

EL DELITO CANÓNICO DE POSESIÓN, DIVULGACIÓN Y RETENCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL, DE PARTE DE UN CLÉRIGO

FRANCISCO JOSÉ REGORDÁN BARBERO OFM
Pontificia Università Antonianum

SUMARIO: Introducción. I. Estado de la cuestión. II. Bien jurídico-canónico protegido. III. Hacia una definición del delito de pornografía infantil. IV. Hacia una definición de “pornografía infantil”: aplicaciones al delito canónico. Conclusión

*RESUMEN: El presente artículo intenta esbozar en líneas necesariamente sintéticas el tipo de material pedo-pornográfico que podría caer bajo el paraguas sancionador del art. 6 § 1, 2º del *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, de 21 de mayo de 2010. Para ello se intentará, partiendo de un análisis sobre el bien jurídico protegido por la norma a partir del análisis del texto y de la *mens legislatoris*, pasar a analizar de modo obligatoriamente sintético las diversas posibilidades que ofrece desde un punto de vista criminológico y legal, la casuística albergada por la norma general contenida el MP mencionado.*

PALABRAS CLAVE: Delicta graviora; pornografía infantil; pedopornografía.

*ABSTRACT: This article aims to synthetically sketch the kind of paedo-pornographic material that could be included below the penalty of art. 6 § 1, 2º of the *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, from 21th May 2010. In order to this, and starting from an analysis of the protected juridical good since the text and the the *mens legislatoris*, we intend to synthetically analyze the possibilities offered by the casuistry of the general rule in that MP.*

KEYWORDS: Delicta graviora; pornography; paedo-pornography

INTRODUCCIÓN

El presente artículo es un intento de ofrecer a cuántos interese, un primer ejercicio de reflexión jurídica acerca de los delitos relativos a la adquisición, posesión o distribución de material pedopornográfico, por quienes están revestidos de la condición sacerdotal.

No encontrará el lector en estas páginas un estudio de derecho comparado acerca de estos delitos en otras legislaciones. No aprovechando algunas menciones de carácter internacional y de la doctrina y jurisprudencia de corte española -nacionalidad del autor- he querido ofrecer en estas líneas, algunas pautas de reflexión sobre la hipotética calificación de estos delitos, especialmente para quienes tienen la tarea de instruir procedimientos penales canónicos.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La pornografía infantil viene constituyendo un asunto de vital importancia y de la mayor gravedad y urgencia en la sociedad. Se estima que en el año 2017 se han quintuplicado la presencia de videos de carácter pedo-pornográficos en el universo web y se ha duplicado el número de páginas pedo-pornográficas en solo un año, desde el 2016¹. Los datos sobre las imágenes y videos que se han podido interceptar –por citar algunos– desde el año 2003 hasta el 2017, por el Observatorio Mundial contra la pedofilia, se dice que se han interceptado más de 152.000 links, desde los cuales acceder a este tipo de material, consistente en millones de fotografías y de videos –de estos últimos, baste el siguiente dato: en el 2017 se identificaron más de 985.006 videos²–.

Sin miedo a errar, podemos decir que estamos ante una verdadera plaga. Un flagelo que va mucho más allá de la degradación de la masculinidad y feminidad que ofrece la mera pornografía, además de otras consideraciones que sobre la misma pudieran hacerse. El mismo concepto de pornografía infantil, no hace justicia a la realidad que tras ella se esconde.

La mal llamada pornografía infantil, es un fenómeno que no es identificable con el de mera pornografía. Si de la pornografía se ha dicho que «es como un elefante. Resulta difícil de definir exactamente, pero se la reconoce en cuanto se

1. Cf. *Report Anuale 2017 pedofilia e pedopornografia, METER*, en <http://www.associazionemeter.org/index.php/informati/report-annuali/cat_view/2-report-annuali/41-comunicati-stampa-e-report-2017> (ref. 05/11/2018).

2. Cf. *Report Anuale 2017...*, 25.

la ve»³, en este caso, dicha expresión no sería aplicable, pues no se está ante una ficción, sino ante durísimas imágenes de uno o varios crímenes sexuales, cometidos contra un menor. Como podrá comprenderse, en el caso de la pornografía infantil a diferencia de la pornografía de adultos, el menor no es un actor. Cuanto se graba, se fotografía y posteriormente se comparte, es el horrendo abuso de un menor. En la pornografía de menores, no existe fingimiento alguno o actuación. Estamos simplemente ante un crimen.

La Iglesia Católica, desgraciadamente no se ha visto libre de esta plaga. Tras escándalos de casos de pedofilia que afectaban a sacerdotes católicos, ésta (la Iglesia) ha querido perseguir este delito con mayor rigurosidad si cabe, dotándose de algunos instrumentos legislativos, judiciales y administrativos, oportunos al caso.

Desde la codificación de 1983, la referencia en la ley a la pornografía infantil había de insertarse en el contexto del can. 1395 § 2. Con posterioridad, el papa Juan Pablo II promulgó, en el año 2001, la carta bajo forma de *motu proprio*, *Sacramentorum sanctitatis tutela (SST)*⁴, en la que se hacía referencia a los delitos cometidos contra el sexto mandamiento del Decálogo, cometido por un clérigo con o contra un menor, pero sin mayor especificación sobre la pornografía infantil.

En el año 2005, Scicluna, Promotor de justicia que fue de la Congregación para la Doctrina de la Fe (CDF), abrió una brecha, cuando afirmaba que, según la vinculante interpretación de ese Tribunal, el *delictum cum minore* no se refería sólo al contacto físico o al abuso directo sobre el menor, sino también al abuso indirecto (*e.c.* el mostrar pornografía a menores, o exhibirse desnudo frente a menores)⁵.

De igual modo, también se incluía según el autorizado parecer de Scicluna, la posesión y la descarga de internet de pornografía infantil en esta tipología delictiva. En estos casos se matizaba que el “curiosear” podía ser involuntario, mientras que la “descarga” sin embargo, difícilmente lo podía ser, ya que además de requerir una opción específica, a menudo requiere un servicio de pago

3. G. ROBERTSON, *Obscenity and the Law in Practice*, en M. A. STEWARD, *Law, morality and religions*, Reidel 1983, pág. 239.

4. JUAN PABLO II, *Motu Proprio “Sacramentorum sanctitatis tutela”, sobre las normas acerca de los delitos más graves reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe, de 30 de abril de 2001*, en AAS 93 (2001) 737-739.

5. Cf. C. J. SCICLUNA, *Procedura e prassi presso la Congregazione per la Dottina della Fede riguardo ai “delicta graviora”*, en D. CITO (Dir.), *Processo penale e tutela di diritti nell’ordinamento canonico*, Milán 2005, págs. 282-283.

con tarjeta de crédito y la consiguiente comunicación de los datos personales del adquirente⁶.

En 21 de mayo de 2010, el papa Benedicto XVI, en su ampliación al texto normativo de las *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis, de 21 de mayo de 2010 (Normae 2010)*⁷, en el art. 6 § 1, 2º establecía que era un grave delito contra la moral reservado a la CDF, la “*comparatio vel detentio vel divulgatio imaginum pornographicarum minorum infra aetatem quattuordecim annorum quovis modo et quolibet instrumento a clerico turpe patrata*”. En su § 2 del mismo art. se reza que “*clericus qui delicta de quibus in § 1 pataverit, pro gravitate criminis puniatur, non exclusa dimissione vel depositione*”. Esta formulación, vista la gradualidad de la posible pena, permite suponer que la ley canónica admite consecuentemente una graduación delictiva con respecto a los delitos de pornografía infantil. Por tanto, se ha de suponer que el Legislador, no solo contempla una línea divisoria entre lo que es y no es pornografía infantil a partir de la edad del menor que en ella aparezca (14 años), sino que además permitiría contemplar una graduación también en las diversas *factispecies* de su hipotético contenido.

Convendrá delimitar, pues, en qué consiste el tipo penal canónico de la pornografía infantil. Ello es una necesidad que exige el derecho a la garantía de la que goza el reo a la justicia y a la seguridad derivada de la aplicación de un Ordenamiento que se reputa legítimo en sí mismo y que puede ofrecer un fallo predecible por tener que aplicar norma y doctrina jurídica pública y conocida.

Se ha de tener en cuenta que, en cuanto respecta a un tema tan delicado como la pornografía infantil, no existe por parte del Legislador ningún reenvío a la doctrina civil a través del instituto de la canonización (canon 22), como si sucede, por ejemplo, en la materia contractual que se regula en el Libro V. Esto significa entre otras cosas que la praxis de la espera por parte del juzgador canónico a un pronunciamiento judicial secular en este sentido, vista la dificultad que la prueba requiere para este tipo de delito y los medios de la justicia canónica, si bien puede resultar conveniente, no es un imperativo. Esto ocurre entre otras razones, porque no lo permiten la Universalidad de la Iglesia, la variedad de orde-

6. Cf. C. J. SCICLUNA, *Procedura e prassi...*, págs. 282-283.

7. Cf. BENEDICTO XVI, *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, 21/05/2010, en AAS 102 (2010) 419-430. Sobre el particular modo de promulgación y algunas observaciones sobre las consecuencias al caso, cf. D. ASTIGUETA, *Notas al motu proprio Sanctitatis Tutela*, 2-3, en <http://www.casi.com.ar/sites/default/files/ASTIGUETA%20Notas%20sobre%20delicta%20graviora.pdf> (ref. 05/11/2018).

namientos jurídicos existentes –cada uno con sus propios criterios– y el necesario conocimiento de la ley por parte del reo y de su defensa.

Unido lo anterior a la gran preocupación que la legislación canónica muestra por el derecho a la defensa del reo⁸, de la que además da muestra en su art. 18 las mismas *Normae 2010*, hace que una pregunta surja irreprimiblemente: ¿en qué consiste el delito de pornografía infantil tipificado en el art. 6 § 1, 2º de las *Normae 2010*? ¿Qué características ha de tener para que pueda considerarse canónica y judicialmente este tipo penal? ¿Existe consecuentemente una graduación delictiva de este delito?

Estas preguntas son las que provocan la siguiente reflexión que aquí se propone.

II. BIEN JURÍDICO-CANÓNICO PROTEGIDO

Para poder empezar a esbozar una respuesta a las cuestiones con que finalizábamos el punto anterior, conviene preguntar sobre cuál es el bien jurídico-canónico protegido por el art. 6 § 1, 2º *Normae 2010*. Los límites del presente trabajo no permiten ofrecer una respuesta detallada, al menos en línea de principio, a la cuestión planteada. No obstante, conviene apuntar ya desde este momento que, de la delimitación del bien jurídico protegido que, con el paso del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia canónica vayan acuñando, dependerá una mayor y más perfilada coherencia entre el bien buscado por la norma canónica y su consecución mediante el ejercicio de la ciencia jurídico-canónica. Es decir, de una buena delimitación del bien jurídico protegido, la protección que la norma ofrezca a la casuística que plantea la realidad será siempre más ajustada a la necesidad social que la norma busca satisfacer, y a su vez se ofrecerá una mayor y más delimitada seguridad jurídica, tanto para el hipotético reo, para el órgano al que corresponda valorar el hipotético delito.

A fin de ilustrar la importancia que tiene clarificar el bien jurídico protegido para encontrar los instrumentos legislativos más idóneos, valga *e.c.*, el preguntarse visto que la descarga de material pedo-pornográfico –como se ha visto– se castiga en la legislación canónica, si ¿entraría bajo el paraguas sancionador de la norma la mera visualización *on line* que no implique descarga como modo de adquisición de un material que no llega nunca a poseerse en el sentido estricto del

8. Para un amplio estudio del derecho a la defensa en el procedimiento administrativo, cf. C. LOPEZ SEGOVIA, *El derecho a la defensa en el proceso penal administrativo*, en Anuario de Derecho Canónico 3 (2014) 73- 148.

término? O por ejemplo esta otra pregunta: ¿estaría castigada la adquisición de pornografía infantil artificial?

La respuesta razonada a este y otros interrogantes dependen necesariamente de una clarificación del bien jurídico protegido por el art. 6 § 1, 2ª *Normae 2010* para poder responder con argumentos racionales y de acuerdo con los principios lógicos del Derecho. Intentemos esbozar algunas posibles líneas del bien jurídico protegido.

La conocida *salus animarum*, fin en torno al cual se construye el Ordenamiento canónico, no es siempre un concepto perfectamente definible⁹. No obstante, todos podemos coincidir en que tal *salus* es identificable con el fin mismo de la misión eclesial. Un fin que viene puesto en evidencia por la así llamada “*norma missionis*” que es la que debe «*costantemente guidare – criticare ed innovare – l’operare giuridico ecclesiale in vista del fine identitario e quindi costitutivo della Chiesa stessa: la salvezza*».

Sin entrar en mayores abundamientos, que exceden las competencias de este trabajo, es claro que el bien jurídico determinado de una norma penal canónica debe proteger, y por tanto también la del art. 6 § 1, 2ª *Normae 2010*, un doble sistema de elementos: un elemento objetivo a todos los supuestos canónico-penales, que sería el bien sufrido toda la comunidad eclesial, como comunidad, y otro elemento subjetivo, particular, que sería el bien que sufriría el fiel particular y que resultaría al ser dañado por un crimen. Dos elementos que son inseparables: *Si un miembro sufre, todos sufren con él* (1Cor. 12, 26).

En cuanto al supuesto objetivo de la norma penal canónica, entiendo que ésta siempre contendrá como bien jurídico protegido la misma *ratio missionis* de la Iglesia. Esto es, su misma razón de existir, por tanto, ella misma. La misma eficacia de la misión de la Iglesia en este mundo debe ser perseverada de estas contaminaciones que no solo inoculan la eficacia apostólica, sino que restan e impiden que aquella pueda seguir dando sus frutos. Así lo ha recordado el papa Francisco cuando invita al trabajo sin descanso contra el abuso sexual, cuando invita a trabajar a ayunar y a hacer penitencia, y afirma: “de esta forma podremos trasparentar la vocación a la que hemos sido llamados» es decir, a la misión, a la consecución de la *salus animarum*, y ello siendo «signo e instrumento de la unión íntima con Dios [la salvación actuándose] y de la unidad con todo el género humano”¹⁰.

9. P. GHERRI, *Identità ecclesiale e Norma Missionis*, en <http://gherripaolo.eu/orali/normaMISSIONIS_13GCI_LITE.pdf> (ref. 05/11/2018).

10. FRANCISCO, *Carta del Santo Padre Francisco al Pueblo de Dios*, en <http://w2.vatican.va/content/francesco/es/letters/2018/documents/papa-francesco_20180820_lettera-popolo-didio.html> (ref. 05/11/2018).

Será labor del Legislador, como se ha dicho, adecuar las normas a la realidad social, con especial urgencia cuando “los comportamientos sociales con los que estas han de interactuar evolucionan rápidamente”¹¹. No cabe duda de que la promulgación en el año 2001 del *motu proprio SST* y la modificación operada en 2010 es respuesta a una realidad hasta entonces desconocida como era el comportamiento criminal de sujetos que revistiendo la condición clerical infligían un daño evidente a los files más vulnerables de la Iglesia, y a esta última, mediante el pecado y el escándalo infringidos.

En relación con el sujeto pasivo, para poder delimitar el bien jurídico protegido es indispensable, amén obviamente de recurrir al texto de la ley, acudir al Legislador canónico. El papa Francisco, en su Carta al Pueblo de Dios ya citada, de 20 de agosto de 2018, pone un acento indiscutible sobre el sufrimiento de la víctima. Esto es, en el menor violentado. El texto de la norma habla de imágenes pornográficas de menores. Volveremos sobre esta cuestión, pero baste en este momento por ahora insistir en que además del bien jurídico general y común a todos los delitos ya mencionados, el artículo que ahora ocupa la atención de esta reflexión centra de modo preferencial el bien jurídico protegido en la persona del menor, grabado con el fin de excitar sexualmente al pedófilo consumidor de dicha registración, fotografía, etc.

¿En qué se concreta pues el bien jurídico protegido por la norma con referencia al menor? Para iluminar asentadamente la cuestión puede ser conveniente acudir a la ciencia jurídica secular y atender al pronunciamiento del Tribunal Supremo Español que, en su Sentencia 3 de abril 2012, siendo ponente el Ilmo. Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, se afirma que el bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil, es:

“el de la indemnidad sexual -e incluso dignidad- de los menores, es decir su bienestar psíquico en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual que, en estas personas es prevalente sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por cauce de madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de una vida, por lo cual es indiferente a efectos jurídicos penales que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas.

Por ello las conductas descritas en el art. 189 tienen en común que el sujeto pasivo es un menor de 18 años (o incapaz) y que su consentimiento es no válido al existir una presunción legal en el sentido de que no concurren condiciones de libertad

11. J. I. ARRIETA, *El proyecto de revisión del Libro VI del Código de Derecho Canónico*, en Anuario de Derecho Canónico 2 (2013) 212.

para el ejercicio de la sexualidad por parte de estos, cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines pornográficos o exhibicionistas, lo que implica que un sector doctrinal considera, en cuanto al cual sea el bien jurídico protegido, que no es tanto la indemnidad sexual de la personalidad del menor, como su dignidad como menor o su derecho a la propia imagen, lo que justifica esa irrelevancia del consentimiento de los menores de 18 años que deciden intervenir en la elaboración del material pornográfico, incluso sin mediar abuso de superioridad o engaño, cuando ese consentimiento, por el contrario, si sería válido para la práctica de relaciones sexuales cuando no mediasen tales circunstancias”¹².

En este contexto además de los bienes jurídicos a los que se hacen referencia, especial interés cobrará en el caso de que el menor consintiera a ser captado o grabado, cosa que como ya hemos visto, es irrelevante, el estudio y las consecuencias si las hubiere, que este tipo de delitos pudiera tener con el favorecimiento de la prostitución infantil¹³.

III. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

A la hora de definir qué significado comporta el término de pornografía infantil¹⁴, es del todo obligado por razones obvias, mirar hacia fuera de la escasa doctrina canónica al respecto, y acudir a la doctrina secular.

12. Cf. *STS 264/2012, de 3 de abril, Roj: 2489/2012 – ECLI: ES:TS:2012:2489 – Id. Cendoj: 28079120012012100256*, Fundamentos Jurídicos, PRIMERO, en <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6347793&links=%22JUAN%20RAMON%20BERDUGO%20GOMEZ%20DE%20LA%20TORRE%22&optimize=20120427&publicinterface=true>> (ref. 05/11/2018)

13. Para un mayor estudio del bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil cf. G. IGLESIAS, *Bienes jurídicos en el delito de pornografía infantil*, en Revista Digital El derecho informático 16 (2013).

14. No se debiera, confundir en línea de principio la llamada pornografía infantil con la que pudiera denominarse como pornografía pedofílica. Habitualmente en la doctrina forense, globalmente considerada, se viene distinguiendo la pedofilia de la efebofilia, entendiendo la primera como abusos sexuales con personas impúberes menores de 12 años y la última como el mismo abuso cometido con menores entre 12 y 18 años. La horquilla de los 18 años es la que marca habitualmente en la mayoría de las legislaciones el límite por debajo del cual, podemos insertar el discurso de la pornografía infantil. La pornografía pedofílica podría entenderse como aquella que registra actos sexuales explícitos de o con menores impúberes de 12 años. Para una mejor exposición, cf. J. R. PRADA, *Abuso sexual infantil por parte de clérigos y religiosos católicos*, Bogotá 2010. O dicho de otra manera: mientras que el concepto de pornografía infantil, pudiera venir fundamentalmente limitado por un límite cronológico impuesto por la norma positiva, el concepto de pornografía

Con respecto a su significado no existe una opinión unánime, Morillas Fernández¹⁵, a quien se sigue de cerca en el presente artículo, expresa que: “tradicionalmente se ha considerado a la pornografía ejercida sobre menores una tipología o manifestación de otras conductas delictivas –verbigracia explotación infantil y trata de seres humanos– si bien es cierto que tiene cabida dentro de los términos anteriores”¹⁶.

La dificultad sobre la definición del presente delito radica, entre otras cosas, en la diversidad de tratamiento de cada uno de los distintos países. Buscando una perspectiva poco local y en la medida de lo posible, con vocación de universalidad, recogemos las siguientes definiciones que ha dado la doctrina más contemplada e internacional:

- a) Naciones Unidas definió la pornografía infantil como “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”¹⁷.
- b) El Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de octubre de 2001, encuadra el término de pornografía infantil a “todo material que muestre bien a un menor desarrollando una conducta sexual explícita, bien a una persona que aparentemente sea un menor desarrollando una conducta sexual explícita o bien represente imágenes realistas de un menor desarrollando una conducta sexual explícita”¹⁸.

pedofilia vendría limitado por un elemento fisiológico, esto es, la pubertad o no del sujeto pasivo de la acción delictiva.

15. Cf. D. L. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comitivas relacionadas con Internet*, Madrid 2005. El autor es actualmente Vicedecano de Criminología de la Universidad de Murcia y autor del completísimo estudio.

16. D. L. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático...*, pág. 63. Como hemos expresado anteriormente, en el seno de la normativa canónica, esta identificación del delito de pornografía infantil no fue identificado como tal hasta el año 2010. Previamente la doctrina lo concibió como una tipología del delito de abuso de menores. La normativa canónica nunca distinguió, *stricto sensu*, abuso sexual de agresión sexual a menores, como tampoco distinguió entre sus tipos, la corrupción de menores. El Código penal español, distingue entre agresión sexual y abuso sexual, dependiendo sustancialmente de si ha existido o no violencia o intimidación; pero en ambos casos, sin que medie consentimiento.

17. Art. 2 del *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 25 de mayo de 2000*.

18. Recomendación 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 31 de octubre de 2001, en *Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2001) 16 on the protection of children against sexual exploitation*.

- c) Más recientemente, el Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, reunido en 2010 en la isla de Lanzarote, estableció mediante convenio de los Estados miembros, que por “pornografía infantil se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales”¹⁹.

Una pregunta surgirá tras la lectura de estas definiciones. ¿Cuál es aquella definición que se acomoda más y mejor a la realidad de la sociedad eclesial para poder castigar con mayor adecuación teológica y social mediante la norma penal el comportamiento delictivo concreto? O dicho con otras palabras ¿Qué casuística delictiva se pretende abarcar con el art. 6 § 1, 2º *Normae 2010* en la sociedad eclesial? Esbozar una respuesta, que no darla, será en parte el objeto de este artículo.

IV. HACIA UNA DEFINICIÓN DE “PORNOGRAFÍA INFANTIL”: APLICACIONES AL DELITO CANÓNICO

Partamos de un hecho: el art. 6 § 1, 2º de *Normae 2010* no contempla en principio la representación simulada de los menores. El texto legal sanciona la adquisición, retención o divulgación, de expresas *imaginum pornographicarum minorum*.

El texto legal hace que la definición de pornografía infantil que más se puede adecuar al texto legal y que no tiene en cuenta la “simulación” de las que las definiciones anteriores sea la de D. L. Morillas Fernández, quién entiende que la pornografía infantil debe definirse como «toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas»²⁰.

Según esta ajustada definición, es posible detenernos en las características que debe reunir el tipo de material susceptible de ser sancionado por el art. 6 § 1, 2º *Normae 2010*. Estos, a partir de la reflexión del Profesor de la Universidad de Murcia serían:

19. Art. 20, 2 del *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, en *Boletín Oficial del Estado* 274 (12/11/2010) 94865.

20. D. L. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático...*, pág. 67.

IV.1. Representación visual

El texto canónico habla de imágenes, es decir de cualquier material visual que puede contenerse en cualquier soporte susceptible de ser representado: ora fotografías, en soporte material o digital; ora en video o DVD.

Un problema que se plantea en esta sede es la posibilidad de que se considere o no en el tipo los relatos eróticos en donde un menor o un adulto simulando voz de niño busque conseguir una gratificación sexual del auditor. Para Morillas, esta posibilidad deber ser rechazada en tanto en cuanto en esta no existe ni representación visual, ni conducta sexual explícita²¹.

IV.2. Representación real

El texto canónico habla de menores, y como hemos dicho no incluye otro tipo de representaciones, por lo que se habrán de excluir todas aquellas que muestren a menores irreales creados mediante técnicas informáticas. La pornografía técnica sería la protagonizada por mayores de la edad establecida de la ley que se hacen pasar o aparentan ser menores mediante maquillaje, vestimentas o elementos al caso que provoquen la distorsión de la realidad. En este caso al adolecer este tipo del bien jurídico protegido, no puede considerarse dentro del delito canónico de pornografía infantil, siempre que los sujetos que actuaran tales conductas sexuales explícitas tuvieran de 14 años en adelante.

Llegados a este punto conviene analizar dos tipos de material pedo-pornográfico:

El primero es el de la pornografía infantil artificial, que sería aquella creada por cualquier medio en la que aparece un menor en un contexto sexualmente explícito, pero irreal, *e.c.*, un dibujo animado²². En este caso los menores no existen, no obstante, podría considerarse legítimamente si tal tipo de material puede resultar un reclamo al uso de un menor real.

Por principio, este tipo de pornografía no entraría dentro del resguardo sancionador del tipo canónico. Dicho lo cual, cabría preguntarse si la adquisición,

21. Un problema que se plantea en esta sede es la posibilidad de que se considere o no en el tipo los relatos eróticos en donde un menor o un adulto simulando voz de niño busque conseguir una gratificación sexual del auditor. Para Morillas, esta posibilidad deber ser rechazada en tanto en cuanto en esta no existe ni representación visual, ni conducta sexual explícita. El Dr. Morillas propone que se le califique como “corrupción de menores” lo que *mutatis mutandi* podría incluirse en el delito *contra sextum* del Art. 6 § 1, 1º.

22. Cf. D. L. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático...*, pág. 69.

posesión o distribución de la pornografía pedofílica virtual pudiera ser objeto de sanción por parte del legislador canónico en un futuro.

Ha de tenerse en cuenta que no siempre será fácil por motivos de dificultad técnica, diferenciar entre imágenes reales y otras generadas informáticamente²³. De aquí que sea nuestra opinión que al menos la divulgación por parte de un clérigo, sino la adquisición y retención, de estas imágenes de pornografía artificial, podrían ser consideradas como susceptibles de caer bajo un futuro tipo penal canónico, en el caso que la comunidad jurídica y científica llegasen a considerar que realmente existe una unión entre el mundo de la fantasía y la invitación a la puesta en acto del crimen²⁴.

El segundo tipo de material pedo-pornográfico es aquel que se sitúa en los límites de la llamada pseudo-pornografía: esta es una figura intermedia entre las dos anteriores y comprende «la representación de imágenes creadas parcialmente con rasgos o características de un patrón real –el menor o incapaz– identificable»²⁵.

En este caso el sujeto pasivo no aparece completamente representado. A modo de ejemplo piénsese en un dibujo animado que mantiene relaciones sexuales con otro dibujo animado pero que posee el rostro de un menor real. En este caso, aunque el bien jurídico protegido no está íntegramente representado y, si bien es verdad, no existe propiamente el menor en tanto en cuanto violado en su intimidad sexual, si es cierto, sin embargo, que se viola de alguna manera su intimidad, la cual está amparada por el ordenamiento canónico en el can. 220, lo que no significa admitir que dicha tipología de material pedofílico, reúna las características necesarias para considerarla castigada por el art. 6 § 1, 2º *Normae 2010*.

Una última cuestión sería la de entrar a considerar si son o no pornografía infantil, «aquellos productos en los que se insertan imágenes de menores que no tuvieran carácter sexual en el contexto de una cinta pornográfica»²⁶. En este caso,

23. Cf. I. GARCÍA NOGUERA, *Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE*, en Revista de Internet, Derecho y Política 19 (2014) 105-116, en <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78835370009>> (ref. 29/10/2018).

24. A este respecto, afirma P. Esquina acerca de la relación al debate existente sobre si el comportamiento de consumo o intercambio lleva a la comisión de actos relevantes de abuso sexual dice que “es uno de los más polémicos debates en los foros internacionales, administraciones de policía y grupos de investigación criminológicas a propósito del problema de la pornografía infantil. En tal sentido, tanto las opiniones de los prácticos como la de los teóricos en la materia coinciden que en la mayoría de los consumidores de tal producto no llegan a concretar realmente sus fantasías”, cf. P. ESQUINAS VALVERDE, *El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el CP español*, en Revista de Derecho Penal y Criminología 18 (2006) 181-182.

25. D. L. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático...*, pág. 70.

26. I. MINTEGUIA ARREGUI, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Madrid 2006, pág. 411. Piénsese por ejemplo en la presencia de

puede decirse que la indemnidad sexual del menor de catorce años no queda rigurosamente dañada, por tanto, no sería un tipo que pudiera considerar el juzgador eclesiástico como constitutivo de delito. Pero no deja de ser menos cierto que el solo contexto sórdido en el que la presencia de un menor exige una especial cercanía a un ambiente totalmente desaconsejable, por ningún carácter sexual que tuviera y habida cuenta de la condición sacra del reo, esto es, la de clérigo, es nuestra opinión, no es un hecho que deba desaconsejar un futuro tratamiento de la doctrina y jurisprudencia sobre este punto.

IV.3. De un menor

La cuestión sobre qué es un menor es afrontada desde una doble perspectiva. Desde una perspectiva criminológica es opinión de Morillas Fernández que el concepto de pornografía infantil comprende a todos los sujetos menores de edad; esto es, atendiendo a la mayor parte de la doctrina criminológica europea y americana, los dieciocho años. Desde una perspectiva jurídica, en cambio, la ley canónica es clara: el límite se sitúa en los catorce años. Pero dicho límite, contempladas las posibilidades de la ley, debe ser explicitado; esto es:

- a) en cuanto a la adquisición o posesión de material pedófilo, se incurre en delito si la edad del menor que aparece registrado es inferior a los 14 años²⁷;
- b) en cuanto a la filmación o grabación podemos entender en primer lugar, que también la filmación o grabación es un modo de adquisición de dicha pornografía, siendo el límite el mismo que en caso primero, siempre que se haya adquirido tal material sin ser partícipe o colaborador necesario de dichas escenas pornográficas. En el supuesto de que el sujeto clérigo que partícipe en dichas escenas y se autofilme, o bien sea colaborador necesario para dicha filmación, entendemos que, además, se estaría incurriendo en el delito tipificado en el n° 1 del mismo artículo, y la edad pasaría a ser la limitada en los dieciocho años.

Resulta pues interesante comprobar, como el Legislador canónico quiere punir todas las conductas de lo que se puede llamar “el ciclo de material pornográfico”, que es el que va, desde la producción, pasando por la adquisición en el caso de que no se sea el productor, a su comercialización. Es lo que tradicionalmente se conoce por la doctrina jurídico penal como “incriminación en cascada”

un menor en la trama de una película pornográfica, en la que si bien no aparece en ninguna escena sexualmente explícita, aparece como figurante en el entramado del argumento.

27. En el no infrecuente caso de que existan dudas sobre la determinación de la edad del menor se deberán comenzar las investigaciones penales necesarias por medio de las oportunas pericias forenses u otros medios lícitos a averiguar la edad de la víctima.

es decir «que no se presentan espacios de desprotección penal respecto del menor que ha intervenido en una producción de carácter pornográfico»²⁸.

Puede llamar la atención que legislación canónica, contempladas las diversas legislaciones europeas y norteamericanas, en materia de pornografía infantil, coincida sólo con Alemania y Austria en situar el límite en los catorce años. El Legislador canónico habrá optado por la edad mínima a partir de la cual, una persona, según el Código de Derecho Canónico, puede contraer matrimonio y al menos en el ámbito sexual pasar a la vida adulta. En otras palabras, la norma sobre entiende que los actos sexuales registrados de carácter pornográficos a partir de catorce años gozarían de la suposición de derecho, que serían consentidos. Sobre la idoneidad o no de este aspecto, daremos un parecer posteriormente.

IV.4. Actividades sexuales explícitas

¿Qué se ha de entender por actividad sexual explícita? ¿Cabe identificar esta figura con una figura exenta de condicionamientos culturales, de usos sociales o de otros factores que sean susceptible de modificar su significación en las diversas épocas y sociedades? ¿Es identificable el concepto de material pornográfico-infantil con el de material erótico-infantil?

Al ser la legislación canónica una legislación con carácter y vocación de universalidad, la respuesta a estas cuestiones no es una cuestión baladí. Retomando la sentencia del magistrado De la Torre, se afirma que:

“nuestro ordenamiento jurídico (el español) [no] 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. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o

28. R. CARNEVALI RODRIGUEZ, *Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales*, en Departamento de estudio. Informe en derecho 2 (2012) 4.

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.

Por tanto, el concepto de material pornográfico sería el resultado de la combinación de dos criterios: el contenido exclusivamente libidinoso del producto tendente a la excitación sexual de forma grosera y la carencia de valor literario, artístico o educativo²⁹.

Como puede observarse, la definición de pornografía infantil por parte del magistrado se mueve en términos generales, acotando consiguientemente con carácter general, el concepto de pornografía y consecuentemente la propia ejercida sobre menores. Es nuestra opinión sin embargo, que ante el ordenamiento canónico, si bien es verdad que tales observaciones son absolutamente válidas en línea de principio y con carácter general, se muestran insuficientes debido a la vocación de universalidad de la Iglesia que no puede abarcar una realidad social única e uniforme, como pudiera ser a la referida en el Código Civil español y concluir sin más, que el concepto de pornografía “está en función de las costumbres y el pensamiento social” como afirma el alto ponente.

Por tanto, la figura de conducta o una actividad sexual explícita con un menor, para ser considerada pornográfica, al menos en el ámbito canónico, necesitaría un mayor explicitación.

Es evidente que dichas imágenes, han de tener un contenido exclusivamente libidinoso y tendente al a excitación sexual del pedófilo o efebófilo; que se han de mostrar de forma grosera; y que debe ser carente de valor artístico. Sin embargo, estas líneas generales, ponen en serio compromiso la labor del juzgador eclesiástico a la hora de definir con mayor precisión, valorar y ponderarla gradualidad del delito del que estamos tratando. Habida cuenta, además, de la diversa tipología forense de material pedófilo que puede ir desde «imágenes no eróticas ni sexuales en donde se muestre a menores en ropa interior [...] pero que debido al contexto o la organización de la iconografía resulte inapropiada», hasta dolorosísimas «imágenes que muestren a un niño atado, golpeado...»³⁰. Entre esta horquilla, existe todo un abanico que exige precisar qué es y qué no es una actividad sexual explícita.

¿Qué podemos pues entender por actividades sexuales explícitas? Morillas Fernández, para delimitar tales actividades, recurre a la “Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía

29. Cf. *STS 264/2012, de 3 de abril, cit.*, Fundamentos Jurídicos, Primero.

30. D. L. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático...*, cit., 200.

infantil” y al “Informe Preparatorio de la Convención sobre delincuencia en la red” del Consejo de Europa del 8 de noviembre de 2001 que señalan que bajo el tipo de pornografía infantil se comprenden cualquiera de las siguientes acciones:

- a) Contacto sexual, incluyendo el genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal; entre menores, o entre un adulto y un menor, del mismo u opuesto sexo;
- b) brutalidad;
- c) masturbación;
- d) desarrollo de conductas sádicas o masoquistas;
- e) exhibición lasciva de los genitales o el área pública de un menor³¹.

Con estos criterios, como continúa afirmado Morillas, entendemos que no todo material sexual producido en el que intervengan menores debe ser considerado necesariamente pornografía infantil. Para ello, Morillas Fernández sugiere con Taylor, una clasificación de imágenes³²:

- Indicativo: representado por aquel material que muestra a menores vestidos, sugiriendo un interés sexual por los niños.
- Indecente: el menor aparecería desnudo, aludiendo a un interés sexual por los niños.
- Obsceno. Describiría a un infante desarrollando actos de naturaleza sexual explícita.

Como podemos observar, el tipo “Indicativo” hace referencia a una cierta actitud sugerente pero que no podría considerarse dentro del tipo de pornografía infantil al faltar las actividades sexuales explícitas. Este más que censurable material podría ser castigado por otras vías legítimas que existen dentro del ordenamiento penal canónico, incluido para estos casos el posible can. 1399, pero no por el art. 6 §1 2º *Normae 2010* que ocupa la atención de este escrito.

No obstante, lo primero, las otras dos opciones reunirían sin duda alguna los requisitos ofrecidos para considerar este tipo penal y por tanto proceder canónicamente a la sanción prevista.

31. Cf. *Ibid.*..., pág. 75.

32. Cf. *Ibid.*..., ..., pág. 76.

CONCLUSIÓN

En estos momentos en dónde como hemos visto, lamentablemente en las curias diocesanas y religiosas se deben afrontar dolorosos casos que tienen por denominador común el abuso sexual, sea este perpetrado o registrado en algún tipo de material magnético para su posterior visión, este artículo ha intentado ofrecer en breves líneas un primer acercamiento a cuantos operadores del derecho tengan que abordar la casuística relacionada con la pornografía infantil. No hemos pretendido ser exhaustivos. Estas líneas apenas son una ligera “pincelada propedéutica”, si se nos permite la expresión, a fin de poner en manos de cuantos interese unas primeras reflexiones que la jurisprudencia y la doctrina penal canónicas, deberán profundizar.

Han sido escritas con el deseo de ofrecer un primer subsidio a los no pocos operadores canónicos que se encuentran realizando las así llamadas investigaciones previas, con alto conste personal. Para ellos y con el mejor deseo, han sido escritas estas líneas.