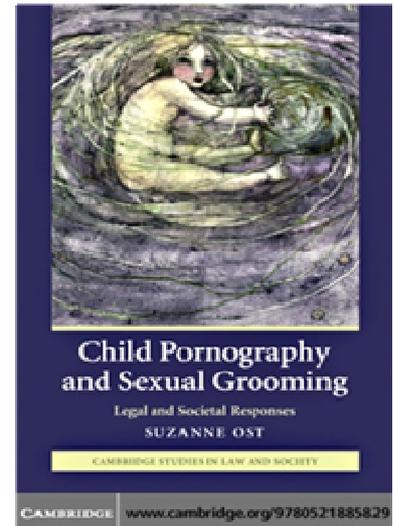


Deconstruyendo la política criminal en materia de pornografía infantil.

A propósito de la obra de Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009)¹.

Por José R. Agustina
Profesor de Criminología y Derecho penal
Universitat Internacional de Catalunya
jragustina@uic.es



I

La extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, en la reciente reforma del Código penal español (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) se acaba de introducir un nuevo artículo 183 bis mediante el que se tipifican las nuevas conductas *Grooming*, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño².

Los delitos de pornografía infantil y la nueva tipificación, en algunos países, de las conductas de *Grooming* proporcionan el marco de referencia desde el que Suzanne Ost realiza un análisis comprehensivo de los problemas actuales que, a su juicio, deberían plantearse al abordar y pretender evitar los graves daños que tales conductas

¹ ISBN 9780521885829 (Hardback); £55.00 (US \$95.00).

² «El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

ocasionan en niños y adolescentes. A pesar del considerable interés que dichos fenómenos despiertan desde muy variados puntos de vista (jurídico, criminológico, psicológico o sociológico, entre otros), no habían sido tratados en detalle con anterioridad de una forma en la que, situándolos en un contexto teórico y socio-legal, se facilitara un análisis crítico de los distintos problemas que vienen siendo objeto de intenso debate.

Para poner en antecedentes al lector, por *Grooming* puede entenderse toda acción predatoria cometida para facilitar la perpetración de un abuso sexual (pp. 32-34). En ese sentido, abarca todo comportamiento diseñado para construir una relación de confianza con un niño con el propósito, a más largo plazo, de involucrarlo en cualquier acto de naturaleza sexual. Craven *et al.* (2006) distinguen entre un tipo de *Grooming* de naturaleza física *stricto sensu* y otro de naturaleza psicológica, en el que se integrarían conductas diversas tendentes a persuadir, coaccionar o intimidar a la víctima, ya sea mediante regalos, adulaciones, distorsiones cognitivas inducidas o amenazas, para que acceda a actividades de naturaleza sexual (p. 35).

Aunque a lo largo del libro se tratan de forma yuxtapuesta los problemas que suscitan los fenómenos de pornografía infantil y *Grooming* (y se justifica su razón de ser en base a sus similitudes: pp. 46-48), apenas nos referiremos en estas líneas al *Grooming*, no sin dejar de decir que, al igual que con el resto de partes del libro, se ha tratado con rigor jurídico y criminológico, apuntando el problema relativo a la difícil aplicación práctica de las herramientas jurídico-penales: si la policía debe reunir suficiente material probatorio para que la relación *online* sea constitutiva de *Grooming*, se llegará tarde las más de las veces; o, en el otro extremo, se realizarán juicios prematuros con nefastas consecuencias. En todo caso, parece del todo impensable que las formas de reacción social ante el fenómeno lleguen a causar cierta *psicosis* entre los adultos de forma que algunos se inhiban patológicamente del trato normal con menores de forma preventiva.

Como telón de fondo, atraviesa todo el libro la discusión que recientemente, a propósito del *Sexting*, ha vuelto a reabrirse (como siempre, en primer lugar en el mundo anglosajón) sobre la autonomía y el derecho a la privacidad de los “menores adultos” en materia de libertad sexual³; así como sobre los pretendidos contenidos moralizantes de cierta legislación y algunas corrientes de política criminal en contra de la prostitución y la pornografía *in genere*. En estas difíciles y procelosas aguas se mueve Suzanne Ost, tratando de señalar algunas sombras sobre la no siempre proporcionada reacción social ante dichos fenómenos⁴. La desmedida sensación de alarma social ante la cada vez mayor proliferación de pedófilos, los estereotipos que se forman en el imaginario colectivo sobre agresores y víctimas, y las corrientes populistas o punitivistas, son en

³ Sobre el *Sexting* puede verse mi reciente artículo “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *Sexting*”, *RECPC* 12 (2010) (en prensa): disponible online, *vid.* <http://criminnet.ugr.es/recpc/>.

⁴ Qué duda cabe acerca de que, por ejemplo, se puede estar en contra del fenómeno del *Sexting* sin perjuicio de que no se considere proporcionado, en términos de política criminal, castigar penalmente al menor que, sin malicia, de forma irreflexiva, produce y pone en circulación fotografías indecentes de sí mismo. Como en la mayoría de escenarios en los que tiene lugar una colisión de derechos o deberes (en el *Sexting*, entre el derecho a la privacidad, el interés de protección del menor y la lucha contra la pornografía infantil mediante la reducción del mercado), el debate se centra en las *concretas* medidas más que en el juicio material sobre las conductas que desean evitarse.

cierto modo, según la autora, consecuencia de contemplar tales problemas de una forma desenfocada e irracional, siguiendo en este punto la descripción que efectúa Stanley Cohen de las reacciones sociales según el paradigma del *moral panics* (pp. 148 y ss.). Con tal propósito se van desgranando, con destreza analítica, prosa impoluta y ritmo acompasado, los puntos críticos al hilo de conformar un dibujo holístico de la situación, especialmente desde el plano jurídico-legal, sociológico y criminológico.

Se trata de una obra de indudable interés por la actualidad del tema y por la complejidad del mismo. En su intento de integrar perspectivas y proporcionar una visión crítica de conjunto, la autora ha realizado sin duda un esfuerzo encomiable al tratar de aunar en un mismo discurso distintas perspectivas de análisis, correspondientes a una u otra disciplina académica. El texto es así una muestra ejemplar de la tan mencionada (y tan poco practicada) *multidisciplinarietà* que debería caracterizar toda aportación criminológica. Se combina de este modo un rigor jurídico en la interpretación y puesta en contexto de las normas jurídicas (por cierto, abarcando el ordenamiento jurídico en su conjunto) junto a un análisis empírico, al aportar datos criminológicos “ajenos” (fuentes “secundarias”) y propios, mediante un análisis cualitativo de entrevistas sobre los problemas objeto de estudio; se complementan, logrando un difícil equilibrio, perspectivas legales y sociológicas sobre tales fenómenos; se traen a colación teorías criminológicas y psicológicas sobre agresores (o infractores) y víctimas; se analizan distintas legislaciones de forma comparada (especialmente la norteamericana y la canadiense, además de la inglesa).

II

En contraposición a obras precedentes en la materia, entre otras, las ya bien conocidas de Max Taylor y Ethel Quayle, *Child Pornography: An Internet Crime* (2003), así como la de Philip Jenkins, *Beyond Tolerance: Child Pornography on the Internet* (2001), el todavía reciente trabajo de Suzanne Ost se construye desde una cierta *tesis de la sospecha*, cual es, que la criminalización excesiva en los delitos relativos a la pornografía infantil se ha llevado a cabo desde la misma lógica que inspiró la lucha contra la pornografía y en contra de la liberación sexual. El libro se parte de la inconveniencia de basar la política legislativa y la práctica jurisprudencial en esta materia en ciertos estándares morales de decencia (*decency*), así como en un proteccionismo excesivo de niños y adolescentes en la sociedad actual.

En concreto, se plantean a lo largo del texto distintos interrogantes con consecuencias prácticas; a saber: (i) si no debería sustituirse el concepto de *decencia* por el de daño derivado de la *explotación* infantil; (ii) si debería des-criminalizarse (o dejar de perseguirse en algunos casos) el hecho de tomar fotografías para uso privado de las relaciones íntimas que mantengan dos “menores adultos” (casos de *Sexting* privado); (iii) si existe lesividad suficiente (de acuerdo con su equivalente funcional, *the harm principle*) en la conducta de producir material de pornografía infantil virtual (*pseudo-images*); (iv) si debería someterse a una revisión crítica el delito de (mera) posesión de pornografía infantil a la luz de una hipotética predicción de dañosidad sobre un hecho en sí mismo inocuo (*remote harm*).

A continuación nos referiremos tan sólo a algunas de las cuestiones apuntadas. En todo caso, si se observa la realidad sociológica actual de los menores (al menos en los países de nuestro entorno cultural), y la pérdida de intensidad en ciertos mecanismos de control social informal (especialmente de la familia), sorprende la defensa que se realiza, en algunas partes del texto, en favor de una mayor autonomía de los “menores

adultos”, abogándose por la no injerencia de los adultos en ese espacio de libertad y privacidad. En esa aproximación al problema, parece presumirse la bondad y efectividad del principio de que los menores sean autónomos en materia sexual, cuando, por el contrario, no existen evidencias al respecto⁵ y sí cierta preocupación social en relación a la conveniencia (en términos psicológicos, entre otros aspectos) de los niveles de precocidad sexual, embarazos no deseados e inmadurez afectiva. En todo caso, la autora abre en canal las consabidas incoherencias que se dan en gran parte de los ordenamientos jurídicos occidentales en torno a la capacidad jurídica, las prohibiciones y otros juicios *iuris et de iure* que a cada edad se refieren a la persona de acuerdo con las leyes vigentes.

III

Junto a ello, el concepto de *decencia* y los criterios jurisprudenciales que delimitan las imágenes que la sociedad considera *indecentes* se refieren al contenido del *objeto material* del delito; no al daño que se produce en la víctima o a los medios comisivos empleados a los que se aluden con el concepto de *explotación*. En ese sentido, la pretensión de abandonar un discurso moralizante choca con los innegables vasos comunicantes que, de hecho, existen entre los fundamentos del Derecho y la Moral, cuando menos desde un punto de vista valorativo en línea de principios.

En relación con los fenómenos de *Sexting*, citando la obra de Persky y Dixon (2001: 210), se llega a afirmar: *There's something deeply anomalous about a law that criminalizes the representation of a non-criminal act* (p. 66). Es decir, si dos adolescentes de dieciséis años son libres para mantener relaciones sexuales, ¿por qué debe constituir un delito su representación? A juicio de Suzanne Ost, en este aspecto las leyes sobre pornografía infantil son un ejemplo de criminalización según las teorías del etiquetaje (o de acuerdo con la Criminología Crítica), mediante el cual el *mundo de los adultos* trata de imponer mediante el castigo penal una determinada moral sexual, unos parámetros de decencia, coartando así la autonomía sexual de que deberían gozar los “menores adultos”. Si, de acuerdo con la misma ley penal, a partir de cierta edad empieza a ser válido el consentimiento del menor a efectos de ejercer su libertad sexual (en España, de acuerdo con el tipo de abuso sexual a partir de los trece años), parecería coherente que no se aplicara un trato diferenciado en relación con la pornografía infantil. De este modo se abriría una puerta a que una “menor adulta” con edad para consentir (en España, con matices, de entre 13 y 18 años de edad), no sólo realizara intercambios privados con imágenes (indecentes) de sí misma (*Sexting*), sino que las difundiera a terceros, en tanto que se la dotaría de la necesaria madurez.

IV

Por último, una consideración especial merece el brillante tratamiento y desarrollo expositivo de la cuestión del daño (Capítulo 3, pp. 103-147). Sin perjuicio de que no se compartan algunas de las tesis de fondo ya mencionadas, se realiza un

⁵ Como es sabido, en la cultura académica anglosajona, las investigaciones en ciencias sociales buscan basar sus afirmaciones no sólo en constructos teóricos sino, sobre todo, en evidencias empíricas. En este terreno, por ejemplo, se acaba de publicar un estudio sobre los *costes sociales* de la pornografía, en el que los juicios de valor (o de desvalor) se desprenden hipótesis contrastadas en evidencias empíricas (estudio disponible online; *vid.* <http://www.socialcostsofpornography.org/>).

ejercicio de dogmática aplicada, salpicada de datos y enfoques criminológicos, digno de ser resaltado. La riqueza y multidisciplinariedad de su contenido queda patente sólo con referir que por sus páginas se citan tanto argumentos de Andrew von Hirsch, Douglas Husak, Anthony Duff o Paul H. Robinson, como de David Finkelhor, Joel Feinberg o Yaman Akdeniz, entre otros ya citados anteriormente.

Pues bien, la cuestión del daño emerge como la cuestión fundamental para comprender y valorar las reacciones sociales y las respuestas legales frente a la pornografía infantil y el *Grooming*. Partiendo del conocido concepto de daño de John Stuart Mill, se analiza en detalle la construcción y argumentación del daño en sus distintas categorías: *primario*, *directo*, *remoto* y *potencial* (p. 104). Mientras las dos primeras se refieren sobre todo a la acción de crear o producir y distribuir material de pornografía infantil, las dos últimas caracterizan la (mera) acción de poseer tales materiales.

Sobre esa categorización de los distintos tipos de daño Ost realiza descripciones explicativas clarividentes, reconstruyendo los argumentos que se hallan en la base de las tendencias y aportando observaciones en torno a por qué se considera o no legítima su criminalización, tratando, en todo caso, de ser prudente al valorar las certezas logradas mediante la investigación criminológica. Las constantes citas de la jurisprudencia son del todo iluminadoras. Una de las reconstrucciones críticas se refiere al argumento en favor de la criminalización del delito de posesión de pornografía infantil, consistente en que con ella se están reduciendo los incentivos de los generadores o productores de material (*market reduction*). A su juicio, *the market reduction argument* está necesitado de contrastación empírica; concretamente, sobre la existencia de un mercado real de material de pornografía infantil. Una vez constatada su existencia, se tendría que establecer un vínculo o correlación entre la posesión (*remote harm*) y su efecto incentivador en los productores (*primary harm*), lo cual sí parece justificar su criminalización.

En este punto, a nuestro juicio, la autora no acaba de ser coherente con la no justificación posterior de la discutida criminalización de las *pseudo-images*. Del mismo modo, en otro momento trata de argumentar de forma un tanto confusa sobre la caracterización de la mera posesión como un delito sin víctima, sin resultado o sin daño (*victimless crime* o *resultless crime*): basándose en que no existen evidencias empíricas de que la pornografía infantil incite a la comisión de abuso sexual concluye que la mera posesión, en sí misma, no causa daño alguno (p. 113). De hecho, al tratar sobre la cuestión de que la mera posesión pone en peligro las convicciones morales compartidas de la sociedad viene a admitir que, en un momento u otro del debate, no puede dejarse de acudir al argumento moral, al concepto de indecencia (p. 122). Al respecto pueden objetarse dos argumentos: (i) que el daño social en que consiste la desestabilización de la *identidad normativa* de la sociedad ya constituye en sí mismo un daño⁶; y (ii) que, como indica la propia autora en otro lugar, la posesión y visualización de las imágenes viene a incrementar el daño primario o directo de las víctimas⁷.

De todos modos, volviendo al principio, muchas son las virtudes de la obra de Suzanne Ost. Contiene una revisión de la literatura académica en la materia, sin duda,

⁶ Argumento con el que se evocan las aportaciones de Günther Jakobs sobre la función estabilizadora del statu quo del Derecho penal.

⁷ En el mismo sentido, diferenciando este tipo de delitos de los delitos de posesión contra la salud pública, *vid.* Gimbernat Ordeig (en el prólogo al Código Penal de la editorial Tecnos, con motivo de la reforma legislativa en la materia).

valiosa ya en sí misma⁸ y aporta una visión y reconstrucción teórica de los problemas apuntados que, aunque discutibles en algunas de sus premisas y de sus conclusiones, pueden ayudar a depurar la argumentación jurídica y político-criminal en una materia que ha suscitado un importante debate académico y jurídico.

⁸ Por ejemplo, es del todo interesante el apartado referente a la incorporación de las técnicas de prevención situacional como alternativa a una estrategia incriminadora cada vez más punitiva o intrusiva. En este contexto, se trae a colación la importante contribución de Wortley y Smallbone (2006).