peligro concreto, sino sólo la peligrosidad de la conducta, pero atendiendo a criterios generales en una situación *ex ante*, extraídos del caso concreto (visión *ex post*). O sea, se busca comprobar que la acción sea plenamente apta para producir la lesión o el peligro concreto, aunque en el caso específico no haya alcanzado a hacerlo.

Consideramos que es esta categoría de delitos de peligro la que permite interpretar algunos de los tipos penales de pornografía infantil y juvenil o *cibergrooming*. De esta forma se pueden reducir los efectos nocivos que provoca el uso de ciertas herramientas de la actual política criminal en materia de delitos sexuales, que genera la transgresión a algunos principios básicos del Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho.

Conclusión vigésima. El paternalismo del legislador frente a la libertad o indemnidad sexual de los menores no es arbitrario, pero peca de excesivo en algunos casos al suponer, sin bases científicas sólidas, la existencia de ciertos peligros en conductas bastante lejanas al bien jurídico. La política-criminal en materia de delitos de pornografía infantil y juvenil, *cibergrooming* o *sexting* asume sin mayor cuestionamiento algunos presupuestos causales de difícil aceptación, que unen, por ejemplo, la posesión de material pornográfico infantil y juvenil con el aumento de los abusos y agresiones sexuales a menores.

Hay algunos de estos presupuestos que son casi incuestionables, pues es difícil negar que la libertad o la indemnidad sexual de los menores es lesionada a través de ciertas conductas típicas, como la utilización directa de menores para elaborar pornografía del art. 189, incluso cuando esto se realiza a través de Internet. Lo mismo ocurre con las conductas de *sexting* incluidas en el art. 197.7, que lesionan la intimidad sexual del menor involucrado. La evidencia científica en torno a la relación víctima-victimario, el perfil del agresor sexual, en especial el que actúa a través de las redes

sociales, o las características del daño al bien jurídico que pueden generar estas conductas, fundamentan el castigo a dicha lesión, pero no el castigo a todas las puestas en peligro.

En el caso de los delitos de peligro concreto hay una aceptación mayoritaria a su incriminación, lo que compartimos, por considerar que se castigan conductas que establecen un peligro real para los bienes jurídicos del menor. Entre las figuras estudiadas, incluiríamos algunos supuestos de *cibergrooming*, aquellos dirigidos a la elaboración de pornografía infantil y juvenil del art. 189 a través de la Red, o los de las figuras subsidiarias de los artículos 185 o 186 cuando se cometen en el ciberespacio.

Conclusión vigésima primera. El legislador español tipifica una serie de conductas asociadas a la pornografía infantil y juvenil, de distinto grado de injusto, con la intención de castigar la “cadena de producción” asociada a este mercado. A nuestro parecer, el rango de acciones tipificadas se transforma en una especie de cláusula de cierre del sistema de delitos sexuales contra menores, e intenta darle algo de coherencia al mismo. Sin embargo, esta “virtud” se intenta alcanzar a costa de algunos tipos penales abiertos u otros de claro corte moralizante, siendo el acceso a pornografía infantil y juvenil a través de Internet el mayor emblema.

El castigo de “cadenas de producción” es una técnica que el legislador usa en otros ámbitos criminógenos, como el del tráfico de drogas. Sin embargo, creemos que no es posible asimilarlo al de la pornografía de menores, sobre todo en el nivel más bajo de la cadena (consumidor), tanto por razones tecno-sociales, como la naturaleza digital de la pornografía en redes versus la naturaleza física de las drogas, como por razones político-criminales, pues en los delitos de drogas se busca proteger al consumidor, mientras que en los relativos a la pornografía el simple consumidor es un sujeto combatido por el Derecho penal, es razón más de su conducta inmoral que en base a su peligrosidad, como vemos.

Muy cuestionable es la vinculación que hace el legislador entre el consumo, la elaboración y difusión de pornografía infantil y juvenil, sea o no en Internet, y entre estas y las agresiones sexuales físicas. Pocos son los estudios que intentan abordar tal relación, y la gran mayoría de ellos cuenta con poco rigor científico, siendo contaminados con intereses políticos o religiosos. Además, pertenecen a momentos y lugares distintos entre sí, reflejando diferentes realidades socio-culturales. Por lo mismo es posible afirmar que no hay una relación de causalidad claramente establecida, y más

allá de toda duda razonable, entre la pornografía en Internet y la violencia sexual física, pues existen también en esa relación otros factores a considerar, como las anomalías mentales del agresor, entre otras.

Conclusión vigésima segunda. De la categoría de delitos de peligro abstracto son algunos supuestos del número 1 letras a) y b) del art. 189, cómo la obtención de lucro o la posesión para difusión; financiamiento directo para la elaboración de material pornográfico en que se utilizan niños o adolescentes; la difusión o exhibición del art. 189.1 b); la posesión de material pornográfico infantil y juvenil, particularmente la del art. 189.1 b), *in fine*; el tráfico de pornografía infantil y juvenil en sentido amplio de la misma letra b); la difusión de material pornográfico de cualquier tipo entre menores, del art. 186; y la figura del art. 185.

Para que estos delitos no queden en el margen externo de los límites de legitimidad, al transgredir los principios de intervención mínima u ofensividad, deberían reinterpretarse en clave de delitos de peligro abstracto-concreto, logrando así que no exista un completo desentendimiento de algunas de las circunstancias de la situación concreta, aunque sea desde una perspectiva *ex ante*. Esto significa comprobar que la conducta sea totalmente apta para producir una lesión o una puesta en peligro concreta a uno de los bienes jurídicos del trinomio propuesto, aunque en el caso específico no haya alcanzado a producirlo.

Conclusión vigésima tercera. Por último, los delitos incorporados en el art. 189.5, es decir, la adquisición, posesión o acceso a través de las TIC de pornografía infantil y juvenil para uso propio, son casi injustificables desde el punto de vista dogmático e insostenibles desde una política-criminal respetuosa con los derechos fundamentales. Creemos que incluso su reinterpretación como delitos de peligro abstracto-concreto es difícil en extremo, pero no por falta de voluntad para ello. Por lo mismo, coincidimos con la visión de una parte importante de la doctrina que los considera injustificados, innecesarios, moralistas y transgresores con la libertad e intimidad de los sujetos que las realizan. Consideramos que, de *lege lata*, sólo se justifican en base a la lesión de un bien jurídico como la moral sexual “colectiva” (con un gran signo de interrogación esto último por la legitimidad política de una reforma con escasa pluralidad), opción que los penalistas deberíamos rechazar, pero que el legislador se empeña en mantener, a la

usanza de los códigos penales vigentes en oscuros periodos de la historia reciente de este país.

Esta tendencia ultra incriminadora del legislador, sumado a la ausencia de una cientificidad mínima para fundamentar sus decisiones político-criminales (como en las relaciones causales o en los límites de edad), crea una situación similar a la que se produce en otros ámbitos del Derecho penal o del administrativo sancionador, con el principio de precaución. Una postura de tales características, donde el legislador comience a incriminar conductas bajo el manto de la incertidumbre científica, llevaría al Derecho penal sexual a situaciones tanto o más inadmisibles que las contenidas en el art. 189.5, rompiendo el siempre delicado equilibrio de derechos y libertades en la vida en general y en el ciberespacio en particular. Se castigaría un peligro abstracto que no es reinterpretable ni siquiera como peligro abstracto-concreto, bajo la premisa de “legislar por si acaso”, obviando la existencia de los principios más básicos del Derecho penal, así como su poder estigmatizador para quien resulta involucrado en un proceso criminal, más si se trata de delitos sexuales contra menores de edad.

Conclusión vigésima cuarta. Tenemos la convicción de que un Derecho penal sexual en una sociedad globalizada y multicultural debe obstaculizar toda pretensión de imposibilitar una libre opción en el ámbito de la sexualidad, es decir, se le exige que tutele principalmente la libertad o la indemnidad en el caso de los menores, además de la intimidad en el mismo ámbito, sin inspirarse en una concreta valoración sexual con pretensiones de globalidad o en simples sentimientos o ideales.

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS MONOGRÁFICOS U OBRAS COLECTIVAS

AAVV, *Memento práctico penal 2011*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2011.

ABOSO, Gustavo E.; ZAPATA, María Florencia, *Cibercriminalidad y derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: Ed. B de F, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, María, “Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores”, en VÉLEZ NÚÑEZ, Rafael (Ed.), *Géneros extremos/ extremos genéricos. La política cultural del discurso pornográfico*, Cádiz: Ed. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2006.

ACOSTA GONZÁLEZ, Nicolás, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores”, en DÍAZ PARALEA, M^a Dolores; y SANTANA VEGA, Dulce, (Coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid: Ed. Reus, 2008.

AEBI, Marcelo F., *Temas de criminología*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008.

AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de precaución; 1896-2000*, Madrid: Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente, 2003.

AGUADERO, Francisco, *La sociedad de la información*, Madrid: Ed. Acento, 2002.

AGUADO LÓPEZ, Sara, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (5): exhibicionismo y provocación sexual”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010.

- “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (6): delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Disposiciones comunes”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010.

AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos: Una aproximación multidisciplinar*, Madrid: Ed. Edisofer, 2011.

AGUSTINOY GUILAYN, Albert, *Régimen jurídico de los nombres de dominio: estudio práctico sobre sus principales aspectos técnicos y legales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2002.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes; y JAVATO MARTÍN, Antonio, “La protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa” en JAVATO MARTÍN, Manuel; y DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dir.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en LAMARCA PÉREZ, Carmen *et al*, *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Colex, 2011.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

AMADEO GADEA, Sergio Luis (Coord.), *Informática y nuevas tecnologías*, Madrid: Ed. La Ley, 2001.

ANARTE BORRALLA, Enrique; y DOVAL PAIS, Antonio, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos contra la intimidad y los datos personales”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010.

APARICIO PÉREZ, Miguel; y BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè (Coords.), *Manual de derecho constitucional*, 2ª edición, Barcelona: Ed. Atelier, 2012.

ARAGÓN VARO, Asunción, “La pornografía ilustrada: Inglaterra, siglo XVII”, en VÉLEZ NÚÑEZ, Rafael (Ed.), *Géneros extremos/ extremos genéricos. La política cultural del discurso pornográfico*, Cádiz: Ed. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2006.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Estudios de la parte especial del derecho penal*, 2ª edición, Madrid: Ed. Iure (Akal), 1994.

- “Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental”, en AAVV, *Cuadernos de derecho judicial. Internet y derecho penal*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2002.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*, 2ª edición, Madrid: Ed. Universitaria Ramón Aceres, 2010.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de derecho constitucional, Volumen II*, 7ª edición actualizada a septiembre de 2012, Madrid: Ed. Tecnos, 2012.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) *et al*, *Introducción al derecho constitucional*, Madrid: Ed. Tecnos, 2011.
- BALARCE, Fabián I., *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, Buenos Aires: Ed. B de F, 2009.
- BALMACEDA H., Gustavo; HENAO C., Luis Felipe, *Sociedad del riesgo y bien jurídico penal*, Santiago: Ed. Jurídica, 2005.
- BARROS, Oscar, *Tecnologías de la información y su uso en gestión*, Santiago de Chile, Ed. McGraw Hill, 1998.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Madrid: Ed. Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Ed. Paidós, 2006.
- BELL, Daniel, *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Madrid: Ed. Alianza, 1994.
- BELLO LANDROVE, Federico, “Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes”, en JAVATO MARTÍN, Manuel; y DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dir.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- BENEYTO ARROJO, Mª José; y MARTÍNEZ RUBIO, David, “características y tratamiento de los abusadores de menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María; y ORTS BERENGUER, Enrique (Coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2014.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español. Tomo II, el sistema de la parte especial. Volumen I, delitos contra bienes jurídicos individuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2005.
- BOIX REIG, Francisco, *El delito de estupro fraudulento*, Madrid: Ed. Instituto de Criminología, Universidad Complutense, 1979.
- *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Madrid: Ed. Iustel, 2010.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., “Artículo 189”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José L., y ROMEO CASABONA, Carlos M., *Comentarios al código penal, Parte especial*, Volumen II, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2004.

- “Pornografía infantil en la red: fundamento y límites de la intervención del derecho penal”, en ROMEO CASABONA, Carlos; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (Eds.); ARMAZA ARMAZA, Emilio (Coord.), *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada: Ed. Comares, 2010.

BOTELLA LLUSIÁ, José, “Una interpretación biológica de la sexualización del mundo actual”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977.

BOURKE, Joanna, *Los violadores. Historia del estupro de 1860 a nuestros días*, traducción de Enrique Herrando Pérez, Barcelona: Ed. Crítica, 2009.

BRAGE CENDÁN, Santiago, *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP*, Granada: Ed. Comares, 2001.

BREY, José Luis *et al*, *Derecho constitucional de España (sistema de la Constitución de 1978)*, Madrid: Ed. Universitas, 2006.

BUSTAMANTE DONAS, Javier, “Los derechos humanos de cuarta generación y sus implicancias en la sociedad contemporánea”, en AAVV, *Los derechos humanos en internet*, Madrid: Ed. Cideal, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el código penal de 1932)”, en AAVV, *Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa (Número monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, Madrid: Ed. Universidad Complutense, 1986.

- *Obras completas. Derecho penal. Parte general. Tomo I*, 2ª edición, Santiago: Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Ed. Trotta, 2006.

CABEDO MALLOL, Vicente, *Marco constitucional de la protección de menores*, Madrid: Ed. La Ley, 2008.

CALDERÓN CEREZO, Ángel; y CHOCLÁN MONTALVO, José A., *Derecho penal. Tomo II parte especial*, 2ª edición, actualizada a marzo de 2001, Barcelona: Ed. Bosch, 2001.

CALIPPE, Charles, *La lucha contra la inmoralidad pública*, traducción de Plácido Buylly y Lozana, Madrid: Ed. Publicaciones de la Liga Contra la Pornografía, 1912.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos sexuales”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Pamplona: Ed. Civitas, 2011.

CANOSA USERA, Raúl, *El Derecho a la Integridad Personal*, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2006.

CANOVAS GAILLEMÍN, Guillermo, *La otra cara de la pornografía*, Bilbao: Ed. Mensajero, 1996.

CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Barcelona: Ed. Bosch, 2010.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, Madrid: Ed. Dykinson, 2005.

CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del delito*, Santiago: Ed. Círculo Legal Editores, 2008.

CARRASCO ANDRINO, María, *La publicidad engañosa y el derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*, Valencia: Ed. Revista General de Derecho, 2000.

CARRASCO ANDRINO, Mª Mar; MOYA FUENTES, Mª Mar; OTERO GONZÁLEZ, Mª Pilar, “Delitos contra la intimidad: art. 197.4 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.); DÓPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

CARRASCOSA, José L., *De la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento*, Zapata: Ed. Alfagrama, 2001.

CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2006.

CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid: Ed. Fundación Wolters Kluwer, 2008.

CASAS GASPAS, Enrique, *El origen del pudor*, Barcelona: Ed. Alta Fulla, 1989.

CASTELLS, Manuel, *El poder de la identidad*, Madrid: Alianza Editorial, 1998.

- *Fin de milenio*, Madrid: Alianza Editorial, 1998.

- *La era de la información: economía, sociedad y cultura, volumen 1: La sociedad red*, México DF: Ed. Siglo XXI, 1999.
 - *La galaxia internet*, Barcelona: Ed. Plaza y Janés, 2001.
 - *La sociedad red*, 2ª edición, Madrid: Alianza Editorial, 2001.
 - *Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial*, Santiago: Ed. FCE, 2005.
- CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka, *La sociedad de la información y el estado de bienestar. El modelo finlandés*, Madrid: Alianza Editorial, 2002.
- CASTELLS, Manuel, *et al*, *La transición a la sociedad red*, Barcelona: Ed. Ariel, 2007.
- CASTELLS ARTECHE, José M., “La limitación informática”, en AAVV, *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Ed. Civitas, 1991.
- CASTRO FARÍÑAS, José A., “Pornografía, erotismo y derecho”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977.
- CEBRIÁN, Juan Luis, *La Red*, 2ª edición, Madrid: Ed. Taurus, 1998.
- CEREJIDO, Inmaculada; GÓMEZ VIEITES, Álvaro; y VELOSO ESPÍÑEIRA, Manuel, *Economía digital y comercio electrónico*, Santiago de Compostela: Ed. Tórculo, 2002.
- CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 6ª edición, Madrid: Ed. Tecnos, 2004.
- COLAS TURÉGANO, Asunción, “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter), en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; y SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, “Delitos contra la libertad sexual”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I Arts. 1 al 318 bis*, 3ª edición con concordancias y jurisprudencia, Barcelona: Ed. Bosch, 2012.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999.
- *Derecho penal de la empresa*, Pamplona: Ed. Universidad Pública de Navarra, 2002.

- *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo I*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

CREMADES, Javier, *El paraíso digital*, Barcelona: Ed. Plaza & Janés, 2001.

CRUZ DE PABLO, José A., *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos*, Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2006.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Barcelona: Ed. Bosch, 1980.

CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada: Ed. Comares, 2002.

CUGAT MAURI, Miriam, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentarios al código penal. Parte especial. Tomo I*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2004.

- “La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión Marco 2004/68/JAI (arts. 187 y 188)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010.

- “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Derecho informático*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 1993.

DE ALFONSO LASO, Daniel, “Intimidad y protección de datos en el derecho penal”, en AAVV, *Cuadernos de derecho judicial. Internet y derecho penal*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2002.

DE ANDRÉS BLASCO, Javier, “¿Qué es internet?”, en GARCIA MEXIA, Pablo (Dir.), *Principios de derecho e internet*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.

DE CARRERAS, Lluís, *Régimen jurídico de la información: periodistas y medios de comunicación*, Barcelona: Ed. Ariel Derecho, 1996.

DE ESTEBAN ALONSO, Jorge; y GONZÁLEZ-TEVIJANO, Pedro, *Tratado de derecho constitucional II*, edición puesta al día por Ángel Sánchez Navarro, Arganda del Rey: Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2004.

DE LA CUESTA AGUADO, María, “Derecho penal económico y nuevas tecnologías”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, en *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid: Ed. CGPJ, 1999.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “Los delitos vinculados a las tecnologías de la investigación y la comunicación en el Código penal: panorámica general”, en GONZÁLEZ RUZ, Juan José (Coord.), *Delito e Informática: Algunos aspectos*, Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2006.

- “Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en FARALDO CABANA, Patricia, *Política criminal y reformas penales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto; y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, “Los delitos vinculados a la informática en el derecho penal español”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; y DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Derecho penal informático*, Madrid: Ed. Civitas, 2010.

DE LA ROSA CORTINA, José M, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

DE LA VAISSIÈRE, J., *El pudor instintivo*, traducción de Perfecto Cucart, Madrid: Ed. Razón y Fe, 1940.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., *Derecho privado de internet*, 2ª edición, Madrid: Ed. Civitas, 2001.

DE MONTALVO JÄÄSÑELÄINEN, Federico, “Los derechos y las libertades públicas (II)”, en ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel (Coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal”, en AAVV, *Protección penal de consumidores y usuarios*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2001.

DEL PESO NAVARRO, Emilio, *Servicios de la sociedad de la información*, Madrid: Ed. Díaz de Santos, 2003.

DÍAZ CORTÉS, Lina, “Ciberacoso. Contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores”, en en RIVAS VALLEJO, Pilar; GARCÍA VALVERDE, Mª Dolores

(Dir.); CABALLERO PÉREZ M^a José; TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (Coords.), *Tratamiento integral del acoso*, (Cizur Menor) Navarra: Ed. Aranzadi, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, Barcelona: Ed. Bosch, 1981.

- *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas provocadoras (la frontera del derecho penal sexual)*, Barcelona: Ed. Bosch, 1982.
- *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Ed. Bosch, 1985.
- “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José L.; GRACIA MARTÍN, Luis; y LAURENZO COPELLO, Patricia; *Comentarios al código penal. Parte especial I. Título I a VI y faltas correspondientes*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José L.; ROMEO CASABONA, Carlos (Coords.), *Comentarios al código penal, parte especial, volumen II*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

DOVAL PAÍS, Antonio; y JUANATEY DORADO, Carmen, “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, en BOIX REIG, Francisco J. (Dir.); JAREÑO LEAL, Ángela (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid: Ed. Iustel, 2010.

ECHEBURÚA, Enrique; y GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina, “Tratamiento psicológico integrado para los menores. Víctimas de abuso sexual en el entorno familiar”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María; y ORTS BERENGUER, Enrique (Coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

ECHEBURÚA ODRIOZOLA *et al*, “Tratamiento psicológico de las víctimas de agresiones sexuales”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona: Ed. Ariel, 2002.

EMBED TELLO, Antonio, “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid: Ed. La Ley, 2010.

EQUIPO JURÍDICO Y PRIVACIDAD, SOPORTE AL USUARIO Y COMUNICACIÓN EN TUENTI, “Compromiso con la privacidad y la seguridad de los

menores: el caso Tuenti”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador; BURGUERA AMEAVE, Leyre; y PAUL LARRAÑAGA, Kepa (Dirs.), *Menores e internet*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2013.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, “Los derechos de la esfera personal”, en LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional*, 9ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “Delitos contra la libertad sexual”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. (Dirs.), *Derecho penal parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra las personas*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalia, “La hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores”, en DÍAZ PARALEA, Mª Dolores; y SANTANA VEGA, Dulce, (Coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid: Ed. Reus, 2008.

FAERMAN, Juan, *Faceboom. Facebook, el nuevo fenómeno de masas*, Buenos Aires: Ed. Alienta, 2009.

FARALDO CABANA, Patricia, “Consentimiento y adecuación social en los delitos contra los consumidores”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002.

- *Las nuevas tecnologías contra el delito de patrimonio y el orden económico*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires-Montevideo: Ed. B de F, 2004.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*, Aravaca, Madrid: Ed. McGraw-Hill/ Interamericana de España, 1998.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Ciberdelitos. Los delitos cometidos 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-*, Madrid: Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2007.

- *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2011.

FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás, “La medición de los delitos sexuales como base empírica de la expansión del derecho penal”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Temas actuales de investigación en ciencias sociales*, Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2009.

FERRER MARTÍN, Daniel, “Derecho, erotismo y pornografía”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977.

FLORES MENDOZA, Fátima, “Capítulo 7. La tipicidad”, en ROMEO CASABONA, Carlos; SOLA RECHE, Esteban; y BOLDOVA PASAMAR, Miguel A. (Coords.), *Derecho penal. Parte general*, Granada: Ed. Comares, 2013.

FROSINI, Vittorio, *Cibernética, sociedad y derecho*, Madrid: Ed. Tecnos, 1982.

GALLEGO SOLER, José I., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

GALLEGO, José I.; HORTAL, Juan C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo I*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M^a Victoria, *Derechos y libertades en la Constitución española de 1978*, Madrid: Ed. Sanz y Torres, 2011.

GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “El nuevo delito de corrupción de menores (artículo 189.3)”, en DIEZ RIPOLLÉS, José L. (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1999.

- “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo”, en MORALES PRATS, F.; y QUINTERO O., Gonzalo, *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2001.

- “Capítulo III. De los delitos contra la salud pública”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9^a edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Constitución y derecho penal, veinte años después”, en ARROYO ZAPATERO, Luis; y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam, volumen I*, Cuenca: Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ed. Universidad Salamanca, 2001.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*. 8^a edición, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

GARCIA ARETIO, Lorenzo; *et al* (Coords.), *De la educación a distancia a la educación virtual*, Barcelona: Ed. Ariel, 2006.

GARCÍA JIMENEZ, Antonio; GAONA PISONERO, Carmen; y MARTÍNEZ PASTOR, Esther, “Internet, menores y adolescentes: Una aproximación a su realidad”, en GARCÍA JIMENEZ, Antonio, *Comunicación, infancia y juventud-situación e investigación en España*, Barcelona: Ed. UOC, 2012.

GARCÍA MEXIA, Pablo, “El derecho de internet”, en GARCIA MEXIA, Pablo (Dir.), *Principios de derecho e Internet*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.

GARCÍA PÉREZ, Juan J., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia I*, 2ª edición, Madrid: Ed. Sepin, 2006.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

GARCÍA SÁNCHEZ, Ernesto, *El maltrato a los ancianos en el ámbito familia*, Albacete: Ed. Altaban, 2007.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Acerca del delito de pornografía infantil”, en CORTES BECHIARELLI, Emilio; DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; y GURDIEL SIERRA, Manuel (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

GARCÍA VALVERDE, Mª Dolores; GARCÍA VALVERDE, Francisco, “Análisis del sistema educativo y consideraciones jurídicas”, en RIVAS VALLEJO, Pilar; GARCÍA VALVERDE, Mª Dolores (Dirs.); CABALLERO PÉREZ Mª José; TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (Coords.), *Tratamiento integral del acoso*, (Cizur Menor) Navarra: Ed. Aranzadi, 2015, p. 305.

GARRIDO FALLA, Fernando *et al*, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición ampliada, Madrid: Ed. Civitas, 2001.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente, “La literatura y el cine: ¿Pueden alentar la psicopatía y el sadismo sexual?”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona: Ed. Ariel, 2002.

GARRIDO GUZMÁN, Luis, *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, Madrid: Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Notas sobre la filosofía del derecho alemán actual”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- “¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?”, en AAVV, *Derechos fundamentales y derecho penal*, Córdoba: Ed. INECIP, 2006.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal”, en AAVV, *Protección penal de consumidores y usuarios*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2001.

GASCÓN MARCÉN, Ana, “El derecho a la protección de datos en Europa: actualidad y retos”, en GALINDO, Fernando (Ed.), *Ciencia del derecho y tecnologías. Aproximaciones de presente y futuro*, Zaragoza: Ed. Lefis, 2014.

GIL TOVAR, Francisco, *Del arte llamado erótico*, Barcelona: Ed. Plaza & Janés Editores, 1975.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Ed. Civitas, 1976.

- “Prólogo”, en *Código penal*, Madrid: Ed. Tecnos, 1996.

- *Estado de derecho y ley penal*, Madrid: Ed. La Ley, 2009.

- “Prólogo”, en MANZANARES SAMANIEGO, José L., *La reforma del código penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Las Rozas (Madrid): Ed. la Ley, 2015.

GOMES, Luiz Flávio, “Globalización y derecho penal”, en ZAFFARONI, Eugenio R. (Ed.), *El derecho penal del siglo XXI*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.

GÓMEZ CASTALLO, José D., “La autorregulación en Internet”, en GÓMEZ SEGADE, José A. (Coord.), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001.

GÓMEZ INIESTA, Diego, en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al* (Dirs.), *Comentarios al código penal*, Madrid: Ed. Iustel, 2007.

GÓMEZ NAVAJAS, Justa, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. (Dirs.), *Derecho penal parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra las personas*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *La intimidación como objeto de protección penal*, Madrid: Ed. Akal S.A., 1998.

GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a Isabel (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

GÓMEZ SEGADÉ, José, “El Comercio Electrónico en la Sociedad de la Información”, en GÓMEZ SEGADÉ, José (Dir.), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*, Navarra: Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2011.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *et al*, *Derecho constitucional español. Estudio sistemático de la Constitución de 1978*, Madrid: Ed. Universidad Complutense de Madrid, 2012.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La violación en el código penal español*, Granada: Ed. Universidad de Granada, 1982.

- “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2^a edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, Madrid: Ed. Dykinson, 2005.

- “Los ilícitos en la red (I): *hackers*, *crackers*, *ciberpunks*, *sniffers*, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes”, en ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Ed. Comares, 2006.

- “Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en internet”, en GONZÁLEZ RUZ, Juan José (Coord.), *Delito e Informática: algunos aspectos*, Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2006.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro; y ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Ed. La Ley, 2009.

GRACIA MARTÍN, Luis, “¿Qué es la modernización del derecho penal?”, en AAVV, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Cerezo Mir*, Madrid: Ed. Tecnos, 2002.

- *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el*

concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2003.

GRAHAM, Gordon, *Internet. Una indagación filosófica*, Madrid: Ed. Cátedra, 2001.

GUHA, Anton Andreas, *Moral sexual y represión social*, Barcelona: Ed. Granica, 1977.

GUINARTE CABADA, Gumersindo; y VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María; y ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2014.

GUTIÉRREZ FRANCES, María Luz, “Problemas de aplicación de la ley penal en el espacio virtual”, en ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Ed. Comares, 2006.

HÄBERLE, Peter, “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, traducción de Alberto Oehling de los Reyes, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2001.

HENDERSON, Hazel, *The Politics of the Solar Age*, New York: Ed. Doubleday/Aucher, 1988.

HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricardo (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2010.

HERRÁN ORTIZ, Ana I., “La protección de datos personales en la jurisprudencia constitucional”, en ECHANO BASALDÚA, Juan I. (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2002.

HERRERO HERRERO, César, *Fenomenología Criminal y criminología comparada*, Madrid: Ed. Dykinson, 2011.

HERZOG, Félix, “*Società del rischio, Diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del Diritto penale*”, en FOFFANI, Luigi; y STORTONI, Luigi (editores), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano: Giuffrè Editore, 2004.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “El uso de información privilegiada y bien jurídico”, en CORTES BECHIARELLI, Emilio; DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; y GURDIEL SIERRA, Manuel (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

HOYO SIERRA, Isabel, “La evaluación psicológica de la capacidad natural del menor maduro”, en AAVV, *Los menores ante el Derecho*, Madrid: Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2005.

JAÉN VALLEJOS, Manuel; y PERRINO PÉREZ, Ángel L., *La reforma de 2015 (análisis de las principales reformas introducidas en el código penal por las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*, Madrid: Ed. Dykinson, 2015.

JAREÑO LEAL, Ángela, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid: Ed. Iustel, 2008.

JAVATO MARTÍN, Manuel, “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico-penal”, en JAVATO MARTÍN, Manuel; y DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dir.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

JESCHEK, Hans Heinrich, “*Franco Bricola e la sua opera vista dalla Germania*”, en CANESTRARI, Stefano (Dir.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino: Ed. Giappichelli, 1998.

JESCHECK, Hans Heinrich; y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, corregida y ampliada, Granada: Ed. Comares, 2002.

JEWKES, Yvonne, “*Killed by the internet: cyber homicides, cyber suicides and cyber sex crimes*”, en JEWKES, Yvonne (Ed.), *Crime on line*, Devon: Ed. Willan Publishing, 2007.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Artículo 10.1”, en CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la constitución española: XXX aniversario*, Las Rozas: Ed. Wolters Kluwer, 2009.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La protección penal del pudor público*, Buenos Aires: Ed. Departamento Editorial Universidad de Buenos Aires, 1920.

JIMÉNEZ DÍAZ, María J., “Edad y menor”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, José M. (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Madrid: Ed. Dykinson, 2010.

KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”, en ARROYO ZAPATERO, Luis; y TIEDEMANN, Klaus, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: Ed. Boletín Oficial del Estado, 1995.

KRAMER, Ludwig, *Derecho medioambiental europeo*, Madrid: Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente, 2009.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, Carmen *et al* (Coords.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Colex, 2011.

LANGLE RUBIO, Emilio, *Código penal de 17 de junio de 1870*, Madrid: Ed. Hijos de Reus, 1915.

LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Curso de derecho constitucional, volumen I*, Bilbao: Ed. Deusto Publicaciones, 2008.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A., “Por un derecho penal sólo penal: derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrativo sancionador”, en JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Thomson-Aranzadi, 2005.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “Relevancia penal del consentimiento informado en el ámbito sanitario”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), *Problemas actuales del derecho penal y la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008.

LE VAY, David, *Anatomía y fisiología humana*, 2ª edición, traducción de Faustino Diéguez-Vide y Núria Casals-Girons, Barcelona: Ed. Paidotribo, 2004.

LESSIG, Lawrence, *El código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid: Ed. Taurus, 2001.

LEZERTÚA, Manuel, “El proyecto de Convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa- proteger el ejercicio de los derechos fundamentales en redes informáticas”, en AAVV, *Cuadernos europeos de Deusto, N° 25/2001*, Bilbao: Ed. Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto, 2001.

LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, *Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Barcelona: Ed. Bosch, 2000.

LONGFORD, Lord, *La pornografía. Informe Longford*, Barcelona: Ed. Grijalbo, 1975.

LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 8ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.

LÓPEZ ZAMORA, Paula, *El ciberespacio y su ordenación*, Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2006.

LOZANO MIRALLES, José, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Coord.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, Volumen II, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, 16ª edición, undécima conforme al código penal de 1995, Madrid: Ed. Dykinson, 2009.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada: Ed. Comares, 2002.

MAESTRE R., Javier; SÁNCHEZ A., Carlos, *La ley de internet*, Barcelona: Ed. Servidoc, 2002.

MANZANARES SAMANIEGO, José L., *Código penal (adaptado a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio) (comentarios y jurisprudencia), II parte especial*, Granada: Ed. Comares, 2010.

- *La reforma del código penal de 2015. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Las Rozas (Madrid): Ed. la Ley, 2015.

MARCO MARCO, Joaquín, “Menores, ciberacoso y derecho de la personalidad”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel, “Algunos aspectos procesales en internet”, en MARTÍN CASALLO-LÓPEZ, J. J. (Dir.), *Problemática en torno al fenómeno de internet*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2000.

MARIN PEIDRO, Lucía, *Los contenidos ilícitos y nocivos en internet*, Madrid: Ed. Fundación Retevisión, 2000.

MARSHALL, William L., “Etiología de la delincuencia sexual”, en MARSHALL, William L., *Agresores sexuales*, Barcelona: Ed. Ariel, 2001.

MARSHALL, William L.; FERNÁNDEZ, Yolanda M., “Los delincuentes sexuales en la actualidad”, en MARSHALL, William L., *Agresores sexuales*, Barcelona: Ed. Ariel, 2001.

MARSHALL, William L.; SERRAN, Geris A., “Naturaleza y alcance del delito sexual y su prevención”, en MARSHALL, William L., *Agresores sexuales*, Barcelona: Ed. Ariel, 2001.

MARSHALL, William L.; MARSHALL, L., “Cómo llega alguien a convertirse en un delincuente sexual?” , en REDONDO ILLESCAS, Santiago, *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona: Ed. Universidad de Barcelona, 2002.

MARTIN LORENZO, María, “Libertad e indemnidad sexuales”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Coord.), *Memento experto reforma penal 2010*, Santiago de Compostela: Ed. Francis Lefebvre, 2010.

MARTÍN MORALES, M^a Luisa, “Subyace el principio de precaución en el ámbito urbanístico”, en AAVV, *El principio de precaución y su subproyección en el derecho administrativo español*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección” (art. 25), en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

MARTÍNEZ OTERO, Juan y BOO GORDILLO, Álvaro, “El fenómeno del *sexting* en la adolescencia. Descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *La violencia de género en la adolescencia*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2012.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de derecho constitucional. Parte general*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Ed. Akal, 2005.

- *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 4^a edición, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ-PEREDA, José M., *El delito de escándalo público*, Madrid: Ed. Tecnos, 1970.

MARTOS DÍAZ, Natalia, “Políticas de privacidad, redes sociales y protección de datos. El problema de la verificación de la edad”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2010.

MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro: aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (-tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad de tráfico-)*, Granada: Ed. Comares, 1997.

- “Desarrollo tecnológico y legislación penal en defensa de los derechos de los creadores”, en ROMEO CASABONA, Carlos; y FLORES MENDOZA, Fátima (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada: Ed. Comares, 2012.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid: Ed. Colex, 1992.

MAQUEDA ABREU, María L., “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en AAVV, *Congreso de derecho penal y procesal. El nuevo código penal y la ley del jurado*, Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1998.

MAYER, Max Ernst, *Derecho penal. Parte general*, Trad. Sergio Politoff Lischitz, Buenos Aires: Ed. B de F, 2007.

MAYO CALDERÓN, Belén, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del código penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada: Ed. Comares, 2005.

MCLUHAN, Marshal; POWERS, B. R., *La aldea global*, 3ª edición, Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

MCMURRAN, Mary, “¿Es el agresor sexual un adicto al delito?”, traducción de Santiago Redondo Illescas, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona: Ed. Ariel, 2002.

Mejías GARCÍA, Ana María, *El acoso sexual en el trabajo. Análisis y propuestas para su prevención*, Valencia: Ed. UGT-PV, 2011.

MELOY, Reid, *The psychology of stalking: Clinical and forensic perspectives. Practical resources for the mental health professional series*, San Diego: Ed. Academic Press, 1998.

MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Ed. Civitas, 2001.

- *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada: Ed. Comares, 2002.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2014.

MIMBRERA TORRES, Eva, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CRUZ DE PABLO, José A. (Coord.), *Comentarios al código penal, vol. I*, Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2008.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal parte general*, Barcelona: Ed. PPU, 1990.

MIR PUIG, Santiago, “Tendencias de política jurídica en la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática”, en MIR PUIG, Santiago (Comp.), *Delincuencia informática*, Barcelona: Ed. PPU, 1992.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición, Barcelona: Ed. Reppertor, 2011.

MIRABEU, Honoré-Gabriel de Riquetti, *Erótika biblion. La pornografía en la biblia y en la antigüedad*, traducción de Enrique Díaz-Retg, Barcelona: Ed. F. Granada y Compañía, 1905.

MIQUEL R. Jorge, “Conflictos entre nombres de dominio y signos distintivos”, en GARCIA MEXIA, Pablo (Dir.), *Principios de derecho e internet*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.

MODENA Group on Stalking, *Stalking: recognition and intervention models: a european study*, Milán: Ed. Franco Angeli, 2005.

MOLES PLAZA, Ramón, *Derecho y control en internet. La regulabilidad de internet*, Barcelona: Ed. Ariel, 2004.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.

- “Delitos sexuales”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Tomo I, adaptadas a las Leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del código penal, Madrid: Ed. Tecnos, 2010.
- *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010)*, Barcelona: Ed. Bosch, 2011.
- MORALES GARCÍA, Oscar, “Artículo 284”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011.
- MORALES PRATS, Fermín, “Pornografía infantil e internet: la respuesta en el código penal español”, en AAVV, *Problemática jurídica en torno al fenómeno internet*, Madrid: Ed. CGPJ, 2000.
- “Internet: riesgos para la intimidad”, en AAVV, *Internet y derecho penal*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Oficial, 2001.
- *Comentarios al nuevo código penal*, 2ª edición, revisada, actualizada y puesta al día, Elcano (Navarra): Ed. Aranzadi, 2001.
- “Los ilícitos en la red (II): Pornografía infantil y ciberterrorismo”, en ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Ed. Comares, 2006.
- “Artículo 281”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011.
- “Artículo 282”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011.
- “Artículo 283”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011.
- “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, Tomo I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011.
- “La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2015.

, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.); QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) *et al*, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 1996.

MORALES PRATS, Fermín; y GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, 2ª edición, revisada, actualizada y puesta al día, Elcano (Navarra): Ed. Aranzadi, 2001.

- “Artículo 189”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Nuevo código penal*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2004.

- “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, tomo I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2011.

MORENO GRAU, Joaquín, “Algunas cautelas en el sector de las telecomunicaciones”, en AAVV, *El principio de precaución y su subproyección en el derecho administrativo español*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005.

MORENO MOLINA, Ángel, *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2006.

MORÓN LERMA, Esther, *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 2ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2002.

-“Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos”, en GONZÁLEZ RUZ, Juan José (Coord.), *Delito e informática: algunos aspectos*, Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2006.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid: Ed. Dykinson S.L., 2005.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, “Régimen de los menores de catorce años”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, José M. (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Madrid: Ed. Dykinson, 2010.

MULLEN, Paul; PATHÉ, Michel; PURCELL, Rosemary, *Stalkers and their victims*, Cambridge: Ed. Cambridge University Press, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”, en MORALES PRATS, F.; y QUINTERO O., Gonzalo, *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2001.

- *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

- “Diversas modalidades de acoso punible en el código penal”, en MARTÍNEZ, Mª Isabel (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

- *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco, et al, *La reforma penal de 1989*, Madrid: Ed. Tecnos, 1989.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación de la red. Poder y derecho en Internet*, Madrid: Ed. Taurus, 2000.

MUÑOZ SABATÉ, Luís, *Sexualidad y derecho*, Barcelona: Ed. Hispano-Europea, 1976.

National Criminal Justice Association, “*Proyect to develop a model anti-stalking code for States*”, Washington: Ed. *National Institute of Justice*, 1993.

NEGROPONTE, Nicholas, *El mundo digital*, Barcelona: Ediciones B, 1996.

NICOL, Bran, *Stalking. Focus on contemporary issues*, Londres: Editorial Reaktion Books, 2006.

NIETO MARTÍN, Adán, “Artículo 197”, en ARROYO ZAPATERO, Luis et al (Dirs.), *Comentarios al código penal*, Madrid: Ed. Iustel, 2007.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Madrid: Ed. Congreso de Diputados, 2010.

OGBURN, William, *Living with machines*, Chicago: Ed. American Library Association, 1933.

OGILVIE, Emma, *Stalking: Criminal justice responses in Australia*, Canberra: Ed. Criminology Research Council. Australian Institute of Criminology, 2000.

ORIHUELA, José Luís, *La revolución de los blogs: cuando las bitácoras se convirtieron en el medio de comunicación de la gente*, Madrid: Ed. Esfera de los Libros, 2006.

ORTIZ LÓPEZ, Paula, “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, en RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Civitas, 2010.

ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, en VIVES ANTÓN, Tomás *et al*, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.

-“Determinación a la prostitución (arts. 187,188,189 y 192 CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATAILLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

ORTS BERENGUER, Enrique; y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal (parte general y parte especial)*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2004.

- *Compendio de derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

ORTS BERENGUER, Enrique; y ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

- “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”, en AAVV, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Thomson Civitas, 2005.

ORTS BERENGUER, Enrique; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2001.

OSBORNE, Raquel, *La construcción sexual de la realidad (el debate sobre la pornografía en el seno del feminismo contemporáneo)*, Madrid: Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1989.

OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo, “La protección jurídica del menor en el ámbito sanitario”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, José M. (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Madrid: Ed. Dykinson, 2010.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho*

penal español, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

OTÍN DEL CASTILLO, José, *Psicología criminal. Técnicas aplicadas de intervención e investigación criminal*, 2ª edición, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2010.

PARDO ALBIACH, Juan, “Ciberacoso: *cyberbullying*, *grooming*, redes sociales y otros peligros”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.

PARDO FALCÓN, Javier, “Artículo 18.1. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la constitución española: XXX aniversario*, Las Rozas: Ed. Wolters Kluwer, 2009.

PATHÉ, Michel, *Surviving stalking*, Cambridge: Ed. Cambridge University Press, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Cibernética, informática y derecho. Un análisis metodológico*, Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1976.

- *Manual de informática y derecho*, Barcelona: Ed. Ariel Derecho, 1996.

- *Los derechos fundamentales*, 8ª edición, Madrid: Ed. Tecnos, 2004.

- *La tercera generación de Derechos Humanos*, Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2006.

- “La protección de los datos personales del menor en internet”, en AAVV, *Los derechos humanos en internet*, Madrid: Ed. Cideal, 2012.

PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge; y OLMOS SANZ, Ana, “Una visión sobre quién gobierna internet: apuntes para un atlas del poder en la red”, en AAVV, *Los derechos humanos en internet*, Madrid: Ed. Cideal, 2012.

PÉREZ MARTÍNEZ, Ana; ORTIGOSA BLANCH, Reyes, “Una aproximación al *cyberbullying*”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 9ª edición, Barcelona: Ed. Marcial Pons, 2003.

PERIS RIERA, Jaime, “Delitos de peligro y sociedad del riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década”, en CARBONELL MATEU, Juan C., et al (Coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid: Ed. Dykinson, 2005.

PIERA JIMÉNEZ, Guillermo, “El dinero y la pornografía” en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977.

PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito, Vol. I*, Barcelona: Ed. Bosch, 2000.

- “Descubrimiento, revelación de secretos e interceptaciones ilegales”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Ed. Tecnos, 2013.

POLAINO NAVARRETE, Miguel; y POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en derecho penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., *et al* (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

POSTMAN, Neil, *Technopoly. The surrender of culture to technology*, New York: Ed. Knopf, 1993.

PUENTE ALBA, Luz M^a, *Los delitos contra los consumidores*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2003.

PUEYO, Antonio A.; y ANTEQUERA FARIÑA, Mónica, “Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente: consideraciones psicológicas y jurídicas”, en BUENO ARÚS, Francisco *et al* (Dir.); GUZMÁN DÁLBORA, José L.; *et al* (Eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Ed. Dykinson, 2006.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de derecho penal II*, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1963.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El euroarresto en la perspectiva europeísta de unificación de la justicia penal”, en AAVV, *El derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete: Ed. Bomarzo, 2007.

- “Prólogo a la primera edición”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9^a edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2011.

- “Estudio preliminar”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2015.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 3ª edición, Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (con la colaboración de Fermín Morales Prats), *Parte general del derecho penal*, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición revisada y actualizada, Barcelona: Ed. Atelier, 2010.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (Coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 3ª edición adaptada a la LO 5/2010, Barcelona: Ed. Atelier, 2011.

- “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual: otra vuelta de tuercas”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.), *El nuevo código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid: Ed. La Ley, 2011.

RAMÓM RIBAS, Eduardo, “La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., *et al* (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

RAMOS TAPIA, Mª Inmaculada, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. (Dirs.), *Derecho penal parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra las personas*, 2ª edición, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008.

- “La tipificación de los abusos sexuales a menores: El proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la directiva 2011/92/UE”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

RAMOS VÁZQUEZ, José A., “Ciberacoso”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2015.

- “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO,

Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

- “*Grooming y sexting*: art. 183 ter CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

REDONDO ILLESCAS, Santiago, “Delincuencia sexual: Mitos y realidades”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona: Ed. Ariel, 2002.

RHEINGOLD, Howard, *La comunidad virtual*, Barcelona: Ed. Gedisa, 1996.

RIQUETTI, Honorato Gabriel (Conde de Mirabeau), *Erotika biblion: la pornografía en la Biblia y en la Antigüedad*, traducción de Enrique Díaz-Retg, Barcelona: Ed. Alta Fulla, 2000.

ROBLES CARRILLO, Margarita, “El acoso: una perspectiva internacional”, en RIVAS VALLEJO, Pilar; GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores (Dirs.); CABALLERO PÉREZ M^a José; TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (Coords.), *Tratamiento integral del acoso*, (Cizur Menor) Navarra: Ed. Aranzadi, 2015.

RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo, *Maltrato y abuso sexual de menores. Una revisión crítica*, Granada: Ed. Comares, 2006.

RODRÍGUEZ DE VESA, José M., *Derecho penal español, parte especial*, 5^a edición, Madrid: Ed. Rodríguez Devesa, 1973.

RODRÍGUEZ MESA, María J., “Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., et al, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Cizur Menor: Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid: Ed. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1994.

RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso, “Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico”, en DIEZ RIPOLLÉS, José L. (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, Madrid: Ed. Akal, 1987.

ROMANO GIACHETTI, Roser, *Porno-power: Pornografía y sociedad capitalista*, Barcelona: Ed. Fontanella, 1976.

ROMEO CASABONA, Carlos, *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid: Ed. Fundesco, 1987.

- "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", en AAVV, *Modernas tendencias de la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid: Ed. UNED, 2001.

- "Delitos informáticos", en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Enciclopedia penal básica*, Granada: Ed. Comares, 2002.

- "El principio de precaución en las actividades de riesgo", en AAVV, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2002.

- "La intimidad y los datos de carácter personal como derecho fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos", en ECHANO BASALDÚA, Juan I. (Coord.). *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2002.

- *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2004.

- *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada: Ed. Comares, 2005.

- "Salud humana, biotecnología y principio de precaución", en AAVV, *El principio de precaución y su subproyección en el derecho administrativo español*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005.

- "De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político criminal", en ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Ed. Comares, 2006.

- "Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos", en ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Ed. Comares, 2006.

- "De los delitos informáticos al cibercrimen", en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2007.

- "Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en internet", en ROMEO CASABONA, Carlos; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (Eds.); ARMAZA ARMAZA,

Emilio (Coord.), *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada: Ed. Comares, 2010.

- "Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en internet", en BAUZÁ REILLY, Marcelo; y BUENO DE LA MATA, Federico (Coords.), *El derecho en la sociedad telemática. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López*, Santiago de Compostela: Ed. Andavira Editora, 2012.

ROMEO CASABONA, Carlos; SOLA RECHE, Esteban; y BOLDOVA PASAMAR, Miguel A. (Coords.), *Derecho penal, parte general. Introducción teoría jurídica del delito*, Granada: Ed. Comares, 2013.

ROMEO CASABONA, Carlos, *et al*, "Informe sobre los nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica. Líneas de investigación y conclusiones", en ROMEO CASABONA, Carlos; y FLORES MENDOZA, Fátima (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada: Ed. Comares, 2012.

ROVIRA DEL CANTO, Enrique, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada: Ed. Comares, 2002.

RUBIO CASTRO, Ana, "Aspectos jurídico-conceptuales: significado de acoso en el derecho. Ambigüedades en la normativa y en la conceptualización del acoso e influencia de la doctrina jurisprudencial en su interpretación", en RIVAS VALLEJO, Pilar; GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores (Dirs.); CABALLERO PÉREZ M^a José; TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (Coords.), *Tratamiento integral del acoso*, (Cizur Menor) Navarra: Ed. Aranzadi, 2015.

RUBIO LARA, Pedro, "Acoso sexual de menores por internet: cuestiones penales, procesales penales y civiles", en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.

RUEDA MARTIN, M^a Ángeles, *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del código penal)*, Barcelona: Ed. Atelier, 2004.

RUIZ MARCO, Francisco, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Madrid: Ed. Colex, 2001.

RUIZ NUÑEZ, Mariola. "Códigos de conducta", en CREMADES, Javier; GONZÁLEZ M. José L. (Coords.), *La nueva ley de internet*, Las Rozas, Madrid: Ed. La Ley, 2003.

SAINZ GUERRA, Juan, *La evolución del derecho penal en España*, Jaén: Ed. Universidad de Jaén, 2004.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II)”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Ed. Dykinson, 2011.

SALVADORI, Iván, “Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el derecho penal europeo comparado”, en MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2012.

SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, *La Constitución española comentada*, 23ª edición actualizada, Madrid: Ed. Thomson Paraninfo, 2005.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Granada: Ed. Comares, 2007.

SÁNCHEZ TOMÁS, José M., “Los delitos de acoso laboral e inmobiliario”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Madrid: Ed. Dykinson, 2004.

SANTAELLA GARCÍA-ROYO, Isabel, “Restricciones a la prestación de servicios”, en CREMADES, Javier; GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coords.), *La nueva ley de Internet*, Madrid: Ed. La Ley, 2003.

SANTANA VEGA, Dulce, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid: Ed. Dykinson, 2000.

- “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores(I)”, en DÍAZ PARALEA, Mª Dolores; y SANTANA VEGA, Dulce, (Coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid: Ed. Reus, 2008.

SANTANA VEGA, Dulce; y ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalia, “La publicidad engañosa: delimitación de ilícitos”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho penal de la empresa*, Pamplona: Ed. Universidad Pública de Navarra, 2002.

SCHELER, Max, *Sobre el pudor y el sentimiento de vergüenza*, traducción de Ingrid Vendrell Ferran, Salamanca: Ed. Sígueme, 2004.

SCHÜNNEMANN, Bernd, “¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento”, en SCHÜNNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid: Ed. Tecnos, 2002.

- *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, traducción de Ángela de la Torre Benítez, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª edición, Madrid: Ed. Dykinson, 2010.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José L., *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo derecho penal*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1999.

SGUBBI, Filippo, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milán: Ed. Giuffrè, 1976.

- “Criminalidad informática: peligro y prevención”, en MIR PUIG, Santiago, *Delincuencia informática*, Barcelona: Ed. PPU, 1992.

- “Documentación para una aproximación al delito informático”, en MIR PUIG, Santiago, *Delincuencia informática*, Barcelona: Ed. PPU, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en derecho comparado”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona: Ed. Ariel, 2002.

- *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Montevideo: Ed. B de F, 2006.

SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Ed. Comares, 2003.

STARCK, Christian, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán”, traducción de Alberto Oehling de los Reyes, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008.

STRATENWERTH, Günther, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” (traducción de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante), en HEFENDEHL, Ronald, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición al español a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007.

- *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Madrid: Ed. Civitas, 2011.

- “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

TABARELLI DE FATIS, Stefania, “La controvertida regulación jurídica de la difamación a través de internet”, traducción de Óscar Morales García, en MORALES PRATS, Fermín; y MORALES GARCÍA, Óscar, *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2002.

TAMARIT SUMALLA, Josep, *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 edición revisada y actualizada, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2002.

- “Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual (arts. 189 y 192)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010.

- “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2010.

- “Artículo 183 bis”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, Tomo I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011.

- “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2015.

- “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*.

Adecuación del derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

TÁRRAGO RUIZ, Ana, “El Ministerio Fiscal: menores y violencia escolar”, en GONZÁLEZ MONTES, Fernando (Coord.), *Violencia escolar. Aspectos socioculturales, penales y procesales*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008.

TERCEIRO, José B., *La sociedad digital*, Madrid: Alianza Editorial, 1996.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Valladolid: Ed. Trotta, 1995.

- “Peligro abstracto y garantías penales”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; y MORALES PRATS, Fermín (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra): Ed. Aranzadi, 2001.

- “El delito de publicidad engañosa”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002.

- Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, Tomo III, Volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011.

- “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, Tomo III, Volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011.

TJADEN, Patricia; THOENNES, Nancy, *Stalking in America: Findings from the national violence against women survey*, Washington: Ed. U.S. Dept. of Justice, 1998.

TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*. 2ª edición, Barcelona: Ed. Plaza & Janes, 1980.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Delitos contra la propiedad intelectual (Arts. 270 y 271 CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

TORRE DE SILVA, Javier, *Internet, propiedad industrial y competencia desleal*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

TREJO DELABRE, Raúl, *La nueva alfombra mágica: usos y mitos de Internet, la red de redes*, Madrid: Ed. Fundesco, 1996.

VELÁSQUEZ BARÓN, Ángel, *Delito de acoso sexual*, Barcelona: Ed. Bosch, 2000.

- *Las agresiones sexuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2001.
- *Los abusos sexuales*, Barcelona: Ed. Bosch, 2001.
- VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Exhibicionismo y provocación sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.), *Derecho penal español*, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.
- VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, Tomo III, Madrid: Ed. Fernando Fe, 1890.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Delitos contra la libertad sexual”, en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al* (Dirs.), *Comentarios al código penal*, Madrid: Ed. Iustel, 2007.
- Villacampa ESTIARTE, Carolina, *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*, Madrid: Ed. Iustel, 2009.
- “El delito de *stalking*”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATELLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.
- *El delito de online child grooming o propuesta telemática a menores*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.
- VILLASVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Libertad de expresión y empresas de tendencia”, en PIZZORUSSO, Alessandro (Coord.), *Libertad de manifestación del pensamiento y jurisprudencia constitucional*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.
- VIVES ANTÓN, Tomás, “La reforma penal de 2015: Una valoración genérica”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATELLÍN EVANGELIO, Ángela; y GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 4ª edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Ed. Jurídica, 2002.
- WESTRUP, Darrah, “*Applying functional analysis to stalking behavior*”, en MELOY, Reid (Ed.), *The psychology of stalking: Clinical and forensic perspectives*, San Diego: Ed. Academic Press, 1998.
- WIENER, Norbert, *Cibernética*, Madrid: Ed. Guadiana, 1971.
- WÜRTENBERGER, Thomas, “La transformación del derecho en la sociedad de la información”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid: Ed. Dykinson, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires: Ed. Ediar, 2009.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador?”, en NIETO MARTIN, Adrián (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Volumen I, Cuenca: Ed. De la Universidad Castilla-La Mancha y Ed. De la Universidad Salamanca, 2001.

2. REVISTAS O PUBLICACIONES SERIADAS

ACOSTA PATIÑO, R., “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2, 1992.

AGUILAR CÁRCELES, Marta, “Los delitos informáticos: cuantificación y análisis legislativo en el Reino Unido”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 110, 2013.

AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *sexting*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 12- 11, 2010. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-11.pdf>.

AIBAR, Eduard, “Las culturas de internet: la configuración sociotécnica de la red de redes”, en *Ciencia, Tecnología y Sociedad*, V. 4, Nº 11, 2008. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-00132008000200002.

ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel; y CERDA SILVA, Alberto, “Sobre la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Ley Nº 19.927 que tipifica los delitos de pornografía infantil”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2005. Disponible en www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/13inviolabilidad-comunic-electronica.pdf.

BARBERO SANTOS, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 26, Fasc/Mes 3, 1973.

BARKACS, Linda L., “Do you think I'm sexy? Minors and sexting: teenage fad or child pornography?”, en *Journal of Legal Ethical and Regulatory Issues*, Nº 2, vol. 13, 2010.

BECK, Ulrich, “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, en *Revista de Occidente*, Nº 151, 1993.

BEGUÉ LEZAÚN, Juan J., “Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, Nº 13, 2005.

BELLO LANDROVE, Federico “La familia en el CP español”, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 17, 2006.

CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel, “Consideraciones sobre el concepto de pornografía y la regulación jurídica de la libertad de expresión”, en *Persona y Sociedad*, Volumen V, 1978.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, en *Revista La Ley*, Nº 4181, 1996.

CASTRONUOVO, Donato, “Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de las OGM”, en *Revista Penal*, Nº 33, 2014.

CELA, Julia R., “Sociedad del conocimiento y sociedad global de la información: implantación y desarrollo en España”, en *Documentación de las Ciencias de la Información*, Nº28, 2005. Disponible en <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/inf/02104210/articulos/DCIN0505110147A.PDF>.

CEREZO MIR, José. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en *Revista de derecho penal y criminología*. 2ª época, Nº 10, 2002.

CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en *Revista de penal y criminología*, Nº 10, 2002.

CHACÓN MEDINA, Antonio, “Una nueva cara de internet: el acoso” en *Revista Ethic@net*, Nº1, 2013. Disponible en <http://www.ugr.es/~sevimeco/revistaeticanet/Numero1/Articulos/NUEVACARADEINTERNET.pdf>.

COBO DEL ROSAL, Manuel, “El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código penal)” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1963.

COLLEEN SINCLAIR, H.; HANSON, Irene, “When courtship persistence becomes intrusive pursuit: comparing rejecter and pursuer perspectives of unrequited attraction”, en *Sex Roles*, Nºs 11 y 12, vol. 5, 2005

CUERDA ARNAU, María Luisa, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº112, 2014.

CUGAT MAURI, Miriam, “Situación y panorama de los delitos sexuales”, en *La Ley Penal*, Nº 35, 2007.

- DE FAZIO, Laura, “*The legal situation on stalking among the European member states*”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, N° 3, vol. 15, 2009.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “Sociedad tecnológica y derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N° 4, 2000.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 1999.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, “Acoso y Derecho penal”, en *Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, vol. 25, 2011.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto; y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, “El delito de daños informáticos: una tipificación defectuosa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009.
- DEL CASTILLO CODES, Enrique, “Estudio sobre los delitos de peligro”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 19, 2006.
- Dennison, Susan; Thomson, Donald, “*Identifying Stalking: The Relevance of Intent in Commonsense Reasoning*”, en *Law and Human Behavior*, N° 5, vol.26, 2002.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en *La Ley*, N° 4069, 1996.
- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1999.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Los delitos de pederastía”, en *Diario La Ley Penal*, N°15055, 2010.
- ESER, Albin, “La adecuación social: ¿Figura legal superflua o necesaria? Reflexiones respecto a la concesión de ventajas socialmente habituales”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 1, 2002.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el código penal español (Art. 189.2): Razones para su destipificación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 18, 2006.
- GÁLVEZ JOHNSON, Myrna; y GODOY ETCHEVERRY, Sergio, “La brecha digital correspondiente: obstáculos y facilitadores del uso de TIC en padres de clase media y media baja en Chile”, en *Revista CTS Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, N°18, vol. 6, 2011.

GARCÍA VASQUEZ, Paula, “Pornografía infantil”, en *Boletín Criminológico*, N°12, 2009.

GIBBONS, Sarah, “Freedom from fear of stalking”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, N°1, vol.6, 1998.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (on line)*, núm. 07-04, 2005. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>.

GONZÁLES MOLINA, Sonia, “Contenidos móviles para la comunicación de servicio 2.0 a partir de las redes sociales”, en *Revista Cuadernos de Información*, N°31, 2012.

GONZÁLEZ TASCÓN, María, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011.

HASSEMER, Winfried, “Teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, N° 45 a 48, año 12, 1989

- “Perspectivas del derecho penal futuro”, en *Revista Penal*, N° 1, 1998.

HERMAN, Joshua D., “*Sexting: It’s no joke, it’s a crime*”, en *Illinois Bar Journal*, N°4, vol. 98, abril 2010.

HERNÁNDEZ, Lourdes, “El camino lo marca la nube”, en *Diario La Ley*, N° 2065, 2012.

HERZOG, Félix, “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, en *Revista Penal*, N° 4, 1999.

HIRSCH, Hans Joachim, “Peligro y peligrosidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, N°2, 1996.

HOPENHAYN, Martín, “Educación, comunicación y cultura en la sociedad de la información: una perspectiva latinoamericana”, en *Revista de la CEPAL*, N° 81, 2003.

JAREÑO LEAL, Ángeles; y DOVAL PAÍS, Antonio, “Revelación de datos personales, intimidad e informática. Comentario a la STS 234/1998 de 18 de febrero”, en *La Ley*, N° 4998, 1999.

LAMPE, Joanna R., “*A victimless sex crime: the case for decriminalizing consensual teen sexting*”, en *University of Michigan Journal of Law Reform*, N°2, vol. 46, 2013.

Leymann, Heinz, “*Mobbing and Psychological Terror at Workplaces*”, en *Violence and Victims*, N° 2, vol. 5, 1990.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, “Los delitos contra la libertad sexual”, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, N° 15, 1996.

MAGRO SERVET, Vicente, “El <<grooming>> o ciberacoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del código penal”, en *Diario La Ley*, N° 7492, 2010.

MAQUEDA ABREU, María L., “La idea de peligro en el moderno derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Actualidad Penal*, N°26, 1994.

MARTINEZ OTERO, Juan, “La difusión de *sexting* sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, en *Revista DERECOM*, N° 12, 2013.

MATA, Ricardo, “La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías”, en *Revista penal*, N° 18, 2006.

MAYERS, R. Stewart; y DESIDERIO, Mike F., “*Not lol: legal issues encountered during one high school's response to sexting*”, en *Brigham Young University Education & Law Journal*, Issue 1, 2013. Disponible en <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=86721424&lang=es&site=ehost-live>.

MCEWAN, Troy; MULLEN, Paul; MCKENZIE, Rachel, “*A study of predictors of persistence in stalking situations*”, en *Law and Human Behavior*, N°2, vol. 33.

MELOY, Reid, “*Stalking (Obsessional Following): A review of some preliminary studies*”, en *Aggression and Violent Behaviour*, N° 2, vol. 1, 1996.

Meloy, Reid; Davies, Beth; Lovette, Jon, “Risk factors for violence among stalkers”, en *Journal of Threat Assessment*, N° 1, vol. 1, 2005.

MENJIVAR OCHOA, Mauricio, “El *sexting* y los nativos neo-tecnológicos. Apuntes para una contextualización al inicio del siglo XXI”, en *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, N°2, vol. 10, 2010.

MILSTEAD, Virginia, “*Ashcroft v. Free Speech Coalition: how can virtual child pornography be banned under the first amendment?*”, en *Peppidine University Law Review*, t. 35, (2003-2004).

MITCHELL, Kimberly J.; FINKELHOR, David; *et al*, “*Prevalence and characteristics of youth sexting: a national study*”, en *Pediatrics*, N° 129-1, 2012.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Malos tratos a personas mayores: otra forma de violencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N°2, 2000. Disponible en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-r4.html.

MORÓN LERMA, Esther; RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Traducción y breve comentario del convenio sobre cibercriminalidad”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N° 7, 2002.

MULLEN, Paul; PATHÉ, Michele, “*Stalking*”, en *Crime and Justice*, Vol. 29, 2002. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/1147710>.

Mullen, Paul, et al, “*Harm associated with stalking victimization*”, en *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, N° 9, vol. 42.

MUÑOZ, Juan José, “Aciertos y limitaciones de la regulación del sector audiovisual. La normativa del ICAA para la calificación de películas”, en *Revista Telos (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, N°87, 2011.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del anteproyecto de reforma de código penal de 2012 y 2013”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXV, 2012.

ORTON, Andrew, “Much ado about newsgathering: personal privacy, law enforcement, and the law of unintended consequences for anti-paparazzi legislation”, en *University of Pennsylvania Law Review*, N° 6, vol. 147, 1999.

OXMAN VILCHES, Nicolás, “Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica”, en *Política Criminal* [online], n.12, vol. 6, 2011. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000200002>

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas”, en *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, N°4, Julio-septiembre, 2003.

PARIONA ARANA, Raúl, “El derecho penal moderno”, en *Revista Penal*, N° 20, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Sociedad de riesgos y reforma penal”, en *Poder Judicial*, Vol. II, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio, “La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada”, en *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, N° 22, 2000.

PETERS, Anne, “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 16, 2012.

REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos, “¿Qué es la sociedad de la información?”, Centro de Estudios de Derecho Informático U. de Chile, *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 2, año 2003. Disponible en:

http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_complex/0,1491,SCID%253D14670%2526ISID%253D292,00.html

ROCHA TORRES, Dulcinea, “Explotación sexual comercial infantil”, en *Revista de Ciencias Penales*, N°4, 2006.

RODRÍGUEZ DAMIAN, Amparo, “Problemática de las redes sociales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense 2009-2010*, 2011.

RODRÍGUEZ IBAÑEZ, José, “Hacia un nuevo marco teórico (presentación)”, en *Revista de Occidente*, N° 151, 1993.

RODRÍGUEZ MESA, María J., “La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el anteproyecto de reforma del código penal”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, N°32, 2013.

Rosenfeld, Barry, “*Recidivism in stalking and obsessional harassment*”, en *Law and Human Behavior*, N° 3, vol. 27, 2003.

Royakkers, Lamber, “*The Dutch approach to Stalking laws*”, en *California Criminal Law Review*, vol. 3, 2000. Disponible en <http://www.boalt.org/CCLR/v3/v3royakkersnf.htm>.

RYAN, Elizabeth, “*Sexting: How the State can prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults*”, en *Iowa Law Review*, vol. 96, 2010.

SÁINZ CANTERO, J., “La reforma del derecho penal sexual”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, “El nuevo delito publicitario (art. 282 del código penal)”, en *Actualidad Penal*, N°25, 1997.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Enrique, “Los derechos humanos de la tercera generación. La libertad informática”, en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, N° 4, 1994.

SÁNCHEZ TOMÁS, José M., “Los abusos sexuales en el código penal de 1995: en especial sobre menor de 12 años y abusando de trastorno mental”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 61, 1997.

SANZ MULAS, Nieves, “Pornografía en internet”, en *Revista Penal*, N° 23, 2009.

SGUBBI, Filippo, “*Tutela Penale di Interessi Diffusi*” en *La Questione Criminale*, N° 3, 1975.

SHERIDAN, Lorraine; BLAAUW, Eric; y DAVIES, Graham, “*Stalking, knowns and unknowns*”, en *Trauma, Violence & Abuse*, vol. 4, N°2, 2003.

Sheridan, Lorraine; Davies, Graham, “*Stalking: the elusive crime*”, en *Legal and Criminological Psychology*, vol. 6, 2001.

SORIA VERDE, Miguel Ángel, “La conducta de acoso en maltratadores y homicidas”, en *Intervención Psicosocial*, N° 2, vol. 14, 2005.

SPITZBERG, Brian; CUPACH, William, “*What mad pursuit? Obsessive relational intrusion and stalking related phenomena*”, en *Aggression and Violent Behaviour*, N° 4, vol. 8, 2003. Disponible en <http://www-rohan.sdsu.edu/~bsavatar/articles/MadPursuit%20AVB03.pdf>.

Tjaden, Patricia, “Stalking policies and research in the United States: a twenty year retrospective”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 15, 2009.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-diciembre 1981, Tomo 34.

VALENTI, Pablo, “La sociedad de la información en América Latina y el Caribe: TIC y un nuevo marco institucional”, en *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, N° 2, 2002. Disponible en <http://www.oei.es/revistactsi/numero2/valenti.htm>

VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP”, en *Revista Práctica Penal*, N°66, 2012.

VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Aldo y BENAVIDES ALMARZA, Cristóbal, “Uso de teléfonos móviles por los jóvenes”, en *Revista Cuadernos de Información*, N°25, 2009.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Delitos informáticos, terrorismo y derecho internacional en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del código penal”, en *La Ley Penal*, N° 63, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La introducción del delito de ‘*atti persecutori*’ en el código penal italiano. La tipificación del *stalking* en Italia”, en *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, N° 3, 2009. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/650.pdf>.

- “El proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en derecho penal español”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N°109, 2013.

WARREN, S. D., y BRANDEIS, L. D., “*The right to privacy*”, en *Harvard Law Review*, N° 4, 1890-1891.

3. OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y WEBS CONSULTADAS

AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS. Disponible en <http://www.abs.gov.au/AUSSTATS/abs@.nsf/Lookup/4128.0Main+Features11996?OpenDocument>.

BEER, Stafford, *What's cybernetic?* Disponible en <http://www.nickgreen.pwp.blueyonder.co.uk/beerWhatisCybernetics.pdf>

CyberCrimes Against Crimes Act 2007. Disponible en http://laws.flrules.org/files/Ch_2007-143.pdf

COMISIÓN EUROPEA. “Informe del grupo de expertos de alto nivel sobre aspectos sociales de la sociedad de la información, *Building the European Information Society for us all*”. Disponible en: http://ec.europa.eu/employment_social/knowledge_society/buildingen.pdf

GOBIERNO DE CHILE. “Informe Comisión Presidencial Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones 1999”. Disponible en: http://www.reuna.cl/documentos/DOC2006/historico/chile_hacia_soinfo_1999.pdf

GOBIERNO VASCO. “Plan Euskadi en la sociedad de la información”. Disponible en: http://www.euskadi.net/eeuskadi/datos/docs/plan_c.pdf.

HICKS, B. D., *Choice of a law issues in cyberspace*, 1996. Disponible online en www.geocities.com/athens/Academy/5090.

LITAN, Robert E.; NISKANEN, William A., “El horizonte digital: manual de directrices para la era digital”. Cato Institute. <http://www.elcato.org/publicaciones/libros/lib-2001-01-25.pdf>.

MARRUFO MANZANILLA, René, *Surgimiento y proliferación del sexting. Probables causas y consecuencias en adolescentes de secundaria*. Tesis de maestría Universidad Autónoma de Yucatán, Mérida, 2012. Disponible en <http://posgradofeuady.org.mx/wp-content/uploads/2011/01/Marrufo-Ren%C3%A9-MIE2012.pdf>.

MCLAUGHLIN, Julia Halloran, *Crime and Punishment: Teen Sexting in Context*, Florida: Florida Coastal School of Law, 2010. Disponible en: http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1.

Online Child Grooming Laws, Australian Institute of Criminology. Disponible en <http://www.aic.gov.au/publications/htcb/htcb017.html>.

Oxford Dictionaries on line. Disponible en <http://oxforddictionaries.com/definition/groom?region=us>.

POST, D. G., *Anarchy, state and the internet: an essay on law-making in cyberspace*, 1995. Disponible online en www.wm.edu/law/publications/jol/articles/post.shtml.

Protection of Children and Prevention of sexual offences (Scotland) Act 2005. Disponible en http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2005/asp_20050009_en_1#pb3-11g12

Sección de *Telecommunications and Information Technology*. Disponible en <http://www.ncsl.org/issues-research/telecom/sexting-legislation-2009.aspx>.

Servicio Nacional del Menor online. Disponible en <http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=99>

SHERIDAN, Lorraine, *Key findings from www.stalkingsurvey.com*, 2005. Disponible en <http://www.le.ac.uk/press/stalkingsurvey.htm>.

TELEFÓNICA. “Concepto de sociedad de la información”. Telefónica España. Disponible en: http://www.telefonica.es/sociadaddelainformacion/pdf/informes/espana_2000/parte1_1.pdf

VELÁSQUEZ REYES, Luz María, *Sexting, sextasting, sextorsión, grooming y ciberbullying. El lado oscuro de las TICs*, Ponencia del XI Congreso Nacional de Investigación Educativa. Disponible en http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_17/0121.pdf.

WILLIAMS, Rosalind, “La tecnología en un mundo peligroso”, disponible en <http://mit.ocw.universia.net/STS-069/NR/rdonlyres/Science--Technology--and-Society/STS-069Technology-in-a--Dangerous-WorldFall2002/A85F9549-B844-4F9B-A23F-8EFC2EEEABFB/0/commentary.pdf>.

4. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

AGUADERO, Francisco. *La sociedad de la información*. Madrid: Ed. Acento, 2002.

BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*. New York: Ed. Basic Books, 1973.

BRAUDEL, Fernand. *Civilización material y capitalismo*. Barcelona: Ed. Labor, 1974.

CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka; y TORVALDS, Linus. *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, Barcelona: Ed. Destino, 2002.

- CEREJIDO, Inmaculada; GÓMEZ VIEITES, Álvaro; y VELOSO ESPIÑEIRA, Manuel. *“Economía digital y comercio electrónico”*. Santiago de Compostela: Ed. Tórculo, 2002.
- DE BUSTOS MARTIN, Ignacio, *Multimedia*, 2ª edición, Madrid: Ed. Anaya Multimedia, 1996.
- FRATER, Harald; PAULISSEN, Dirk, *Multimedia*, Barcelona: Ed. Marcombo, 1994.
- LÓPEZ GARCÍA, Xosé; y PEREIRA FARIÑA, Xosé (Coords.), *Convergencia digital: reconfiguración de los medios de comunicación en España*, Santiago de Compostela: Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2010.
- TAPSCOTT, Don, *“Capital digital: el poder de las redes de negocios”*, Madrid: Ed. Taurus, 2001.
- TAPSCOTT, Don, *“Del e-commerce al e-business: el siguiente paso”*, México D.F.: Ed. Pearson Educación, 2001.
- TAPSCOTT, Don, *“Wikinomics: la nueva economía de las multitudes inteligentes”*, Barcelona: Ed. Paidós, 2007.