

## CONCEPTO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO EN EL ÁMBITO PENAL

Enrique Orts Berenguer / Margarita Roig Torres  
Universitat de València

delitos contra la libertad sexual – material pornográfico – pornografía

Partiendo de la normativa internacional y atendiendo a los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre los delitos relativos a la pornografía, los autores proponen una definición de material pornográfico en el ámbito penal perfilando sus diversos elementos; y añaden consideraciones sobre la necesidad y oportunidad de tutelar en todo caso a menores e incapaces frente a cualquier conducta provocadora que entrañe facilitarles material pornográfico a los mismos o su utilización para la elaboración de material pornográfico.

Recibido: 25/05/09

Publicado: 13/07/09

© 2009 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *on line* en <http://www.uv.es/recrim>

1. Planteamiento .....	82
2. Normativa internacional .....	83
3. El concepto de material pornográfico en la doctrina.....	90
4. El concepto de material pornográfico en la jurisprudencia .....	107
5. Algunas reflexiones a propósito de la doctrina y la jur. sintetizadas .....	131
6. Bibliografía.....	138

### 1. Planteamiento

En varios de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales el hecho tipificado gira, como es sabido, en torno al elemento “material pornográfico”. En concreto, en el art. 186 se castiga la venta, difusión o exhibición de material pornográfico entre menores de edad o incapaces; y en el 189, la utilización de menores de edad o de incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o la financiación de alguna de estas actividades; así como producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo posea para estos fines, aunque el material tenga su origen en el extranjero o sea desconocido; e igualmente en el art. 189 se sanciona la posesión para el propio uso de material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores de

edad o incapaces<sup>1</sup>. Por último, se castiga producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar 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.

Como de inmediato se advierte, el legislador distingue entre el material pornográfico en general, cuya difusión entre menores o incapaces es punible, el elaborado con menores o incapaces, aquel en el que no han intervenido directamente menores ni incapaces, pero se emplean sus voces o imágenes alteradas o modificadas, y la utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos.

Consiguientemente, para una correcta aplicación de los preceptos citados resulta imprescindible delimitar lo que haya de entenderse por material pornográfico y por pornografía, una tarea compleja, dada la ausencia de una definición legal en nuestro ordenamiento jurídico, y la proximidad de esos conceptos a otros con los que presentan cierta afinidad, como sucede con lo sexual o lo erótico. Para tratar de precisar esas voces empezaremos dando cuenta de algunas disposiciones emanadas de distintos organismos internacionales que definen la pornografía, especialmente la infantil, con una alusión también al Derecho norteamericano, e igualmente traeremos a colación distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales.

## 2. Normativa internacional

En la normativa internacional se encuentran frecuentes alusiones a la “pornografía” y al “material pornográfico”, especialmente en aquellos documentos cuyo objeto es la defensa de los derechos de los niños, en los que prima la preocupación por evitar la utilización de esos menores en actividades de naturaleza sexual, y específicamente en la elaboración de material pornográfico. Sin embargo, pocos de esos textos contienen una definición de aquellas expresiones, de suerte que su contenido se agota en una serie de medidas, más o menos vinculantes para los estados, dirigidas a impedir que los pedófilos puedan conseguir el referido material.

No obstante, en los últimos años se han aprobado en el ámbito de la Unión Europea diversas disposiciones en las que se recoge un concepto de pornografía, bien es cierto que circunscrito a la que se conoce comúnmente como pornografía infantil. En esas normas se aprecia una marcada tendencia a ampliar tanto el elenco de conductas punibles (incriminando, por ejemplo, la mera posesión), como la propia noción de pornografía, en la que se comprende cierto material, generalmente elaborado con medios informáticos, en el que se manipula la imagen y/o la voz de las personas intervinientes (v.gr. dando a un adulto la apariencia de un niño), e incluso se crean personajes ficticios que asemejan ser reales; es decir, lo que se conoce genéricamente como pornografía virtual.

---

<sup>1</sup> Además, en el número 3 del referido artículo se prevé una agravación para quienes 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.

Dentro de esta pornografía se suelen distinguir varias modalidades, que pueden sintetizarse en las siguientes:

- “pornografía técnica”: es la protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios o procedimientos (“retoque” de fotografías o filmaciones consistentes en eliminación de vello púbico o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes, etc.)<sup>2</sup>;
- “pseudopornografía”: consiste en insertar fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas (animadas o no), en las que no intervienen realmente (ya sea colando la cara de un menor sobre la imagen de un adulto, o añadiendo objetos a una imagen)<sup>3</sup>; y,
- “pornografía infantil artificial”: incluye toda representación pornográfica en la que participa un menor o incapaz creado íntegramente a partir de un patrón irreal, ya sea un dibujo u otra clase de animación<sup>4</sup>.

Algunos de los citados instrumentos internacionales que incluyen una noción de pornografía no vinculan al estado español, de forma que sus preceptos revisten un carácter puramente orientativo para nuestro legislador; por el contrario, otros comportan la obligación de adaptar a ellos nuestra legislación en un plazo más o menos breve. En cualquier caso, esa normativa europea es la que inspiró la reforma operada en el art. 189 de Código penal español por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, según se expresa en la exposición de motivos del Anteproyecto de esta última ley<sup>5</sup>. En consecuencia, conviene tener presentes esas acepciones antes de delimitar los conceptos de pornografía y de material pornográfico utilizados en los arts. 186 y 189 del texto punitivo.

---

<sup>2</sup> MORALES PRATS, F.: “Pornografía infantil e Internet: la respuesta en el Código penal español”, en Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000, pág. 187; y MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 982. Algunos autores denominan a esta modalidad “pornografía virtual”; así, por ejemplo, Tamarit Sumalla se refiere a “las conductas de pornografía técnica o virtual en que el material utilizado corresponda exclusivamente a personas mayores de edad a las que mediante una alteración de sus facciones o de otros aspectos se les da una apariencia infantil”. TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 126. Vid., también, BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / ROMEO CASABONA, C.M. (coord.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 532.

<sup>3</sup> MORALES PRATS, F.: “Pornografía infantil e Internet: la respuesta en el Código penal español”, en Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, *Cuadernos de Derecho Judicial*, cit., págs. 183, 184, 187 y 188; y MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., pág. 982.

<sup>4</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / ROMEO CASABONA, C.M. (coord.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, cit., pág. 531; y MORILLAS FERNANDEZ, D.L.: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 69 y 70.

<sup>5</sup> “Se ha modificado la tipificación de la pornografía infantil, de acuerdo con las exigencias de la Unión Europea, describiendo nuevas conductas como la tenencia para uso propio e incrementando con carácter general las penas”.

Entre los primeros documentos, que no comprometen al estado español, cabe destacar los siguientes<sup>6</sup>:

- la Recomendación Rec (2001) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual<sup>7</sup>, en la que se señala que el término pornografía infantil incluirá<sup>8</sup>:

*“cualquier material pornográfico que represente de manera visual a un niño en una conducta sexual explícita, una persona aparentando ser un niño en una conducta sexual explícita, o imágenes realistas representando a un niño envuelto en una conducta sexual explícita”*<sup>9</sup>; y,

- la Convención del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001<sup>10</sup>, en cuyo art. 9, apartado 2, se define la pornografía infantil, abarcando en ella:

*“todo el material pornográfico que visualmente represente:*

*a) un menor envuelto en un comportamiento sexual explícito;*

*b) una persona aparentando ser menor envuelto en un comportamiento sexual explícito;*

*c) imágenes realistas representando a un menor envuelto en un comportamiento sexual explícito”*<sup>11</sup>.

A estos efectos, el Informe Preparatorio de dicha Convención, de 8 de noviembre de 2001, precisa que el término “material pornográfico” utilizado en el citado precepto

*“está regido por las normas nacionales referidas a la clasificación del material como obsceno, inadecuado con la moral pública, o similarmente corrupto. Por tanto, aquel material que tenga un valor artístico, médico, científico o similar puede ser considerado no pornográfico.*

---

<sup>6</sup> Vid. extensamente sobre esta normativa, CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, en *Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 21, 2000, págs. 372 y ss; y PÉREZ CEPEDA, A.I.: “Un ejemplo más del Derecho penal simbólico”, en *Actualidad Penal*, 2001-2, marginal 471 y ss.

<sup>7</sup> Adoptada por el Comité de Ministros el 31 de octubre de 2001.

<sup>8</sup> I. (Propósitos y definiciones). 2 c.

<sup>9</sup> En ese mismo apartado se dispone que la pornografía infantil incluye las siguientes conductas cometidas intencionalmente y sin justificación, por cualquier medio: producir pornografía infantil con la intención de su distribución; ofrecer o poner a disposición de alguien pornografía infantil; distribuir o transmitir pornografía infantil; conseguir pornografía infantil para uno mismo o para un tercero; y, poseer pornografía infantil. De acuerdo con el apartado 2 a, un niño es una persona menor de 18 años.

<sup>10</sup> CETS (Council Europe Treaty Series) nº 185. Esta Convención fue firmada por España el 23 de noviembre de 2001.

<sup>11</sup> En el apartado 1 del mismo artículo se determina que cada parte debe adoptar las medidas legislativas y otras medidas que sean necesarias para establecer infracciones penales en su legislación, en las que se castiguen las siguientes conductas, cometidas intencionalmente y careciendo de derecho: a) producir pornografía infantil con la intención de su distribución a través de un sistema informático; b) ofrecer o poner a disposición de alguien pornografía infantil a través de un sistema informático; c) distribuir o transmitir pornografía infantil a través de un sistema informático; d) conseguir pornografía infantil a través de un sistema informático para uno mismo o para un tercero; y, e) poseer pornografía infantil en un sistema informático o en un soporte de datos. Por otra parte, en el apartado 3 se precisa que a los efectos del apartado 2, el término “menor” incluirá a las personas menores de 18 años. No obstante, se prevé la posibilidad de que las partes establezcan un límite de edad inferior, aunque nunca menor de los 16 años. Además, en el apartado 4 se reserva a cada parte el derecho a no aplicar, en todo o en parte, los apartados 1 (d) y 1 (e), y 2 (b) y 2 (c).

*Dentro del material visual se incluyen datos almacenados en disquetes informáticos o en otros medios electrónicos de almacenamiento que permitan su conversión en una imagen visual*<sup>12</sup>.

Por otra parte, de acuerdo con ese informe, la expresión “conducta sexual explícita”

*“abarca al menos, y de modo real o simulado: a) relación sexual, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal, entre menores o entre un adulto y un menor de igual o distinto sexo; b) bestialismo; c) masturbación; d) abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual, o, e) exhibición lasciva de genitales o área pública de un menor. No es relevante si la conducta descrita es real o simulada*”<sup>13</sup>.

De carácter preceptivo para el estado español son, sin embargo, las siguientes disposiciones:

- El Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000<sup>14</sup>, en el que se entiende por pornografía infantil, a tenor del art. 2, apartado c):

*“toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”<sup>15</sup>.

Asimismo, conviene traer a colación la Propuesta de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>16</sup>, que cristalizaría en la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, de fecha algo posterior a la referida L.O. 15/2003, de 25 de noviembre. De suerte que seguramente en la nueva redacción del mentado art. 189 el legislador tuvo en cuenta el contenido de aquel proyecto y sus enmiendas posteriores, acogiendo las directrices de la Unión Europea que habría de asumir tras la entrada en vigor de la inminente Decisión Marco; aunque cabe advertir que en el precepto español se tipifican más conductas de las que impone a los estados miembros el documento del Consejo. Pues bien, en el art. 1, apartado b, de aquella propuesta inicial se recogía un concepto de pornografía infantil extraordinariamente amplio (definición que posteriormente se iría perfilando hasta llegar a versión final que se contempla en el documento siguiente); en ella se incluía:

*“cualquier material pornográfico que represente de manera visual a un niño en una conducta sexualmente explícita*”<sup>17</sup>, y,

<sup>12</sup> Título 3, art. 9, apartado 99.

<sup>13</sup> Título 3, art. 9, apartado 100.

<sup>14</sup> Firmado por España el 6 de septiembre de 2000, y ratificado por instrumento de 5 de diciembre de 2001 (BOE nº 27, de 31 de enero de 2002). El Protocolo entró en vigor el 18 de enero de 2002.

<sup>15</sup> Por su parte, el art. 3.1 dispone: “Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: ...c) Producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofrecer, vender o poseer, con los fines antes señalados, material pornográfico en que se utilicen niños, en el sentido en que se define en el artículo 2”.

<sup>16</sup> DOCE C 62 de 27 de febrero de 2001, págs. 327 a 330.

<sup>17</sup> En el apartado a) del propio artículo se concreta que, a los efectos de esa Decisión, se entenderá por “niño” cualquier menor de 18 años. Y, en el art. 3 (Infracciones relacionadas con la pornografía infantil) se prevé lo siguiente: “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la

- La Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>18</sup>, que la define en su art. 1, apartado b) 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 púbica de un niño, o,*

*ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o*

*iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)”<sup>19</sup>.*

Hasta aquí hemos visto algunas de las normas internacionales que parecen haber determinando la reciente tipificación en nuestro Código penal de nuevas conductas relacionadas con la pornografía (básicamente, la posesión de material pornográfico elaborado con menores o incapaces, y las referidas al material pornográfico en el que no se ha utilizado directamente a menores o incapaces, sino su voz o su imagen alterada o modificada); sin embargo, tras esas reformas sigue sin recogerse en el texto punitivo una definición de pornografía, como en general sucede en los ordenamientos europeos.

Para concluir, interesa traer a colación la regulación del Código penal federal de Estados Unidos relacionada con este tema, pues, como veremos en el apartado siguiente, la doctrina española, ante la falta de una definición legal de pornografía en nuestro Derecho, sigue en buena medida la estela de la jurisprudencia creada al respecto

---

punibilidad de las siguientes conductas intencionales, se realicen mediante sistemas informáticos o no: a) producción de pornografía infantil, o b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, o c) ofrecimiento o facilitación por cualquier medio de pornografía infantil, o d) adquisición o posesión de pornografía infantil. / 2. Cada Estado miembro adoptará asimismo las medidas necesarias para garantizar, sin perjuicio de las restantes definiciones que figuran en la presente definición marco, la punibilidad de las conductas contempladas en el apartado 1 cuando supongan material pornográfico en el que se represente visualmente un niño en una conducta sexualmente explícita, salvo que se establezca que la persona que representa al niño fuera mayor de dieciocho años en el momento de la representación”.

<sup>18</sup> DOCE L 13/44 de 20 de enero de 2004, págs. 44 a 48.

<sup>19</sup> Según el art. 1, apartado a), se entenderá por niño cualquier persona menor de 18 años. Por otro lado, el art. 3 determina: “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales, se realicen mediante sistemas informáticos o no, cuando se cometan sin derecho: a) producción de pornografía infantil; b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil; c) ofrecimiento o suministro de pornografía infantil; d) adquisición o posesión de pornografía infantil. / 2. Cualquier Estado miembro podrá excluir de responsabilidad penal las conductas relacionadas con la pornografía infantil: a) contempladas en el inciso ii) de la letra b) del artículo 1, cuando la persona real que parecía ser un niño tuviera de hecho al menos 18 años en el momento de la representación; b) contempladas en los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1, cuando en los supuestos de producción y posesión, se produzcan y posean imágenes de niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el consentimiento de los mismos y exclusivamente para su uso privado. Aun en el caso de que se demuestre que ha habido consentimiento, éste no se considerará válido si se ha obtenido valiéndose, por ejemplo, de una mayor edad, madurez, posición, estatus, experiencia o relación de dependencia de la víctima con el autor; c) contempladas en el inciso iii) de la letra b) del artículo 1, cuando haya quedado acreditado que el productor produce el material pornográfico y está en posesión del mismo estrictamente para su uso privado, siempre que para esta producción no se haya utilizado el material pornográfico al que se refieren los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1 y que el acto no entrañe ningún riesgo de difusión material”.

por el Tribunal Supremo Federal norteamericano<sup>20</sup>. Por lo tanto, antes de referirnos a esa jurisprudencia, conviene apuntar la normativa prevista en el citado texto legal, en el que no se recoge una noción genérica de la pornografía, pero sí se define la pornografía infantil. Este concepto está previsto en la sección 2256 del título 18 del Código federal, concretamente en la subsección 8ª, que desde su incorporación (por la “Child Pornography Prevention Act” de 1996) ha experimentado diversas modificaciones. En su versión original dicho precepto disponía:

*“La pornografía infantil abarca: cualquier representación visual, incluyendo fotografía, película, vídeo, pintura, u ordenador, o imagen o pintura generada por ordenador, sea creada o producida por medios electrónicos, mecánicos o distintos, de conductas sexualmente explícitas, siempre que:*

*a) la producción de tal representación visual implique el uso de un menor desarrollando una conducta sexualmente explícita;*

*b) tal representación visual consista, o aparente que es así, en un menor desarrollando una conducta sexualmente explícita;*

*c) la representación visual haya sido creada, adaptada o modificada para aparentar que un menor identificable desarrolla una conducta sexualmente explícita; o*

*d) tal representación visual se anuncie, promueva, presente, describa o distribuya de tal modo que ofrezca la impresión de que el material es o contiene una representación visual de un menor desarrollando una conducta sexualmente explícita”.*

Sin embargo, esta norma desencadenó cierto debate social, en lo que atañe a los apartados b) y d), y concretamente respecto a los supuestos de material pornográfico en cuya elaboración no ha intervenido en realidad ningún menor de edad, al considerarse desde distintos sectores que la criminalización de esas conductas vulneraba la libertad de expresión reconocida en la primera enmienda de la Constitución norteamericana<sup>21</sup>. Tras varias resoluciones de contenido dispar, el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de abril de 2002, resolvió la cuestión planteada, declarando la inconstitucionalidad de ambas disposiciones, por contravenir la referida norma constitucional. En dicha sentencia la citada Corte rechazó los distintos argumentos esgrimidos a favor de penar la pornografía infantil virtual (v.gr., que dicho material sacia el apetito de pedófilos, animándolos a incidir en tales conductas –por cuanto una mera intención no es sancionable– o que puede conducir a abusos sexuales –cuya relación con la pornografía virtual será, en su caso, contingente e indirecta–, etc.). Y, en consecuencia, confirmó que todo el material que no sea obsceno, por ser patentemente ofensivo a la luz de una moral comunitaria media, y carecer de valor artístico, literario o científico, y que no sea producto de un abuso sexual, queda amparado por la libertad de expresión de la primera enmienda.

---

<sup>20</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M.L.: “Delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, en Delitos contra la libertad sexual, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, págs. 226 y ss. y 251 y ss; y VIVES ANTÓN, T.S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 234 y ss.

<sup>21</sup> En este sentido, la denominada “Asociación a favor de la libertad de expresión” adujo que las expresiones “appears to be” (aparenta ser) y “conveys the impresion” (ofrece la impresión) eran demasiado ambiguas; argumento que fue rechazado inicialmente por el Juez de Distrito conecedor del caso, pero más tarde aceptado por el 9º Circuito de Apelación, y confirmado por el Tribunal Supremo en el caso conocido como Ashcroft, Fiscal General, contra la Asociación por la libertad de expresión, (*Ashcroft, Attorney General, versus Free Speech Coalition*) decidido por la sentencia de 16 de abril de 2002.

Esa resolución del Tribunal Supremo Federal dio lugar a varias leyes de reforma de la subsección 8ª que hemos apuntado. En primer lugar, la “Child Obscenity and Pornography Prevention Act” de 2002<sup>22</sup>, introdujo los siguientes cambios:

- respecto al apartado b), modifica su redacción, que queda como sigue:

*b) la representación visual consista en una imagen de ordenador, o generada por ordenador, o parezca virtualmente indistinguible de ella, de un menor desarrollando una conducta sexualmente explícita; o*<sup>23</sup>,

- en el apartado c), se elimina “o” al final y se inserta “y”; y,

- se suprime el apartado d).

Posteriormente, la “Child Obscenity and Pornography Prevention Act” de 2003, varió de nuevo el contenido del apartado b), dejándolo en los siguientes términos:

*b) la representación visual consista en una imagen de ordenador, o generada por ordenador, o indistinguible (según define la sección 1466 a) de ella, de un menor desarrollando una conducta sexualmente explícita; o*<sup>24</sup>

Ese mismo año se aprobó otra norma dedicada a erradicar la explotación infantil, la denominada “Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act”, en la que se confirmó la redacción dada por la ley anterior al expresado apartado b)<sup>25</sup>.

Así pues, en la actualidad se entiende por pornografía infantil, de acuerdo con la subsección 8ª, del título 18, sección 2256 del Código federal norteamericano:

*“Cualquier representación visual, incluyendo fotografía, película, video, pintura, u ordenador, o imagen o pintura generada por ordenador, sea creada o producida por medios electrónicos, mecánicos o distintos, de conductas sexualmente explícitas, siempre que:*

*a) la producción de tal representación visual implique el uso de un menor desarrollando una conducta sexualmente explícita;*

*b) la representación visual consista en una imagen de ordenador, o generada por ordenador, o indistinguible de ella, de un menor desarrollando una conducta sexualmente explícita; o*

*c) tal representación visual haya sido creada, adaptada o modificada para aparentar que un menor identificable desarrolla una conducta sexualmente explícita.*

---

<sup>22</sup> El promotor de la mencionada ley, el Congresista Chris Cannon, manifiesta en su página Web que con esta norma pretendía reafirmar la persecución que en la ley de 1996 se hacía de la denominada pornografía infantil “virtual”, sancionándola de forma que pudiera soportar un control constitucional tras la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2002. Ello explica que en el apartado b) aparezca todavía la frase entrecomillada (“o parezca virtualmente indistinguible de ella”), en la que tiene cabida la pornografía virtual. En dicha página, además, se encuentran diversos argumentos a favor de incriminar esa modalidad de pornografía, atinentes, sobre todo, a la proliferación del uso de internet, al que, se dice, accede un número aproximado de 24 millones de niños, sirviendo como herramienta para pedófilos.

<sup>23</sup> ‘b) such visual depiction is a computer image or computer-generated image that is, or appears virtually indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or’.

<sup>24</sup> ‘b) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable (as defined in section 1466A) from, that of a minor engaging in sexually explicit conductor’.

<sup>25</sup> ‘b) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or’.

Por otra parte, dentro de la sección 2256, en la subsección 2ª se define lo que debe entenderse por “conducta sexualmente explícita”, diferenciándose dos apartados:

*A) Salvando lo dispuesto en el apartado B, bajo la expresión “conducta explícita sexualmente”, sea real o simulada, tiene cabida:*

*1. contacto sexual, incluyendo el genital-genital, oral-genital, anal-genital, u oral-anal, producido entre personas de similar o diferente sexo;*

*2. bestialismo;*

*3. masturbación;*

*4. abusos sádicos o masoquistas; o*

*5. exhibición lasciva de los genitales o área pública de cualquier persona.*

*B) A efectos de la subsección 8, párrafo b, de esta sección, “conducta explícita sexualmente” significa:*

*1. contacto sexual gráfico, incluyendo el genital-genital, oral-genital, anal-genital, u oral-anal, producido entre personas de igual o diferente sexo, o contacto sexual simulado lascivo en el que se exhiban los genitales, pecho, o área pública de cualquier persona;*

*2. bestialismo, masturbación o abusos sádicos o masoquistas lascivos gráficos o simulados; o*

*3. exhibición lasciva gráfica o simulada de los genitales o el área pública de cualquier persona<sup>26</sup>.*

Y, “menor identificable” abarca, según la subsección 9ª, a toda persona que:

*1º, sea menor en el momento en que la representación visual era creada, adaptada o modificada, y vea utilizada su imagen de menor al crearse, adaptarse o modificarse tal representación visual;*

*2º, sea reconocible como persona concreta, sea por su rostro humano o por otra característica diferenciada, como una marca de nacimiento única u otro rasgo identificable.*

Además, se dispone que ese concepto no implica la necesidad de que quede probada la identidad real del menor identificable.

A continuación, en la subsección 10, se especifica que el término “gráfico”, usado respecto a una representación de conducta sexualmente explícita, entraña que un observador pueda contemplar alguna parte de los genitales o área pública de cualquiera de las personas o animales intervinientes en la conducta sexualmente explícita.

Finalmente, en la subsección 11 se explica el término “indistinguible”, empleado respecto a una representación virtualmente indistinguible, en el sentido de que cualquier persona corriente que viera esa representación concluiría que en ella interviene un menor real envuelto en una conducta sexualmente explícita. Esta definición no es aplicable a representaciones que sean dibujos, caricaturas, esculturas o pinturas representando menores o adultos.

### 3. El concepto de material pornográfico en la doctrina

En la doctrina española la pornografía ha sido entendida en términos bastante coincidentes con los acuñados por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, y, en general, se ha advertido sobre la dificultad y el relativismo de los resultados de

---

<sup>26</sup> Redacción dada por la “Child Obscenity and Pornography Prevention Act” de 2003.

semejante tarea<sup>27</sup>, como puede apreciarse en la selección de opiniones que se ofrece a continuación.

En primer lugar, **Díez Ripollés** destacó las vertientes positiva (la tendencia de la representación gráfica, sonora y/o escrita a excitar sexualmente) y negativa (la ausencia de valores estéticos, informativos o científicos) de la pornografía:

“Debe entenderse por representación pornográfica toda aquella que posea una tendencia objetivada de excitar sexualmente y que, además, resulte apta de modo general para involucrar intensamente a las personas que entren en contacto con ella en un contexto sexual.

Tal definición consta de dos partes: En la primera de ellas se atiende a la finalidad objetivada en la propia representación, a lo que da sentido a toda su materialidad y a todo el contenido intelectual, sensorial y afectivo que lleva incorporado, a su significación esencial, que no debe identificarse, ni con la finalidad del autor o creador material de ella, ni con las potencialidades o aptitudes que pueda tener la representación en sí para lograr tal finalidad objetivada. A su vez esta tendencia objetivada se concreta en la finalidad de excitar sexualmente, finalidad o función que le impregna por completo.

La segunda parte de la definición tiene la misión de introducir la referencia a la gravedad o magnitud en el propio concepto de objeto pornográfico, ya que sólo así éste adquiere su plena configuración, y se hace adoptando el mismo punto de referencia, coherente con el bien jurídico protegido, que hemos elegido para configurar el elemento de la gravedad de la conducta en los actos lúbricos y de exhibición obscena<sup>28</sup>.

Esta definición implica la ausencia de valores científicos, pedagógicos, artísticos..., dado que la tendencia objetivada de excitar sexualmente debe desempeñar un papel claramente dominante<sup>29</sup>.

“Si acertada ha sido la elección del término «pornográfico», no puede decirse lo mismo del sustantivo al que adjetiva «material»: Su uso, en lugar del correcto de «representación», presenta el riesgo de que se incluyan en la noción una amplia gama de objetos mecánicos destinados a la excitación o satisfacción sexuales que, en mi opinión, no merecen ser incluidos en el tipo. El concepto de pornografía gira en torno a la idea de una representación, es decir, todo aquello que tiene la función de expresar la realidad de un modo sustitutivo o bien de expresar una realidad imaginada, lo que no es el caso de esos objetos. En cualquier caso, la presencia del término «material» parece exigir la incorporación del adjetivo de pornográfico a objetos materiales, lo que deja fuera representaciones en vivo”.

Señala Díez Ripollés que

“para que un escrito<sup>30</sup> pornográfico sea tal se exige, por un lado, que sea una representación sexual, por otro, que esa representación sexual sea de cierta entidad...

El que por «representación sexual» y «acción sexual» se aluda a realidades muy distintas, ya que en el primer caso estamos ante un objeto material que tiene incorporado un determinado significado, y en el segundo, ante una conducta final humana, hace que las soluciones, aunque con ciertas analogías, no puedan ser iguales. En la acción sexual, en cuanto que lo que quiere determinarse es la acción en sí misma, esto es, una conducta final, lo que pasa a ser determinante es la finalidad perseguida por el autor, más allá del dolo; en la representación sexual, en cuanto objeto material con un contenido de significado, no puede ser determinante, ni la tendencia del que

<sup>27</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982, págs. 277 y ss. y 391 y ss.

<sup>28</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991, págs. 90 y 91.

<sup>29</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, cit., cita 136.

<sup>30</sup> En este concepto Díez Ripollés incluye, escritos en sentido estricto, dibujos, imágenes, fotos, cintas magnetofónicas, discos, películas... Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas provocadoras*, cit., cita 139.

manipula la representación... ni la tendencia del creador de la representación... sino que lo auténticamente significativo es la finalidad objetivada en la representación, aquel fin que, con independencia del existente en el que concibió la representación o de los que poseían los que dieron concreta forma material a la representación, con independencia de los que poseen los que la utilizan, se encuentra insito en ella... estamos ante una tendencia sexual objetivada, es decir, ante una finalidad inserta en el propio escrito... Estamos, pues, ante un escrito cuyo significado esencial, aquel que da sentido a toda su materialidad y a todo el contenido intelectual, sensorial y afectivo que lleva incorporado, es su finalidad de excitar sexualmente, finalidad o función ésta que le impregna por completo...

El concepto de pornografía precisa para conformarse, además de su referencia sexual, de la que ahora nos ocupamos, la posesión de una cierta entidad, elemento de magnitud éste que, por lo que respecta al marco jurídico-penal en el que nos estamos moviendo, va referido al bien jurídico protegido en el tipo, y viene a decir de un modo simple que la representación sexual ha de ser de tal forma que sea apta para lesionar el bien jurídico protegido. Tal remisión de la magnitud al bien jurídico protegido, y por lo tanto al concepto de involucración sexual, hace que la discusión sobre el carácter de la finalidad que se ha de objetivar en el escrito pierda relevancia ya que, tanto si se considera que ha de ser una finalidad involucrada como una finalidad excitante, el segundo elemento del concepto de pornografía, imprescindible para configurarlo, remite, en el contexto jurídico-penal, a la involucración sin más. Con todo, la relevancia no la pierde del todo pues el ámbito de los escritos punibles se reduce más si, a nivel de representaciones sexuales, exigimos fin objetivado de excitar, y luego, en la magnitud, aptitud para involucrar, sea excitando, repugnando o de cualquier otra manera, que si, en representación sexual, exigimos fin involucrador sin más y de cara a la magnitud, aptitud para involucrar. Evidentemente, el punto de partida, la representación sexual, es más amplio en el segundo caso pues en el primero quedarían excluidas todas las representaciones con tendencia objetivada distinta de la de excitar sexualmente, aunque, en lo referente a la magnitud, fueran aptas para involucrar.

Admitiendo lo discutible de la discusión, me inclino, con el fin de mantener más preciso el concepto de pornografía, por la primera alternativa, es decir, la tendencia objetivada ha de ser excitar sexualmente<sup>31</sup>.

En esa misma línea se pronuncia **Boldova Pasamar**, quien sostiene que un material, *“para ser considerado pornográfico tiene que presentar, como indica Díez Ripollés, una finalidad objetivada concreta y una suficiente capacidad involucradora”*.

“Pornográfico es aquello que, por un lado, posee la tendencia objetivada de excitar sexualmente, y por otro lado, que resulta apto «per se» de modo general para involucrar intensamente en un contexto sexual a las personas que entren en contacto con ello. Consecuentemente, además con esta caracterización es que el material pornográfico ha de tener la función de expresar la realidad de un modo sustitutivo o bien de expresar una realidad imaginada”.

“El concepto de pornografía implica la ausencia en el objeto pornográfico de valores científicos, pedagógicos, artísticos, culturales, etc., es decir, la tendencia objetivada a excitar sexualmente ha de desempeñar un papel claramente predominante en el objeto pornográfico. Cualquier generación de dudas sobre el carácter pornográfico de un material debe dar lugar a su negación a efectos típicos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, tratándose de «publicaciones de difusión general» ha seguido una línea semejante, al considerar pornográfica una publicación cuando la pornografía se encuentra presente en todas sus páginas, con una ausencia absoluta de valores literarios, artísticos, científicos o de información sexual seria y responsable. También el Tribunal Supremo y luego el Tribunal Constitucional han llegado a estimar suficiente para tachar como pornográfica una publicación con que exista un mínimo de ella, sin necesidad de estar toda la publicación, texto y reproducciones fotográficas, inmersa en ese concepto de lo pornográfico, si bien en este último supuesto se referían a un «libro destinado a la educación sexual de los niños», a alguna de cuyas partes se le atribuía el carácter de pornográfica. En todos los casos (tanto en éstos como en aquéllos) se estaba castigando como delito de escándalo público el hecho de editar y divulgar la publicación. Actualmente, normalizada la publicación y difusión de pornografía, el tipo tiene otro sentido y exige la confrontación directa del sujeto pasivo con el material pornográfico.

<sup>31</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas provocadoras*, cit., págs. 397 y ss.

Por ello, para el elemento del tipo «material pornográfico» es suficiente con que la parte de la publicación que se confronta con la víctima posea contenido explícitamente pornográfico.

Al margen de estos requisitos de la pornografía no es preciso que además el contenido del material pornográfico refleje una sexualidad alejada de los parámetros convencionales del sexo (bestialismo, sadomasoquismo, abuso de menores, etc.). Por su parte, en las prolijas definiciones de pornografía de la jurisprudencia (todas referidas al antiguo delito de escándalo público) se traslucía cierto sesgo moral, coherente con el bien jurídico protegido de la moral sexual colectiva, al referirse a la misma como representación de perversiones, desviaciones o aberraciones sexuales y generadora de lo mismo. Esto hoy, lejos de su pretensión originaria (descalificar lo pornográfico), podría distorsionar el contenido del objeto pornográfico, limitándolo en exceso: no bastaría cualquier representación sexual, sino una representación sexual inmundada. Sin embargo, el contenido pornográfico no se ha de medir por el grado de desviación sexual representada sino, de acuerdo con el bien jurídico protegido actualmente, de involucración en un contexto sexual. Por este mismo motivo, la representación del cuerpo desnudo sin más no es pornográfico para el tipo objetivo de este delito.

Por su parte, Muñoz Conde lleva a cabo una interpretación restrictiva de este elemento del tipo, que explica por la limitación del círculo de sujetos pasivos a menores de edad, y que consiste en que el material pornográfico debe ser, de algún modo, idóneo para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad de personas inmaduras o incapaces de un cierto control de sus instintos. Con ello parece aludir a una pornografía extrema (bestialismo, sadomasoquismo, etc.). Sin embargo, no hay base en la ley para hacer esta restricción y considerar que unas pocas especies de pornografía integran el tipo, pues precisamente la *ratio legis* del precepto está partiendo de la idea de que hay que proteger a menores e incapaces frente a la pornografía en general.

No se puede medir la aptitud del material pornográfico para involucrar intensamente en un contexto sexual en función de las cualidades personales de la víctima -edad, sensibilidad, etc. (no hay una pornografía específica de adultos y otra de menores o de incapaces, ni se puede modificar el carácter pornográfico de un objeto porque el confrontado sea adulto o sea menor o incapaz)-, sino de acuerdo con una medida objetiva referida a la aptitud del material para involucrar intensamente en un contexto sexual a quien quede expuesto al mismo”<sup>32</sup>.

Asimismo, **Rojo García** señala que,

“siguiendo a Díez-Ripollés, la pornografía puede definirse de forma positiva o negativa. Desde el punto de vista positivo, es la tendencia de la representación gráfica, sonora y/o escrita a excitar sexualmente; desde el punto de vista negativo, es la ausencia de valores estéticos, informativos o científicos.

Según esta definición, podemos encontrar las diferencias entre pornografía y erotismo o entre la pornografía y el desnudo artístico”<sup>33</sup>.

**Cancio Meliá** apunta las siguientes notas respecto al material pornográfico:

“En primer lugar, ha de señalarse que la mención del término «material» no debe ampliar el concepto de pornografía a meros objetos relacionados con la sexualidad que por sí solos no pueden llegar a tener el efecto negativo sobre los destinatarios que motiva la incriminación (Díez Ripollés). En segundo lugar, es evidente que el concepto de lo que es pornográfico o no queda ligado a cuáles sean las representaciones valorativas sociales del momento, de modo que suele definirse de manera negativa como representación de contenido sexual, destinada a la excitación o satisfacción de instintos sexuales y carente de valor artístico, científico, etc. (Vives Antón)<sup>34</sup>”.

<sup>32</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / ROMEO CASABONA, C.M. (coord.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, cit., págs. 458 a 463; igualmente en, “El delito de facilitar pornografía a menores o incapaces (art. 186 del Código Penal)”, en *Actualidad Penal*, núm. 35, 2001, págs. 849 y ss.

<sup>33</sup> ROJO GARCÍA, J.C.: “La realidad de la pornografía infantil en internet”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2002, pág. 215.

<sup>34</sup> CANCIO MELIÁ, M, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G.(dir.) / JORGE BARREIRO, A. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Navarra, 1997, págs. 542 y 543.

Igualmente, **Bajo Fernández**<sup>35</sup> y **Díaz-Maroto y Villarejo** entienden que

“del conjunto de las manifestaciones que la literatura y la jurisprudencia han hecho al respecto, puede resumirse que es pornográfica aquella representación que posee una tendencia objetivada de excitar sexualmente con ausencia de valores literarios, artísticos, informativos o científicos y que, por tanto, pudiera resultar ofensiva (Vid. Díez Ripollés)”<sup>36</sup>.

De otra parte, son comunes en nuestra doctrina las referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano sobre pornografía, definiéndola diversos autores a partir de los criterios sentados por ese órgano; aunque, como veremos, no suelen compartirse todos los elementos que según la citada Corte Suprema han de concurrir para reputar un material como pornográfico.

Algunas de esas resoluciones fueron recogidas por **Vives Antón** al tratar de los antiguos delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Dicho autor rechazaba “*la calificación de «pornográfico» proyectada sobre todo material no convencional relativo a temas sexuales, y la doctrina de que «toda pornografía» (así entendida) era constitutiva de delito*”, sintetizando la jurisprudencia delimitadora de aquel concepto:

“El Tribunal Constitucional, en la sentencia 62/1982, no entró en el análisis de la constitucionalidad de tal doctrina desde el punto de vista de la libertad de expresión, limitándose a examinar, en abstracto, las relaciones entre libertad de expresión y moralidad sexual.

El Tribunal Supremo Federal norteamericano abordó la cuestión en el caso *Chaplinski vs. New Hampshire* (1942) y sentó allí la doctrina de que la pornografía no se hallaba protegida por la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana porque carecía de valor social.

Ulteriormente, el Tribunal definió la pornografía en las sentencias dictadas en los casos *Roth vs. United States* y *Alberts vs. California*. Según tales resoluciones, una obra es obscena si aplicando «standars» comunitarios, aparece en su conjunto como dominada por un interés libidinoso. En ambas resoluciones se aplicó la doctrina sentada en el caso *Chaplinsky*, afirmando que la pornografía no se hallaba amparada por la libertad de expresión al carecer enteramente de valor social.

El Tribunal Warren en una serie de resoluciones que culminaron en la dictada en el caso *A book (Fanny Hill) vs. Attorney General*, sostuvo que la definición de obscenidad requiere: (1) que el material tomado en su conjunto parezca dominado por un interés libidinoso; (2) que sea patentemente ofensivo porque se desvíe de los «standars» contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materiales sexuales y (3) que se halle totalmente desprovisto de valor social.

Posteriormente, el Tribunal Burger modificó el criterio, exigiendo, para la calificación de una obra como pornográfica que, tomada en su conjunto careciese de un serio valor literario, artístico, político o científico (*Millar vs. California* 1973).

La adopción de «standars» semejantes, respetuosos del contenido constitucional de la libertad de expresión, se ha debido en nuestro país al Tribunal Supremo.

Así, en la sentencia de 22 de marzo de 1983 (Ar. 2180) se dice que «este Tribunal no viene rechazando lo pornográfico en materia de publicaciones o revistas con base a un solo artículo o reportaje gráfico o literario sino cuando, en una consideración conjunta o global, la pornografía se encuentra presente en todas sus páginas, con una ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de información sexual seria y responsable». El mismo criterio se ha mantenido en las resoluciones posteriores hasta la presente (vid. v.g. la sentencia de 9 de diciembre de 1985 -Ar. 6013-).

---

<sup>35</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. (Parte Especial)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pág. 192.

<sup>36</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Vol. II, Madrid, 1998, pág. 128.

Dado que la Constitución, sigue, por fortuna, siendo la misma, la delimitación de lo que haya de entenderse por material pornográfico habrá de efectuarse con los mismos criterios expuestos<sup>37</sup>.

**Cuerda Arnau** se refiere, también, extensamente, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal estadounidense sobre esta materia:

“Llegamos, así, al núcleo duro del tipo: el concepto de pornografía que, -como es sabido-, ha sido perfilado fundamentalmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, a la que, por tanto, dedicaremos cierta atención.

Concretamente, fue en el caso Roth donde la Corte entró por primera vez de lleno a analizar qué debía entenderse por pornografía, así como la cuestión crucial de si ese material gozaba o no de la protección de la primera enmienda, que, como es sabido, prohíbe la limitación de la libertad de expresión, siendo aplicable dicha prohibición a los Estados a través de la decimocuarta enmienda.

El Tribunal afirmó que “las palabras «obsceno», «impúdico» y «lascivia» (...) significan aquella forma de inmoralidad que tiene relación con la impudicia sexual y que tiende a excitar o provocar pensamientos lujuriosos”. No obstante, como se cuidó de precisar la Corte, sexo y obscenidad no son sinónimos, de manera que la sola presencia de sexo no implica sin más la calificación de obscenidad. En consecuencia, y esto es lo que se conoce como test Roth, una obra es obscena sólo si, aplicando los *standards* contemporáneos vigentes en una comunidad, el tema dominante, tomando la obra en su conjunto, apela a un interés salaz.

La doctrina sentada en el caso Roth fue, no obstante, matizada en el caso conocido como *Fanny Hill*, donde se estimó inconstitucional la decisión de la Corte Suprema de Massachussets de prohibir un libro que relataba la vida de una prostituta. El Tribunal Supremo Federal precisó que no bastaba con acreditar la presencia de los dos extremos antes señalados, sino que era necesario, además, probar que el material en cuestión carecía de todo valor social. Justamente por eso no era admisible una prohibición que desconocía que los tres criterios debían ser aplicados independientemente.

Sin embargo, en el caso Millar el Tribunal desecha este criterio como *standard* constitucional por entender que se trata de una prueba imposible o -como ya dijera en su voto particular disidente el Juez Harlan- que se trata de un concepto carente de todo significado. Así pues, el test en cuestión queda definitivamente reelaborado del siguiente modo: para calificar una obra de pornográfica se requiere, en primer lugar, que el hombre medio, aplicando los *standards* comunitarios vigentes en ese momento, pueda entender que la obra tomada en su conjunto apela a un interés salaz; en segundo lugar, es preciso que la obra describa o represente de modo patentemente ofensivo una conducta sexual; por último -y esta es la novedad-, se requiere que la obra tomada en su conjunto carezca de un serio valor literario, artístico, político o científico.

A partir de ahí, la Corte concluye que la prohibición de cualquier conducta que, conforme a los criterios expuestos pueda ser calificada de pornográfica, no vulnera el derecho a la libertad de expresión porque se encuentra, sencillamente, fuera del ámbito de protección de la primera enmienda. Asimismo, entiende que con ello queda satisfecha la garantía de certeza ínsita en el derecho al debido proceso, ya que la Constitución no exige *standards* imposibles, sino sólo que el lenguaje exprese lo que son las creencias y prácticas comunes<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 613 y 614; y, del mismo autor, *La libertad como pretexto*, cit., págs. 327 a 329.

<sup>38</sup> CUERDA ARNAU, M.L.: “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, en *Delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, cit., págs. 226 a 229. Esta autora hace unas consideraciones acerca de los límites constitucionales de la protección de la moral, en relación con la pornografía. Para ello, analiza diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, así como del Tribunal Supremo español y del Tribunal Constitucional. Cabe destacar, sucintamente, algunas de las críticas formuladas a propósito de estas sentencias: “Aquí no vamos a caer en la trampa dialéctica de criticar la supuesta pretensión de restringir las libertades por razones estrictas de moralidad, pues lo cierto es que ni la doctrina ni la jurisprudencia apoyarían hoy afirmaciones como las abajo transcritas -en referencia al castigo de conductas reprobables desde el punto de vista moral, pero que no lesionan ningún bien jurídico individual

Respecto al “material” susceptible de reputarse como pornográfico, dice esta autora lo siguiente:

“Así -decía Díez Ripollés, refiriéndose al Proyecto de 1980- que la alusión que se hacía al «material» distorsionaba el concepto de pornografía ya que éste gira sin duda en torno a la idea de «representación», es decir, un objeto pornográfico tiene la función de expresar la realidad de un modo sustitutivo o bien de expresar una realidad imaginada. Por esa razón, y pese al uso del citado término, él se mostraba partidario de excluir del concepto la amplia gama de objetos mecánicos destinados a la excitación sexual, conclusión que es compartida por un buen número de autores.

Personalmente, sin embargo, no me atrevo a ser tan tajante. Sin duda, hay que rechazar las exageraciones a las que llega algún autor (concretamente, Acosta llega a incluir «los productos químicos que se proponen aumentar o intensificar el placer sexual»), y, asimismo, hay que admitir que la interpretación que hace la mayoría es la más fiel al sentido etimológico de la palabra pornografía. No obstante, y atendiendo al bien jurídico protegido, no me parece que se pueda rechazar de plano la interpretación extensiva que del referido término hacen otros autores (Orts), dando entrada a los artilugios referidos. Por el contrario, incurre en la analogía la propuesta de incluir en el concepto el hecho de relatar historias salaces. Por lo mismo, es evidente que las representaciones en vivo no llenan las exigencias de la expresión «material pornográfico»; éstas darán lugar a la aplicación del art. 185, o en su caso, del art. 189”<sup>39</sup>.

A partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema norteamericana, **Orts Berenguer**, combina dos elementos para definir la pornografía: su contenido

---

ni de la colectividad-. Es más frecuente, por el contrario, que aquella restricción se conecte a la protección de determinadas creencias y prácticas interiorizadas por la mayoría que determinan el código externo imperante en una sociedad. Ese es, a fin de cuentas, el punto de partida de las diferentes resoluciones jurisprudenciales que aquí hemos examinado. Tan sencilla argumentación se enfrenta, sin embargo, a dos graves inconvenientes: en primer lugar, ese consenso debe resultar acreditado; en segundo lugar, y una vez superado aquel escollo, habrá de demostrarse que tales reglas constituyen reglas básicas de convivencia, que es -según creo- lo único que puede legitimar la intervención penal... Cuestión distinta de todo lo anterior es la representada por la posibilidad de que lo que se estima atentatorio contra los *standards* que constituyen el código moral comunitario, pueda envolver el ataque a otros bienes, ya que éstos sí pudiesen estimarse, sin discusión, como una restricción constitucionalmente admisible a la libertad de expresión. Algunos de éstos aparecen explícitamente mencionados en el art. 20.4 CE (derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia) y otros -como, por ejemplo, el orden público- es claro que pueden ser un límite tan legítimo como lo son algunos que no están expresamente mencionados en tal precepto. / No cabe duda, por tanto, de que el legislador puede establecer medidas restrictivas de la libertad de expresión para tutelar esos otros derechos.... La imposición de tales límites deberá ajustarse a los requisitos generales que rigen la limitación de cualquier derecho fundamental. Y, de entre ellos, me interesa resaltar ahora el representado por el principio de prohibición de exceso porque pudiera suceder que una de sus concreciones -la exigencia de necesidad- no se viera satisfecha en todos los casos, y que el recurso a la pena fuera tan solo el trasunto de una tendencia «natural» a imponer a los menores la concepción mayoritaria de la sexualidad, según la cual se sobrevalora -al menos a partir de cierta edad- la protección que a éstos se les debe deparar. Ante la duda, no conviene olvidar que -como dijera KLUG- la presunción debe jugar a favor de la libertad. Ni conviene olvidar, en fin, que están en juego otras libertades: las de los propios menores, y que los derechos del grupo al que pertenecen y los demás derechos individuales no es conveniente presentarlos como círculos secantes, no vaya a ser -como alguien dijo- que por tanto proteger la libertad acabemos asfixiándola. / Y quiero terminar diciendo... que no estimo de recibo algunas de las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano... Las razones esgrimidas por la Corte en estos casos no convencen porque, ni los supuestos efectos criminógenos de tales conductas -tenencia de pornografía infantil...- están constatados, ni parece suficiente con decir que, de ese modo, se evita indirectamente la producción y distribución de pornografía infantil; a menos, claro está, que se considere legítimo asignar al derecho penal una función de prevención en sentido amplio que vendría a compartir con otros mecanismos extrapenales o, lo que es peor, a menos que se crea que los tipos son entidades simbólicas que tienen por objeto calmar la alarma social y tranquilizar la conciencia de un legislador virtuoso”. Vid., obra cit., págs. 263 y ss.

<sup>39</sup> CUERDA ARNAU, M.L.: “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, en *Delitos contra la libertad sexual*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, cit., págs. 225 y 226.

exclusivamente libidinoso, y la ausencia de valor artístico, literario, científico o pedagógico; en cambio, rechaza el tercero de los parámetros fijados por aquel Tribunal (que el material sea patentemente ofensivo porque se desvíe de los «standars» contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materiales sexuales)<sup>40</sup>:

“A la hora de definir la pornografía, suelen barajarse dos criterios: el del contenido del producto, exclusivamente libidinoso, tendente a la excitación sexual de forma grosera, y el de la carencia de todo valor literario, científico, artístico, educativo. Y, realmente, el concepto de pornografía no puede establecerse si no es mediante la combinación de ambos criterios, en la línea marcada por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos.

La Corte Suprema Norteamericana, a lo largo del tiempo y en diferentes resoluciones, fue perfilando el concepto de pornografía, hasta caracterizarlo por la concurrencia de los siguientes rasgos: a) que el material tomado en su conjunto aparezca dominado por un interés libidinoso; b) que sea potencialmente ofensivo porque se desvíe de los estándares contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales; c) que se halle totalmente desprovisto de valor social y que tomado en su conjunto carezca de un serio valor literario, artístico, científico o político (vid. una referencia de las distintas resoluciones en Vives Antón y en Cuerda Arnau).

El Tribunal Supremo español, por su parte, se ha manifestado en un sentido semejante, al decir que sólo corresponde tildar de pornográfica una obra cuando en una consideración conjunta o global, la pornografía se encuentra presente en todas sus páginas, con ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de información seria y responsable (vid. la STC 176/1995; y las SSTs de 22

---

<sup>40</sup> “Aceptamos, de entrada, que para tachar a un producto de pornográfico haya de tener los citados rasgos. Pero a poco que se reflexione sobre los mismos, se advierte que no son tan fáciles de detectar los estándares contemporáneos mayoritariamente seguidos y, lo que es peor todavía, al utilizar el criterio de la potencialidad ofensiva basado en la desviación respecto de los estándares contemporáneos se está recurriendo, quierase o no, a consideraciones morales -en buena medida prejuicios morales- para determinar qué es y qué no es pornografía, con la consiguiente indeterminación y mixtificación. Por otra parte, si pornográfica es la obra salaz, que se aparta de los estándares de la comunidad y está falto de valor artístico, literario, etc. podría darse la hipótesis de que se realizaran dos obras materialmente iguales, y sólo una de ellas fuera calificada de pornográfica. Así, si de un mismo guión se rodaran dos versiones con idénticas miras, secuencias y mismo metraje dedicado a la filmación de escenas de la más explícita y detallista sexualidad, pero una estuviera dirigida por F.F. Coppola y la otra por un director habitual del género, con toda seguridad, en la primera se apreciaría un valor artístico, estético, por la calidad de las tomas, la buena dirección de los actores, el clima creado, la superior verosimilitud, el ritmo impreso... mientras la segunda naufragaría en la vulgaridad más ramplona. Todo ello sin contar con que acudir al criterio de los patrones de comportamiento de la colectividad para decidir sobre lo que es pornografía, puede conducir a que se etiqueten como tal obras que reflejen formas minoristas de vivir la sexualidad. (Reproche que procuramos evitar al referirnos a los patrones más comunes para definir el carácter sexual de una acción, pues allí exigimos que la generalidad de las personas la tuviera en abstracto por idónea para excitar o satisfacer el apetito venéreo de los seguidores de las diferentes orientaciones sexuales). Obsérvese, además, que al afirmar el mérito artístico o estético de una obra se está emitiendo un juicio de valor que, a su vez, se nutre de los criterios sociales sobre el particular. Por todo lo cual, la noción jurisprudencial de pornografía, representando un notable esfuerzo de concreción, no deja de proyectar sombras e imprecisiones, noción que en el ordenamiento punitivo español no posee la trascendencia que podía tener cuando estaba en vigor el delito de escándalo público, pues la adjetivación de pornográfica asignada a una obra tiene consecuencias sólo para la eventual aplicación de los arts. 186 y 189. Pero aún así, representa una limitación al derecho fundamental a la libertad de expresión y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20 de la Constitución), que desde luego tiene unos límites, entre los que puedan imponerse para la protección de la juventud y la infancia (art. 20.4 del mismo texto)”. ORTS BERENGUER, E. / SUÁREZ-MIRA, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 198 y ss. Vid., también, ORTS BERENGUER, E. / ALONSO RIMO, A.: “Delitos específicamente concebidos para la tutela de menores de edad en el ámbito de la sexualidad”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (coord.): *Abusos sexuales en la infancia, Abordaje psicológico y jurídico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, págs. 25 y 26.

de marzo de 1983, 9 de diciembre de 1985, 26 de octubre de 1986, 10 y 24 de marzo de 1997, 10 de octubre de 2000, por ejemplo).

De acuerdo con la jurisprudencia citada, el carácter pornográfico de una obra vendrá dado por la confluencia de aquellos dos elementos. De una parte, la obra habrá de consistir en una inmersión en la obscenidad más grosera, recreándose en ella sin otro fin que el de conseguir -en la práctica, las más de las veces sólo intentar- la excitación sexual del lector o del espectador; y de otra, estar ayuna de valor literario, artístico, científico o pedagógico.

Se ha de tener presente que en el art. 186 se habla de material pornográfico. En consecuencia, no sólo las obras escritas, cinematográficas, gráficas, son susceptibles de propiciar la aplicación del precepto citado, pues éste tiene vocación de englobar en su tipicidad a todo objeto susceptible de servir de soporte a una muestra de pornografía, no importa cuál sea la apariencia que adopte”.

“La STS de 10 de octubre de 2000 da pie a una última reflexión sobre la noción de pornografía que ha quedado sintetizada más arriba. En la mencionada sentencia se confirmó la condena a un maestro que proyectó a sus alumnos, siete de los cuales tenían diecisiete años y el resto mayores de edad, con el consentimiento de todos ellos, una película en la que se veía a un conocido personaje manteniendo una relación sexual, habiendo advertido a algunos de aquéllos de la posibilidad de que las imágenes hirieran su sensibilidad y sin que constara que el referido profesor tuviera ningún designio sexual especial. Además de desproporcionada, la sentencia plantea un problema de calificar como pornográfica la cinta videográfica filmada, al parecer con el desconocimiento de una de las personas que aparecen en ella: el problema estriba en que a un retazo de la vida de una persona, captando y registrando en imágenes ilícitamente por otra, se le tilda de pornográfico, cuando en quienes han sido sorprendidos en su intimidad no anidaba el más mínimo deseo de que su proceder trascendiera, y mucho menos de que fuera difundido; aunque el punto más cuestionable es el primero apuntado: ¿puede llamarse pornográfico a un pasaje de la vida privada de una persona? ¿El mero hecho de que alguien lo fotografíe le confiere ese carácter? (vid. Orts/Roig)”<sup>41</sup>.

“En el concepto de material pornográfico pueden tener cabida objetos distintos de los libros, las revistas o las cintas de vídeo. Piénsese en los diferentes artilugios que pueden ser adquiridos en una tienda de las llamadas «sex shop», aunque, por descontado, no de todos puede predicarse su condición de material pornográfico a los efectos del art. 186, sino solamente de aquellos que por su manifiesta, y cabría añadir escandalosa, significación y utilidad sexuales pueden conturbar el ánimo del menor o incapaz”<sup>42</sup>.

Siguiendo al autor anterior, Suárez-Mira Rodríguez tilda de pornográfica “la obra de carácter exclusivamente lujurioso, sin otro objeto que la excitación grosera del instinto sexual, desprovista de todo valor social”<sup>43</sup>.

Por su parte, **Morales Prats** y **García Albero**, aluden a la confusión generada por el uso del sustantivo “pornográfico”, definiendo la pornografía a la luz de la noción elaborada por el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos:

“El uso del sustantivo «material» puede distorsionar, como entre nosotros ha apuntado Díez Ripollés, el propio concepto de pornografía, al permitir la inclusión de toda clase de objetos - preservativos de fantasía, consoladores, muñecas hinchables- que van más allá de la mera representación gráfica, escrita o videográfica de actos susceptibles de excitar o satisfacer instintos

<sup>41</sup> ORTS BERENGUER, E., en *VVAA: Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 280 y 281; y, el comentario del mismo autor al art. 186 del CP, en *VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 962 y ss. Vid., también, ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M.: “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”, en *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005, págs. 1627 y ss.

<sup>42</sup> ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 474.

<sup>43</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Civitas, Navarra, 2005, pág. 145.

libidinosos, y que deberían quedar extramuros del precepto, pues de lo que se trata no es de proteger el mero tráfico, sino a determinadas personas de una confrontación con contenidos que puedan distorsionar su proceso de aprendizaje, sin interferencias ni hipotecas futuras, sobre el libre y responsable ejercicio de la sexualidad. Por otra parte, el concepto de pornografía relevante penalmente requiere de una precisión en punto a su contenido. En determinados casos, la propia legislación extrapenal ofrece criterios de calificación de dicha naturaleza en relación con productos editoriales o cinematográficos (cfr. RD 3471/1977, de 16 de diciembre, sobre clasificación de publicaciones periódicas, desarrollado por Órdenes de 5 de septiembre 1978 y 30 junio 1983 sobre calificación de películas cinematográficas y de espectáculos teatrales y artísticos). Pero, en cualquier caso, el criterio determinante para calificar un producto como pornográfico radica en los siguientes datos. En primer lugar, que el conjunto de la obra esté dominado por un contenido groseramente lúbrico o libidinoso, tendente a excitar o satisfacer instintos sexuales y carente de valor artístico, literario, científico o pedagógico, según ha expuesto en nuestra doctrina Vives Antón, a la vista de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América. Un segundo requisito que se apunta, también importado de dicha doctrina jurisprudencial, consiste en que la representación sea potencialmente ofensiva por desviarse de los standards dominantes contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales. Criterio éste de discutible e imprecisa aplicación basado en prejuicios de carácter moral, que no añade un plus adicional al que representan los criterios de valoración de lo que sean contenidos artísticos o literarios, máxime cuando éstos, en última instancia, se apoyan ya, por mucho que se quiera negar, en standards configurados por valoraciones socioculturales. Por tratarse pues de criterios en permanente evolución social, amén de imprecisos, poco más puede señalarse del concepto de «pornografía». El precedente método valorativo propuesto supone en cualquier caso el abandono de tradicionales criterios descriptivos, hoy en desuso, para delimitar la pornografía del erotismo, cual la representación de actos genitales explícitos o no, que hay que considerar superados<sup>44</sup>.

#### **Carmona Salgado** apunta que la expresión *material* -pornográfico-

“debe entenderse en sentido amplio, es decir, como equivalente a cualquier objeto que sirva de soporte a toda producción pornográfica, ya sea escrita, hablada, gráfica (cinematográfica o videográfica), etc.”.

En cuanto a la delimitación de lo pornográfico, dice esta autora que

“su determinación debe ceñirse en la actualidad a las pautas marcadas desde ya hace algún tiempo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, siguiendo para ello la doctrina creada al efecto con anterioridad por el TS Federal de los Estados Unidos de América, que gira en torno a dos criterios fundamentales: que el contenido global de la producción sea de índole exclusivamente libidinoso, esto es, únicamente encaminado a *provocar excitación sexual*, y que carezca por completo de *valor justificante*, de índole literaria, artística, científica o educativa (vid. las SSTS de 9 de diciembre de 1985 y 26 de octubre de 1986, entre otras)”<sup>45</sup>.

En similares términos se pronuncia **Conde-Pumpido Ferreiro**:

“No es clara la frontera entre lo simplemente erótico (atípico) y lo pornográfico (típico). En definitiva, la pornografía es un concepto cultural y sus límites debatidos. Para definirlo creemos podrá utilizarse la Jurisprudencia más avanzada, que asocia el concepto al fin de provocar la lascivia o excitar la sexualidad con escenas o descripciones exclusivamente dirigidas a tal propósito y ausente de valores literarios o estéticos (SSTS 23-1-1981 y 2-7-1982). La jurisprudencia más reciente confirma aquel carácter cultural y cambiante del concepto de

---

<sup>44</sup> MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 334 y 335.

<sup>45</sup> CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 238 y 239.

«pornografía», así como su conexión con la capacidad del material para perjudicar el normal desarrollo sexual de los menores o incapaces (S. 10-10-2000)<sup>46</sup>.

De igual modo, **Fernández Teruelo**:

“La opinión mayoritaria y jurisprudencial estiman que el calificativo de pornográfico requiere la representación de sexo real o fingido. Así, ha entendido el Tribunal Supremo que son pornográficas «las descripciones literarias o gráficas de actos sexuales que no vengan justificadas por propósito artístico o científico alguno y cuya exclusiva finalidad sea el excitar la lascivia de quien los lea o contemple» (STS 2-3-1983 (RJ 1983/1749)). La cuestión es trascendente, ya que con cierta frecuencia los materiales que se intercambian en la Red son fotografías de menores desnudos, que sin embargo no realizan actos o gestos obscenos con connotación sexual. El precepto se refiere a «material pornográfico» y, en principio, lo pornográfico implica -como hemos visto- la realización de actos de carácter sexual”.

También **Escobar Jiménez**:

“El Tribunal Supremo entiende que tienen tal carácter -pornográfico- las revistas y publicaciones cuando, en una consideración conjunta y global, la pornografía se encuentra presente en todas sus páginas, con una ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de información sexual seria y responsable (ss. 22-3-83; 9-12-85 y 26-10-86). Igualmente, ha apuntado como uno de sus caracteres el desbordar los límites de lo erótico y provocar una sexualidad desviada y perversa conducente a la degradación personal (STS 29-9-84)...

Por otro lado está produciendo discusión la fijación del término «material». En mi opinión, el art. 186 requiere que lo pornográfico se encuentre en algún tipo de soporte tangible, sea éste papel (libros, revistas, fotografías, publicaciones en general), película, cinta de vídeo o cassette, diskette, etc. Sin embargo, el espectáculo pornográfico no es susceptible, por sí mismo, de considerarse como «material pornográfico». El propio Código penal, en el art. 189.1.a) distingue con claridad el espectáculo pornográfico del material del mismo carácter<sup>47</sup>.

**Pedreira González** aboga por renunciar a definiciones abstractas y adopta una específica para el Derecho penal, siguiendo la importada del citado Tribunal Federal estadounidense:

“El concepto de pornografía, dominado por el relativismo, presenta enormes dificultades de concreción y delimitación, debido, en gran medida, a que se halla impregnado de connotaciones morales, filosóficas, sociológicas y de indudables prejuicios de los que no resulta fácil sustraerse. En cualquier caso, es preciso tratar de limitar su contornos, necesidad ineludible que ha conducido a la doctrina científica y jurisprudencial a proponer las más variadas definiciones. Algunas de éstas, de inclinación moral, fijaron su punto de apoyo en la concepción social de la decencia e indecencia sexual; otras sostuvieron que lo decisivo en el concepto de pornografía es que ésta manifiesta de forma falsa y desfigurada la realidad sexual. También encontramos definiciones, más filosóficas que jurídicas, tendentes a situar el centro de gravedad del concepto de pornografía en el atentado contra el ideal humano de la sexualidad, por su carencia de toda referencia interna y espiritualidad, convirtiendo al sujeto en un mero objeto sexual...

La inaceptable extensión de los conceptos que se han propuesto de la pornografía ha provocado, en muchos casos, la desesperación de los juristas, que han tratado de introducir elementos correctores no siempre muy afortunados. Quizá el error ha sido la búsqueda de un concepto abstracto, omnicomprendido, válido de una vez para siempre en todos los ámbitos del saber. Actualmente la doctrina especializada tiende a considerar que resulta conveniente, desde una perspectiva menos ambiciosa, tratar de proporcionar un concepto esencialmente jurídico, que, sustraído en la medida de lo posible de influencias filosóficas, morales, etc..., sea válido para el Derecho penal; en definitiva, un concepto eminentemente pragmático que, tomando en consideración los fines y objetivos que deben alcanzarse (entre ellos, certeza y seguridad jurídica),

---

<sup>46</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código Penal Comentado*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 585.

<sup>47</sup> ESCOBAR JIMÉNEZ, R., en DEL MORAL, A. / SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.): *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*, Tomo II, Comares, Granada, 2002, págs. 1483 y 1484.

sea útil y operativo en el ámbito del Derecho penal. En este sentido, puede adoptarse como punto de partida la definición que se refiere a la pornografía como aquella representación que posee una tendencia objetivada a excitar sexualmente y carece de todo valor literario, artístico, informativo o científico. Este concepto, basado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, es seguido por la doctrina mayoritaria y ha sido adoptado, además, por numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo. La primera nota apuntada (tendencia objetivada a excitar sexualmente) permite calificar el carácter pornográfico del material sin necesidad de proceder a una averiguación de la intención del autor de dicha representación. En cuanto al segundo elemento (carencia absoluta de todo valor literario, artístico, informativo o científico), a pesar de su trascendencia, no siempre resultará fácil la delimitación, sobre todo con respecto al concepto de arte que siempre ha dado lugar a arduas polémicas en diversos ámbitos del saber. En cualquier caso, debe tratarse de representaciones que posean un grado elevado de *intensidad y dureza*, conclusión a la que se llega, no sólo teniendo presente el principio de intervención mínima, regla básica en materia penal, sino también en virtud de una interpretación sistemática del precepto objeto de estudio, a lo que es preciso añadir, en atención al bien jurídicamente protegido, su aptitud para producir un daño en el menor o incapaz. Previsiblemente, además, ésta es la intención del legislador, en atención al límite de edad previsto, pues si estima que el mayor de trece años posee la madurez suficiente para consentir de forma válida el mantenimiento de relaciones sexuales, con mayor razón, desde una perspectiva jurídica, debería poder contemplar las escenas sexuales en una película, revista, etc. Es razonable pensar, por tanto, que son representaciones de un contenido sexual particularmente duro y aberrante las que, a juicio del legislador, justifican la interpretación penal.

Por otra parte, el precepto alude al «material pornográfico», expresión que habrá de interpretarse como cualquier objeto que sirva de soporte a una producción pornográfica -revistas, vídeos, etc.-, entendiendo la pornografía en los términos expuestos anteriormente<sup>48</sup>.

#### **Velázquez Barón dice, respecto al material pornográfico, que**

“se trata de un concepto íntimamente ligado a las circunstancias de lugar, tiempo y personas que oscilará según la moral social dominante de cada época, circunstancia que ha provocado la reticencia por parte de nuestro ordenamiento jurídico, administrativo, tratados internacionales en la materia e, incluso jurisprudencia, a establecer un significado jurídico normativo de dicho concepto.

Ante esta tesitura, de acuerdo con la definición establecida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y a la vista del criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo Federal norteamericano, adoptado por la doctrina mayoritaria de nuestro país, el Tribunal Supremo entiende por material pornográfico aquellas obras que, carentes de valor literario, artístico, científico o pedagógico, estén representadas por un contenido groseramente obsceno o impúdico, tendente a la estimulación de la libido o instinto sexual -en este sentido, se refiere a la STS 10-10-2000-.

En definitiva, corresponderá al juzgador dilucidar en cada caso concreto si nos hallamos ante material pornográfico o no, debiendo atenderse, por un lado, a que dicho material sea causalmente adecuado para excitar la libido sexual de su destinatario y, por otro, que sea perjudicial para el proceso formativo sexual del menor o incapaz.

Debe precisarse, asimismo, que el término *material* debe ser interpretado a la luz, precisamente, de su aptitud para excitar la libido sexual del menor o incapaz y para representar de forma gráfica, escrita o audiovisual, un contenido pornográfico susceptible de ser confrontado por estos sujetos, pues lo que sanciona el precepto no es el mero tráfico de este material, sino su idoneidad para subvertir o mediatizar el desarrollo sexual de esas personas desde la perspectiva del impacto que perciben. De esta forma, queda excluido del tipo aquel material pornográfico no susceptible de producir los efectos referidos, como sucede con cualquier objeto tipo sex-shop (vibradores, muñecas hinchables, etc.)<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1999, págs. 669 a 671.

<sup>49</sup> VELÁZQUEZ BARÓN, Á.: *De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 16 a 18.

Por otro lado, **Muñoz Conde** propone la siguiente lectura restrictiva de la pornografía:

“Entiendo que el concepto de material pornográfico, dentro de su ambigüedad, debe ser interpretado en relación con la rúbrica del Capítulo IV como un medio de provocación sexual, siendo indiferente, en principio, la forma que adopte. Lo mismo puede ser un escrito, que una estampa o un dibujo. Pero obviamente, bajo este concepto, así interpretado, pueden incluirse auténticas obras de arte o simplemente representaciones sexuales placenteras y nada desagradables de contemplar para nadie, incluidos menores o incapaces.

Una interpretación restrictiva del precepto puede lograrse al limitar en el art. 186 el círculo de sujetos pasivos a los menores de edad o incapaces, ya que en este caso el «material pornográfico» debe ser, de algún modo, idóneo para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad de personas inmaduras o incapaces de un cierto control de sus instintos sexuales. De todas formas, las polémicas despertadas no hace mucho, y aun hoy, con publicaciones como el «El libro rojo del cole», determinados programas de educación sexual en las escuelas, películas, exposiciones fotográficas, circulación de este material en Internet, etc., demuestran que tampoco hay unanimidad respecto a qué es lo que se entiende por «material pornográfico», y sobre hasta qué punto este concepto puede utilizarse para limitar la libertad de expresión. En todo caso, creo que la determinación del concepto de «pornografía» debe hacerse en función del contexto, teniendo en cuenta, entre otros factores, la edad y el nivel cultural del destinatario”<sup>50</sup>.

Este entendimiento es compartido por **Alonso Pérez**:

“Aunque no existe unanimidad a la hora de definir qué debe entenderse por «material pornográfico», en opinión de Muñoz Conde el concepto debe ser interpretado en relación con la rúbrica del Capítulo IV, como un medio de provocación sexual, siendo indiferente, en principio, la forma que adopte”<sup>51</sup>.

Igualmente, **Calderón Cerezo** y **Choclán Montalvo** estiman que

“el concepto de pornografía, como el de obscenidad a que se refiere el art. 185, debe delimitarse e integrarse en atención a la moral sexual social.

Material pornográfico es todo aquel que desprovisto de interés libidinoso, artístico, científico o educativo está dirigido a provocar una reacción libidinosa en los usuarios; lo que referido a menores o incapaces puede afectar negativamente al desarrollo de su sexualidad o al control de sus instintos sexuales (Muñoz Conde)”<sup>52</sup>.

En esa dirección apunta, también, **Polaino-Orts**:

“Se ha exigido, para considerar merecedor del calificativo de pornográfico al material, que fuera idóneo para producir algún daño en el desarrollo o en la psique de personas inmaduras o incapaces de un cierto control de sus instintos sexuales, que en su contenido global sea de índole exclusivamente libidinosa, o sea, encaminado a provocar excitación sexual y que carezca de valor literario, artístico, científico o educativo”<sup>53</sup>.

**Rodríguez Mourullo**, **Lascuraín Sánchez**, y **Mendoza Buergo** mantienen esa misma exigencia en cuanto a la idoneidad del material para perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o

---

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 239.

<sup>51</sup> ALONSO PÉREZ, F.: “Los nuevos delitos de exhibicionismo y pornografía infantil”, en *La Ley*, 2001-6, págs. 1545 y 1546.

<sup>52</sup> CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado*, Deusto Jurídico, Bilbao, 2004, pág.423.

<sup>53</sup> POLAINO-ORTS, M.: “Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995. (Especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm.67, 1999, pág. 179.

adolescentes, remitiéndose para definir la pornografía a la STS de 10 de octubre de 2000, a la que después nos referiremos<sup>54</sup>.

#### Una argumentación semejante sostiene **Cugat Mauri**:

“El material pornográfico puede ser todo aquel idóneo para la *representación de imágenes* de contenido sexual. Puesto que no se especifica el tipo de material, las imágenes pornográficas pueden aparecer en *cualquier tipo de soporte*, sean fotografías, video, cine, Internet, etc.

El carácter *pornográfico* que debe reunir el material depende -como en el anterior delito- de criterios de índole cultural-valorativo y, por lo tanto, relativamente indeterminados (STS de 10 de octubre de 2000). De todos modos, y puesto que en la actualidad ya no se protege la honestidad o moral sexual -a diferencia del anterior delito de escándalo público-, el concepto de pornografía debe interpretarse restrictivamente como aquello que pueda influir negativamente en el desarrollo sexual del menor o incapaz. Según la STS de 5 de febrero de 1991, «la faceta objetiva del tipo requiere, en cuanto a casos como el que nos interesa, que el material sea capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación». En el mismo sentido, según la STS de 10 de octubre de 2000, «la pornografía, en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo, por tanto, imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código Civil».

“Así, por ejemplo, la STS de 10 de octubre de 2000 considera que reúne el carácter de pornográfica la cinta videográfica que muestra «la introducción por parte de la mujer en la boca del varón de un falo erecto artificial, que éste succiona lascivamente, y la impregnación en el ano de una crema lubricante, para posteriormente introducir por ahí tal falo artificial. (...) Desde luego, una clase de dibujo técnico no justifica por sí misma tal emisión, por desbordar los cauces pedagógicos de la asignatura que el acusado impartía. Y por supuesto, el ofrecimiento de la visualización y posterior reproducción de tal cinta videográfica entre sus alumnos, menores de edad, no es compatible con su finalidad educadora, estando indudablemente fuera del contexto de la disciplina docente que impartía. La afectación en el desarrollo de la personalidad de los menores resulta evidente, y ésa es la finalidad última que protege la norma penal y que se conecta con el bien jurídico protegido».

Por el contrario, no se considera pornográfico el material consistente en meras fotografías de mujeres desnudas (SAP León de 12 de noviembre de 2001)<sup>55</sup>.

#### **Queralt Jiménez** considera que

“por material pornográfico puede entenderse la reproducción gráfica o literaria de los actos y/o exhibiciones reseñados en el tipo anterior -art. 185-“.

En relación con esta norma dice ese autor que es obscena “aquella exhibición que sobrepasa, ante los ojos de un menor o de un incapaz, una función educativa o ilustrativa de la sexualidad, buscando su agitación interna ante sensaciones cuya comprensión desconoce por falta de (in)formación; así, la crudeza o brutalidad de una escena, teniendo en cuenta la edad o formación mental de los reincidentes, puede suponer la confirmación o la exclusión del delito”.

“No hay que pasar por alto que gran parte de la literatura y la plástica universal -incluido un buen número de obras maestras- quedan formalmente incluidas en este tipo. Sólo un criterio recto podrá impedir que las piezas de Rubens, J. Romero Torres, Picasso, Anaïs Nin o Henry Millar, p.ej, sean típicas; aún está en el recuerdo la sanción de un agente municipal a un tendero que exhibía en su escaparate una reproducción de la *maja desnuda*. Mientras el sexo siga siendo visto con prevención en lugar de una manifestación normal de la personalidad humana, habrá problemas de calificación y de delimitación; desde luego, el buen o mal gusto -¿para quién y con qué criterios?- no puede ser la vara de medir. En el fondo late el miedo a la sexualidad en general y a la

<sup>54</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / MENDOZA BUERGO, B. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (coord.): *Código Penal*, Civitas, Navarra, 2004, págs. 1124 y 1125.

<sup>55</sup> CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 384 y 385.

concreta. Atavismos que consideran la carne enemigo del hombre -en masculino, además- siguen permaneciendo”<sup>56</sup>.

**Para Serrano Gómez,**

“pornográfico es 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 años o incapaces”.

“Dentro de la pornografía hay que incluir los medios audiovisuales como el cine, la televisión, las producciones en vídeo y últimamente a través de internet. La situación tiene especial interés en materia televisiva, ya que pueden emitirse programas de contenido obsceno y, por tanto, no apto para menores o incapaces. En este caso se debe especificar al comienzo de los mismos las edades para las que no están autorizados. Lamentablemente no se cuida la selección de programas en los medios televisivos, a veces los directores incurrían en delito, sin que intervengan los que tienen el deber de perseguir estos delitos, especialmente el Ministerio Fiscal”<sup>57</sup>.

**Begué Lezaún**, ha insistido en la necesaria aptitud del material pornográfico para procurar la estimulación sexual:

“Nos hallamos ante un concepto valorativo -provocación sexual-, debiendo ser interpretado que por tal expresión habrá de ser entendida la estimulación de la libido, por lo que la exhibición del material pornográfico deberá ser causalmente adecuada para tal fin, interpretación ésta que nos permitirá excluir la exhibición de objetos de índole o relacionados con conductas sexuales que no puedan, «per se», producir tal efecto...”

Cobra extraordinaria importancia, como fácilmente puede deducirse, qué es lo que hayamos de entender por material pornográfico ya que, tal vez afortunadamente, el legislador no proporciona concepto alguno. Si acudimos al significado que de tal vocablo proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vemos como, en las acepciones segunda y tercera, se define pornografía como obra literaria o artística de carácter obsceno, es decir, de carácter impúdico, torpe u ofensivo al pudor. Nos encontramos, pues, una vez más, ante la no excesivamente deseable introducción de elementos valorativos que han de ser examinados a la luz de la llamada «moral sexual», siendo por tal vía retomadas antiguas concepciones de los delitos que tratamos como ofensivas a la honestidad o, si se quiere, moral dominante, hecho que, desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, no parece en absoluto acertado”<sup>58</sup>.

**Rodríguez Padrón** define la pornografía como “*la descripción de lo obsceno*”<sup>59</sup>.

**Acosta Patiño** entiende que pornografía

“es el material deliberadamente creado para provocar una poderosa excitación sexual, más que exhibición, y generalmente logra su objeto fundamental. En consecuencia, a renglón seguido se puede anotar que pornografía es la explotación comercial del sexo con referencia especial a las anormalidades y perversiones. En esta primera aproximación se hace referencia a las anormalidades y perversiones porque el material pornográfico contiene un alto índice de violencia, tanto sádica como masoquista, que recoge además una gran gama de desviaciones sexuales, incluyendo la homosexualidad, el lesbianismo, el travestismo, al igual que el sexo relativamente «normal».

---

<sup>56</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 135 y 136.

<sup>57</sup> SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 233.

<sup>58</sup> BEGUÉ LEZAÚN, J.J.: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril)*, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 166 y 167.

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: “Los delitos de utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico”, en *Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial*, 1999, pág.29.

En segundo lugar los especialistas designan como pornografía «muy fuerte» a aquella que se concentra en los genitales y en los órganos sexuales accesorios. Los acentúa y distorsiona y se ocupa de las formas en que los mismos pueden ser manipulados para excitar, estimular o ser estimulados.

La tercera cuestión que surge a continuación es sobre el propósito y esencia de la pornografía. El propósito de la pornografía es el de excitar sexualmente al espectador o lector de un modo desagradable, y no el de sugerir el sexo en una significativa relación interpersonal. En cuanto a la esencia de la pornografía, es la abstracción última del sexo del resto de la vida humana... cuando el sexo y el pensamiento son totalmente abstraídos de su contexto en la vida y en las relaciones... parece existir una compulsión, no solamente destinada a separar el sexo y la ternura, la honestidad y la lealtad humana, sino a pisotear triunfantemente estas virtudes. De ahí la perversión; si todo lo que importa es la excitante explotación de la erección, deja de tener importancia cuántos son los cuerpos que se yuxtaponen o qué hacen entre sí. El área natural de la actividad sexual, por el contrario, «es el área del amor humano», el reconocimiento del valor de un ser humano por otro ser humano y, a partir de ese reconocimiento, la comprensión del valor aún más elevado en su unión total, unión que de inmediato se simboliza e intensifica mediante el acuerdo sexual. Por lo tanto, la pornografía explota y deshumaniza el sexo, por lo que los seres humanos son tratados como cosas y las mujeres particularmente, objetos sexuales.

En cuarto lugar, en atención a lo expuesto, hay que anotar que las características generales de la pornografía consisten en el uso de erotismo para propósitos ulteriores. Abarca por un lado violencia y perversión sexual y, por otro, indecencia y obscenidad.

En quinto lugar conviene anotar que la industria de la pornografía se divide en cuatro áreas principales superpuestas; los agentes de este negocio se ocupan generalmente de todas ellas.

La impresa, que se divide en dos categorías: liviana y fuerte; las diapositivas y los instrumentos sexuales.

La liviana es la que ve el público común, abarca revistas, libros, periódicos con consejos sexuales; ésta también se amplía en otra más burda que no se ofrece a la vista en librerías y kioscos, sino en lugares más ocultos. La liviana es básicamente normal, atrae a hombres heterosexuales y refleja más fotografías de desnudos de mujer que de hombres.

La fuerte, dirigida a personas inadaptadas sexualmente, se desarrolla en diferentes facetas según el público al que va dirigida. Ambos tipos de literatura, cada uno a su nivel, ofrecen la posibilidad de contactar con lectores de gustos similares.

El lado visual de la industria es uno de los más lucrativos y activos actualmente. Películas sexuales a módicos precios, fáciles de rodar por cámaras expertos. Títulos sugestivos. Las fotografías y diapositivas son más explícitas, ahondando las más escabrosas en la bestialidad...

Por último, los instrumentos sexuales. De uso privado y personal, no entran en la categoría de la pornografía, pero al anunciarse en revistas, circulares y libros de bolsillo, es una invitación para personas desconocedoras del tema...<sup>60</sup>.

Finalmente, en la doctrina italiana, en relación con la explotación de menores para su exhibición pornográfica o para producir material pornográfico (art. 600-ter del Código penal italiano) y ante la carencia de una noción normativa de pornografía, **Cadoppi** propone una inteligencia de ésta muy restringida, en atención a la gravedad de las penas que el referido delito lleva aparejadas, al sentido semántico de la palabra y al

---

<sup>60</sup> ACOSTA PATIÑO, R.: "De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1992, págs. 125 a 127. Más adelante añade que, según el Catecismo de la Iglesia Católica, la pornografía consiste en dar a conocer actos sexuales, reales o simulados, puesto que queda fuera de la intimidad de los protagonistas, exhibiéndolos ante terceras personas de manera deliberada; ofende la castidad porque desnaturaliza la finalidad del acto sexual; atenta gravemente a la dignidad de quienes se dedican a ella (actores, comerciantes, público), pues cada uno viene a ser para otro objeto de placer rudimentario y de una ganancia ilícita. E incluye en el material pornográfico lo que es un mero objeto de uso sexual, apto para ser utilizado pornográficamente, y productos químicos que se proponen aumentar o intensificar el placer (págs. 127 y 157, respectivamente).

contexto en que se encuentra. Así, a partir de estas premisas distingue entre lo obsceno y lo pornográfico, exigiendo en este caso la realización de actos sexuales por parte del menor, que presuponen un contacto físico entre una parte cualquiera del cuerpo de una persona y una zona genital, anal u oral del *partner*<sup>61</sup>.

Para concluir, cabe apuntar lo dicho en torno al concepto de pornografía por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, en el *Informe sobre la potestad sancionadora respecto de las publicaciones de carácter pornográfico*, en el que se recogen algunas opiniones doctrinales y jurisprudenciales:

“No es sencillo determinar lo que se ha de considerar como material o publicación de carácter pornográfico. Dos opiniones aparecen contrapuestas:

A) Únicamente ha de tenerse presente el contenido exclusivamente libidinoso, tendente a la excitación sexual y atentatorio a las pautas normales de una representación sexual.

B) Ha de fijarse la atención en la carencia de todo valor literario, artístico, científico, educativo, y su exclusiva fijación sexual.

La STS de 9 de diciembre de 1985 (R.A. 6013) estimaba el carácter pornográfico de una revista por:

« ... Se aprecia con toda evidencia su carácter pornográfico, tanto en las fotografías como en los textos que forman su contenido, sin pretensión literaria alguna, constituyendo, tan sólo, la expresión y representación de obscenidades tendentes a la desviada excitación del instinto sexual, sin otro móvil que el del lucro ...».

La doctrina estima que la relatividad de lo que pueda considerarse como pornografía está más en función de las referencias, las obsesiones y los tabúes personales, que de datos mensurables objetivamente. Además, está claro que la sociedad pluralista admite, y la Constitución ampara, la libertad de expresión, la producción y creación artística, científica, técnica, cualquiera que sea su contenido (artículo 20 de la Constitución). Ciertamente, uno de los límites a esas libertades es la protección de la juventud y de la infancia -artículo 20.4 de la Constitución-, y por tal razón, el legislador ha estimado conveniente reprimir ciertos comportamientos que podrían atentar contra el proceso de libre desarrollo de la personalidad del menor.

El Tribunal Constitucional en STC 62/1982, de 15 de octubre, estimaba que:

a) Refiriéndose a la posibilidad de restringir derechos y libertades:

« ... El concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite de los derechos fundamentales y libertades públicas ... ».

b) Límites amparadores en la protección de la moral:

« ... la moral pública -como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes, según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *mínimum ético* para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (artículo 10 de la Constitución)».

c) Relacionando pornografía y ataque contra la moral pública:

« ... la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *mínimum ético* acogido por el derecho, sino que la vulneración de ese *mínimum* exige valorar las circunstancias concurrentes, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de publicidad y de la distribución, los destinatarios -menores o no-, e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores -aunque no lo sean

<sup>61</sup> CADOPPI, A., en *Comentari delle norme contro la violenza sessuale e Della legge contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, págs. 545 y ss.

exclusivamente- o cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública y por supuesto a la debida protección a la juventud y la infancia, cobra una intensidad superior»<sup>62</sup>.

#### 4. El concepto de material pornográfico en la jurisprudencia

El Tribunal Supremo ha señalado la dificultad de definir el concepto de pornografía, ante la ausencia de una definición en nuestro ordenamiento jurídico, destacando la escasez de descripciones en la jurisprudencia, al ser una noción cambiante sometida a la evolución social; así se dice en la STS de 10 de octubre de 2000 (Sr. Julián Sánchez Melgar):

*“La ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. En este mismo sentido, las normas administrativas reguladoras de su proscripción o restricción, nos parifican tal material como aquel que resulte perjudicial para el desarrollo de la personalidad de los menores. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil”<sup>63</sup>.*

---

<sup>62</sup> En dicho informe se concluye la imposibilidad de aplicar, respecto a las publicaciones de carácter pornográfico, el régimen sancionador previsto en los Reales Decretos 1189/1982, de 4 de junio, sobre regulación de determinadas actividades inconvenientes o peligrosas para la juventud y la infancia, y 2748/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la exhibición de determinadas publicaciones periódicas y unitarias, puesto que ambas disposiciones fundamentan la potestad sancionadora prevista en las mismas en la Ley de Orden Público, y ésta ha sido derogada por la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. En esta materia, hoy resulta de aplicación, además del Código penal, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>63</sup> Los hechos declarados probados eran los siguientes: “El acusado, I.P.F., nacido el 8-2-53, sin antecedentes penales, es profesor de educación secundaria y como tal impartía clases de Dibujo Técnico a los estudiantes de 2º de Bachillerato del Instituto de Educación Secundaria Bajo Cinca, situado en la localidad ..., durante el curso 97/98. Sobre las 8,20 horas del día 4 de diciembre de 1997, en el aula habitual y en hora lectiva de la asignatura que debía impartir, preguntó a los 20 alumnos integrantes de la clase si deseaban ver la cinta de vídeo en la cual aparecía, supuestamente, un personaje conocido manteniendo una relación sexual. Todos estuvieron de acuerdo, a pesar de que la mayoría de ellos desconocía entonces quién era el hipotético y no probado protagonista al que I.P. acababa de hacer referencia por su nombre. El inculpado sabía que 7 de los jóvenes eran menores de edad porque aún tenían 17 años, a diferencia de los demás, que ya habían cumplido los 18. Por ello, siendo consciente de los problemas que podría acarrearle su actuación, advirtió especialmente a las dos chicas más recatadas del grupo que las imágenes podían herir su sensibilidad. No obstante, las menores no se opusieron a la emisión de la cinta. / A continuación, el acusado procedió a proyectar la película. Los alumnos estaban en ese momento dibujando una lámina y se giraban cuando les convenía para ver la televisión, pues se encontraba, al igual que el aparato del vídeo, al fondo del aula. / La película tiene una duración de unos 7 minutos. A pesar de la deficiente calidad de la imagen y del sonido, todos observaron escenas de sexo entre un hombre y una mujer adultos grabadas desde un pequeño agujero abierto en la pared o en un mueble de la habitación. El primero iba vestido solamente con un corpiño y siempre aparece tendido

A esa falta de claridad en la delimitación de lo pornográfico aluden otras resoluciones judiciales, como la SAP de Sevilla 604/2005, de 30 de noviembre (Sr. Francisco Jesús Sánchez Parra), en la que se apuntan algunas opiniones doctrinales y jurisprudenciales:

“Como señala la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de 31 de diciembre de 2003, *la ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera por el término de pornografía a la que se refiere en los artículos 186 y 189 del Código Penal, como tampoco el resto del ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección.* En el aspecto doctrinal es de destacar el concepto de pornografía dada por el profesor Baltasar como toda representación que posea una tendencia objetivada de excitar sexualmente y que, además, resulte apta de modo general para involucrar intensamente a las personas que entren en contacto con ella en su contexto sexual. Dos han sido las opiniones en torno al concepto de pornografía, la que toma en cuenta el contenido exclusivamente libidinoso, tendente a la excitación sexual y atentatorio a las pautas convencionales de una representación sexual, y la que fija la atención en la carencia de todo valor literario, artístico, científico, educativo y su exclusiva fijación sexual. El Tribunal Supremo ha establecido en sus resoluciones que una obra es pornográfica cuando en una consideración conjunta o global de la pornografía se encuentra presente, con una ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de información sexual seria y responsable. En el caso que nos ocupa este dato se considera debidamente acreditado, habiendo sido reconocido expresamente por el acusado, considerándose igualmente acreditado por las razones ya expresadas en el anterior Fundamento Jurídico la distribución, difusión o exhibición por la red informática del material pornográfico de menores por parte del acusado desde uno de sus ordenadores durante el año 2005 y hasta el momento de su detención”.

Asimismo, en la SAP de Tarragona 633/2004, de 18 de junio (Sr. Juan Perarnau Moya) se indica que la calificación de un material como pornográfico depende de la moral social de cada época:

“Se impugna también la sentencia en relación con el delito de exhibición de material pornográfico a menores del art. 186 CP, en relación con el hecho de haber visto el acusado material pornográfico en el ordenador teniendo un día a su hija de entre uno y dos años sentada en sus rodillas.

Este delito, como dice la STS 2ª de 10-10-2000 exige los siguientes requisitos:

- a) La difusión, venta o exhibición de material calificable como pornográfico.
- b) La mecánica comisiva permite que tal conducta se realice por cualquier medio directo.
- c) Que los destinatarios de la acción sean menores de edad o incapaces.
- d) Que la conducta sea dolosa o intencional, no exigiéndose, en cambio, un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como atentar contra la formación o educación de los destinatarios, aunque tal finalidad esté insita en el reproche penal que fundamenta tal precepto.

Vemos que el primero de los requisitos viene constituido por *la exhibición de material calificable como pornográfico, y siendo dicha calificación dependiente de la moral social de cada época*, es evidente que para llegar a valorar el material exhibido como pornográfico se hace imprescindible el examen del mismo, o al menos prueba suficiente de tratarse de imágenes de explícito contenido sexual, ya que, por ejemplo, la mera muestra de fotos de mujeres u hombres desnudos no es suficiente teniendo en cuenta la moral social actual para calificarlas como

---

sobre una cama, en decúbito prono o ventral y ligeramente erguido o en la postura adecuada, aunque constantemente boca abajo, cuando lo requería la práctica sexual. La segunda llevaba una prenda tipo picardía. A ninguno de ellos se le llegan a ver con nitidez sus órganos genitales. En un momento dado, la mujer introduce en la boca del varón un falo erecto artificial, que éste succiona lascivamente. Poco después, le impregna el ano con una crema lubricante e introduce por ahí el mismo artilugio. Por último, se coloca a horcajadas encima de la cabeza del hombre y se retira el picardía por su parte inferior para orinar. Son frecuentes los gemidos de placer y las frases impúdicas. / Durante la visualización, el encartado resaltaba las expresiones y actos más morbosos, como la micción, cuando acabó la película, volvió a emitirla parcialmente”.

pornográficas, sin entrar a valorar, por no corresponder a esta Jurisdicción penal, la inadecuación social, moral o educacional que tales conductas merecen”.

A la tutela de esa moral social alude también la SAP de Valencia 705/2003, de 31 de diciembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño):

“El delito contemplado en el artículo 189.1.a) de dicho texto, por el que ha recaído sentencia condenatoria, sanciona una conducta que, aún atentando de forma indirecta la indemnidad sexual de los menores de edad, *tiene por finalidad mostrar la repulsión del grupo social a las prácticas que el tipo objetivo y descriptivo define, tutelando así una especie de moral social*”.

Por otra parte, diversas resoluciones judiciales se refieren a la problemática que presenta la distinción entre lo pornográfico y lo erótico<sup>64</sup>, así la STS 483/1997, de 10 de abril (Sr. Gregorio García Ancos)<sup>65</sup>:

“El Ministerio Fiscal, como único recurrente, alega un primer motivo de casación con sede procesal en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en una serie de fotografías obrantes a los folios 112-182 de las actuaciones, en las cuales aparece la presunta víctima del delito (muchacha de 16 años) en paños menores, semi desnuda, en diversas posturas más o menos eróticas. Con ello se pretende modificar los hechos que la sentencia recurrida declara como probados por considerarlos demasiado «asépticos», siendo así que, según criterio del recurrente, tales fotografías "tienen una finalidad lasciva ... que buscan en todo momento satisfacer el morbo sexual de las personas que las contemplan... pues ello se infiere tanto de la actitud o pose de la menor, como de sus posturas, gestos, etc. Frente a ello... hemos de indicar que... aunque considerásemos a las tan repetidas fotografías como suficientes para mantener un posible error de hecho en la apreciación de la prueba, la conclusión desestimatoria sería la misma, ya que: a) La valoración de su significado ha de corresponder, en pura lógica, a la Sala de instancia en aquellos supuestos, como el aquí enjuiciado, en los que *la línea divisoria entre lo simplemente erótico y lo verdaderamente pornográfico es muy difícil de concretar al ser ambos conceptos de naturaleza muy relativa y dependientes a una interpretación personal sobre la idea intimista de lo que ha de entenderse por "moral sexual"*<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> En algunas resoluciones se aprecia cierta confusión entre ambos conceptos; así en la STS 1386/2003, de 24 de octubre (Sr. José Manuel Maza Martín), al describir los hechos probados dice que el acusado y los menores: “... Visionaban en televisión cintas de contenido erótico, heterosexual, homosexual y sadomasoquista; les permitía ver revistas de tipo erótico o pornográfico; les incitaba a desnudarse -al menos de cintura para arriba- y a masturbarse; les daba bofetadas [sic] y les pellizcaba los pezones de los pechos, a la vez que les abrazaba en algunas ocasiones con ánimo libidinoso”.

<sup>65</sup> Asimismo, en la reciente STS 376/2006, de 8 de marzo (Sr. Juan Saavedra Ruiz) se presenta lo erótico y lo pornográfico como dos conceptos diferentes: “Tiene razón el recurrente cuando argumenta que la imagen de un desnudo «no puede ser considerada objetivamente material pornográfico»..., porque... la pornografía... comporta... un añadido a las imágenes de obscenidad o situaciones impúdicas, lo que no puede predicarse sin más de un desnudo.... Es cierto que el Fiscal, que acoge la doctrina anterior, entiende que en este caso además de las fotografías se realizaron «grabaciones en vídeo», considerando que ello constituye «un plus en la acción que el acusado llevó a cabo». Sin embargo, la grabación desprovista de contenido obsceno debe llevarnos a la misma conclusión, puesto que el hecho de que la imagen sea en movimiento no implica por sí solo la existencia del elemento pornográfico”.

<sup>66</sup> Los antecedentes de hecho son los siguientes: “Se declara probado que los acusados Inocencio y Luis Manuel, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, hacia principios de septiembre de 1.990 conocieron en el bar musical "DIRECCION000" sito en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Sabadell (Barcelona), y propiedad del segundo, a las menores Diana y Amanda, ambas de 16 años de edad en aquellas fechas, a quienes propusieron realizar una sesión de fotografías, en las que las menores posarían como modelos aceptando ambas la propuesta y llevándose a cabo la sesión en el mencionado establecimiento una semana después, siendo el acusado Inocencio quien realizó las fotografías, hallándose en su local, el propietario Luis Manuel.- Días más tarde, al entregar Inocencio a Diana las copias positivadas de las fotografías realizadas, le propuso repetir la sesión fotográfica, posando esta vez Diana en diversas fases de desnudo, con el fin de presentar las fotos a una exposición de fotografía erótica que debía tener lugar entre los días 27 de abril al 11 de Mayo de 1.991 en Tarrasa, que dentro del

También la SAP de Valencia 664/2004, de 8 de noviembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño) alude a esa separación entre pornografía y erotismo<sup>67</sup>:

“Por el Ministerio Fiscal también se acusa por un delito de provocación sexual del art. 186 del Código Penal, en relación con la exhibición de una película que se califica de pornográfica a la menor. Este delito requiere como primer requisito el carácter pornográfico del material exhibido, lo que no ha sido acreditado, pues, además *de la dificultad para definir que es pornografía y su distinción del erotismo*, es que el Tribunal desconoce el contenido de la película exhibida. En el procedimiento obra que en el domicilio del procesado se ocuparon 43 cintas de vídeo correspondientes a películas pornográficas, pero no se ha identificado cuál de ellas se mostrara a la menor; pero, además, ninguna de ellas ha sido aportada como prueba para valorar su contenido, ni se ha solicitado por la acusación su reproducción en la vista, por lo que no puede darse por probado su carácter pornográfico como exige el tipo penal.

Pero es que, aún en el caso de que ello se diera por probado, el hecho delictivo por el que se acusa estaría comprendido dentro de las acciones efectuadas por el procesado con la menor y tipificados en el delito de agresión sexual apreciado. Pues no es infrecuente el que unas relaciones sexuales se inicien con la exhibición de tales películas, a fin de provocar un clima adecuado para la excitación sexual, estimándose que ello fue lo perseguido por el propio procesado guiado por su ánimo lúbrico y en orden a la satisfacción perseguida con su actuar. Como ha ocurrido con el delito de exhibicionismo no estimado, también aquí se considera que la exhibición de la película no tiene una significación penal autónoma al quedar absorbida por el delito de agresión sexual apreciado en el apartado B). Por el que debe ser absuelto el procesado”.

Igualmente, la SAP de Valencia 681/2004, de 15 de noviembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño):

“Tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular se aprecia un delito de exhibición de material pornográfico a menores de edad, del artículo 186. Dicho delito requiere para su comisión de un elemento, consistente en el carácter pornográfico del material exhibido y de otro intencional o doloso del agente. Sin entrar a tratar sobre *la dificultad de qué es pornográfico y su distinción de lo erótico*, es que en el caso enjuiciado la única prueba incriminatoria sería la de la declaración de la menor, que ha sido admitida y valorada. Pero así como los actos relativos al abuso sexual descrito son comprensibles por aquélla, la mera exhibición de una película, aún con personajes que aparezcan desnudos, no puede ser considerada por sí como pornográfica. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia 1342/2003, de 20 de octubre. Y es que en este caso no se ha ocupado película alguna al procesado de tal carácter, ni se ha identificado la que pudo exhibir a la menor, por lo que se carece de prueba suficiente para estimar dicho delito”.

No obstante, a la luz de la jurisprudencia, parece claro que no puede identificarse lo pornográfico y lo meramente sexual, como se desprende, por ejemplo, de la SAP de Málaga 413/2004, de 5 de julio (Sr. Carlos Prieto Macías):

“La Juzgadora enuncia los indicios que le llevan a afirmar en los hechos probados que *el acusado venía dedicándose a realizar fotografías a menores de edad desnudos y semidesnudos de índole claramente sexual y en algunas ocasiones con contenido pornográfico* en las que los menores aparecían realizando prácticas sexuales y ello para su propia contemplación con ánimo libidinoso, así como para su ulterior distribución y difusión a terceros a través de Internet”.

---

certamen, junto con otras actividades iba a celebrarse en dicha localidad. También esta vez aceptó Diana la proposición, llevándose a cabo la sesión fotográfica una semana después en dicho bar musical. El acusado Inocencio, realizó un número indeterminado de fotografías en las que la menor posaba en diversas poses de desnudez, nunca integral, hallándose en el local el otro acusado Luis Manuel”.

<sup>67</sup> Igualmente, como veremos, la SAP de Valencia 705/2003, de 31 de diciembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño), en la que se alude “al carácter subjetivo que la calificación de pornográfico puede tener, pues para una persona puede serlo y para otra será solamente erótico, conociendo la dificultad de su distinción”.

Del mismo modo, se entiende que lo pornográfico “*desborda los límites de lo ético, de lo erótico, y de lo estético*”, como se dice en la STS de 10 de octubre de 2000 (Sr. Julián Sánchez Melgar), antes mencionada.

A partir de estas premisas, se ha equiparado lo pornográfico con lo obsceno o indecente, aunque lógicamente la valoración de estos conceptos varía sustancialmente en función de la mentalidad social de cada momento. Así, encontramos resoluciones como la STS de 3 de noviembre de 1980 (Sr. José Hermenegildo Moyna Mengües), en la que se mantiene que

*“lo pornográfico, equivalente a lo obsceno o indecente, implica excitación de la lascivia e invitación al desorden sexual, provocando una liberación incontrolada de instintos que deshumaniza al hombre y degrada y trivializa el amor como deseo que, en ejercicio de su libertad, atrae a la pareja humana por encima de las necesidades de la especie; y sin desconocer, como realidad social, la evolución de las costumbres hacia una sociedad moralmente más permisiva y el relativismo esencial de esta materia, es evidente que la pornografía atenta contra el sistema de valores éticos que aceptan la mayoría de las gentes, y no es lenguaje de amor ni expresión de libertad que quieren sus apologistas, porque el amor, que rechaza de por sí a lo obsceno, nace y se desarrolla en un ambiente de libertad, misterio, de pertenencia y comunicación humana, persiguiendo aquélla, además de ser un productivo negocio de los mercaderes del sexo, el oscuro designio de fundar un nuevo estilo de vida que deje al hombre reducido a su dimensión animal, creándole una alienación que sustituya sus legítimas ansias de libertad por la fácil satisfacción del instinto, al mismo tiempo que desata sus impulsos violentos y antisociales, pues pornografía y violencia vienen en la realidad normalmente unidas, como bien retratan muchas de las actuales obras literarias y cinematográficas”<sup>68</sup>.*

Asimismo, en la STS de 16 de octubre de 1980 (Sr. Mariano Gómez de Liaño y Cobaleda), se identifica lo pornográfico con lo obsceno, reputándose tal aquello que se dirige exclusivamente a la excitación de la lascivia (afectando gravemente al pudor, de acuerdo con la anterior regulación de los delitos relativos a la pornografía):

*“Que del examen de los hechos se deduce que existen supuestos básicos que han sido expuestos mediante juicios de valor que permiten su revisión en el presente recurso, en cuanto que se determina que las fotografías de desnudos y semidesnudos femeninos que ilustran el folleto «no guardan relación alguna con su texto», y se califican aquellas en las que aparecen el hombre y la mujer «en actitud acariciante, pero sin clara realización de actos obscenos» y de esta revisión resulta, que, del propio contexto de la premisa fáctica y del examen de la causa que la Sala realiza para mejor comprensión de los hechos relacionados en la resolución recurrida, existe relación por el marcado carácter erótico que tienen el contenido de uno -texto- y de otras -fotografías- y que la realización de actos obscenos, como atentatorios al pudor es evidente, porque las actitudes acariciantes de las mujeres y hombres desnudos y semidesnudos, aunque no recojan la consumación de actos sexuales, son anteriores o posteriores a la misma, con gran intensidad de excitación a la lascivia, por lo que se puede declarar la existencia del delito de escándalo público”<sup>69</sup>.*

Y en la SAP de Huesca de 31 de mayo de 1999 (Sr. Antonio Angos Ullate) se dice que

---

<sup>68</sup> Por evidente, se considera ocioso argumentar sobre el carácter pornográfico de “unas películas que -según el Resultando de hechos probados- exhiben coitos visibles y detallados, prácticas repetidas de lesbianismo, escenas sexuales exageradas, sadismo, intervención de animales y presencia activa de monjas en los actos lascivos, con el único propósito de excitar y liberar las inclinaciones sexuales de los espectadores”.

<sup>69</sup> También en la STS de 2 de marzo de 1983 (Sr. Antonio Huerta y Álvarez de Lara), se atiende a esa finalidad de excitación de la lascivia, y a la ausencia, como veremos, de propósito artístico o científico alguno. Pueden verse pronunciamientos similares en las SSTS de 29 de junio de 1979 (Sr. Fernando Cotta Márquez de Prado), 3 de julio de 1980 (Sr. Manuel García Miguel), en la que se dice que “los desnudos, aunque groseros, no son obscenos”, y 13 de octubre de 1980 (Sr. Fernando Cotta Márquez de Prado).

“la cinta de video *contenía material pornográfico, es decir, obsceno o impúdico*, como señala el diccionario de la lengua y de acuerdo con la concepción social imperante”

Esa relación con lo obsceno la encontramos también en algunas resoluciones posteriores, como en la citada STS de 10 de octubre de 2000 (Sr. Julián Sánchez Melgar), en la que se afirma que la pornografía, en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, “*constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas*”<sup>70</sup>.

La SAP de Alicante 504/2003, de 17 de diciembre (Sr. Francisco Javier Guirau Zapata), define lo pornográfico como aquellas

“*imágenes obscenas o situaciones impúdicas que resulten perjudiciales para el desarrollo de la personalidad de los menores*”

En la SAP de Valencia 705/2003, de 31 de diciembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño), se concluye que

“para la consideración de que un material o grabación sea pornográfico, según lo expuesto, se precisa que el mismo consista en una inmersión en la obscenidad más grosera y procaz”.

Y en la SAP de Valencia 664/2004, de 8 de noviembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño), se afirma que

“se obligó a la menor a adoptar *unas posturas inmersas en la obscenidad grosera y procaz*, recreándose en las fotografías sin otro fin que el de conseguir la excitación sexual de quien las contemple, sin valor alguno de carácter artístico, científico o pedagógico”.

Por lo tanto, en estas resoluciones se califica de pornográfico el material que es obsceno, orientándose exclusivamente a la excitación sexual.

En una dirección similar apuntan otras resoluciones que inciden en la ausencia de valor artístico, literario, científico o educativo de un material para poder considerarlo pornografía. Así, la STS de 2 de marzo de 1983 (Sr. Antonio Huerta y Álvarez de Lara) ponía de relieve que la jurisprudencia de la Sala de lo penal ya entonces venía estimando como pornográficas

“*las descripciones literarias o gráficas de actos sexuales que no vengan justificadas por propósito artístico o científico alguno y cuya exclusiva finalidad sea el excitar la lascivia de quien los lee o contemple*”.

En ese sentido se pronunciaba también la SAP de Mallorca de 7 de abril de 2001 (Sr. Eduardo Calderón Susín):

“Los hechos que se han declarado probados son legalmente constitutivos de un delito consumado y continuado de exhibición a menores de material pornográfico, delito previsto y penado en el artículo 186, en relación con el artículo 74, del Código Penal, puesto que el acusado invitó a subir hasta a cinco niños o adolescentes a su casa, donde les pasó, a través de vídeo, una película porno, esto es un producto exclusivamente libidinoso, tendente a la excitación sexual de forma grosera y *carente de todo valor, no ya educativo, sino literario, científico o artístico*”.

En la SAP de Valencia 705/2003, de 31 de diciembre (José Andrés Escribano Parreño), se combinan los criterios anteriores, exigiendo que el único fin del material (obsceno) sea la excitación sexual, y la carencia de valor literario, artístico, científico o pedagógico; además, se apela al criterio del hombre medio, del “buen padre de familia”, para valorar el carácter pornográfico del material en cuestión:

---

<sup>70</sup> En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid de 6 de junio de 2003 (Sr. Francisco Jesús Serrano Gassent).

“Dos han sido las opiniones en torno al concepto de pornografía, la que toma en cuenta el contenido exclusivamente libidinoso, tendente a la excitación sexual y atentatorio a las pautas convencionales de una representación sexual, y la que fija la atención en la carencia de todo valor literario, artístico, científico, educativo y su exclusiva fijación sexual. El Tribunal Supremo ha establecido en sus resoluciones que una obra es pornográfica cuando en una consideración conjunta o global la pornografía se encuentra presente, con una ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de información sexual seria y responsable. Señalando su sentencia de 5 de febrero de 1991, sobre un material pornográfico, el capaz de perturbar en el aspecto sexual el normal curso de la personalidad en formación de los menores.

*En definitiva, para la consideración de que un material o grabación sea pornográfico, según lo expuesto, se precisa que el mismo consista en una inmersión en la obscenidad más grosera y procaz, recreándose en ella sin otro fin que el de conseguir la excitación sexual de quien lo contemple, y además que aquél no tenga un valor literario, artístico, científico o pedagógico. En el caso de la película grabada en video por el acusado utilizando a la menor implicada no cabe duda de su carácter pornográfico<sup>71</sup>, pues, al contrario de lo afirmado por el recurrente, para tal calificación sí se debe atender a su contenido. Ya sabemos el carácter subjetivo que la calificación de pornográfico puede tener, pues para una persona puede serlo y para otra será solamente erótico, conociendo la dificultad de su distinción. Pero al momento de enjuiciar la acción del acusado habrá que acudir a la regla civilista del buen padre de familia, para determinar si el contenido de la grabación puede considerarse pornográfico<sup>72</sup>.*

Y en la SAP de Sevilla 604/2005, de 30 de noviembre (Sr. Francisco Jesús Sánchez Parra) antes citada, se sigue también ese criterio al hacer suya la postura del Tribunal Supremo según la cual

*“una obra es pornográfica cuando en una consideración conjunta o global la pornografía se encuentra presente, con una ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de información sexual seria y responsable”<sup>73</sup>.*

Por otra parte, dado que en los arts. 186 y 189 del CP se castigan conductas relacionadas con el material pornográfico en las que se ven implicados menores de edad o incapaces, bien porque se les facilita ese material, o porque se utilizan para elaborarlo, en la jurisprudencia se suele exigir que dicho material pueda afectar, al menos potencialmente, al normal desarrollo de la personalidad de esas personas especialmente vulnerables, en lo que atañe a su sexualidad. Este criterio fue sentado en la STS de 5 de febrero de 1991 (Sr. Siro Francisco García Pérez), en relación con el derogado art. 432 (actual 186) requiriendo que

*“el material sea capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación”.*

---

<sup>71</sup> El acusado hizo varias fotografías a la menor de los glúteos y la zona vaginal y anal, llegando a obligarla a que abriera las piernas para mejor fotografiar su sexo.

<sup>72</sup> En la SAP de Valencia 664/2004, de 8 de noviembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño), se mantiene esta misma postura:

“Es conocido el criterio sentado por el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia 1342/2003, de 20 de octubre, de que la imagen de un desnudo, sea menor o adulto, varón o mujer, no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse. Pero en este caso se obligó a la menor a adoptar unas posturas inmersas en la obscenidad grosera y procaz, recreándose en las fotografías sin otro fin que el de conseguir la excitación sexual de quien las contemple, sin valor alguno de carácter artístico, científico o pedagógico”.

<sup>73</sup> También en la SAP de Sevilla 57/2003, de 28 de enero (Sr. Enrique García López Corchado), se dice que las imágenes de menores “lejos de contribuir a la confección de fotografías «artísticas» -como arguye el recurrente-, contienen una explícita carga sexual al mostrar poses y actitudes palmariamente impúdicas”.

La STS de 21 de marzo de 2000 (Sr. Luis-Román Puerta Luis) recoge la jurisprudencia anterior relativa al delito de corrupción de menores, precisando que de los actos delictivos pueda naturalmente derivarse la perversión sexual del menor:

“El delito de corrupción de menores del art. 452 bis b) 1º del Código Penal de 1973 que castigaba al que promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de dieciocho años, se hallaba incardinado entre los delitos contra la libertad sexual y tendía a proteger a las personas que, por razón de su edad, *se hallan en un período de formación de su personalidad que podría verse afectada negativamente en el porvenir en lo concerniente a su libertad sexual y a su propia dignidad personal*, por lo que se consideraba irrelevante el posible consentimiento de tales personas menores de edad, porque el legislador, al sancionar este tipo de conductas, pretende proteger penalmente a las personas que carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual y, en definitiva, para usar de la libertad sexual, con la finalidad de hacer posible una decisión responsable al alcanzar la mayoría de edad y, con ella, normalmente la consiguiente madurez humana...

*La jurisprudencia declaró que, para la existencia de este delito, no era preciso ni el ánimo venal o de lucro, ni la habitualidad en la conducta, ni un especial ánimo en el sujeto activo encaminado a conseguir la perversión sexual del menor, bastando, por tanto, para la comisión de este delito la realización de actos lascivos y, en definitiva, la de aquellos actos de los deriven naturalmente tales consecuencias*, dado que se trata de un delito de mera actividad, de tendencia o de resultado cortado; por todo lo cual debe entenderse que comete este delito el que voluntariamente realice este tipo de conductas con menores de edad, aunque no se proponga directamente corromperlos, y únicamente persiga satisfacer sus desordenados instintos o los de terceras personas (v. ss. de 26 de marzo de 1988, 17 de mayo de 1990, 8 de julio de 1991, 20 de mayo y 22 de septiembre de 1993, y 12 de mayo de 1994, entre otras).

La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso nos lleva directamente a la desestimación de este motivo, porque, atendida la edad de la niña que aparece en las fotografías de autos, que la sentencia identifica como niña A, y la conducta del aquí recurrente respecto de la misma (tenerla desnuda en sus brazos, con una mano en la zona genital de la niña, y en además de besarla en la cara), como dice el Tribunal de instancia, no puede tener otro significado que el deseo de satisfacer sus inclinaciones sexuales, obteniendo placer de esa naturaleza (v. FJ 5º), independientemente -todo ello-, decimos nosotros, de que el placer buscado por el acusado lo obtuviera al contemplar las correspondientes fotografías, o al realizarlas, o en ambos momentos.

En cualquier caso, *posar desnuda, en brazos de un hombre mayor que la está tocando sus partes íntimas, no puede menos de considerarse una conducta que puede afectar al normal desarrollo afectivo y de la sexualidad de la menor fotografiada*; consiguientemente no cabe hablar de ningún tipo de infracción legal en relación con el tipo penal objeto de examen”.

Esa exigencia es reproducida en la en la STS de 10 de octubre de 2000 (Sr. Julián Sánchez Melgar)<sup>74</sup>, antes transcrita, en la que se invoca la de 5 de febrero de 1991 del propio tribunal.

En la SAP de Huesca de 31 de mayo de 1999 (Sr. Antonio Angos Ullate) se dice que

“los actos descritos anteriormente, -exhibición de una cinta de video que contenía material pornográfico-, por su naturaleza grosera, *pueden alterar el desarrollo sexual de las personas inmaduras o incapaces, las cuales no tienen suficiente capacidad para aceptar libremente el material pornográfico que otro les presenta. Este es el fundamento de la protección penal*”.

También en la SAP de Gerona de 10 de junio de 2002 (Sr. Adolfo García Morales) se requiere que el material pueda socavar la correcta formación sexual del

---

<sup>74</sup> El TS entendió que la reproducción por parte del acusado de una cinta videográfica de contenido pornográfico entre sus alumnos, menores de edad, no era compatible con su finalidad educadora, concurriendo el delito de provocación sexual, en su modalidad de difusión de material pornográfico a menores, pues “la afección en el desarrollo de la personalidad de los menores resulta evidente, y esa es la finalidad última que protege la norma penal y que se conecta con el bien jurídico protegido”.

ofendido; no obstante, se entiende que para condenar por el delito de provocación sexual deberá valorarse el grado de formación sexual de la víctima concreta, rechazándose la aplicación de ese ilícito cuando el menor o incapaz ha podido ver con anterioridad material pornográfico:

“El Ministerio Fiscal recurre contra la sentencia por el hecho de que no ha sido estimada la concurrencia de un delito de provocación sexual del art. 186 del Código Penal en grado de tentativa.

Dos son los motivos que nos llevan a la desestimación del motivo del recurso. En primer lugar, de orden material o probatorio, puesto que *siendo el bien jurídico protegido por el delito el peligro existente de que mediante los actos de exhibición o difusión de material pornográfico se socave la correcta formación sexual no mediatizada de un menor, sería una exigencia natural y lógica la de que mediante esa exhibición potencialmente pudiera producirse la vulneración*, para lo que debe exigirse que la sexualidad de los menores no estuviera previamente mancillada por haber presenciado con anterioridad actos de contenido pornográfico.

Hilando lo anterior, esa provocación no puede ser nunca definida de forma automática y general tomando en consideración la menor edad del sujeto pasivo del delito, es decir, que por el simple hecho de exhibir el material ante un menor ya se produjera el delito, sino que *ha de tenerse en cuenta el grado de formación sexual del menor y por ello la capacidad de influir torcidamente en su normal formación sexual*. Por ello mal puede reprocharse hipotéticamente a una persona la vulneración del bien jurídico relatado cuando el menor en cuestión ha podido ver con anterioridad y sin intervención directa del imputado revistas o vídeos pornográficos. Pues bien, examinado el caso concreto y del contenido del acta observamos como nula referencia se ha realizado a este tipo de probaturas, exigiéndose sólo del testigo las declaraciones acerca de la proposición del acusado sin pedirle información acerca de sus conocimientos sexuales que, en jóvenes de 16 y 17 años, podemos aventurar incluso que no son escasos”.

En la SAP de Madrid 422/2003, de 6 de junio (Sr. Jesús Serrano Gaset) se trae a colación la citada STS de 21 de marzo de 2000, enjuiciándose los hechos a la luz de esta resolución, y, desde este prisma, se declara concurrente el delito de corrupción de menores en su modalidad de utilización de menores para elaborar material pornográfico, en la medida en que los actos delictivos podrían afectar al desarrollo afectivo y de la sexualidad de los menores que los sufrieron:

“En el caso de autos ha quedado acreditado que en una ocasión, en Navidades de 2001, el procesado organizó una sesión fotográfica de contenido pornográfico utilizando a Rubén T. P. y a su hijo también menor Gonzalo T. P., a los que previamente había emborrachado con bebidas alcohólicas, haciendo que éstos se quedaran en calzoncillos, y llevando a casa a dos mujeres que se desnudaron parcialmente, mientras terceras personas tomaban fotografías de los tocamientos que las dos mujeres hacían a los dos menores. De este relato se desprende sin duda alguna que los dos menores fueron utilizados por el procesado, que tenía perfecto conocimiento de que eran menores de edad, para la elaboración de material pornográfico consistente en fotografías de los dos menores en calzoncillos y dos mujeres, desnudas parcialmente, que les hicieron diversos tocamientos, deduciéndose de los hechos que si tanto los dos menores como las mujeres estaban casi desnudos y éstas hacían tocamientos a los menores, el contenido de las fotografías era pornográfico, *todo lo cual puede afectar al normal desarrollo afectivo y de la sexualidad de los menores fotografiados*”.

Asimismo, cabe recordar el concepto de pornografía dado en la SAP de Alicante 504/2003, de 17 de diciembre (Sr. Francisco Javier Guirau Zapata), como aquellas imágenes obscenas o situaciones impúdicas *“que resulten perjudiciales para el desarrollo de la personalidad de los menores”*.

En la SAP de Valencia 705/2003, de 31 de diciembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño) se precisa que la conducta sea idónea para quebrantar la adecuada formación de la personalidad y la libertad sexual de los menores:

“La utilización de tales menores bien en espectáculos exhibicionistas o para la elaboración de material pornográfico, como en este caso, *es considerada como una conducta indiscutiblemente*

*idónea para quebrantar la adecuada formación de la personalidad y la libertad sexual de aquéllos. Por tanto dicha utilización influye o puede influir en una personalidad como la del menor aún en formación y que afecta a su normal y futuro desenvolvimiento sexual. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1994 y 29 de diciembre de 1995. Por ello, aún cuando no se busque directamente la perversión sexual del sujeto pasivo, se consuma en estos casos la infracción en tanto que basta con que de la conducta del sujeto activo se derive o se pueda derivar, de forma natural, la corrupción del menor mediante la vida sexual prematura, envilecedora y degradante que con la realización de actos sexuales pornográficos se producen”<sup>75</sup>.*

Y en la SAP de Valencia 664/2004, de 8 de noviembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño) se incide en la necesidad de interpretar este concepto bajo el telón del bien jurídico protegido en los delitos que tienen que ver con la pornografía:

*“Respecto al carácter pornográfico del contenido de las fotografías, es sin duda uno de los problemas del tipo penal apreciado, que deberá interpretarse en atención a la finalidad del título del Código Penal, que trata de proteger la libertad e indemnidad sexual”.*

En resumen, pues, en las resoluciones anteriores se entiende por pornografía:

- aquello que es obsceno;
- dirigiéndose exclusivamente a la excitación sexual;
- carente de valor artístico, literario, científico o educativo; y,
- que puede perjudicar el normal desarrollo y formación de la personalidad de los menores e incapaces en el ámbito de la sexualidad.

De acuerdo con estos presupuestos, se ha entendido que la mera imagen de un desnudo no puede ser considerada objetivamente material pornográfico. Así lo dice, por ejemplo, la STS 376/2006, de 8 de marzo (Sr. Juan Saavedra Ruiz), en la que se exige un añadido de obscenidad o de situaciones impúdicas en las imágenes para calificarlas de pornográficas:

*“Tiene razón el recurrente cuando argumenta que la imagen de un desnudo «no puede ser considerada objetivamente material pornográfico», recogiendo literalmente lo dicho en la S.T.S. 1342/03, porque, efectivamente, aunque la pornografía es un concepto que no está definido en el Código Penal, lo cierto es que comporta, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, un añadido a las imágenes de obscenidad o situaciones impúdicas, lo que no puede predicarse sin más de un desnudo, luego en la medida que en el hecho probado no se especifica dicho contenido de obscenidad o impudicia resulta insuficiente para subsumir los hechos en el delito por el que han sido calificados. Es cierto que el Fiscal, que acoge la doctrina anterior, entiende que en este caso además de las fotografías se realizaron «grabaciones en vídeo», considerando que ello constituye «un plus en la acción que el acusado llevó a cabo». Sin embargo, la grabación desprovista de contenido obsceno debe llevarnos a la misma conclusión, puesto que el hecho de que la imagen sea en movimiento no implica por sí solo la existencia del elemento pornográfico”.*

Otros pronunciamientos semejantes los encontramos también en la jurisprudencia anterior. La STS 871/1980, de 3 de julio (Sr. Manuel García Miguel), negaba el carácter pornográfico de una publicación, pues,

*“no obstante describirse...-en ella- la realización del acto sexual se hace con eufemismos y que los desnudos, aunque groseros, no son obscenos, ni llegan a constituir un ultraje al pudor público”.*

En la STS 1964/1980, de 14 de octubre (Sr. Juan Latour Brotóns) se aludía a la dificultad de delimitar el desnudo puramente estético y el pornográfico, señalando que

---

<sup>75</sup> En otras sentencias se exige que el material pornográfico sea capaz de involucrar intensamente a las personas que entren en contacto con ella en su contexto sexual, así por ejemplo, en la SAP de Sevilla 604/2005, de 30 de noviembre (Sr. Francisco Jesús Sánchez Parra).

*“cuando de desnudo pornográfico se trate, será de destacar siempre la actitud dinámica de la figura, con exaltación del sexo, posturas lascivas y aberrantes y que muestran una ruptura flagrante y evidente con las normas que rigen la más elemental estética, pues basta su contemplación o examen para que el menos exigente sienta la más enérgica repulsa contra la manifestación de tal mensaje al público”.*

En la STS de 5 de febrero de 1991 (Sr. Siro Francisco García Pérez) se casa y anula la resolución de instancia en la que se condenaba al acusado por un delito de provocación sexual, por cuanto dicha resolución se limitaba a relatar *“que las hojas repartidas -entre las menores- eran revistas pornográficas de desnudos de hombres y mujeres”*, y esta descripción se estimó insuficiente para poder valorar si dicho material era capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de las menores implicados.

En la STS de 21 de marzo de 2000 (Sr. Luis-Román Puerta Luis) no se consideraron pornográficas las fotografías realizadas por una madre a su hija de corta edad, desnuda, en ropa interior y en bikini, para facilitarlas posteriormente a un tercero que con su visualización satisfacía sus apetitos sexuales, por cuanto en esas imágenes no aparecían posturas o actos de índole sexual u obsceno que pudieran perjudicar el desarrollo normal de la personalidad de la menor, negándose la concurrencia del delito de corrupción de menores:

*“La conducta enjuiciada en la presente causa, en los términos en que la misma es descrita en la sentencia recurrida, no parece que pueda afirmarse categóricamente que pudiera afectar a la formación de la personalidad de la menor y comprometer su formación, afectando negativamente a su futuro desenvolvimiento sexual. Para la adecuada calificación jurídica de la conducta del recurrente, es preciso tener en cuenta que la intervención de la menor se limitó a posar para que su madre la fotografiase. Ninguna de la fotografías aportadas a los autos refleja, por lo demás, posturas o actos de contenido específicamente sexual o de carácter obsceno; la niña -que a la sazón tenía entre ocho y nueve años- solamente aparece desnuda en una de ellas y con braguitas, bikini o normalmente vestida en las restantes, mostrándose con la ingenuidad propia de su corta edad y de la confianza inherente a la presencia de su madre.*

La peculiaridad de la conducta enjuiciada radica en que la contemplación de las fotografías de niñas de corta edad desnudas o semidesnudas producía al hoy recurrente un placer sexual como consecuencia de los trastornos de la personalidad que el mismo padecía. A este respecto, dice el Tribunal de instancia que las fotografías descritas de la niña B una vez obtenidas fueron entregadas... al acusado, quien las contemplaba para satisfacer sus apetencias sexuales. Desde este punto de vista, pues, difícilmente podría calificarse de corruptor para la menor, en los términos antes expuestos, el hecho de haber sido fotografiada por su madre, en la forma que se ha dicho, sin ninguna otra connotación reflejada en el relato fáctico de la sentencia recurrida”.

La separación entre simple desnudo y pornografía está presente también en la SAP de Valencia 705/2003, de 31 de diciembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño), en la que se alude a la jurisprudencia anterior que afirmaba que las meras imágenes de menores desnudos no pueden ser consideradas objetivamente material pornográfico, señalando que, sin embargo, en el caso enjuiciado

*“es evidente que las imágenes exceden con mucho de la desnudez de la menor, como queda probado por el mero visionado de la película”.*

Al igual que en la SAP de Málaga 413/2004, de 5 de julio (Sr. Carlos Prieto Macías), indicando al describir la conducta del acusado, que las fotografías de desnudos presentaban carácter sexual, e incluso en ocasiones pornográfico:

*“La Juzgadora enuncia los indicios que le llevan a afirmar en los hechos probados que el acusado venía dedicándose a realizar fotografías a menores de edad desnudos y semidesnudos de índole claramente sexual y en algunas ocasiones con contenido pornográfico en las que los*

*menores aparecían realizando prácticas sexuales y ello para su propia contemplación con ánimo libidinoso, así como para su ulterior distribución y difusión a terceros a través de Internet”.*

Y también en la SAP de Valencia 664/2004, de 8 de noviembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño), en la que se niega que la imagen de un desnudo, sea menor o adulto, constituya pornografía, de acuerdo con la línea seguida por el Tribunal supremo, fijándose en las posturas de las personas fotografiadas y en el contenido obsceno de las imágenes para atribuirles esa calificación:

“Es conocido el criterio sentado por el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia 1342/2003, de 20 de octubre, de *que la imagen de un desnudo, sea menor o adulto, varón o mujer, no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse*. Pero en este caso se obligó a la menor a adoptar unas posturas inmersas en la obscenidad grosera y procaz, recreándose en las fotografías sin otro fin que el de conseguir la excitación sexual de quien las contemple, sin valor alguno de carácter artístico, científico o pedagógico.

La utilización de la menor por el procesado en la forma expuesta debe de incardinarse en el tipo penal indicado por *el carácter pornográfico de las fotografías obtenidas, que queda reforzado por la acción de obligar a la menor a separar con sus manos los glúteos con el fin de conseguir unas tomas más detalladas de la zona vaginal y anal*; sin que el hecho de no aparecer la cara de la menor en las fotografías desvirtúe lo anterior. Concurriendo los elementos del tipo, tanto del conocimiento de la minoría de edad de la víctima, de sólo 9 años, por el procesado, como la utilización que de ella hizo, *dadas las posturas que la obligó a adoptar y los primeros planos que enfocó con su cámara de las zonas indicadas de la menor*. También tales hechos y su calificación delictiva fueron aceptadas por el procesado y su defensor, por lo que no cabe insistir más en la existencia del delito”.

Por el contrario, siguiendo los criterios anteriormente apuntados, se ha calificado de pornográfico aquel material que siendo obsceno, pueda afectar al normal desarrollo de un menor o incapaz en el ámbito de su sexualidad.

Concretamente, en la STS 881/1979, de 29 de junio (Sr. Fernando Cotta Márquez de Prado) se estimó pornográfica:

“la revista ‘G’, correspondiente al mes de mayo de 1977...-en la que- se insertó una profusa serie de dibujos, chistes e historietas, en las que aparecen personas desnudas en actitudes de grosera intimidad, acompañadas de textos procazes”.

En la STS 871/1980, de 3 de julio (Sr. Manuel García Miguel) se afirma que pueden serlo “*libros, revistas, postales, y fotografías*”.

En la STS 1062/1980, de 13 de octubre (Sr. Fernando Cotta Márquez de Prado) se tilda de tal:

“el número 54 de la revista ‘M’... cuyas fotografías y grabados obscenos y textos notoriamente pornográficos y escandalosos son en alto grado nocivos y atentatorios a los sentimientos de decencia y moralidad propios de personas morigeradas y cultas”.

En la STS 1964/1980, de 14 de octubre (Sr. Juan Latour Brotóns) se dice que el material pornográfico, puramente de exaltación animal del sexo, puede integrarlo “*la imagen reproducida por cualquier medio gráfico de los hoy conocidos*”.

En la STS 1084/1980, de 16 de octubre (Sr. Mariano Gómez de Liaño y Cobaleda) se considera pornografía un folleto con fotografías de personas desnudas, ya que

“las actitudes acariciantes de las mujeres y hombres desnudos y semidesnudos, aunque no recojan la consumación de actos sexuales, son anteriores o posteriores a la misma, con gran intensidad de excitación a la lascivia”.

En la STS de 2 de marzo de 1983 (Sr. Antonio Huerta y Álvarez de Lara), unas revistas conteniendo

“fotografías de hombres y mujeres desnudos o semidesnudos, practicando entre sí actos carnales de homosexualismo masculino y femenino”.

En la STS de 3 de noviembre de 1993 (Sr. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), se confirmó la condena de instancia, constando en los hechos probados que el acusado “*les mostró -a los menores- una publicación pornográfica*”.

En el mismo sentido, la STS de 22 de diciembre de 1993 (Sr. Fernando Díaz Palos), por cuanto el autor reconoció que exhibió a un menor

“una revista pornográfica, al tiempo que le explicaba las secuencias que en la misma se reflejaban”.

Igualmente, la STS 416/1997, de 24 de marzo (Sr. Luis-Román Puerta Luis), por enseñar el acusado a un menor

“revistas en las que aparecían mujeres desnudas y en posiciones incitantes o de clara significación sexual”.

En la STS de 16 de febrero de 1998 (Sr. Joaquín Canivell) se confirmó la condena del acusado por varios delitos de utilización de menores con fines pornográficos, a partir de los siguientes hechos probados

“El acusado... fotografió o filmó a L.S.P.M., nacido el 10 de Agosto de 1.979, desnudo y en actitud de tocarse sus órganos genitales y acariciarse con otros menores, entre los que estaban... J.C.R.M. (nacido en 14-7-78) y J.A.C.H. (nacido en 17-4-78) que niegan por su parte haber llegado a desnudarse y ser filmados; P.P.F. (nacido en 24-4-77), J.F.T. (nacido en 20-1-77) y J.C.C. (nacido en 10-5-77), que lo fueron en repetidas ocasiones, desnudos y con exposición directa de sus sexos y tocamientos en solitario y entre sí... En numerosas ocasiones los acusados... grabaron y fotografiaron a los menores J.F.S.R. (nacido en 27-11-73), G.G.M. (nacido en 31-7-75) y J.C.C. (nacido en 2-5-79)... A requerimiento de los acusados, los menores adoptaban poses de clara significación sexual, con exhibición de sus sexos y tocamientos... Los acusados... grabaron desnudos y efectuando tocamientos entre sí a los hermanos L. (nacido en 29-7-80) y V.J.R.M. (nacido en 5-11-81) junto con sus primos D. (nacido en 29-12-80) y E.M.G. (nacida en 2-1-81?) (sic). En el transcurso de tales contactos llegaron ambos acusados a tocar y masturbar a V.J... Durante el verano del año 1.994 los acusados... llevaron hasta la playa de Valencia al menor J.D.M., nacido el 29-12-78, y un amigo de este, apellidado P.V.: allí... consiguieron que J. se bañara desnudo, en cuya situación le fotografiaron...”

Durante el año 1.992, los acusados... fotografiaron y filmaron en numerosas ocasiones a R.G.V. (nacido en 4-9-79) sólo y en unión de otros jóvenes, desnudo, con tocamientos y simulando masturbaciones. Durante el año de 1.992... el acusado R. llevó a la playa de El Saler a R.A.L. nacido en 14-3-78, junto con un amigo que R. identificaba como J.J.G.R., y grabó con ellos una película en que aparecen desnudos y masturbándose...

Durante el año 1.994... el acusado... consiguió llevar a A.R.M. (nacido en 26-6-78) y D.L.M. (nacido en 27-7-79) hasta la playa de El Saler, donde junto con C., que le acompañaba se filmaron estando los cuatro desnudos y efectuando tocamientos entre sí. Después de esto pasaron a merendar al piso de AAAAAAAA, donde continuó la grabación con la incorporación del menor A.L.R. (nacido en 9-8-78)...

En las escenas objeto de filmación se grabó una felación que el acusado D. practicó a A. y D., y una penetración anal simulada de D. a A.

Los hechos se repitieron días después con A. y D., interviniendo en esta ocasión el acusado C. y aún hubo al menos una tercera ocasión en que todo se desarrolló de manera similar entre A., A. y los acusados C. y D....”.

En la STS de 10 de octubre de 2000 (Sr. Julián Sánchez Melgar), se ratificó la condena de instancia por proyectar el acusado a varios alumnos menores de edad una película con

“escenas de sexo entre un hombre y una mujer adultos grabadas desde un pequeño agujero abierto en la pared o en un mueble de la habitación. El primero iba vestido solamente con un corpiño y siempre aparece tendido sobre una cama, en decúbito prono o ventral y ligeramente erguido o en la postura adecuada, aunque constantemente boca abajo, cuando lo requería la práctica sexual. La segunda llevaba una prenda tipo picardía. A ninguno de ellos se le llegan a ver con nitidez sus órganos genitales. En un momento dado, la mujer introduce en la boca del varón un falo erecto artificial, que éste succiona lascivamente. Poco después, le impregna el ano con una crema lubricante e introduce por ahí el mismo artilugio. Por último, se coloca a horcajadas encima de la cabeza del hombre y se retira el picardía por su parte inferior para orinar. Son frecuentes los gemidos de placer y las frases impúdicas”.

En la STS de 24 de octubre de 2000 (Sr. Juan Saavedra Ruiz) se calificaron de pornográficas unas fotografías de una menor

“desnuda o con la braguita puesta, en estudiadas poses que mostraban claramente su desnudez, aunque tapaban los genitales, en posturas similares a las de personajes femeninos adultos cuando realizan exhibición parcial de su cuerpo con ánimo de satisfacción lasciva de las personas que las contemplan”.

En la STS de 5 de febrero de 2001 (Sr. Julián Sánchez Melgar) se mantuvo la condena del recurrente porque “*proyectó a J. -menor de edad- un video pornográfico*”.

También, en la STS de 17 de septiembre de 2002 (Sr. Juan Saavedra Ruiz), puesto que

“los acusados... obligaron a los menores... a desnudarse y a adoptar poses de clara significación sexual, con exhibición de sus sexos, que los acusados les indicaban, aparentando estar realizando penetraciones anales, felaciones y tocamientos en las partes genitales, y en estas poses les fotografiaban y filmaban, sin que se haya podido comprobar el destino que ambos acusados daban a las fotografías y filmaciones”.

Igualmente, en la STS 1015/2003, de 11 de julio (Sr. José Jiménez Villarejo), constando en los hechos probados que

“el acusado, tras revelar a Carlos que era miembro de una Sociedad Naturista y practicaba el desnudo integral incluso en su domicilio, le mostraba revistas de desnudos proporcionándole incluso la clave que le permitiera acceder al diverso material pornográfico que guardaba en su ordenador” y que “el acusado le exhibió videos donde adultos y niños realizaban distintas prácticas sexuales”.

En la STS 1165/2003, de 18 de septiembre (Sr. Andrés Martínez Arrieta), afirmándose que el procesado “*tras exhibirle películas pornográficas -a la menor-...*”<sup>76</sup>.

Y en la STS 1265/2003, de 7 de octubre (Sr. José Antonio Martín Pallín), describiendo que Ismael

“le pidió a ésta -Esperanza, menor de edad- que le tradujera el contenido de una página web de contenido pornográfico alegando necesitarlo para un trabajo que estaba realizando.

Con posterioridad, se dirigió Ismael a Esperanza cuando estaba sentada en la silla del ordenador, diciéndole que iban a realizar un juego, procediendo a taparle los ojos con una venda al tiempo que le ponía las manos por detrás, para a continuación pasarle un hielo por la cara,

---

<sup>76</sup> No obstante, este hecho se consideró consumido en el delito de abusos sexuales, no condenándose como delito autónomo, aun cuando se tuvo en cuenta para la individualización de la pena, que no se impuso en el tramo mínimo previsto para aquel delito, dada la gravedad de los hechos declarados probados: una penetración vaginal y otra bucal, previa exhibición de material pornográfico a una menor de 9 ó 10 años de edad.

posteriormente un plátano y por último su pene, acariciándole uno de los pechos con la mano situándose por detrás de ella, al tiempo que había accionado un mecanismo de grabación de las escenas que estaban protagonizando, todo ello con el ánimo de satisfacer su deseo libidinoso.

Esperanza con anterioridad a que Ismael le tapara los ojos desconocía en qué iba a consistir el juego que se propuso así como que dichas escenas iban a ser grabadas<sup>77</sup>.

Asimismo, se condenó por proyectar una película de contenido pornográfico ante menores de edad en las siguientes sentencias<sup>78</sup>: SAP de Huesca de 31 de mayo de 1999 (Sr. Antonio Angos Ullate), SAP de Las Palmas de 16 de febrero de 2001 (Sr. Nicolás Martín Sánchez)<sup>79</sup>, SAP de Mallorca de 7 de abril de 2001 (Sr. Eduardo Calderón Susín), en la que, según vimos, dicho Tribunal define lo que entiende por “película porno”<sup>80</sup>, SAP de Córdoba de 19 de abril de 2001 (Sr. Antonio Puebla Povedano)<sup>81</sup>, SAP de La Rioja de 8 de julio de 2002 (Sr. Alfonso Santisteban Ruiz)<sup>82</sup>, SAP de Guipúzcoa 2205/2003, de 11 de noviembre (Sra. Ana Moreno Galindo)<sup>83</sup>, SAP de Valencia de 19 de noviembre de 2003 (Sra. Regina Marrades Gómez)<sup>84</sup>, SAP de Alicante 504/2003, de 17 de diciembre (Sr. Francisco Javier Guirau Zapata), estimando suficientes para basar la sentencia condenatoria las declaraciones de unas menores afirmando que el acusado les había exhibido “películas porno”, sin haber profundizado las partes en el alcance de estas palabras, debiéndose interpretar entonces según su uso

---

<sup>77</sup> Estos hechos fueron calificados por la AP de Vizcaya como un delito continuado de exhibición de material pornográfico. Sin embargo, el TS anuló esa sentencia, al considerar que esos hechos quedaban consumidos en el delito de abuso sexual, “ya que la exhibición de material pornográfico, para ser delito independiente, requiere una entidad propia y autónoma, de la que carece, cuando forma parte de una puesta en escena, encaminada a conseguir captar la voluntad del menor, prevaliéndose de la confianza existente entre ambos. Nos encontramos ante un concurso normativo, que debe ser solucionado aplicando las reglas de la consunción o absorción previstas en el art. 8.3º del Código Penal” (sic).

<sup>78</sup> En la SAP de Gerona de 10 de junio de 2002 (Sr. Adolfo García Morales) se negó la posibilidad de apreciar el delito de difusión de material pornográfico entre menores de edad en grado de tentativa, por la dificultad de apreciar el delito intentado en los delitos de peligro.

<sup>79</sup> Dicho Tribunal, siguiendo el parecer del Ministerio Fiscal, estimó ese hecho absorbido por el delito de abuso sexual “por cuanto tal proyección se realizó... como una etapa o medida preparatoria de dichos abusos” (sic).

<sup>80</sup> Se cuestiona en la sentencia si se trata de cinco infracciones (pues la película se exhibió a cinco menores), o si por el contrario es procedente para este caso la figura del delito continuado, entendiéndose aplicable esta última por tratarse de episodios distintos, pero claramente en aprovechamiento de una ocasión idéntica, y muy cercanos en el tiempo.

<sup>81</sup> En los hechos probados consta que “era frecuente que éste -acusado- pusiese películas de su propiedad con un alto contenido pornográfico, preferentemente homosexual que eran visionados por los aludidos jóvenes y otros amigos que allí acudían invitados por los A.P.”. En consecuencia, dado que el acusado exhibió en muchas ocasiones esas películas, se aprecia un delito continuado del art. 186, en su modalidad de exhibición de material pornográfico entre menores de edad.

<sup>82</sup> La conducta del acusado se condenó como delito de provocación sexual del art. 186 del CP, puesto que con la exhibición del video “se involucró al menor pasivamente, al menos, en un contexto libidinoso del que el material pornográfico no es más que el instrumento”.

<sup>83</sup> En esta sentencia se mantuvo la condena por un delito de provocación sexual previsto y penado en los arts. 186 y 192.1 del Código Penal, pese a que el acusado había exhibido películas pornográficas (emitidas por una cadena de televisión privada) a varios menores de edad (el hijo de aquél, y los de su compañera sentimental), y en varias ocasiones (a veces por propia iniciativa del acusado y otras por petición de los menores).

<sup>84</sup> Se confirma la concurrencia de cinco delitos de exhibición de material pornográfico a menores de edad, por haberse proyectado dichas películas en cinco ocasiones distintas.

común, en el sentido anteriormente expuesto<sup>85</sup>, SAP de Sevilla 138/2005, de 14 de marzo (Sr. Pedro Izquierdo Martín)<sup>86</sup>, SAP de Las Palmas 68/2005, de 19 de abril (Sr. José Antonio Martín Martín), SAP de Murcia 55/2005, de 4 de octubre (Sra. Maria del Pilar Alonso Saura), SAP de Lugo 108/2005, de 3 de noviembre (Sr. José Manuel Varela Prada)<sup>87</sup>, SAP de Sevilla 50/2005, de 4 de noviembre (Sr. Antonio Gil Merino), y SAP de Barcelona 77/2006, de 26 de enero (Sr. Javier Arzua Arrugaeta), en la que se definen las películas pornográficas como “aquellas en las que se exhiben escenas de relaciones sexuales de forma explícita”<sup>88</sup>.

En la SAP de Badajoz de 7 de diciembre de 2001 (Sr. Nicolás Acosta González) se especifica que el imputado permitía el acceso del menor a “material pornográfico en soporte papel y videográfico”, enseñándole

“revistas, dibujos y vídeos en los que aparecían personas desnudas y regalándole cintas de música y revistas y dibujos pornográficos”.

En la SAP de Lugo 90/2003, de 11 de abril (Sr. José Rafael Pedrosa López) se mantuvo la condena por un delito de corrupción de menores en grado de tentativa, por invitar a un menor a introducirse en un coche en el que había material pornográfico; en concreto en dicho vehículo se intervino

“una revista... titulada «Edad legal, los jóvenes hablan de sexo» con mujeres tratándose y realizando actos sexuales con otras mujeres y varones, un calendario con una mujer desnuda y un recorte de prensa anunciando la película «garganta profunda» en la que figura la imagen de una mujer exhibiendo sus partes íntimas”<sup>89</sup>.

En la SAP de Madrid 422/2003, de 6 de junio (Sr. Francisco Jesús Serrano Gassent) se confirmaron los delitos de utilización de menores con fines pornográficos, y de exhibición de material pornográfico ante menores de edad, narrándose entre otros hechos probados los siguientes:

“En una ocasión, en Navidades de 2001, el procesado organizó una sesión fotográfica de contenido pornográfico utilizando a Rubén T. P. y a su hijo, también menor, Gonzalo T. P. en cuanto nacido el día 18 de Noviembre de 1987, a los que previamente había emborrachado con bebidas alcohólicas, haciendo que éstos se quedaran en calzoncillos, y llevando a casa a dos mujeres que se desnudaron parcialmente, mientras terceras personas tomaban fotografías de los tocamientos que las dos mujeres hacían a los dos menores... El procesado, entre Septiembre de 2001 y Marzo de 2002 mostró a los menores Rubén T. P., Gonzalo T. P. e Isaac T. P., nacido el día

---

<sup>85</sup> Se apreció un delito continuado de exhibición de material pornográfico a menores, por haber realizado la acción en diversas ocasiones, y como delito independiente de los abusos sexuales por los que se condenó también al acusado.

<sup>86</sup> Se aplica un delito continuado de exhibicionismo y otro continuado de exhibición de material pornográfico del art. 186, “en cuanto ninguna de ellas -de esas conductas- considerada individualmente integra necesariamente el desvalor de la otra, pues se pueden realizar actos obscenos sin necesidad de proyectar película pornográfica, y visionar ésta sin ejecutar aquéllos”. No obstante, aunque esas acciones se realizaron en presencia de dos menores no se aprecian otros tantos delitos de exhibicionismo y provocación sexual sino uno solo, al ser únicas las conductas, con independencia de los sujetos pasivos afectados por las mismas.

<sup>87</sup> Consta en los hechos probados que el procesado enseñó a la menor “revistas y películas pornográficas”.

<sup>88</sup> Aunque los menores implicados no concretaron el contenido de las películas que el acusado les exhibió, manifestando sólo que eran pornográficas, la citada Audiencia afirma que la expresión “películas pornográficas” tiene un significado común comprensible incluso para los menores de edad, en el sentido arriba apuntado.

<sup>89</sup> No cabe duda, dice el citado Tribunal, que ese material repercutiría gravemente en el desarrollo de la personalidad del niño de haberse consumado el delito.

12 de Agosto de 1988, y que en aquellas fechas tenía trece años de edad, películas de contenido pornográfico, en las que se veían reiteradas escenas de sexo entre hombres y mujeres que estaban desnudos, con penetraciones vaginales, anales y bucales, manteniéndose estas relaciones unas veces entre una mujer y dos hombres, otras veces entre un hombre y una mujer y otras dos mujeres y un hombre, llegando a ponerles en una ocasión una película de contenido homosexual, en la que se veía a dos hombres realizando penetraciones anales. El procesado sabía que Rubén y sus dos hijos Gonzalo e Isaac, eran menores de edad. En el registro realizado en la casa del procesado, una vez detenido éste, se encontraron las películas de contenido pornográfico que el procesado exhibía a los menores referidos”.

En la SAP de Valencia 705/2003, de 31 de diciembre (José Andrés Escribano Parreño) se apreció el delito de utilización de menores para fines exhibicionistas o pornográficos, por grabar el acusado las relaciones sexuales mantenidas con una menor de edad con su consentimiento:

“La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: "El acusado Luis Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, a raíz de unos mensajes telefónicos enviados a su móvil por la menor Bárbara, nacida el día 21 de junio de 1985, hacia el mes de septiembre de 2001 y en los que ésta con el objeto de atraer su atención utilizó un lenguaje de alto contenido sexual, tras varias comunicaciones telefónicas, conoció personalmente a la menor, que en aquél entonces tenía 16 años, el día 30 de septiembre de 2001, con quien había quedado previamente con el único fin de mantener relaciones íntimas y con conocimiento de su minoría de edad, recogiendo a la menor sobre las 11,30 horas en la calle donde se habían citado para desplazarse los dos en su vehículo al que entonces era su domicilio sito en la CALLE000 nº NUM000 de la ciudad de Valencia, donde mantuvieron, tal y como previamente habían acordado, relaciones sexuales.

Tras el primer encuentro volvieron a citarse por segunda vez, en fecha 7 de octubre de 2001, coincidiendo con un domingo por la mañana y manteniendo de nuevo relaciones sexuales en su domicilio, si bien en esta ocasión, utilizando un aparato de vídeo Sony de su propiedad grabó las relaciones mantenidas en una cinta de una duración de 38 minutos, con el consentimiento de la menor y la finalidad de ser visionada tanto por el acusado como por aquella, en la que se observa con claridad como la menor chupa el pene, el ano y los testículos al acusado, como éste le da golpes con el pene en la boca, como le da un vibrador a la joven y esta empieza a masturbarse y mientras ella se masturba el acusado lo hace con su pene, como introduce posteriormente éste el vibrador en la vagina de la menor para acto seguido introducirle el pene, y como continúan las felaciones, hasta que se acaba la erección, tras eyacular el acusado en la boca de la joven...” (sic).

En la SAP de Valencia 664/2004, de 8 de noviembre (Sr. José Andrés Escribano Parreño) se mantuvo el delito de corrupción de menores del art. 189.1 a), en su modalidad de utilización de menores para elaborar material pornográfico

“en relación al comportamiento del procesado al obligar a la menor, ya totalmente desnuda, a colocarse en el sofá de espaldas, inclinada y con las piernas abiertas, realizándole ocho fotografías centradas sobre la zona vaginal y anal, hasta el punto de obligarla además de abrirse con sus manos los pliegues naturales de la zona”.

En la SAP de Cáceres 19/2005, de 11 de febrero (Sr. Valentín Pérez Aparicio) se calificó como delito de provocación sexual la exhibición de una película ante varios menores de edad, al ser patente su carácter pornográfico:

“Respecto del carácter pornográfico de lo exhibido despeja a la Sala cualquier duda la afirmación de Erica sobre que «salía una rubia y dos hombres haciendo guarrerías» así como el contenido del informe del Centro de Salud de Aldea Moret relativo a Lucía (folio 46) en el que la trabajadora social, al tratar de comprobar la realidad de las situaciones relatadas por la niña, pone de manifiesto la exhibición de pornografía en «la que se veía sexo oral» constatando que la pequeña conocía perfectamente el significado de las expresiones «porno» y «sexo oral»<sup>90</sup>.

<sup>90</sup> El recurrente consideraba que la exhibición de pornografía a menores no debía ser objeto de punición, sino considerarse como un acto preparatorio del delito de abuso sexual continuado, por el que fue condenado. Sin embargo, la Sala no comparte su argumento: “Independientemente de que en la

En la SAP de Mallorca 38/2005, de 11 de febrero (Sr. Eduardo Calderón Susín), se afirmó la realización del tipo previsto en el art. 189.1 a), asumiéndose como probado que:

“El acusado, con ocasión de cada uno de los encuentros, fotografió a los dos últimos menores desnudos y también fotografió como el mismo le practicaba a Julián una felación -fotografía en la que luego ocultó su cara-, así como el menor realizaba tocamientos en el pene del acusado y el acusado en el pene del menor, también realizó fotografías de este menor en posturas en las que se exhibía el pene en erección. Estas fotografías se incorporaron al ordenador personal del acusado, ordenador al que otras personas, no identificadas pero interesadas en actividades sexuales con menores, tenían acceso a través de un programa informático, del mismo modo que el acusado accedía a otros ordenadores a los efectos de obtener fotografías y otro material en el que los menores desarrollaban prácticas sexuales”.

En la SAP de Valencia 178/2005, de 17 de mayo (Sr. Domingo Bosca Pérez) se confirmó la calificación como delito de elaboración y difusión de material pornográfico del art. 189.1 a) y b) de los siguientes hechos:

“En el mes de octubre de 2002 el acusado invitó a la menor a visitarle en Xàtiva, a lo que accedió ésta presentándose al acusado como de 14 o 15 años de edad, y pasando con éste todo el día juntos, la mayor parte en una casa deshabitada propiedad de la familia del acusado en una calle del extrarradio de la ciudad. Al final de la jornada, y debiendo coger la menor el tren de vuelta a Alcoy, le pidió el dinero de su importe al acusado, a lo que accedió éste, pero convenciendo a la menor para que consintiera que la fotografiara desnuda, a lo que ésta accedió, obteniendo el acusado al menos 29 fotografías en que aparece la menor desnuda, y parte del cuerpo del mismo acusado también desnudo, con primeros planos de los pechos y genitales de la menor que, con su propia mano, entreabre y aprieta el acusado, que en una fotografía obtenida en la misma sesión aparece totalmente desnudo y tumbado de espaldas sobre la misma cama en que la menor es fotografiada. Ese mismo día intentó el acusado penetrar vaginalmente a la menor, sin conseguirlo por la resistencia y estrechez del sexo de la niña.

Después de esa fecha, y hasta número de veces no determinado pero superior en todo caso a tres, una de ellas incluso en Alcoy, y sabiendo el acusado de la verdadera edad de la niña, se vio con ella en aquella ciudad y en Xàtiva, logrando mantener relación sexual con penetración vaginal, y venciendo la oposición de la niña con la amenaza de difundir entre terceros y los propios padres de la menor las fotografías obtenidas en la primera ocasión en que se vieron, durando esta situación hasta el mes de enero del año siguiente.

Elsa sufre desarreglos en su metabolismo que le determinan problemas en la adaptación social con los de su edad, buscando por ello el trato con personas mayores, y como las ausencias de su casa y fracaso escolar consiguiente llamaban la atención en su familia, presionada finalmente para que diese explicaciones de su anómalo comportamiento, contó todo a su madre que denunció los hechos en noviembre siguiente.

Practicado registro en el domicilio del acusado, se intervino su ordenador personal, material auxiliar del mismo y gran cantidad de fotografías, algunas de ellas de niñas de corta edad, desnudas, en actitud sexualmente provocativa o en ropa interior, y en el mismo ordenador registrado material de esa naturaleza, incluido de la misma Elsa, que ha sido usado en programas de «pares», lo que entraña que ha quedado a disposición de usuarios de Internet”.

También se ha calificado como material pornográfico el almacenado en soportes informáticos y el difundido por internet; así se entendió en la STS 1444/2004, de 10 de diciembre (Sr. José Manuel Maza Martín), desestimatoria del recurso interpuesto contra la condena por un delito de corrupción de menores, impuesta en virtud de los siguientes hechos:

---

exhibición de pornografía no sólo estaba presente Erica sino sus hermanas respecto de las que no ha sido condenado por delito de abuso sexual (por lo que no cabría la subsunción solicitada) se trata de preceptos en que se protegen bienes jurídicos distintos, en uno la libertad sexual y en otro el normal curso de la formación de la personalidad en niños y adolescentes y, por tanto, no resulta de aplicación el principio de consunción del artículo 8.3ª del Código Penal”.

“Con anterioridad al mes de marzo de 2003 Jesús Miguel en su domicilio sito en la CALLE000 número NUM000-NUM001 NUM002 de Gijón tenía su ordenador conectado a la línea telefónica NUM003, y a través de su Web DIRECCION000 distribuía en Internet material pornográfico utilizando a menores de edad, perteneciendo en la red a la asociación o grupo citado. Igualmente, los hechos tuvieron lugar a través de la Web DIRECCION001, habiendo creado los álbumes de fotos titulados «gracias por admitirme» y «mi primer álbum» conteniendo gran cantidad de imágenes pornográficas de niños.

Obtenida la correspondiente autorización judicial para la entrada y registro en su domicilio se practicó ésta el día 12-de marzo de 2003 ocupándose en el disco duro C de su ordenador diverso material pornográfico infantil, consistente en 911 archivos de imágenes y varios archivos de video la mayoría en formato mpg, ocupando estos últimos una memoria de 30,2 mb" [sic].

En la SAP de Jaén de 26 de septiembre de 2002 (Sr. Jesús Jurado Cabrera), se confirmó la condena por un delito de prostitución y corrupción de menores al declararse probado, a partir del material informático incautado en el domicilio del acusado (pantalla, teclado, impresora, Web Cam, cableado, ratón y CPU con lector de CD), que

“desde su ordenador, envió ocho fotografías a otros usuarios en las que aparecen menores de edad desnudas, practicando felaciones y otros actos de desagradable componente sexual”.

En la SAP de Sevilla 57/2003, de 28 de enero (SR. Enrique García López Corchado) se mantuvo la condena del recurrente, constando que

“se dio de alta en la empresa Zoom Comunicaciones el 17 de octubre de 1996 y confeccionó una página web que publicó posteriormente en internet, que contenía imágenes de niños y niñas de corta edad con ropa de calle, traje de baño o ropa interior, cuyo origen se desconoce, y en su página personal ubicada en la dirección DIRECCION000 ubicó diversos directorios denominados, DIRECCION001», DIRECCION002», DIRECCION003», DIRECCION004», estableciendo enlaces a varias webs de pornografía, algunas de carácter pedófilo, accesibles a cualquier persona. Dichas imágenes fueron seleccionadas por el acusado, y aunque no se encontraban en el ordenador ni en el servidor, cuando alguien accedía a dicha dirección se realizaba una llamada a otra dirección donde se encontraba esa fotografía para la visualización de la imagen, pero el aspecto de la página era idéntico que si la imagen estuviese en el servidor.

El acusado actualizaba periódicamente las imágenes que ofrecía, constando la última actualización el 11 de enero de 2001...

Con fecha 26 de junio de 2001, funcionarios adscritos a la Brigada Provincial de Policía Judicial y con la autorización del Juzgado instructor, procedieron a realizar un registro en el domicilio del acusado, sito en Mairena del Aljarafe, donde entre otros efectos hallaron un CDR titulado, 24 de junio de 2001», que contenía imágenes de contenido pornográfico pedófilo que el acusado copió del disco duro de su ordenador personal antes de llevar a reparar el mismo. Dicho CDR fue visionado en presencia del Secretario Judicial en cuyo contenido distribuido en cinco carpetas fueron halladas imágenes de niños, la mayoría desnudos, practicando actos sexuales entre ellos y con adultos, y en el archivo denominado, follabebe.JPG» la imagen de un bebé que estaba siendo penetrada sexualmente por un adulto (folio 66)".

En la SAP de Guipúzcoa 2112/2004, de 20 de mayo (Sra. Maite Loyola Iriondo), se ratificó la condena por un delito -continuado- de corrupción de menores del art. 189.1 b), por recibir, suministrar, e intercambiar con terceras personas material pornográfico en el que participaban menores de edad:

“En el presente caso, no sólo se ha producido la mera posesión del material sino que la tenencia del mismo estaba preordenada al tráfico, como de hecho queda probado una vez verificado el estudio del material informático ocupado al recurrente, pues debe tenerse en cuenta que el gran número de fotografías de pornografía infantil se encontraban almacenadas en ficheros estructurados de tal suerte que con ello evidencia la participación del acusado en la dinámica comisiva descrita en el precepto de referencia. En efecto tras el análisis de la información obtenida del disco duro del PC de José Miguel se constata que en la parte del disco duro compartido por el Fserver se encontró un elevado número de ficheros con pornografía infantil, debiendo tener en cuenta que el Fserver tal y como se expone en el informe elaborado por agentes de la policía

judicial perteneciente al departamento de investigación de delitos telemáticos, es una funcionalidad que permite el programa mlRC dando la posibilidad a los usuarios de ese servicio de compartir un espacio de su disco duro, previamente determinado por el usuario para que el resto de usuarios que lo desean accedan al mismo y procedan al intercambio de los ficheros compartidos, en este caso ficheros de fotografías y videos de pornografía. Téngase en cuenta que la propia configuración del Fserver impide un funcionamiento accidental ya que su funcionalidad precisa para ser actividad de la previa configuración por parte del usuario y la inserción de algún mensaje.

Por otra parte, el sistema para compartir ficheros en este caso se llevaba a cabo mediante créditos, de tal suerte que la persona que quería acceder y retirar algún archivo previamente debía dejar en la parte compartida algún otro y en la medida en que precisamente esos archivos recibidos quedan almacenados en un solo directorio previamente establecido y en su defecto en el directorio raíz de la parte compartida, es evidente que en el presente caso la existencia de subdirectorios y carpetas por temas relacionados con el contenido de las fotografías excluyen cualquier supuesto de recepción accidental tal y como venía postulando el acusado máxime si tenemos en cuenta que además aparecen directorios y subdirectorios independientes a la parte compartida y sin ningún acceso por parte del usuario.

La constatación efectiva de que en el presente caso no sólo ha existido una serie de archivos sino que estos han sido intercambiados por el acusado por otros de idéntico o similar contenido, llevan a la conclusión de que sin duda ninguna nos encontramos ante la conducta descrita en el tipo penal de referencia”.

En el mismo sentido, la SAP de Cáceres 84/2004, de 17 de junio (Sr. Félix Tena Aragón):

“Que por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Cáceres, en el Juicio Oral reseñado al margen seguido por un delito de difusión de pornografía infantil, contra, se dictó Sentencia de fecha 29 de enero de 2004 cuyos hechos probados y fallo son del tenor literal siguiente: HECHOS PROBADOS: Que Germán, como miembro de la Comunidad de Internet MSN «DIRECCION000» con dirección Web [http:// DIRECCION001/](http://DIRECCION001/), y empleando el «nick» «Miguel» como miembro de número de la referida comunidad creó el álbum «DIRECCION002», conteniendo numerosas fotografías con contenido pornográfico protagonizadas en su mayoría por menores de edad, y «colgó» gran número de dichas fotografías en la página de la Comunidad de referencia en fechas distintas entre las cuales se encuentran el 15 y el 24 de enero de 2002, facilitando así el acceso a las mismas de cualquier usuario de la red que conociese la URL. Que, asimismo, el meritado Germán, recibía a través de su correo electrónico Miguel DIRECCION003 fotografías de contenido pornográfico igualmente protagonizadas por menores de edad, incluyéndose entre los remitentes el también encausado Braulio utilizando el «nick» «Moro» correspondiente a las direcciones de correo electrónico lemdmad@hotmail.com y wismad@hotmail.com el cual remitió a Germán al menos cinco fotografías de la naturaleza antes descrita”.

Igualmente, la SAP de Tarragona 447/2005, de 10 de mayo (Sra. Maria Paz Plaza López), imputándose al recurrente los siguientes hechos:

“El menor Alfredo, nacido el 5 de junio de 1985, a través del ordenador existente en su domicilio, C/ DIRECCION000 nº NUM000, NUM001-NUM001, de El Vendrell (Tarragona), y mediante la utilización de la dirección de IP 213.97.162.166, perteneciente al número de teléfono NUM002, del cual era abonado Excavaciones Tabisa S.L., con domicilio en la citada dirección, accedió al sitio web, del cual era administrador, DIRECCION001/ y se dedicó a colgar fotos con contenido pornográfico infantil, en cuya elaboración han sido empleados menores en actitud sexual y manteniendo relaciones sexuales, al menos desde enero del año 2003.

Desde el citado domicilio, el menor creó los álbumes zorritas, + zorritas todavía, morena puta, utilizando los seudónimos o nicks siguientes. pepe, rexe y rexe 1. Asimismo, también creó el grupo to thanks pepe, todo ello con igual contenido y se ofrecía para intercambiar material con contenido pornográfico infantil.

En fecha 3 de julio de 2003, se practicó diligencia de entrada y registro en el domicilio del menor, donde se intervino el ordenador y varios CDs. En el análisis del disco duro del ordenador, se observó que la fecha de instalación del sistema operativo era de 31 de marzo de 2003, y se localizaron 94 imágenes de contenido pornográfico infantil, 41 vídeos de contenido pornográfico infantil, 4 relatos de texto de contenido pornográfico infantil y 3298 imágenes de cómic manga con

contenido pornográfico infantil. Asimismo, se localizaron accesos de grupos de msn y yahoo de temática pornográfica infantil, o a la página web latinchat.com.

En el citado análisis se localizaron tres tipos de virus y en el segundo análisis del citado disco duro no se localizaron programas de camuflaje de virus o troyanos anexos a las distintas fotografías y vídeos contenidos tanto en el disco duro como en los archivos temporales."

En la SAP de Santander 119/2005, de 24 de junio (Sr. Agustín Alonso Roca), se justificó la aplicación de los arts. 189.1 b) y 189.3 a) a partir de los indicios existentes contra el imputado:

“Existen indicios bastantes para sospechar que el imputado, que ha reconocido en su declaración prestada ante el Juzgado instructor utilizar el alias o nickname «A\_SpainBL» en dos canales de chat (conversación con posibilidad de intercambio de archivos) de la red Efnets en Internet, así como el nickname «All(BoY)s», envió el día 27-7-2004 desde alguno de sus dos ordenadores personales al menos tres archivos conteniendo fotografías de un niño completamente desnudo de edad inferior a 13 años, al menos en principio y a simple vista, a otro internauta conectado a los citados canales residente en las Islas Baleares. Consta en la causa que el ordenador desde el que se enviaron los citados archivos es el que en el servidor de Internet de Telefónica se identifica con el IP (protocolo de Internet) NUM001, correspondiente al teléfono de Santander NUM000, perteneciente al recurrente e instalado en su casa de la CALLE000, NUM002, en la que habitan sólo éste y su madre. En uno de los referidos canales de Internet, el imputado recurrente actúa como «operador», es decir, con privilegios para excluir del chat a otros internautas conectados.

Igualmente existen indicios de que el recurrente, desde su domicilio y a través de los referidos canales en Internet, vende, regala o distribuye discos compactos (CD ó DVD), que se sospecha puedan contener imágenes de pornografía infantil. Los indicios se concretan en que existe constancia de ofrecimiento de CDs a la venta e incluso de envío de alguno (en concreto a Inocencio, imputado en Baleares); las sospechas de que puedan contener material pornográfico infantil -que, en el estadio o fase actual de la instrucción sólo son sospechas- se desprenden del material encontrado en la vivienda del recurrente: más de cuatrocientos discos compactos encriptados -es decir, codificados con un programa específico para impedir el acceso a su contenido-, carátulas con anotaciones como «3 boys in bed» (tres chicos en la cama), y una carpeta de archivos en uno de los ordenadores denominada «Pa mi.jbc», también encriptada para impedir su libre acceso. Dado que el recurrente vive solo, con su madre, no tiene sentido que tenga más de cuatrocientos discos encriptados o una carpeta igualmente encriptada en su ordenador personal, al que, en principio, sólo accedería él, a no ser que expresamente se quiera vedar el acceso a sus contenidos. El recurrente no ha facilitado las claves de encriptación a la Policía -ni tiene por qué hacerlo, pues siendo imputado de un delito tiene derecho a no facilitar a la Policía pruebas que pudieran perjudicarle-, pero eso no debe impedir a la Policía sospechar de un determinado contenido ilícito y trabajar sobre dichos discos y carpeta para tratar de acceder al mismo, por cuanto podrían constituirse en piezas de convicción. Las razones que da el recurrente para encriptar los discos no son convincentes, pues si se tratase, como aquél apunta, de música descargada de Internet o copiada ilícitamente, o de películas en la misma situación, no tendría sentido que unos discos estén encriptados y otros no. Nada impide valorar esa encriptación como un indicio más a unir a los anteriores”.

En igual dirección, la SAP de Sevilla 604/2005, de 30 de noviembre (Sr. Francisco Jesús Sánchez Parra), en la que se apreciaron aquellos mismos delitos, por cuanto se había acreditado que:

“El acusado durante el año 2005 y hasta el momento de su detención el dos de junio poseía material pornográfico infantil y ha procedido a la distribución y exhibición del mismo por medios informáticos, a través de uno de los ordenadores sito en su domicilio en CALLE000NUM000, bajo, parcela NUM001, Simón Verde de la localidad de Mairena del Aljarafe (Sevilla).

Tras las investigaciones policiales y la entrada y registro practicada en el domicilio referido se incautó al Sr. José Ángel dos discos duros informáticos, realizándose una serie de impresiones y un CD de contenido sexual y pornográfico con niños. Dichos discos duros fueron analizados posteriormente dando como resultado la existencia de gran cantidad de material pedófilo y la distribución a otros usuarios de Internet durante el año 2005”.

En la SAP de Valencia 12/2006, de 10 de enero (Sr. José Manuel Megia Carmona) se condenó por un delito de distribución y exhibición de material pornográfico del art. 189.1 b), por realizarse la siguiente conducta:

“El acusado Jesús Ángel -de 22 años de edad y sin antecedentes penales-, utilizando la dirección de correo electrónico DIRECCION000, que había dado de alta bajo el nombre ficticio de Gamba con domicilio en Madrid (para ocultar su verdadera identidad y lugar de emisión), siendo su IP de registro 23.99.194.89, a través de sendos ordenadores (uno portátil y otro de sobremesa) de los que disponía en el domicilio en el que convivía con sus padres, sito en la AVENIDA000 n° NUM001 - NUM002 bajo NUM003 (portería) de Valencia, al menos entre los días 23 al 29 de septiembre de 2004 «posteó», es decir, colgó o colocó en la página web, denominada <http://groups.msn.com/jhoonyforever>, para que terceras personas pudieran tener acceso a las mismas, fotografías de contenido explícitamente pornográfico en las que aparecían niñas notoriamente menores de trece años manipulando penes eyaculando, haciendo felaciones y masturbaciones a varones adultos, sufriendo introducciones de dedos de personas adultas en sus órganos genitales y conductas similares. No consta la identidad de dichas niñas ni el lugar donde se realizaron dichas prácticas y las fotografías. A resultas de las investigaciones policiales y judiciales, el día 17 de enero de 2005 se realizó, mediante mandamiento judicial, una diligencia de entrada y registro en el domicilio ya indicado ocupado por el acusado, a presencia de la Sra. Secretaria Judicial, en la que se intervinieron un ordenador portátil marca Toshiba, modelo PS181E- 00CE9-SP, y otro tipo torre marca LG sin número de serie, que eran utilizados por el acusado, en los que éste albergaba 293 ficheros de imágenes relacionadas con pornografía infantil de las que han sido borrados 20. De las 273 imágenes no borradas, 260 se encontraban en archivos temporales de Internet y 13 guardadas intencionadamente en el directorio. También contenía 5 ficheros de archivos de vídeo con contenido pornográfico infantil, uno de los cuales es visible y está compartido para su distribución (programa Kazaa) y los otros 4 ficheros son visibles y están guardados en el directorio (en el disco duro del ordenador de sobremesa, modelo SEAGATE, modelo ST320413A, núm. de serie GED0K8FC).

En el disco procedente del ordenador portátil (marca Toshiba, modelo MK15176AP, núm. de serie X1155745T) guardaba 259 ficheros de imágenes con motivos relacionados con la pornografía infantil, de los que 3 han sido borradas y recuperadas, 9 no borradas y 247 se encuentran en directorios temporales de Internet.

Dichos ficheros contenían imágenes explícitas, entre otras, de penetraciones anales a una niña de no más de 6 años por parte de un adulto varón, felaciones de niñas a adultos, introducción de consoladores enormes por parte de niñas de unos 6 años, penetraciones vaginales a las niñas, niñas posando en actitud de presunta provocación sexual y otras semejantes. No consta la identidad de dichas niñas ni el lugar donde se realizaron dichas prácticas y las fotografías. El acusado tenía a su disposición dichos ficheros tanto para su propia contemplación como en disposición de «colgarlos» o «postearlos» a través de Internet para que terceras personas pudieran acceder a las mismas”.

Y en la SAP de Alicante 21/2006, de 17 de enero (Sr. Julio José Úbeda de los Cobos), se mantuvo la condena del acusado, con aplicación del art. 189.1 b), por difundir por internet escenas de contenido sexual en las que intervenían menores:

“El acusado D. Jose Daniel, mayor de edad y sin antecedentes penales, instaló en un ordenador de la empresa de la que era socio el también acusado D. Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, «Inmo Gest Alicante», sita en la calle Doctor Sapena n° 35 de Alicante, un programa de ordenador denominado «kazaa», con la finalidad entre otros de intercambiar archivos de pornografía infantil con otros usuarios de la red, finalidad que no consta acreditado conociera y menos consintiera el coacusado D. Manuel, habiendo bajado el primero de los acusados de Internet varios archivos a una carpeta denominada «My Shared Folders», archivos entre los que figuraba, en lo que ahora interesa, el siguiente denominado «pedo long vid, mpg», en el que aparecen escenas de contenido sexual en las que interviene menores de edad, que distribuyen por Internet y en concreto el 22 de marzo de 2004, por la policía alemana de delitos informáticos se descargó un archivo en el que aparece una niña de unos 8 ó 9 de edad, realizando actos sexuales con un adulto, siendo el nombre del archivo «pedo long vid, mpg».

Finalmente, en relación con la llamada pornografía “virtual”, en la que no se han utilizado directamente menores o incapaces, sino su voz o imagen alterada o modificada, la SAP de Alicante 58/2006, de 30 de enero (Sr. José Antonio Durá Carrillo), justifica su introducción en el Código penal atendiendo a las dificultades que en ocasiones presenta la prueba de la intervención real de un menor en la elaboración del material pornográfico:

“La Ley Orgánica 15/03 de 25 de noviembre introdujo modificaciones o novedades sustanciales en esta materia, entre otros extremos se penaliza no solo la posesión de material pornográfico con imágenes reales de una persona menor de 18 años, lo cual es en muchas ocasiones muy difícil de demostrar pues cabe que representen personas reales con apariencia infantil o adolescente y se trate de adultos, o imágenes realistas de un niño inexistente, dudas que se evitan al quedar superadas en dicha reforma que penaliza expresamente la pornografía «virtual o técnica» en la que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces se emplee su voz o imagen alterada o modificada”.

Junto a las resoluciones judiciales anteriores, interesa traer a colación lo dicho por el Tribunal Constitucional a propósito de la pornografía. En primer lugar, en la STC 62/1982, de 15 de octubre, señaló la necesidad de atender a las circunstancias de cada caso para valorar si el concreto material atenta o no contra la moral pública, en cuanto mínimo ético acogido por el Derecho:

“Este Tribunal ha de limitarse por tanto a abordar la cuestión planteada desde la perspectiva constitucional. Y desde ella debe afirmar, partiendo del art. 20.4 de la Constitución y de la legislación postconstitucional como es la Ley 1/1982, de 24 de febrero, que la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *mínimum ético* acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *mínimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución, los destinatarios -menores o no- e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores, y el texto en la parte que se califique así trata de actuaciones o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores -aunque no lo sean exclusivamente- y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior”<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> En dicha sentencia se analizaban los hechos siguientes: “...El procesado L. R. L., mayor de edad, de buena conducta y sin antecedentes penales, propietario de la empresa editorial «Loguez Ediciones» con domicilio social en Salamanca, que conoce perfectamente el idioma alemán por haber vivido durante bastantes años en Alemania, dedicado al negocio de librería, a su regreso a España constituyó legalmente la editorial referida, inscrita en el Registro correspondiente desde octubre de 1977; que decidió publicar el libro titulado «A Ver» de Will Mc Bride y Helga Fleischhauer-Hardt, traducido a ocho idiomas, y como dominaba la lengua alemana en que estaba escrito el original, lo tradujo personalmente y, una vez realizado el trabajo, pidió su colaboración a doña J. P. M., profesora de Educación General Básica y madre de familia, al solo objeto de concretar ciertas palabras del lenguaje infantil, sin que dicha señora conociera el contenido y finalidad de la obra, solicitando también la colaboración de don J. A. P. M., licenciado en Filosofía y Letras, en cuanto afectaba únicamente a la corrección de estilo, el cual llevó a cabo su tarea sobre el texto literario, sin cambiar su sentido; que el procesado encargó a la empresa «Gráficas Ortega, S. A.», de Salamanca, la impresión de 5.000 ejemplares; facilitando el encartado todo el material fotográfico y literario, y terminada la edición en abril de 1979 recibió L. R. L. los ejemplares y los distribuyó personalmente para su venta al público en librerías de Madrid, Salamanca y otras capitales, consiguiendo su exhibición en la Feria del Libro de Madrid de 1979, Sección de Literatura Infantil, habiéndose vendido la mayor parte de la tirada; que la obra de 196 páginas contiene en su portada la indicación de que «es un libro de imágenes para niños y para padres» recalcando en su prólogo los autores que esperan «sirva a los niños y a los padres como fuente aceptable de información y que les facilite el camino hacia una sexualidad feliz enmarcada por el amor, el cariño y el sentido de la responsabilidad», agregando en la página 5 que «las personas de cualquier edad reaccionan de modo sexual y que sólo una parte reducida de las acciones sexuales va dirigida a la procreación» para resaltar posteriormente difuminando en citas históricas que el coito sirve para la procreación y para el placer, lo

De otra parte, en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, el citado Tribunal señaló, en relación con la publicación y distribución de un tebeo en el que se humillaba a los prisioneros de los campos de exterminio nazis, que a ese mensaje racista, ya de por sí destructivo, le servía de vehículo expresivo un talante libidinoso en las palabras y en los gestos o las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española y desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta:

“En el tebeo aquí enjuiciado desde una perspectiva estrictamente constitucional, ojeando y hojeando página tras página, resulta que en él «se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de «conductas ... inhumanas, viles y abyectas, *con un claro predominio de aberraciones sexuales*». «El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos», con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonzando todo con expresiones insultantes o despectivas («animales» o «carroña», entre otras). Así lo dice la Sentencia impugnada. Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. Y así hasta la náusea. La lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos.

Cada viñeta -palabra y dibujo- es agresiva por sí sola, con un mensaje tosco y grosero, burdo en definitiva, ajeno al buen gusto, aun cuando no nos corresponda terciar en esta cuestión, que se trae aquí como signo externo de ese su talante ofensivo. Ahora bien, importa y mucho, en este análisis de contenidos, bucear hasta el fondo para obtener el auténtico significado del mensaje en su integridad. En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente, *Ahora bien, en este caso convergen además dos circunstancias que le hacen cobrar trascendencia, una de ellas el medio utilizado, una publicación unitaria -un tebeo-, con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario, cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición del público lector al cual se dirige el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agraz, aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles* (Sentencia del T.E.D.H. de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside).

*En definitiva, a ese mensaje racista, ya de por sí destructivo, le sirve de vehículo expresivo un talante libidinoso en las palabras y en los gestos o las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española hoy en día y desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta. A lo*

---

inútil de la virginidad y las corrupciones de los conventos aduciendo otras citas con ejemplos sobre el comportamiento sexual de una niña de tres años con un hombre de veinticuatro (pág. 8), el de una joven de once años con chicos de su colegio (pág. 9), un informe sobre los órganos de una niña (pág. 10), las masturbaciones de dos niños (pág. 11) y el elogio del amor libre en cierta zona del Indostán y en Malanesia (pág. 12), que en lo que respecta a la parte gráfica de la obra son especialmente significativas las fotografías de las págs. 55, 65, 67, 71, 75, 79, 83, 95, 97, 103, 105, 113, 117, 121, 123, 129 y 131 y los textos que las acompañan a los cuales nos remitimos donde se alían disimulados, bajo el subterfugio de la educación, el mal gusto, la procacidad y la chabacanería, el impudor y el mal ejemplo que dañan la moral sexual y la norma socio-cultural imperante en los momentos actuales de la vida española y que por Funcionarios de la Policía Judicial han sido secuestrados 236 ejemplares del libro, uno de los cuales está unido en cuerda floja a la causa” (sic). Estos hechos fueron calificados como delito de escándalo público en STS de 29 de octubre de 1981, que casó la SAP de Salamanca de 24 de septiembre de 1980, negando el TC la vulneración de los derechos alegados por el recurrente de amparo (el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral conforme con sus convicciones, el derecho a la igualdad, y el derecho a la presunción de inocencia, amén del principio de legalidad que aquél estimaba también infringido).

largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (art. 27.2). Lo dicho hace que entren en juego los límites que para protegerlos marca la Constitución y, por lo mismo, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (art. 10.2; Sentencia del T.E.D.H. de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside y STC 62/1982). En tal sentido incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo art. 20.2 establece que se prohíba por Ley «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia».

Para concluir, cabe extraer las siguientes ideas en torno al concepto de material pornográfico manejado en las resoluciones citadas:

- el contenido albergado en dicho material ha de ser obsceno;
- ordenado exclusivamente a la excitación sexual; y
- carente de valor artístico, literario, científico o educativo;
- es potencialmente perjudicial para el curso normal de la formación sexual de los menores e incapaces;
- desbordando los límites de lo ético, de lo estético y de lo erótico;
- por lo tanto, no puede reputarse tal la mera imagen de un desnudo, con independencia del uso que de ella se haga, requiriéndose un añadido de obscenidad;
- carácter obsceno que puede deducirse de las posturas lascivas, de las zonas del cuerpo, de los actos sexuales, etc. que aparecen en las imágenes.

## **5. Algunas reflexiones a propósito de la doctrina y la jurisprudencia sintetizadas**

Tras la sucinta exposición de normas comunitarias, de opiniones doctrinales y de resoluciones judiciales, quedan en pie algunas cuestiones de las que vamos a ocuparnos con la modesta finalidad de arrojar algo de luz sobre ellas. Empezaremos por subrayar el evidente mérito de las construcciones jurisprudenciales y doctrinales antedichas, el esfuerzo que representan y su positiva aportación a la mejor delimitación de un elemento típico nuclear de varias infracciones, para centrarnos a continuación en la noción de material pornográfico, en un intento de clarear alguna sombra que pudiera quedar entre los trazos de aquéllas, e interrogarnos sobre lo fundado o infundado de la intervención penal en estos pagos. Pero antes de nada, ha de recordarse que el concepto de pornografía ínsito en el art. 189 no coincide con el concepto genérico que de la misma puede ofrecerse; de modo que de una determinada obra puede predicarse la condición de pornográfica (de un tebeo, de una narración, por ejemplo) y, no obstante, no constituir material pornográfico en el contexto del repetido artículo.

a) El legislador español, como los de otros estados y el comunitario, ha creído necesario proteger con el instrumento penal a menores e incapaces frente a acciones sexualmente provocadoras, consistentes en difundir entre ellos material pornográfico, y frente a su utilización para elaborar material de dicha índole. En un caso y en otro los

hechos típicos están asociados al reiterado material -en el primero sea cual sea su clase-, que en ambos ha de ser de igual contenido temático, punto sobre el que, como hemos visto, no hay coincidencia. Sin embargo, nos parece, ha de manejarse un único concepto de material pornográfico, con independencia de quien lo examine o con quien se elabore, porque uno proteico no favorece la seguridad jurídica, y porque, si ya resulta complejo dar una definición ajustada de pornografía, pergeñar una acomodaticia en función de una serie de parámetros, como la edad, la sensibilidad o el nivel cultural, y la idoneidad para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad, resulta más problemático e inseguro si cabe, y supone, a la postre, dejar en manos del juzgador, más allá de lo razonable, la determinación de cuándo se está y cuándo no ante material pornográfico, con la consiguiente incertidumbre. Por ello, nos inclinamos por la búsqueda de un concepto único de pornografía, al que luego se le pueda añadir el calificativo que se quiera en atención a la edad de los intervinientes o al género al que pertenezca.

En la tarea de delimitar el concepto de pornografía -más adelante nos referiremos al “material pornográfico”- ha de partirse, como es lógico, de la ya hecha por doctrina y jurisprudencia, sin otra pretensión que la de apuntar alguna matización sobre ciertos extremos<sup>92</sup>. Y este intento ha de hacerse sin perder de vista los derechos fundamentales que pueden verse recortados a raíz de la calificación de un producto como pornográfico, cuales son los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la producción y creación literaria, artística, científica, técnica (art. 20 de la Constitución).

La STC 62/1982<sup>93</sup>, sobre la base de los artículos 20.4 y 10.2 CE, estimó que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los tribunales de justicia como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas; y señaló, como tope de su puesta en práctica, la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática. Por suerte, una STC posterior, la 48/2003, rechazó que la CE contenga un modelo de “democracia militante”, de donde se deduce sin esfuerzo, el rechazo de un modelo de “moralidad militante”. Es verdad que, en relación con la juventud y la infancia, el artículo 20.4 CE declara su protección como un límite a la libertad de expresión. Pero de esa protección no se deduce que haya de restringirse la libertad de expresión por razones morales, en punto a los productos que pueden ponerse al alcance de menores de edad; una cosa es que el constituyente haya erigido un muro protector de la juventud y la infancia, y otra, que haya de asentarse sobre cimientos de índole moral; pues las reprobaciones punitivas y sus correlativas prohibiciones implícitas en los preceptos penales, solamente pueden fundarse, de acuerdo con el principio de prohibición de exceso, en la lesividad que las

---

<sup>92</sup> La definición de pornografía que ofrece el diccionario de la Real Academia Española resulta poco aprovechable: “carácter obsceno (impúdico, torpe, ofensivo al pudor) de obras literarias o artísticas”; y algo más la del diccionario de uso del español de María Moliner, “cualidad de los escritos que excitan morbosamente la sexualidad”.

<sup>93</sup> Vives Antón, en Los delitos de escándalo público, en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 309 y ss.

conductas tipificadas comportan para un bien jurídico digno de la tutela penal<sup>94</sup>. Y en este sentido hay que atender a la dañosidad que, para el bienestar del menor, para sus procesos de formación y socialización, puede entrañar la contemplación de un determinado material pornográfico.

Con todo, esa dañosidad es, cuanto menos, dudosa en numerosos casos. Es más, salvo supuestos caracterizados por la brutalidad, el temor, la prolongación en el tiempo, etc., o, tratándose de pornografía, los productos que reflejan acciones sexuales que se apartan mucho de los estándares más comunes y aceptados, etc., es posible que se exagere la entidad y la cantidad de las secuelas que una experiencia sexual deja en los menores, y sean sobre todo motivos moralizantes los que prevalecen y provocan el rechazo y la represión de acciones sexuales vividas con ellos, y los que pueden conducir a los absurdos que se apuntan más adelante.

Para empezar, nos parece imprescindible señalar que la traída a colación de los estándares contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de material sexual, como criterio rector, acertada en general, presenta alguna zona oscura, en concreto, el riesgo de “demonizar” los comportamientos sexuales minoritarios, así como el de dar entrada a juicios moralizantes a la hora de apreciar la ofensividad de un producto; de otra, la referencia a valores estéticos, literarios, artísticos, culturales, etc., comporta la formulación de ineludibles juicios de valor, terreno propicio a la discrepancia y, por consiguiente, a la generación de resoluciones contradictorias. Además, en relación con este rasgo, ha de apuntarse la posibilidad de evitar la consideración de pornográfica de una obra haciendo que la realice un autor capaz de otorgarle valor artístico, etc., o añadiéndole pasajes de un pretendido o innegable valor científico o educativo<sup>95</sup>, pues, en un caso y en otro, no podría afirmarse que la referida obra estuviera ayuna de alguno de los repetidos valores, por más que su único objetivo fuera de signo salaz.

Por otro lado, el apartado en el que la coincidencia es absoluta -el relativo a la naturaleza libidinosa que ha de tener un material para ser adjetivado de pornográfico-, pese a ser, por descontado, suscribible, no está exento de imprecisiones<sup>96</sup>, que se han esforzado en aquilatar los legisladores norteamericano y europeo, los tribunales y la doctrina; pero quizá sea conveniente ir un poco más allá. Como hemos visto, se ha resaltado la necesidad de que en el soporte de que se trate se plasmen escenas sexualmente explícitas, con una exclusiva finalidad de excitación sexual<sup>97</sup> e incluso se han detallado las clases de ejercicios de sexualidad, cuya grabación encaja en la pornografía (en relación con la infantil pero extrapolables a la realizada con adultos). Ahora bien ¿basta, por ejemplo, con que se filmen escenas de la más explícita

---

<sup>94</sup> Vid. Las SSTC 62/1982, 55/1996, 161/1997, etc. Y vid. también, Cuerda Arnau, Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal, en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Instituto de Criminología, Universidad de Valencia, 1997, vol. I. págs. 447 y ss.

<sup>95</sup> Basta pensar en la filmación de escenas absolutamente explícitas en las que varias personas realizan prácticas de sadomasoquismo, seguidas de otras en las que aparece un sesudo psicólogo reflexionando sobre las parafilias.

<sup>96</sup> Sin entrar a cuestionar la valoración negativa que, con frecuencia, de forma clara o implícita, se hace de lo libidinoso.

<sup>97</sup> Algo que sólo puede ser valorado negativamente por puritanos militantes.

sexualidad para que automáticamente pueda hablarse de una película pornográfica?<sup>98</sup>. Nos parece que no, nos parece que para ser pornográfica la película ha de haber sido concebida y confeccionada como tal<sup>99</sup>, con la finalidad de difundirla entre muchas o entre pocas personas, por interés pecuniario o sin él, o para el propio y exclusivo consumo.

Como acabamos de hacer, casi inevitablemente se recurre a ejemplos de grabación de imágenes, por estar asociados a los productos de mayor difusión y, para cuando están elaborados con menores o con incapaces, por ser tenidos como los más perniciosos -y prácticamente los únicos- para los procesos de formación de unos y otros, pero no debe olvidarse que en los arts. 186 y 189 se habla de material pornográfico; lo que nos obliga, de una parte, a distinguir entre el que se exhibe ante menores o incapaces y el que se elabora con los mismos, y de otra a especificar qué componentes lo integran. En el que, de ser exhibido ante aquellos sujetos, puede propiciar la aplicación del primer artículo de los citados caben, en principio, productos diferentes, predominantemente de carácter filmico o gráfico, incluidos los protagonizados por personajes virtuales o dibujados, pero también libros y otra clase de objetos, como algunos de los que se venden en los llamados sex-shop (no todos, por supuesto)<sup>100</sup>, siempre que sean de la carnalidad más extrema. Por el contrario, material pornográfico elaborado con menores o con incapaces, a efectos de los delitos del art. 189, parece que sólo puede serlo el que registra los cuerpos de los mismos en actividades de incuestionable sexualidad, por la elemental razón de que no hay otro del que pueda decirse que está elaborado con menores o con incapaces y entraña un riesgo para sus respectivos procesos de formación y socialización<sup>101</sup>. Y, frente al criterio plasmado en las convenciones, recomendaciones, decisiones-marco, reseñadas en el epígrafe 2, nos parece que la utilización de “menores virtuales” o fingidos<sup>102</sup> puede dar lugar a que el

---

<sup>98</sup> Si se graba con un equipo de vídeo a unas personas en plena actividad sexual, sin el conocimiento de las mismas, por ejemplo, tanto si se trata de adultos como de menores o incapaces, y sin desconocer el consiguiente atentado a sus respectivas intimidades, nos resistimos a admitir que el resultado sea una película pornográfica.

<sup>99</sup> Es inaceptable considerar pornográfico un retazo de la vida íntima de unas personas que desconocen que están siendo observadas y grabados todos sus actos. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que semejantes grabaciones son susceptibles de producir en menores e incapaces el mismo efecto que las efectuadas con exclusivas miras sicalípticas y de generar sentencias condenatorias si se muestran a aquéllos.

<sup>100</sup> Además de películas en cualquiera de los soportes posibles, la literalidad del precepto admite la inclusión en el material pornográfico de revistas, tebeos, libros y algunos objetos. En este sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comitivas relacionadas con Internet*, cit., págs. 67 y ss.

<sup>101</sup> Aunque puede merecer la consideración de material pornográfico elaborado con menores o con incapaces el que estriba en grabaciones de sus voces (piénsese en un CD en el que se hayan registrado conversaciones, exclamaciones y gemidos inducidos de niños de escasos años), salvo supuestos muy extremos, creemos, carece de la suficiente carga lesiva para integrarse en los repetidos delitos del art. 189. Tampoco afirmamos que en todo caso el registro en soporte que permita su visualización de menores en actitud o en acciones lascivas les ocasione un perjuicio en los reiterados procesos de formación y socialización.

<sup>102</sup> La incriminación de la “pseudopornografía”, en la que se insertan imágenes de menores reales en escenas pornográficas en las que no han intervenido realmente, había sido sugerida por un sector doctrinal. Vid. por ejemplo, MORALES PRATS, F.: “Pornografía infantil e Internet: la respuesta en el

producto así realizado merezca ser tildado de pornográfico, pero en ningún caso de material pornográfico elaborado con menores, y, menos todavía a apreciar en dicha utilización contenido de injusto bastante para sobre él levantar una infracción penal<sup>103</sup>.

Una última cuestión a la que queremos referirnos, entroncada a otra aludida más arriba, tiene que ver con la colaboración de los participantes en las acciones sexuales propias de las películas y revistas de corte pornográfico, en vista de las cinco situaciones básicas que, se nos ocurre, pueden darse, según la presten libremente, bajo coacción o engaño, sin consciencia o voluntad plenas (reales o presuntas) o con desconocimiento de estar siendo utilizados para la confección de aquéllas. En las cinco hipótesis, quien elabora el material susodicho quiere producir una obra de tenor explícitamente sexual, pero, como ya indicamos, respecto de la quinta no creemos que quepa hablar de producto pornográfico; en cambio, en las otras cuatro sí<sup>104</sup>, pues quienes obligan o engañan a los “actores” o proceden de acuerdo con ellos o aprovechan su minoría de edad o su incapacidad, realizan un material concebido y diseñado como pornográfico desde un principio, extremo sabido (con más o menos certeza y consciencia) por las personas empleadas para hacerlo realidad<sup>105</sup>.

Por consiguiente, en general y en nuestra opinión, es pornográfico el producto, con preferencia visual, cualquiera que sea su soporte, en el que se registran, exclusiva o casi exclusivamente, hechos de la más explícita sexualidad, expuestos de la forma más minuciosa y escrutadora, y está expresamente realizado, casi siempre por un móvil crematístico, con la única pretensión -manifiesta, velada o subrepticia-, de excitar el apetito venéreo y de complacer y promover determinadas demandas en ese orden de cosas. A continuación podrá clasificarse el material así definido en atención a la variedad temática a la que pertenezca, a las edades de los intervinientes, a si éstos son reales o virtuales, al tipo de soporte, etc.; y a la hora de determinar si concurre el elemento típico de los delitos de los arts. 186 y 189, habrán de tenerse en cuenta las matizaciones antes apuntadas. No es que sea del todo satisfactoria esta definición, pero delimita algo más un elemento esencial de varias infracciones, y en este sentido puede considerarse una muestra de epiqueya.

b) Una vez perfilado y no sin reservas el concepto de material pornográfico, nos proponemos ofrecer, como ya anunciamos, unas breves consideraciones sobre la necesidad y oportunidad de tutelar en todo caso a menores e incapaces frente a cualquier conducta provocadora que entrañe facilitarles material pornográfico a los mismos o su utilización para la elaboración de material pornográfico.

---

Código Penal español”, en Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, *Cuadernos de Derecho Judicial*, cit., págs. 183, 184, 187 y 188.

<sup>103</sup> Aunque habría que reflexionar sobre la posibilidad de considerarlo en algún caso material pornográfico a efectos del art. 186.

<sup>104</sup> Sin entrar a ocuparnos de los posibles problemas concursales que surgen en este punto en algunas de ellas.

<sup>105</sup> Ciertamente la distinción que establecemos peca un tanto de sutil en exceso, casi de artificiosa, pues cabe contraponerle que también en los supuestos de captación de imágenes íntimas, obtenidas sin conocimiento de las personas sorprendidas, hay un plan de elaborar desde un principio un material atestado de escenas de la sexualidad más explícita; así como que algunas de las personas indicadas pueden no saber a ciencia cierta lo que se está cocinando. Nosotros pretendemos recortar en lo posible la noción de pornografía y excluir de la misma, acciones de la vida íntima y cotidiana de las personas, evitando el etiquetado de aquéllas y éstas como pornográficas y autoras de las mismas, respectivamente.

A nuestro juicio la intervención penal en estos casos está justificada en contadas ocasiones por las razones que pasamos a esquematizar. En primer término, la intervención generalizada prevista en el art. 186 resulta desproporcionada, como lo resulta la subsunción de no pocos casos en diferentes apartados del art. 189.

El castigo sin excepciones de la venta, difusión y exhibición de material pornográfico entre menores de edad o incapaces, cuando los mayores de trece años y menores de dieciocho pueden relacionarse sexualmente con personas adultas sin que éstas incurran necesariamente en responsabilidad criminal no parece muy ajustado a las reglas de la *sindéresis*, en tanto que no se sanciona la conducta del adulto que yace con un menor y sí la de proporcionar a éste una película de vídeo<sup>106</sup>; como tampoco lo parece si se enfoca el problema a través de la óptica del bien jurídico, por cuanto si éste se cifra en el derecho de los menores y de los incapaces a tener unos procesos formativos y de socialización acordes a sus intereses (o a no sufrir daño en el ámbito de la sexualidad, si se quiere), uno no puede por menos que preguntarse sobre la clase de perjuicio que puede sufrir un menor, que se masturba habitualmente o tiene relaciones sexuales frecuentes con otro menor, por contemplar la proyección de una cinta de vídeo o DVD en la que una persona se masturba o dos copulan. ¿Es realmente tan pernicioso para todos los menores e incapaces ver imágenes de sexualidad explícita? ¿Estamos ante un perjuicio más?

La razón del castigo se asienta, sin duda, en la idea de que para menores e incapaces es insana la contemplación de prácticas sexuales, por cuanto puede condicionar negativamente la evolución y desarrollo de sus personalidades y la forma de vivir su sexualidad en el futuro. Y, desde luego, es posible que tal cosa pueda suceder. Sin embargo, ha de considerarse que el precitado influjo no será igual para un niño de pocos años que para un joven de diecisiete que mantiene relaciones sexuales con su pareja, como ha de considerarse que a lo mejor no sabemos gran cosa de la forma y la intensidad en que influyen determinadas vivencias en la vida futura de las personas, y otorgamos a algunas de éstas, a las que tienen que ver con la sexualidad y se tienen a corta edad en particular, una excesiva importancia. En efecto, si nos paramos a pensar, por ejemplo en algo que conocemos bien, en la clase de educación y formación que recibieron muchos españoles en su infancia y primera juventud en los años 40 y 50 -y han recibido, tantos jóvenes en tantas latitudes- hemos de afirmar, con la natural prudencia, que no fue muy eficaz y no les hizo ser como se pretendía que fueran en el futuro, por más que estuvieran diseñadas con ese fin y se impartiera en todos los órdenes de la vida y a todas horas durante años y años. La concepción del mundo que se quiso transmitir, la ideología que se empeñaron en inculcar a todos los ciudadanos, particularmente a los más jóvenes, la idea de la sexualidad que se insufló a éstos, no dejaron excesiva huella en la mayoría de los que las padecieron<sup>107</sup>. De lo contrario, las personas de aquellas generaciones serían todas fascistas o cuasi, etc., y con irresolubles problemas sexuales, porque además del ambiente de represión general forjado por las autoridades de la época, la iglesia, educadores, etc., no era raro que los pocos que

---

<sup>106</sup> Vid., MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al nuevo Código penal*, cit., pág. 905.

<sup>107</sup> Basta pensar en la forma en que se explicó la historia del mundo y la de España en especial, las creencias políticas y religiosas que se quiso imponer, desde el seno de muchas familias, a la escuela, el colegio, la iglesia, los medios de comunicación, la censura (en la literatura, en el cine, en el teatro, etc.), la propia Universidad (en la que había asignaturas de religión católica y formación del espíritu nacional en varios cursos a partir de primero), etc.

podían estudiar el bachillerato en internados y colegios religiosos padecieran o conocieran alguna experiencia de juego homosexual por parte de algún clérigo sobre compañeros<sup>108</sup>. Precisamente, por lo que hace a la sexualidad alguien ha dicho que peor que mostrar pornografía a un menor es no darle la menor educación sexual o darle una deficiente o represiva<sup>109</sup>.

Por todo esto, pensamos que acaso se exagera la incidencia que para un menor o un incapaz pueda tener haber visto una película o una revista pornográfica, y que probablemente, una vez más, sean prejuicios y preocupaciones moralizantes<sup>110</sup> las que subyacen en el convencimiento de la bondad de la represión penal de aquellos hechos. De manera que sería deseable un replanteamiento sobre la conveniencia de la tipificación penal de las conductas ahora descritas en el art. 186, y reservarla solamente para hechos más matizados, de incontestable contenido de injusto.

Y otro tanto cabe decir de la utilización de menores o de incapaces para la elaboración de material pornográfico, por cuanto no vemos siempre en ella un grave perjuicio para la evolución posterior de aquéllos, al menos cuando no hacen sino repetir ante una cámara lo que hacen asiduamente en privado o cuando los responsables de la elaboración del material plantean las cosas con cierta delicadeza, como un juego, etc. Entonces el peligro para los procesos de formación y socialización de los sujetos pasivos resulta algo más que remoto. No obstante, como en estos ejemplos y en general pasa a primer plano la tutela de la intimidad, de la imagen de menores e incapaces, la incriminación de los hechos penados en el art. 189 tiene base, la que brinda la protección de dicho bien, aunque no en los consistentes en la mera tenencia para el propio uso de material pornográfico y en elaborar el material a que se refiere el art. 189.7, que no son sino fruto de la dilatación de los límites de los delitos de peligro abstracto, hasta su desbordamiento, hasta extremos intolerables, sobre todo en el castigo de conductas relacionadas con la pornografía técnica o virtual, que no se sabe para qué bien generan un riesgo ni en qué consiste el tal riesgo.

Naturalmente, cuando el manejo de menores o de incapaces sea una auténtica manipulación y entrañe peligro para sus procesos de formación y socialización la tutela penal está justificada, desde esta perspectiva. Pero referir sólo a estos bienes el objeto de protección de forma genérica es inaceptable, porque a menudo no son arriesgados.

Por todo ello y como conclusión, pensamos que toda prudencia es poca en la creación de tipos penales en los que la pornografía sea elemento nuclear y en los que se quiera tutelar a menores y a incapaces frente a peligros sumamente indefinidos; y por eso estimamos que, por más que la normativa europea obligue a tipificar penalmente determinadas conductas, nunca deben perderse de vista las consecuencias derivadas del

---

<sup>108</sup> Por no decir nada de las inefables dosis de bromuro con que se sazonaban los desayunos en los internados, al menos en los de los padres jesuitas.

<sup>109</sup> Por si fuera poco, resulta bastante paradójico que en la lucha por salvaguardar los procesos de formación de los menores, la preocupación de los legisladores se haya centrado en la mala influencia que sobre ellos pueda ejercer la pornografía, plasmada en la creación o en la imposición de tipos penales, mientras que apenas se ha materializado en este sentido la que debiera ser una preocupación mayor, como es la de evitar que los menores vean programas y películas de contenido violento perfectamente gratuito, como se viene denunciando desde hace tiempo por distintas asociaciones.

<sup>110</sup> Cuando no la influencia que dejan o pretenden dejar sentir en casi todas las esferas de la vida los profesionales de alguna rama del saber, cuyos cimientos quizá no sean muy sólidos.

principio de prohibición de exceso, reconocido en la Constitución española y, con más o menos precisión, en la fallida Constitución europea.

## 6. Bibliografía

- ACOSTA PATIÑO, R.: “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1992.
- ALONSO PÉREZ, F.: “Los nuevos delitos de exhibicionismo y pornografía infantil”, en *La Ley*, 2001-6.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. (Parte Especial)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.
- BEGUÉ LEZAÚN, J.J.: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril)*, Bosch, Barcelona, 1999.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “El delito de facilitar pornografía a menores o incapaces (art. 186 del Código Penal)”, en *Actualidad Penal*, núm. 35, 2001.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ ROMEO CASABONA, C.M. (coord.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CADOPPI, A., en *Comentari delle norme contro la violenza sessuale e Della legge contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002.
- CALDERÓN CEREZO, A./ CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado*, Deusto Jurídico, Bilbao, 2004.
- CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CANCIO MELIÁ, M., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G.(dir.)/ JORGE BARREIRO, A. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Navarra, 1997.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código Penal Comentado*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004.
- CUERDA ARNAU, M.L.: “Delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, en *Delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.
- CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, en *Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 21, 2000.
- CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Vol. II, Madrid, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Las últimas reformas en el Derecho Penal sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R., en DEL MORAL, A./ SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.): *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, Tomo II, Comares, Granada, 2002.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./ MENDOZA BUERGO, B. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (coord.): *Código Penal*, Civitas, Navarra, 2004.
- MORALES PRATS, F.: “Pornografía infantil e Internet: la respuesta en el Código Penal español”, en *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000.

- MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/ MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- MORILLAS FERNANDEZ, D.L.: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Dykinson, Madrid, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ORTS BERENGUER, E., en VVAA: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ORTS BERENGUER, E./ ALONSO RIMO, A.: “Delitos específicamente concebidos para la tutela de menores de edad en el ámbito de la sexualidad”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (coord.): *Abusos sexuales en la infancia, Abordaje psicológico y jurídico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.
- ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M.: “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”, en *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005.
- ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1999.
- PÉREZ CEPEDA, A.I.: “Un ejemplo más del Derecho Penal simbólico”, en *Actualidad Penal*, 2001-2.
- POLAINO-ORTS, M.: “Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995. (Especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67, 1999.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2002.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: “Los delitos de utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico”, en *Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial*, 1999.
- ROJO GARCÍA, J.C.: “La realidad de la pornografía infantil en internet”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2002.
- SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Civitas, Navarra, 2005.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- VELÁZQUEZ BARÓN, Á.: *De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución*, Bosch, Barcelona, 2001.
- VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- VIVES ANTÓN, T.S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.