

LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL Y EL TRATADO DE LISBOA. EL EJEMPLO DE LA DIRECTIVA 2011/92/UE EN MATERIA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

M.^a BELÉN SÁNCHEZ DOMINGO *

- I. EL TRATADO DE LISBOA: NOVEDADES Y ALCANCE DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL.
- II. INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LUCHA CONTRA LA PORNOGRAFÍA INFANTIL: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2011/92/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13.12.2011, EN MATERIA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.
 1. CONSIDERACIONES GENERALES.
 2. OBJETO Y CONTENIDO DE LA DIRECTIVA.
- III. EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL ACTUAL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 2010.
- IV. EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL ACORDE A LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ESPAÑOL.
- V. REFLEXIÓN FINAL.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal, Departamento de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España.

El contenido del presente artículo se ubica en el marco del Proyecto de investigación I+D concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, «Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia; hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal», DER2009-12306 del que formo parte como investigadora.

I. EL TRATADO DE LISBOA: NOVEDADES Y ALCANCE DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL

Todas las reformas que en materia de cooperación judicial penal han sido llevadas a cabo por la Unión Europea (UE), han demostrado que la política legislativa emprendida en la UE ha progresado de forma irremediable en el terreno de la llamada cooperación judicial penal. El propio Tratado de Lisboa precisa en su preámbulo que la cooperación judicial en materia penal ve afianzada su naturaleza de apoyo básico para la configuración del espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), o expresado de forma más precisa, de un espacio judicial europeo¹. La relevancia que en el Tratado de Lisboa alcanza la cooperación judicial resulta a todas luces indiscutible por el avance tan importante que en dicho Tratado implica la regulación del ELSJ tanto desde un punto de vista institucional como procedimental. En efecto, la nueva concepción del ELSJ con las consiguientes modificaciones que en este ámbito ofrece el Tratado², entre las que destaca la inclusión de forma específica de políticas de cooperación judicial en materia civil y cooperación judicial en materia penal (artículos 67 a 89 TFUE)³, han conducido a que un

¹ Vid. al respecto: CARRERA, S. y GEYER, F., «El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, nº 19, pp. 133-162; DE BIOLLEY, S., y WEYEMBERGH, A., «Le traité de Lisbonne et la fin annoncée du troisième pilier: sortie de crise pour l'espace pénal européen?», en MAGNETTE, P., WEYEMBERGH, A. (eds.), *L'Union européenne: la fin d'une crise?*, Bruselas, 2008, p. 213; IGLESIAS BUHIGUES, J.J., «El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», en CALDERÓN CUADRADO, M.ª.P. (Coord.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (Avances y Derechos fundamentales en materia procesal)*, 2009, pp. 24 y ss.; LABAYLE, H., «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, nº 4, pp. 813-882; MONAR, J., «The area of freedom, security and justice», en VON BODANDY, A., BAST, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª ed. Oxford & Manchester, 2010, pp. 551-585; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», *Revista de estudios Políticos*, nº 119, Enero-Marzo, 2003, pp. 447 y ss.; VALLE GÁLVEZ, A. DEL, «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa», en MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, AEPDIRI-Iustel, 2008, pp. 417 y ss.;

² Vid. al respecto, ÁLVAREZ RUBIO, J.J., «El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 15, 2008, pp. 1 y ss.

³ Así como un nuevo planteamiento sobre las políticas comunes de visados, inmigración (arts. 77-80 TFUE del Capítulo 2 del Título V) y de cooperación policial (arts.

importante sector doctrinal llegue a afirmar la consolidación de dicho espacio de libertad, seguridad y justicia⁴ al permitir culminar un proceso evolutivo pudiendo estimarse «presente ya un Derecho penal y procesal europeo»⁵.

En referencia a la regulación de la cooperación judicial penal, la misma aparece contenida en los artículos 82-86 TFUE, preceptos en los que se instauran los principios de reconocimiento mutuo y de aproximación de legislaciones penales. Así, el principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales⁶, piedra angular de la cooperación judicial en mate-

85-89 TFUE del Capítulo 5), ocupándose a su vez el Capítulo 1 del Título V de la previsión de las disposiciones generales (arts. 67-76): vid. JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el Siglo XXI*, Civitas, 2011, pp. 26-27.

⁴ En especial por las mejoras que en materia de «déficit democrático» introduce el Tratado de Lisboa frente a las carencias que presentaba el tercer pilar con el empleo de las Decisiones marco. vid.: NIETO MARTÍN, A., «La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo», *Revista de Derecho Penal*, 13, 2010, p. 4.

⁵ Vid. JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo...*, *op. cit.*, pp. 94-95, lo que encuentra su justificación por cuanto «no sólo los instituciones comunitarias emprenden acciones legislativas en materia penal... sino que además se instaura el control jurisdiccional en este ámbito con carácter penal».

⁶ Hay que recordar que la primera puntualización del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales se realizó en la Decisión marco de 2002/584/JAI del Consejo de Europa, de 13 de Junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros de la Unión Europea (LOEDE). Son muchos los inconvenientes planteados por este principio en la mencionada Decisión Marco ante la ausencia de una armonización de tipos penales, los cuales han sido objeto de análisis por parte de la doctrina penal, remitiéndonos, con carácter general, a la abundante bibliografía que existe al respecto. Así, entre otros trabajos, vid.: DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de extradición», *Actualidad penal*, 2003, nº 4, pp. 139 y ss.; FONSECA MORILLO, F.J., «La orden de detención y entrega europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, nº 14, pp. 65-95; GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea», *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LX, 2007, pp. 315-339; JIMENO BULNES, M., «Orden de detención europea», en JIMENO BULNES, M. (Coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* Bosch, 2007, pp. 299-348; de la misma autora: «Spain and the EAW: present status and future perspectives», en, GUILD, E., MARÍN, L. (Eds.), *Still not resolved? Constitutional issues of the European Arrest Warrant*Nijmegen 2009, pp. 261-296; LÓPEZ ORTEGA, J. J., «La orden de detención europea: legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega», *Jueces para la Democracia*, 2002, nº 45, pp. 28-33; SÁNCHEZ DOMINGO, M.ª B., «La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega», *Revista Penal*, 2009, nº 14, pp. 151-176;

ria penal y que, como se sabe, viene operando como alternativa de cualquier armonización de legislaciones penales al servir de criterio rector en lo que se refiere a la política comunitaria en materia de libertad, seguridad y justicia, aparece previsto en el artículo 82.1⁷, precepto que impone la combinación del principio de reconocimiento mutuo y aproximación de legislaciones penales⁸, principios que son expresados, por primera vez, por escrito como contenido del Derecho originario⁹ y donde se precisa que el principio de reconocimiento mutuo no es suficiente por sí sólo para desplegar su eficacia, sino que tiene que ir reforzado por una aproximación de normas penales, traducido en la adopción de normas mínimas para determinadas materias de carácter penal material, incluyendo la adopción de una serie de normas y procedimientos que garanticen en toda la Unión el reconocimiento de resoluciones judiciales¹⁰. Ambos principios aparecen igualmente previstos en el artículo 67.3 TFUE donde se fija el objetivo de «garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación

de la misma autora: «Problemática penal de la orden de detención y entrega europea», en, JIMENO BULNES, M. (Coord.), *Justicia versus Seguridad*, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 61-107; SANZ MORÁN, A., «La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material», en, ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, Lex Nova, 2005, pp. 75-126; VERNIMMEN, G., SURANO, L. y WEYEMBERGH, A (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/ L'avenir de la reconnaissance mutuelle pénale Dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009.

⁷ Precepto que reproduce lo dispuesto en el art. 69 A del Tratado de Lisboa, apartado 1, si bien limitando sus efectos a las sentencias y resoluciones judiciales, al establecer que «la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el apartado 83».

⁸ La ventaja de la aproximación frente a la armonización nos la expone JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo...*, *op. cit.*, p. 36, afirmando que, si bien la aproximación, al igual que la armonización «exige la convergencia en un objetivo común desde ordenamientos jurídicos nacionales diversos, a diferencia de ésta permite conservar a cada uno de ellos su singularidad».

⁹ Vid. JIMENO BULNES, M., «La conclusión del Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal», *Diario La Ley*, 2008, nº 7023, p. 1 y ss.

¹⁰ Vid. JIMÉNEZ, F., «The Eu's tirad pillar –Police and judicial co-operation in criminal matters», *Judicial review. A comparative análisis inside the European legal system*, Edited by S. Galera, 2010, pp. 261-274.

entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales». Si bien, esta aproximación va a permitir, frente a la armonización¹¹, contribuir a incrementar la confianza —que no equivalencia— mutua entre los diversos sistemas jurídicos nacionales¹² al considerar que existe un nivel semejante de respeto a los principios fundamentales del Derecho penal, lo que se traduce en un mayor nivel de protección de los derechos y garantías de los ciudadanos. Además, para facilitar el reconocimiento de sentencias y resoluciones judiciales, el siguiente párrafo del art. 82 dispone la aprobación de directivas de normas mínimas¹³ con arreglo al procedimiento legisla-

¹¹ Con carácter general, sobre armonización y tercer pilar, vid.: BERNARDINI, A., «Le rôle du troisième pilier dans l'européanisation du droit pénal», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 4, 2007, pp. 713-737; GRASSO, G., «El futuro de la armonización del Derecho penal en la ampliación de la Unión Europea», *Dogmática y Ley Penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, T. I, pp. 285 y ss., específicamente, p. 293; MANACORDA, S., «La consolidation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice: vers une «mise à l'écart» du rapprochement pénal?», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 4, 2007, pp. 899-909; Igualmente, MANES, V., «La incidencia de las <<Decisiones Marco>> en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario a la Sentencia de 16 de junio 2005, Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, nº 9; RUBI-CAVAGNA, E., «Réflexions sur l'armonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009, nº 3, pp. 501-521; VOGEL, J., «Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal en materia de la Unión Europea», *Revista penal*, 2002, nº 10, pp. 116-117.

¹² Opinión que mantiene FONSECA MORILLO, F.J., «Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», en, ARANGUENA FANEGO, C. (Dir.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, 2010, p. 22 y JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo...*, op. cit., pp. 36-37, si bien antes del Tratado de Lisboa, el principio de reconocimiento se planteaba como alternativa de cualquier armonización/aproximación.

¹³ Normas mínimas que deben tener en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados y que se referirán a: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos y d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión.

tivo ordinario¹⁴ (codecesión) que será de aplicación en estas materias así como la unificación de las fuentes del Derecho¹⁵ al igual que la extensión de la regla de la mayoría cualificada¹⁶.

En relación a las materias que contempla el TFUE objeto de legislación en el ámbito penal sustantivo, se comprende la posibilidad de establecer, bajo la forma de directivas, normas mínimas relativas a las definiciones de infracciones y sanciones penales de especial gravedad y dimensión transfronteriza, derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de la «necesidad particular» de combatir las según criterios comunes (artículo 83.1 TFUE).

El artículo 83.1 del TFUE, de gran importancia en lo que atañe al ámbito penal sustantivo, al describir esos «ámbitos delictivos de especial gravedad» en los que los Estados miembros deben aproximar su legislación penal interna cumpliendo las obligaciones dispuestas en la normativa europea, y que incluyen como tales, el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada¹⁷. Por ello, a partir de ahora podemos encontrar en el ámbito europeo la regulación de

¹⁴ Procedimiento que, conforme al art. 289 TFUE se corresponde con la adopción del acto a propuesta de la Comisión por el Parlamento y el Consejo, pronunciándose ésta por mayoría cualificada. Al respecto, nos remitimos a ÁLVAREZ RUBIO, J.J., «El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización...», *loc. cit.*; JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo...*, *op. cit.*, pp. 28, conforme a los arts. 289 y 294 TFUE y art. 238 precisando las reglas establecidas para la mayoría cualificada; LIROLA DELGADO, I., «La cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa: ¿un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 16, 2008, pp. 3 y ss. procedimiento que, en su opinión, conforme al art. 289 TFUE se identifica con el procedimiento de codecesión.

¹⁵ Vid. JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.; de la misma autora, «Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal», en, ARANGUENA FANEGO, M. (Dir.), *Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: ...op. cit.*, pp. 30-70.

¹⁶ Vid. JIMENO BULNES, M., *La conclusión del Tratado de Lisboa...*, *op. cit.*, p. 3, para todas aquellas votaciones realizadas en el seno del Consejo. Para más detalles, vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La nueva regla de la mayoría cualificada y sus paliativos temporales», en, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa...op. cit.*, pp. 241-250.

¹⁷ No obstante, se trata de un catálogo no cerrado ya que el propio art. 83.1 TFUE prevé su ampliación a «otros ámbitos» de la delincuencia transfronteriza por acuerdo unánime del Consejo y previa aprobación del Parlamento y «teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia».

materias relacionadas con la cooperación judicial penal plasmadas en directivas. La juridicidad y obligatoriedad indiscutida de la directiva frente al Estado redundará en una mayor seguridad jurídica de los ciudadanos frente a la Unión.

II. INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LUCHA CONTRA LA PORNOGRAFÍA INFANTIL: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2011/92/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13.12.2011, EN MATERIA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y, sobre todo, el desarrollo de las redes de transmisión de datos, básicamente Internet, proporciona el consumo e intercambio de pornografía infantil, resultando comprensible la elevada alarma social, tanto a nivel nacional como internacional, que suscita la realización de estas prácticas de creación y distribución de materiales pornográficos elaborados con menores. En este contexto, se encuadra la respuesta que, tanto a nivel europeo como internacional, se da a estas conductas atentatorias a la indemnidad sexual del menor enmarcadas en la lucha contra este fenómeno transfronterizo, donde los esfuerzos quedan reflejados en los distintos instrumentos normativos elaborados para tal fin, destacando a nivel internacional, entre otros, la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1999 (CDN)¹⁸.

Por lo que respecta al ámbito Europeo, entre las principales iniciativas adoptadas en la lucha contra la pornografía infantil, hay que mencionar, además de la Convención sobre Cibercriminalidad, elaborada en el seno del Consejo de Europa por el Comité Especial de Expertos sobre Criminalidad en el Ciber-espacio o sobre delitos relacionados con el empleo de la informática, y que fue adoptada en Budapest el 23 de noviembre de 2001¹⁹, así como el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la

¹⁸ Ratificado por España el 30 Noviembre 1990, *BOE* n° 313 de 31.12.1990. En este contexto, también se destaca el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de Mayo de 2000.

¹⁹ Ratificado por España el 3 de Junio de 2010, entrando en vigor el día 1 de octubre de 2011.

explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007²⁰ y la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, sustituida recientemente por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y pornografía infantil²¹.

En referencia al Convenio sobre Ciberdelincuencia²², en lo que respecta al delito de pornografía infantil ubicado en el artículo 9 del Convenio, entre las «infracciones relativas al contenido», y de cuyo contenido debemos destacar dos características: la primera, la definición amplia que de pornografía infantil incluye el convenio abarcando todo material pornográfico que represente de manera visual a un menor adoptando un comportamiento sexual explícito, a una persona que parezca como un menor desarrollando un comportamiento sexualmente explícito o imágenes realistas que representen a un menor desarrollando un comportamiento sexualmente explícito, —lo que se denomina pornografía puramente virtual—, considerando como material pornográfico comportamientos tanto de menores como el de quien no es menor pero aparenta serlo —pornografía técnica—; la segunda, la descripción de un conjunto de conductas relacionadas con la pornografía infantil donde se incluye, además de la posesión de pornografía infantil, la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión, su ofrecimiento o puesta a disposición, transmisión y adquisición, para uno mismo o para otros de pornografía infantil, conductas todas ellas realizadas a través de la informática. Si bien,

²⁰ Ratificado por España el 12 de Marzo de 2009 entrando en vigor el 1 de julio de 2010.

²¹ *DOUE* L 335 de 17.12.2011, pp. 1-ss. Destacando, además, La Carta Europea de los Derechos del niño (Resolución A3-0172/92, de 8 de Julio de 1992), la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la protección y derechos del niño (*DOCE* 371/210, de 8.12.1997) y la Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea (*DOCE* 20, de 20.01.1997).

²² Para un análisis más amplio acerca de su contenido, nos remitimos a DE LA MATA BARRANCO, N.J./PÉREZ MACHÍO, M.I., «La normativa internacional para la lucha contra la cibercriminalidad como referente de la regulación penal española», en, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), *Derecho penal informático*, Cívitas, 2010, pp. 123- 145; MORALES GARCÍA, O., «Apuntes de Política-Criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre Cyber-crimen», *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. Cuadernos de Derecho Judicial*, IX, 2002, pp. 11-33.

el nº 4 del artículo 9 el Convenio sobre Ciberdelincuencia deja a los Estados miembros la facultad de no inculpar, en todo o en parte, la mera posesión o la adquisición para uno mismo o para otros de dicho material. Asimismo, el Convenio da un concepto de menor que abarca a los menores de 18, dejando libertad a los Estados para que puedan fijar el límite en 16 años.

Por su parte, el Convenio de Lanzarote destaca, en su preámbulo, la necesidad de proteger a los menores no sólo por parte de su familia, sino de la Sociedad y del Estado, considerando que el bienestar y el interés superior de los niños son valores fundamentales compartidos por todos los Estados miembros. Desde esta perspectiva, el artículo 1 del Convenio precisa su objeto: prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños; proteger los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual y promover la cooperación nacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual de los niños.

Los aspectos penales en cuanto que interesan a efecto de las presentes reflexiones, contenidos en el Capítulo VI, bajo la rúbrica Derecho penal sustantivo, donde se agrupan aquellas conductas relativas a la pornografía infantil reguladas específicamente en el artículo 20.1²³ precepto que, a su vez, nos proporciona una definición muy amplia de pornografía infantil²⁴ al igual que el Convenio sobre Cibercriminalidad al comprender la pornografía virtual, enumerando una serie de conductas intencionales relativas a la participación de niños en espectáculos pornográficos, obligando a los Estados, en el párrafo 1, letra f) del mencionado artículo 20, a tipificar como delito el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y de la telecomunicación. Asimismo, se destaca del Convenio el concepto de menor y la sanción de las formas de complicidad y tentativa, aspectos todos ellos que vienen a completar la regulación en lo que respecta a conductas infractoras constitutivas de delito por afectar a la libertad o indemnidad sexual del menor²⁵.

²³ Así, la producción de pornografía infantil; la oferta o puesta a disposición así como la difusión, posesión o transmisión de pornografía infantil; la adquisición para sí o para otro y el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

²⁴ Definiendo en su artículo 20 la pornografía infantil como: «todo material que presente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales».

²⁵ Además, el art. 30.5 dispone que cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para permitir a las unidades o servicios de investigación

2. OBJETO Y CONTENIDO DE LA DIRECTIVA

En aplicación del artículo 83.1 del TFUE, el Parlamento europeo y el Consejo han elaborado la Directiva 2011/92/UE que viene a sustituir a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de Diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, cuyo contenido no va a ser objeto de reflexión particularizada en las presentes líneas, aludiéndose tan sólo a aquellos aspectos de la misma que, al hilo del análisis del contenido de la Directiva²⁶ puedan ayudar al desarrollo de este trabajo.

La Directiva 2011/92/UE, en la que se establecen normas mínimas relativas a la definición y sanción de la pornografía infantil, responde al objetivo comunitario de defensa, protección y aplicación de los derechos de la infancia en las políticas internas y externas de la UE²⁷. El interés superior del menor aparece como criterio nuclear de las medidas que deben adoptar las autoridades públicas o instituciones privadas relacionadas con la infancia, acorde al enunciado del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE²⁸.

identificar a las víctimas de los delitos de pornografía infantil, en particular mediante el análisis de material de pornografía infantil, como fotografías y grabaciones audiovisuales, que se haya transmitido o hecho accesible recurriendo a tecnologías de la información y la comunicación.

²⁶ Y que debe ser completada a su vez con la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, *DOUE* L 101 de 15.04.2011, así como con otras iniciativas de la UE que igualmente afrontan algunos problemas relacionados con los delitos sexuales contra la infancia.

²⁷ Y cuyos objetivos se explican en sus numerosos considerandos (52) donde se insta a los Estados miembros a adoptar medidas con la finalidad de luchar contra este fenómeno delictivo y de conformidad con el principio de subsidiariedad consagrado en el art. 5 del Tratado (Considerando 49).

²⁸ Recordemos que el TFUE incorpora la Carta de Derechos Fundamentales, art. 6.1 y la intención de la Unión de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6.2. Con carácter general sobre el tema, nos remitimos a: FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, 2001; MANGAS MARTÍN, A., *Carta De los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008; PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel Derecho, 1999; RIDEAU, J., «La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne», *Revue des affaires européennes* 2007-2008, n° 2, pp. 2009-222; PALACIO GONZÁLEZ, J., «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de

La sistemática del articulado que presenta la Directiva es prácticamente idéntica a la de la Decisión Marco de 2004/68/JAI en materia de pornografía infantil. Tal y como se deduce de la lectura del texto de la Directiva, podemos deducir que se mantienen una serie de artículos ya contenidos en la propia Decisión Marco, o bien han sido objeto de una breve modificación en su redacción, destacando asimismo otros aspectos que son objeto de nueva redacción. Los primeros artículos de la Directiva, abordan cuestiones básicas como son las definiciones de «menor», «edad de consentimiento sexual» y «pornografía». En referencia a este último concepto, la propia Directiva, en su considerando (12) señala que es preciso aclarar la definición de pornografía infantil y aproximarla a la contenida en los instrumentos internacionales. Así, el artículo 2 (Definiciones), letra c) entiende por «pornografía infantil»: todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, (artículo 2, c), i); toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, (artículo 2, c), ii); todo material que represente de una forma visual a una persona que parezca como un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada; igualmente se considera pornografía toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales (artículo 2, c), iii) —pornografía técnica—; o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o imágenes realistas de un menor desarrollando una conducta sexualmente explícita o de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales (artículo 2, c), iv) —pornografía virtual—. Definición que prácticamente coincide con la contenida en la Decisión marco 2004/68/JAI si bien más amplia al tratar de aproximarla al Convenio de Lanzarote, lo cual, en nuestra opinión tal y como se verá en las líneas siguientes, resulta muy cuestionable al tratar de equiparar, a efectos de pornografía infantil, la pornografía técnica y virtual con la representación visual de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o la representación de los órganos sexuales de un menor, al considerar que no suponen el mismo nivel de afectación al bien jurídico indemnidad/ libertad sexual del menor.

Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2008, n° 39, pp. 161-179 y PASTOR RIDRUEJO, J.A., «Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, n° 43, pp. 43-51; del mismo, «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales», en, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (Coord.), *El Tratado de Lisboa... op.cit.*, pp. 151-158.

Atendiendo a las concretas infracciones relacionadas con la pornografía infantil recogidas en su artículo 5, vemos que, en primer lugar, se hace referencia a las medidas necesarias que deben adoptar los Estados miembros para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas mencionadas en este precepto, siempre que se cometan de forma ilícita (nº 1, artículo 5). En cuanto a las específicas infracciones, destaca la adquisición o posesión de pornografía infantil (artículo 5.2), el acceso a sabiendas de pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información así como la comunicación (artículo 5.3), conducta ésta novedosa respecto a las contenidas en la Decisión marco, la conducta de distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil (artículo 5.4), ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil como la producción de la misma (artículo 5, nºs 5 y 6), conductas ya enunciadas en la Decisión Marco, cumpliendo así el doble mandato establecido en la propia Directiva al precisar en su considerando (48), por una parte, que la Decisión Marco debe sustituirse en su integridad y, por otra, modificar y ampliar las disposiciones ya contenidas en la propia Decisión Marco. Dos observaciones se deben realizar en torno a estas conductas: la primera, el aumento de penas en la conducta relacionada con la producción de pornografía infantil (artículo 5, nº 6) al tener asignada una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos tres años, por lo que se considera una conducta más grave que la simple difusión y posesión de material pornográfico, conductas castigadas con una pena privativa de libertad de al menos un año —posesión de material pornográfico— y de dos años respecto a la conducta de distribución de pornografía infantil; la segunda, que queda asimismo a la discrecionalidad de los propios Estados miembros, la tipificación de la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil en el caso de imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales, si han sido producidas y están en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico al que se refiere el artículo 2, letra c), incisos i), ii) e iii) de la Directiva (artículo 5, nº 8). En todas las conductas mencionadas, se castiga la inducción y complicidad (artículo 7.1), así como la tentativa²⁹.

²⁹ A su vez, destaca el elenco de circunstancias agravantes del delito de pornografía infantil que tienen que prever los Estados en sus legislaciones penales internas siempre que no formen parte de los elementos constitutivos de las infracciones. En este contexto, señala la Directiva la especial atención a la tipificación de actos contra menores en si-

III. EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL ACTUAL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 2010

Los distintos Códigos penales han puesto de manifiesto como el delito de pornografía infantil del artículo 189 del actual Código penal de 2010, ha sido sometido a diversas modificaciones³⁰. Sin entrar en un análisis exhaustivo de la forma en que se ha estructurado la regulación de este delito³¹, pues excedería los límites de este trabajo, sí consideramos preceptivo señalar dos reformas que han contribuido a la mejora del contenido de este tipo penal y que responden al cumplimiento de compromisos internacionales. Un breve apunte acerca de las novedades que en materia de pornografía infantil se han ido introduciendo en las respectivas reformas operadas en los distintos Códigos penales, nos resultará útil para ver como se ha ido configurando el delito de pornografía infantil hasta el anteproyecto de Código penal de 2012. Y, como es obvio, se destacarán de las correspondientes reformas sólo aquellos aspectos que tienen que ver con la transposición de la Decisión marco ya mencionada y derogada por la Directiva, pues todas las modalidades típicas en materia de pornografía infantil presentes en la propia Directiva ya están incluidas en el Código penal de 2012 como consecuencia de la transposición de la Decisión marco.

tuciones especialmente vulnerables así como que la vida del menor se ponga en peligro de una forma deliberada o negligente o que la infracción se haya cometido empleando violencia grave o causándole un daño grave.

³⁰ Tal y como lo demuestran asimismo los distintos proyectos de Código penal, donde queda patente la evolución experimentada desde el Código penal de 1995 hasta su regulación en el actual Código penal. Ciertamente, la entrada en vigor del Código penal de 1995 supuso un cambio significativo en la concepción de la modalidad típica de pornografía infantil, al incluir dos supuestos bajo la fórmula «utilizar a un menor o un incapaz con finalidades o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos», art. 189.1; así, por una parte, la utilización del menor o incapaz en tal clase de espectáculos y, por otra, conductas en las que no se da publicidad de manera inmediata pero se captan imágenes mediante fotografía o vídeo con el fin de poder ser difundida posteriormente por el autor de la filmación o grabación o por un tercero: Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, nº 59, pp. 361-362; MORALES GARCÍA, F./GARCÍA ALBERO, R., en, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 1996, pp. 268.

³¹ Y para cuyos antecedentes nos remitimos, por todos, a: MORALES PRATS, F., «Pornografía infantil e internet: la respuesta en el código penal español», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 4/ 2000, pp. 175 a 205 y MORILLAS FERNÁNDEZ, D., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Dykinson, 2005.

En primer lugar, se destaca la Reforma operada en el Código penal por LO 15/2003 de 25 de Noviembre³², reforma³³ que ha resultado fundamental en el contenido de la regulación actual del delito de pornografía infantil al disponer un aumento del ámbito típico de este tipo delictivo, quedando patente la influencia del Proyecto que cristalizó en la ya reiterada y derogada Decisión Marco 2004/68/JAI³⁴ y que responde, sobre todo, a las previsiones contenidas en el Convenio sobre Cibercriminalidad. Se advierte que con esta reforma en materia de pornografía infantil, se introducía por primera vez en el Derecho penal español aspectos novedosos siguiendo las pautas armonizadoras conforme a los Tratados europeos³⁵, quedando la reforma marcada por la creación de dos tipos delictivos que, a pesar de ser muy conflictivos y objeto de rechazo por la mayoría de la doctrina penal española, aún permanecen en el Código penal actual. Nos estamos refiriendo al nº 2 del artículo 189 del actual Código penal relativo a la posesión de pornografía infantil para su propio autoconsumo como modalidad atenuada³⁶, y el nº 7 del artícu-

³² BOE nº 65, de 16 de marzo, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

³³ Con anterioridad a esta reforma, se debe mencionar la reforma operada por LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Reforma que tuvo como objetivo la ampliación del ámbito de aplicación a ciertos comportamientos relacionados con la pornografía infantil, respecto de los cuales había sido denunciado por la literatura penal la existencia de lagunas de protección. Más ampliamente: vid. CARMONA SALGADO, C., en, COBO DEL ROSAL, L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, 2005, pp. 316-317; FERNÁNDEZ TERUELO, G., *Derecho Penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, 2011, pp. 110-113; TAMARIT SUMALLA, J.Mª., *La protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual. Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía Infantil*, Aranzadi, 2ª ed., 2002, pp. 107-112.

³⁴ Para más detalles, vid. DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 13.7 y FERNÁNDEZ TERUELO, G., «La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de internet y otras modalidades afines tras la Reforma 15/2003», *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal, Estudios en Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, 2006, pp. 703-725, (específicamente, pp. 708-709).

³⁵ La propia Exposición de Motivos así lo determinaba al afirmar que: «Respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la denominada pornografía infantil virtual».

³⁶ Preceptúa dicho artículo: «El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años».

lo 189 donde se castiga la denominada pseudopornografía, esto es, la producción, venta, distribución, exhibición así como de facilitar por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizado directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada³⁷. El legislador penal español aprovechó igualmente la reforma de 2003 para incorporar nuevos tipos agravados dotando así de un nuevo contenido al artículo 189, 3³⁸ y endurecer las penas ya previstas³⁹.

No obstante, esta reforma de 2003, fue calificada por un importante sector de la doctrina penal como negativa⁴⁰, en especial por la introducción, siguiendo la pauta marcada por la Decisión marco, del tipo de posesión de material pornográfico, objeto de crítica generalizada por la doctrina por extender la protección penal a quien tan sólo posee material pornográfico⁴¹,

³⁷ Conviene señalar que todos los comportamientos punibles constitutivos del tipo penal de pornografía infantil del art. 189 debe ser completados con el del art. 186 donde se diferencian tres modalidades de conducta prohibidas, la venta, distribución y exhibición de material pornográfico entre menores de edad o incapaces.

³⁸ En concreto, los tipos agravados que introdujo la reforma en el art. 189 son: a) Cuando se utilice a niños menores de trece 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 responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor incapaz. Estos tipos agravados se unen al ya existente de pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

³⁹ Al pasar el tipo básico de pornografía infantil (art. 189.1) a tener prevista la pena de prisión de uno a cuatro años (frente a la pena de prisión de uno a tres años, conforme a la reforma operada en 1999).

⁴⁰ Así, RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas», en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 105 y ss. específicamente. p. 113, donde se plantea si realmente existe en dichas conductas una auténtica lesividad respecto del bien jurídico protegido.

⁴¹ Vid. DE LA 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», *Estudios de Derecho Judicial*, 21/1999, pp. 323-373; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R. en, QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la parte Especial del Derecho Penal*, Thomson Aranzadi, 2010, pp. 396-398, quienes afirman que con la incriminación de la posesión de material pornográfico, los parlamentarios que han impulsado la reforma de código penal de 2003, «han optado por una opción político criminal de amplia incriminación, opción a la que no estaban encorsetados ni obligados internacionalmente por el Convenio de Budapest», vid.: MORILLAS FERNÁNDEZ, D., *Análisis dogmático...*, op. cit., p. 138-145.

cuestionándose la intervención del Derecho penal conforme a los principios de intervención mínima y de necesaria lesividad al bien jurídico de la acción punible así como el de seguridad jurídica⁴², lo que redundaría en la dificultad de determinación del bien jurídico protegido⁴³, siendo opinión generalizada por parte de la doctrina penal el optar por su desaparición del Código penal⁴⁴, haciendo caso omiso el legislador penal al mantener su regulación en el Código penal de 2010⁴⁵.

Las modificaciones derivadas de la Reforma del Código penal por LO 5/2010, de 28 de enero, donde lo reseñable es la transposición de la ya derogada Decisión marco 2004/68/JAI, no son destacables al no apreciarse en el delito de pornografía infantil diferencias de calado en relación a la regulación que ofrecía el Código penal de 2003. Tan sólo se destaca la introducción de dos conductas en cumplimiento de la Decisión marco, la de captación de menores para su utilización en espectáculos exhibicionistas o pornográficos

⁴² Tal es el parecer de ESQUINAS VALVERDE, P., «El tipo de mera posición de pornografía infantil en el Código penal española (art. 189.2): razones para su destipificación», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º época, Julio, 2006, nº 18, p. 172.

⁴³ En este sentido, ESQUINAS VALVERDE, P., «El tipo de mera posición de pornografía...», *op. cit.*, pp. 171-227, específicamente, p. 225, donde expone los argumentos favorables a la liberalización del consumo privado de pornografía infantil, entre los que destaca razones de técnica jurídica pues no cabe castigar penalmente «una conducta de tenencia de material pornográfico no probada como dolosa o que no llegue a satisfacer los requisitos propios de la posesión desde un punto de vista jurídico civil —es decir, relación material de dominio de una cierta estabilidad temporal»—. Igualmente, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en, MORILLAS CUEVAS, L. (Coord.), *Sistema de Derecho Penal español*, Dykinson, 2011, p. 280, para quien encuentra difícil justificación su existencia en el Código penal por tratarse de un comportamiento impune al ser dificultoso probar la dimensión de lesividad jurídica penal de la conducta.

⁴⁴ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Las nuevas corrientes internacionales...», *loc. cit.*, pp. 370 y ss.; MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., *loc. cit.*, pp. 374 y 375; MORILLAS FERNÁNDEZ, D., *Análisis dogmático...*, *op. cit.*, pp. 321 y ss.;

⁴⁵ También en otros Códigos penales europeos se ha introducido la posesión de material pornográfico en cumplimiento de la Decisión marco. Así, en el Código penal italiano, Art. 600 quater, bajo el epígrafe «Detenzione di materiale pornográfico», introducido por ley nº 38 de 6 de Febrero de 2006, donde se castiga a quien «fuera de los casos previstos en el art. 600, tercero, y a sabiendas se provea o disponga de material pornográfico producido por medio de la explotación sexual de menores de dieciocho años». Igualmente en el Código penal francés, arts. 227-223, donde se castiga el hecho de detentar una imagen o representación de un menor siempre que representen un carácter pornográfico.

así como la producción de esta clase de materiales, y la conducta de quien se lucre con la realización de tales actividades (apartado a) artículo 189)⁴⁶. Ambas conductas, objeto de crítica por la doctrina penal al considerar que se trata más bien de actos preparatorios (en especial, en el caso de la conducta de captar menores) y, sobre todo, por la dificultad que entrañan para la determinación del bien jurídico. Asimismo, en la letra b) artículo 189.1, se incluye la conducta de ofrecer material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad y un aumento de las penas impuestas⁴⁷.

IV. EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL ACORDE A LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ESPAÑOL

No se puede cerrar este breve repaso de las distintas etapas a las que se ha sometido el delito de pornografía infantil sin mencionar el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. El anteproyecto citado⁴⁸ se encuentra en fase de tramitación parlamentaria. En el supuesto de que se apruebe, aparte de mantener los tipos de pornografía infantil de la Reforma del Código penal de 2010, incorpora otras novedades dignas de mención y que responden al cum-

⁴⁶ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, 2010, pp. 756-758; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.A., «Delitos contra la libertad e indemnidad...», *loc. cit.*, pp. 279-280.

⁴⁷ Que pasan de ser sancionadas con pena de prisión de uno a cuatro años con pena de prisión de uno a cinco años. vid. al respecto: DE LA ROSA CORTINA, J.M., «Delitos de pornografía infantil: novedades tras la reforma de 2010 y la ratificación del Convenio de Lanzarote», *Diario la Ley*, nº 7715, 14 de octubre de 2011, p. 11, quien, en su opinión, parece que el legislador ha seguido la línea que el mismo denomina «populismo punitivo». Igualmente, NIETO MARTÍN, A., «La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa...», *loc. cit.*, p. 4, quien señala la utilización de las normas de armonización como excusa para incrementar las penas.

⁴⁸ Aprobado en Consejo de Ministros de 11 de Octubre de 2012 y en cuya Exposición de Motivos (X), se afirma que se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE en materia de pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo y en la que se obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil».

plimiento de la Directiva 2011/92/UE en materia de pornografía infantil. Su aprobación supondrá la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico penal español, con los consiguientes efectos que, en materia de pornografía infantil, puede tener en el Código penal español dicha transposición y que quedarán expuestos en las líneas siguientes. Para evitar reiteraciones con lo ya expuesto, se hará tan sólo referencia a las principales novedades de la Directiva e introducidas en el Anteproyecto.

Uno de los aspectos más interesantes que ofrece la redacción del anteproyecto en su art. único, centésimo noveno y por el que se modifica el artículo 189 del actual Código penal, es la definición legal que se da de pornografía infantil, definición tomada de la Directiva europea y semejante a la que ofrece, ya señalada anteriormente, el Convenio de Lanzarote y el Convenio de Budapest. Se trata de una definición muy amplia de pornografía infantil, al abarcar no sólo el material que representa a un menor o discapacitado participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida, dando entrada a nuestro ordenamiento penal a la tipificación de la denominada pornografía virtual, ausente hasta ahora de nuestra regulación jurídico penal.

A nuestro juicio, merece una valoración positiva la introducción de una definición de pornografía infantil, no prevista en los Códigos penales anteriores y reclamada por la doctrina penal, y en relación a dicha definición, hemos de realizar las siguientes consideraciones. En primer lugar, destacamos que la definición del anteproyecto presenta, frente a la definición de la Directiva, dos diferencias: así, por una parte, el anteproyecto incluye no sólo al menor sino también a personas discapacitadas necesitadas de especial protección como sujetos sobre los que puede recaer las conductas de pornografía infantil; y, por otra, el anteproyecto suprime de la definición de pornografía la representación de forma visual de una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor (esto es, el ya mencionado artículo 2, letra c), iii de la Directiva). En este contexto, hay que advertir, que es la propia Directiva la que afirma en el artículo 5.7 la posibilidad de que sean los propios Estados los que decidan si el artículo 5 debe ser aplicable a los casos relacionados con la pornografía infantil del artículo 2, c), iii) cuando la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtener las imágenes. Por tanto, nos parece acertada la supresión por parte del legislador

penal español de este supuesto de la definición de pornografía infantil por no estar justificada su punición, lo cual podría resultar criticable al ser, a todas luces, contraria al principio de lesividad. En efecto, de abarcar este supuesto en la definición de pornografía tal y como lo recoge el anteproyecto conforme a la nueva redacción que se da al artículo 189 del actual Código penal, podría surgir la incógnita de si realmente en el caso de que se represente a una persona que parezca ser un menor participando en una de las conductas de pornografía infantil de forma simulada, nos preguntamos si ciertamente la conducta de la persona mayor que se pasa por un menor puede ser sancionada o debe quedar impune. Si se sanciona, puesto que no se ha empleado a menor alguno para producir las imágenes, ya no puede ser la indemnidad sexual de un menor lo que se ha vulnerado con la conducta realizada. A nuestro parecer, la única razón por la que se explicaría que quedara impune la conducta (a saber, la verdadera razón por la cual el legislador europeo seguramente habrá dejado la puerta abierta a castigar o a no castigar) sería la falta de lesividad al bien jurídico «indemnidad del menor» que implica la conducta. En todo caso, con la realización de esta conducta, se habrán lesionado otros bienes jurídicos, como el derecho del menor a la propia imagen o el derecho a la intimidad, o un supuesto bien jurídico general de «moral sexual colectiva», o de «bienestar general de la infancia». O bien, simplemente, se estaría fomentando con esa conducta, indirectamente, el mercado de la pornografía. La duda que se nos plantea es si realmente implica esto el suficiente desvalor, desde el punto de vista penal, como para ser castigado. Por todo ello, a nuestro juicio, se ha acertado con la supresión de este supuesto tal y como se desprende del anteproyecto, en especial por los problemas que, con seguridad, se plantearían en relación al bien jurídico protegido, al tratarse de un precepto que contradice el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio que, como se sabe, limita al *ius puniendi*.

En nuestra opinión, es criticable que la representación de órganos sexuales de un menor o persona discapacitada con fines principalmente sexuales (artículo 2, letra c), ii), de la Directiva, recogida en el anteproyecto acorde a la nueva redacción del artículo 189, párr. 2º, del nº 1, letra b), se equipare al mismo nivel con la conducta de un menor realizando un acto sexual con otra persona (a saber, lo considerado pornografía en el artículo 2, letra c), i). Lo que quiere decir que a efectos de pornografía infantil, viene a equipararse el hecho de mostrar, por ejemplo, la vagina de una niña menor con el hecho de mostrar un comportamiento de realización de un acto sexual por parte del menor. En el primer supuesto y conforme está redactado el artículo 2, c), ii),

se exige que la representación de los órganos sexuales se efectúe con fines principalmente sexuales, criterio que va a servir para delimitar los supuestos constitutivos de infracción penal en relación a la pornografía infantil. No obstante, de tipificarse en el Código penal español tal y como lo recoge el anteproyecto, su interpretación puede resultar problemática, de ahí el interés que puede alcanzar este elemento en el concepto de pornografía infantil. Puede admitirse que todos los supuestos de pornografía infantil realizados y en los que esté presente un fin exclusivamente erótico, encajan en el concepto de pornografía. Pero pueden existir otros fines —educativos, divulgativos, científicos, etc.—, y la duda que se nos plantea es si realmente la expresión «fines principalmente sexuales» admite otros fines que no sean sexuales y que pudieran eventualmente, al menos en parte, justificar la conducta en los supuestos menos graves. Por ejemplo, si un libro de texto contiene imágenes de un niño que enseña los órganos sexuales ¿puede encajar en lo que se denomina pornografía infantil?. ¿Y si observa esas imágenes no un menor sino una persona mayor para su propio placer? La decisión, a nuestro juicio, depende de la finalidad con la cual se efectúe esa representación de órganos sexuales de un menor, lo cual puede crear inseguridad jurídica, pues habrá supuestos en los cuales no será fácil probar esa finalidad erótica. Ciertamente es que la propia Directiva, en su considerando (17) y en referencia a la pornografía infantil permite a los Estados miembros, en referencia al término «de forma ilícita», establecer una excepción respecto de las conductas relacionadas con «material pornográfico» en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares. Pero el problema no se soluciona, pues se insiste, para que la conducta no sea constitutiva de delito, se deberá probar en qué supuesto se actúa con dichos fines, creando inseguridad jurídica. Es decir, parece que casi se presume la finalidad esencialmente sexual y, por lo tanto, la naturaleza pornográfica de cualquier imagen que muestre los órganos sexuales de un menor.

A su vez, hay que señalar que nos va a plantear problemas el consentimiento del menor conforme al artículo 8.3 de la Directiva. Dicho precepto viene a reconocer a los Estados la posibilidad de no tipificar la adquisición, producción o posesión de material pornográfico en el que intervengan menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando el material haya sido producido o se posea con su consentimiento y se emplee exclusivamente para uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos. La Directiva, a efectos de menor, considera como tal a toda persona menor de 18 años (artículo 1, a), y por «edad de

consentimiento sexual», determina que es la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido en todo caso realizar actos de carácter sexual.

Pues bien, en este contexto es preceptivo señalar que el legislador penal español optó implícitamente por la decisión de excluir de la punición actos sexuales consentidos entre personas próximas por edad, siempre que no hubiera abuso (artículo 182) o engaño (estupro). Aparentemente, un menor de 16 años que realiza un acto de carácter sexual con un menor de 15 años, queda fuera del catálogo de conductas punibles del Código penal. Por lo tanto, la citada «edad de consentimiento sexual», en el ordenamiento penal español estaría situada en los 13 años. Sin embargo, es posible que, en este contexto general de punitivismo y de ampliación del marco de protección de los menores de 18 años frente a conductas de naturaleza sexual, la remisión que la directiva realiza a los Estados miembros a la hora de decidir dónde se sitúa dicha edad de consentimiento —se entiende que por debajo de los 18 años— y qué consecuencias penales tendrán los comportamientos con o entre menores a partir de esta edad (artículos 2, letra b y 8 de la Directiva), incline al legislador penal español por subir la edad de consentimiento por encima de los actuales 13. De hecho, tiene relación con esta orientación de política criminal —y sin duda responde a esa opción de incrementar la edad de consentimiento sexual— la nueva redacción que el anteproyecto prevé para el artículo 182 CP. Así, el nuevo apartado 1 de este precepto sancionaría también a aquel que «abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad e influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis.» Pues bien, esta nueva versión del artículo ha sido claramente propiciada por un reciente caso de homicidio de un adulto sobre una chica menor de edad con la que mantenía relaciones (como siempre, nuestro legislador reforma el Código penal «a golpe de caso», con ánimo de ahogar una momentánea y coyuntural alarma social, avivada por los medios de comunicación y su afán morboso). Y a su vez, el artículo refleja dicha intención de modular la edad de consentimiento sexual, reduciéndola en algunos supuestos concretos no necesariamente constitutivos de abuso sexual en sentido estricto; de hecho, tal redacción obligará a los operadores jurídicos a buscar una interpretación atinada de ese «abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia», que supuestamente deberá ser algo distinto del abuso de prevalimiento (o, de lo contrario, habría problemas de concurso con la norma del artículo 181.3, aunque la pena prevista es, en cuanto a la prisión, idéntica en ambos casos). En este

sentido, también sería discutible la opción sistemática que ha escogido el legislador al ubicar esta nueva modalidad dentro del delito de estupro, y no en el mencionado artículo 181.3 CP.

Por otra parte, se debe hacer referencia a las novedades que en materia de pornografía infantil introduce la Directiva. Así, el artículo 5.3 considera como infracción relacionada con la pornografía «el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación». Conducta que, acorde al considerando (18) de la Directiva, debe tipificarse como infracción siempre y cuando el sujeto tenga la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar este tipo de imágenes. En nuestra opinión, y aunque el anteproyecto incluya esta modalidad delictiva en el artículo 189, 5, párr. 2, no consideramos necesaria su introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal al estar ya tipificada la conducta de posesión de pornografía infantil que, como se sabe y en contra de la totalidad de la doctrina penal española se ha introducido en el Código penal español con la Reforma del Código penal de 2003. La posesión de pornografía infantil si partimos del concepto civil de posesión, como disponibilidad de la cosa, como tenencia física, debería implicar que se tengan las imágenes del menor grabadas bien en el disco duro o en la memoria a corto plazo del ordenador, por lo cual, se supone que ya antes habrá accedido a las mismas. De aceptar la incriminación de la conducta de acceso en sí, la misma implica un adelanto de las barreras de protección al castigar una conducta previa a la posesión o tenencia real de la cosa, y, por tanto, una conducta de menor relevancia que la posesión (de la que sería una especie de acto preparatorio o tentativa). Discutible sería también, como lo es en relación con la misma posesión, y por eso aquí con más motivo aún, que dicho comportamiento de acceso esté causando un resultado lesivo desde el punto de vista de la indemnidad sexual de un menor. Por otro lado, de aceptar la conducta de acceso intencional a la pornografía como constitutiva de delito, se plantearán muchos problemas en relación a la demostración del elemento intencional que requiere la conducta; el verificar cómo se ha introducido en una página de Internet a sabiendas de que en la misma va a encontrar material pornográfico ¿cómo se puede probar?. Difícil será demostrar el dolo en estos supuestos, por lo cual se optará por rebajar la prueba tanto del elemento objetivo —a saber, de la efectiva tenencia del material, al que accede el sujeto de forma intencional—, como del elemento subjetivo —dolo o intención precisamente de acceder a tal material, y no acceso por error— al no ser posible probar todos los requisitos del mismo.

Precisamente se pone de manifiesto esa tendencia del legislador europeo a rebajar los requisitos para la posesión y a facilitar la prueba del necesario dolo en lo dispuesto por él en el considerando (18) de la Directiva, donde se indica, a la sazón, que «podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago.» A nuestro juicio, esto puede suponer un adelanto excesivo del margen de la punición (con puesta en entredicho del principio de efectiva lesividad de bienes jurídicos), muy criticable desde el punto de vista también del principio de responsabilidad subjetiva (y aun desde el principio de presunción de inocencia).

Para concluir todas las cuestiones problemáticas que plantea la Directiva, muy brevemente se realiza una observación al artículo 21 de la Directiva. En dicho precepto, tal y como se ha señalado, se tipifica la organización de viajes para cometer actos de abuso sexual de menores. En nuestra opinión, no es una conducta que deba ser incluida en el Código penal español optando por la creación de otro tipo delictivo. Consideramos que existen tipos penales en el actual Código penal que responden al contenido del artículo 21 de la Directiva. Así, nos referimos a las conductas de explotación sexual o de trata de personas con explotación sexual, del artículo 177 bis del CP o artículo 188.2 CP.

Además, el anteproyecto prevé como única modalidad típica novedosa la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas discapacitadas (artículo 189, 4 conforme a la redacción contenida en el anteproyecto), previsión que nos parece coherente acorde a la definición legal que se da de pornografía infantil.

Por último, respecto a la pornografía virtual, definida como aquella en la que no se utiliza de ningún modo a los menores en la elaboración de material pornográfico, incluida esta modalidad tanto en la Decisión marco así como en otros textos normativos internacionales al igual que en la Directiva, el legislador penal español ha cedido a exigencias europeas e introduce en la definición de pornografía la pornografía virtual a la vez que elimina el nº 7 del artículo 189 del CP de 2010 donde se regulaba la pseudopornografía, sin que ello conlleve su desaparición, tal y como se viene reclamando por la doctrina penal, al quedar implícita en el concepto de pornografía virtual. Hay que advertir que el legislador penal español se acoge a la reserva que permite la Directiva en el artículo 5.8 de excluir la producción y posesión de material pornográfico virtual para uso propio del productor (a saber, «imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita» o

de «los órganos sexuales de un menor», en ambos supuestos con fines principalmente sexuales). En este sentido, y respecto al todavía vigente artículo 189, nº 7 CP, se estaría realizando en verdad una destipificación parcial de las conductas relativas a la pornografía virtual. Así, dicho artículo 189.7, al incluir como típico el comportamiento de «producción» del material pornográfico virtual, sin más precisiones, está abarcando también la producción para el propio uso (autoconsumo). Sin embargo, de prosperar la reforma en la línea indicada, dicha modalidad ahora sí quedaría sin duda fuera del artículo 189 y, por lo tanto, fuera del ámbito de relevancia penal.

Con la introducción en el artículo 189.1 de ese nuevo concepto de pornografía infantil, que abarca los casos de «imágenes realistas de un menor», el legislador penal español mantiene la confusión entre las expresiones «pornografía virtual», en la que no se utiliza de ningún modo a los menores en la elaboración de material pornográfico y «pseudopornografía», esto es, la producción, venta, distribución, exhibición así como el facilitar por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizado directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada, hasta el punto que el legislador en la Exposición de motivos de la reforma de 2003, califica de pornografía virtual comportamientos que en realidad lo son de pseudopornografía. Si con esta figura lo que se castiga es la utilización de la imagen y de la voz del menor, pero el menor no se ve involucrado en ningún contexto de carácter sexual ni tiene ningún contacto con los autores del delito, está claro que no se produce ninguna lesión al bien jurídico indemnidad sexual del menor. Tiene razón la doctrina en la crítica vertida sobre este precepto al no encontrar fundamento alguno para su presencia en nuestro Código penal⁴⁹, demostrando así el legislador penal español la abusiva utilización del Derecho comunitario para justificar la tipificación de determinadas conductas que no tienen encaje en el Código penal español por chocar con los principios básicos del Derecho penal, pero que responden a exigencias europeas, conforme a lo preceptuado en el instrumento normativo europeo.

⁴⁹ Vid. DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía infantil...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss; FERNÁNDEZ TERUELO, G., «La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil...», *loc. cit.*, p. 716 quien señala el criterio expansivo utilizado por el legislador difícilmente justificable en términos de ofensividad. Igualmente, GÓMEZ TOMILLOS, M., «Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-04, 2005, pp. 26 y ss.; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.A., «Delitos contra la libertad e indemnidad...», *loc. cit.*, p. 281.

V. REFLEXIÓN FINAL

En términos generales debe merecernos una valoración positiva la regulación que del delito de pornografía infantil nos ofrece la Directiva 2011/92/UE en aplicación del artículo 83 del Tratado de Lisboa. No obstante, la intervención del legislador penal español en la transposición de la Directiva al Código penal español, no ha sido muy afortunada. Dicha transposición, acorde a las previsiones contenidas en el anteproyecto de Código penal pendiente de aprobación, lleva consigo una disminución de las garantías penales ante el no cumplimiento de los principios limitadores del *ius puniendi*. Así, el principio de intervención mínima conforme al cual el Derecho penal sólo debe intervenir en la defensa de bienes jurídicos frente a conductas que realmente tengan un suficiente contenido de lesividad. Por otra parte, algunas de las deficiencias técnicas que presenta la regulación de la Directiva, transpuestas al ordenamiento jurídico penal español como, por ejemplo, el empleo de los términos «imágenes realistas» van a presentar dificultades interpretativas derivadas de la defectuosa traducción a la terminología jurídica penal española, poniendo en entredicho el mandato de determinación de las normas penales.

Lo que parece deducirse con la redacción que ofrece el anteproyecto de Código penal español en materia de pornografía infantil es que el legislador penal, con la transposición de la Directiva en materia de pornografía infantil pretende una expansión del Derecho penal, optando por una ampliación en la protección de riesgos jurídico-penalmente relevantes cuando, en realidad, en nuestra opinión, no constituyen tales riesgos, con la amenaza que supone para los principios inspiradores del Derecho penal nacional.

Por último, debemos hacer una breve reflexión sobre la contribución de esta Directiva a la creación de un Derecho penal europeo. Ciertamente, la misma supone un avance en la incriminación y persecución de este delito en el ámbito europeo, y que sin duda va a contribuir al avance en la construcción de un Derecho penal europeo garantista enmarcado en el espacio de libertad, seguridad y justicia. La creación de un Derecho penal europeo pasa por la búsqueda de un procedimiento que permita asegurar la coherencia de la política penal de la Unión y una reestructuración de los tradicionales equilibrios entre seguridad y libertad. Ahora bien, tal y como se deduce de la Directiva 2011/92/UE en materia de pornografía infantil y acorde a las políticas de la Unión, la balanza sigue inclinándose por el lado de la seguridad en detrimento del principio de libertad.

LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL Y EL TRATADO DE LISBOA.
EL EJEMPLO DE LA DIRECTIVA 2011/92/UE EN MATERIA
DE PORNOGRAFIA INFANTIL

RESUMEN: El Tratado de Lisboa ha supuesto un gran avance en la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia. Son muchas las novedades introducidas por dicho Tratado en la llamada cooperación judicial penal, con la finalidad de superar las dificultades con las que se encontraba la UE en lo referente a la armonización de tipos penales. Se plantea en el presente trabajo si el Tratado de Lisboa al reconocer el principio de reconocimiento mutuo junto a un segundo principio, el de aproximación de legislaciones penales, supone un avance en la creación de un Derecho penal europeo, para lo cual se tiene como referente un instrumento de reciente aprobación como es la Directiva en materia de pornografía infantil.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal europeo; espacio de libertad, seguridad y justicia; espacio judicial europeo; principio de reconocimiento mutuo; aproximación legislaciones penales, pornografía infantil.

COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS AND THE LISBON TREATY.
TAKING CHILDREN PORNOGRAPHY DIRECTIVE 2011/92/UE
AS AN EXAMPLE

ABSTRACT: The Lisbon treaty implied a significant advancement in the achievement of an area of freedom, security and justice. There are many innovations introduced by this treaty in the field of the so-called judicial cooperation in criminal matters with the aim of overcoming the difficulties the EU faced concerning the harmonization of different definitions of crimes. This article analyses if the Treaty of Lisbon in incorporation the principle of mutual recognition together with a second principle, the harmonization of criminal law represents a step forward in the creation of an European criminal law, in which it is an instrument regarding recently approved as the Directive on child pornography.

KEYWORDS: European criminal law; area of freedom, security and justice; European judicial space; mutual recognition principle; harmonization of criminal law, child pornography.

LA COOPÉRATION JUDICIAIRE PÉNALE ET LE TRAITÉ DE LISBONNE.
L'EXEMPLE DE LA DIRECTIVE 2011/92/UE EN MATIÈRE
DE PORNOGRAPHIE INFANTILE

RESUMÉ: Le Traité de Lisbonne a supposé une grande avance dans l'obtention de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il s'agit d'introduire des nouveautés concernant la coopération judiciaire pénale dans le but de surpasser les difficultés dans lesquel-

les l'UE se trouvait par rapport à l'harmonisation des types pénaux. La question qui se pose dans le présent travail est de savoir si d'une part, l'admission par ce Traité du principe de reconnaissance mutuelle suivi d'un deuxième principe d'approximation des législations pénales suppose une avance dans la création d'un Droit pénal européen, ayant comme référence un instrument de nouvelle approbation en matière de pornographie infantile.

MOTS CLÉS: Droit pénal Européen; espace de liberté, de sécurité et de justice; espace judiciaire européen; principe de reconnaissance mutuelle; approximation de la législation pénale, pornographie infantile.

