

## LOS DELITOS DE PRODUCCIÓN, ADQUISICIÓN Y TENENCIA MALICIOSA DE MATERIAL PORNOGRÁFICO COMO FIGURAS EXPANSIVAS DEL DERECHO PENAL\*

JUAN PABLO COX LEIXELARD\*\*  
Universidad Adolfo Ibáñez

### RESUMEN

El autor hace referencia a la expansión del Derecho penal como una de las notas características de la política criminal moderna. Identifica, a su vez, algunos de los riesgos que trae aparejado dicho fenómeno y distingue entre un aumento racional y funcional de la respuesta penal y otro que no lo es. Desde otra perspectiva, resalta a las figuras de producción, tenencia y adquisición maliciosa de material pornográfico como materializaciones de la dogmática penal influida por dicha realidad. Luego de destacar incoherencias intrasistémicas, imprecisiones lingüísticas, falencias técnicas, deficiencias y desarmonías penológicas y, en fin, peligros de inocuización de los delinquentes sexuales en la nueva regulación legal, califica como disfuncional la expan-

### ABSTRACT

This article discusses the expansion of the criminal law as one of the typical issues of modern criminal policies. The author identifies some of the risks coupled with such a phenomenon and makes a distinction between a rational and functional increase in the penal response and another which is neither rational nor functional. From another perspective, he stresses the figures of production, possession, and acquisition of pornographic matter as materializations of the criminal dogma influenced by such a reality. After putting emphasis on intra-systemic incoherence, linguistic imprecision, technical faults, penal deficiencies and incongruence and, finally, risks of making sex criminals innocuous in the new legal system, he labels the recent

---

\* Trabajo presentado en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales" celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

\*\* Ayudante de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar. Dirección postal: Av. Borgoño N° 16.350. depto. 419. Viña del Mar. Correo electrónico: jpcox@vtr.net.

sión que en este ámbito se ha venido generando en los últimos años. Lo anterior, agrega, encierra el riesgo no sólo de producir un Derecho penal hipertrofiado e ineficiente, sino que, también, de transformarlo en una herramienta de control social e intrusión inaceptable en las esferas de libertad de los individuos.

PALABRAS CLAVE: Expansión del Derecho penal – Riesgo – Delitos sexuales – Pornografía infantil – Producción de material pornográfico – Tenencia y adquisición maliciosa de material pornográfico.

growing expansion in this area as dysfunctional. The above implies the risk of not only producing a hypertrophied and inefficient criminal law but also making it into a tool for social control and unacceptable interference with individual freedom.

KEY WORDS: Expansion of criminal law – Risk – Sex offenses – Child pornography – Production of pornographic matter – Possession and acquisition of pornographic matter.

## I. INTRODUCCIÓN

Enfrentados a la necesidad de destacar algunas de las notas distintivas de la política criminal y de la dogmática penal de los últimos años, especialmente en lo que se refiere a sus principales preocupaciones, no sería aventurado aseverar que el fenómeno de la expansión del Derecho penal, por una parte, y el del fundamento, la regulación y las proyecciones de los denominados delitos de connotación sexual, por la otra, representan verdaderos hitos.

En efecto, y desde una perspectiva basada en las cuestiones fundamentales de que debe preocuparse la política criminal<sup>1</sup>, esto es, desde el prisma que surge con ocasión de su propia racionalidad –y de la consiguiente posibilidad de encontrar o formular criterios materiales a su respecto<sup>2</sup>–, es claro que se ha venido generando en estas décadas un aumento de la demanda social por más protección, lo que ha redundado en una impresionante ampliación del aparato penal, no siempre coincidente con las necesidades de la “autocomprensión social”. Es así como surge el fenómeno de la expansión del Derecho penal<sup>3</sup>, que caracteriza el desarrollo punitivo estatal de esta época.

Paralela a esta hipertrofia aflora la moderna regulación de las conductas sexuales<sup>4</sup>, cuyas notas distintivas se centran en un incremento de la caracterización

<sup>1</sup> Fundamental: ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2000); SILVA SÁNCHEZ, J - M<sup>a</sup>, *Reflexiones Sobre las Bases de la Política Criminal*, en J. CEREZO MIR y otros (coords), *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Tóro López* (Granada, Comares, 1999), pp. 209 - 217.

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, J - M<sup>a</sup>, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales* (Madrid, Civitas, 2001), pp. 113 ss.

<sup>3</sup> Sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, J - M<sup>a</sup>, *La Expansión*, cit. (n. 2); menos didáctico y vinculado a unas particularidades. HIRSCH, H. J., *Derecho Penal, Obras Completas* (Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 1999), II, pp. 61 - 82; HASSEMER, W: *Crítica al Derecho Penal de Hoy* (Buenos Aires, Ad - Hoc, 1998), pp. 49 ss.

<sup>4</sup> Que presentan un importante problema de fundamentación: KLUG, U., *Problemas filosófico-jurídicos y político-jurídicos del derecho penal sexual*, en *Problemas de la filosofía y de la*

como delito de una serie de conductas sexuales y en una importante elevación de las penas asignadas a figuras ya existentes, unido todo esto a una modesta despenalización de comportamientos considerados ahora como menos disvaliosos<sup>5</sup>. De esta forma, emerge con claridad la estrecha relación entre la dogmática y la política criminal, pues la primera es, a fin de cuentas, materialización de ésta.

Un punto crucial en que ambas ramas del Derecho penal convergen con fuerza en nuestro ordenamiento es en el de los delitos relativos a la pornografía, específicamente en el de producción de material pornográfico con la utilización de menores de edad (artículo 366 quinquies del Código penal) y en los de adquisición y almacenamiento malicioso del mismo material (artículo 374 bis inciso 2º del Código penal), todo ello según las modificaciones introducidas en los últimos años.

## II. NOTAS SOBRE EL FENÓMENO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Se ha convertido un tópico frecuente constatar el acrecentamiento del ámbito e intensidad con que el Derecho penal opera en la sociedad. Identificada la paradoja que esta evidencia muestra al contrastársela con la búsqueda de un “derecho penal mínimo”<sup>6</sup>, resta esclarecer cuáles son las causas del fenómeno, a fin de poder determinar la racionalidad de la reacción y prever sus eventuales consecuencias.

Parece acertado entender que en la base de la cuestión se encuentra un conjunto de factores<sup>7</sup> que afecta a algunos de los cimientos mismos de la estructura social, lo que repercute, entonces, en un cambio de enfoque respecto de las expectativas de sus componentes. Así las cosas, la sensación de inseguridad, erigida como emblema contemporáneo, ha encontrado soporte y eco en disímiles características de nuestras comunidades, volcando las aspiraciones personales y colectivas hacia mayores estándares de protección, exigiendo una cada vez más radical

*pragmática del derecho* (Barcelona, Alfa, 1989), pp. 107 - 127. En cuanto a la técnica seguida por nuestro legislador, imprescindible, RODRÍGUEZ COLLAO, L., *Delitos Sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).

<sup>5</sup> Especialmente vinculados a la homosexualidad; un documento histórico sobre el tema en BENTHAM, J., *De los delitos contra uno mismo* (Madrid, Biblioteca Nueva, 2002), pp. 75 ss.

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>: *La Expansión*, cit. (n. 2), pp. 17 ss.

<sup>7</sup> A modo de síntesis, SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>, *La Expansión*, cit. (n. 2), pp. 25 - 79; Paredes Castañón, J. M., *Sobre el concepto de derecho penal del riesgo. Algunas notas*, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo* 4 (2003), pp. 111 ss; HASSEMER, W., *Viejo y nuevo derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1999), pp. 15 ss.; GÜNTHER, K., *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal?*, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (eds.), *La insostenible situación del derecho penal* (Granada, Editorial Comares, 2000), pp. 489 - 505; completamente distanciado de las visiones precedentes: Gracia Martín, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003) y, en el mismo sentido, la presentación de la obra a cargo de Bernd Schünemann.

intervención punitiva estatal como criterio de solución de problemas.

Como fácilmente puede inferirse de lo anterior, el gran riesgo que se corre consiste en producir un sistema penal descomunal, ineficiente y abusivo. Descomunal, por cuanto esta tendencia se traduce, efectivamente, en la creación de nuevos tipos penales<sup>8</sup>, que ponen en duda en forma constante el viejo principio de la subsidiaridad y carácter de *ultima ratio* del Derecho penal<sup>9</sup> (además, claro está, de la violación del criterio de la utilidad de la intervención). Se genera, de esta forma, un verdadero gigante que amenaza con severos castigos a quienes se alejen de los cauces que la sociedad se ha trazado, sin importar en demasía si éstos obedecen a profundas convicciones o, simplemente, son el resultado de temores subjetivos irracionales, muchas veces fomentados por políticas populistas<sup>10</sup>.

De lo anterior se llega rápidamente a la ineficiencia, no entendida en relación con un análisis económico del derecho de corte utilitarista<sup>11</sup>, sino que desde la perspectiva de la incapacidad de resolver efectivamente las tareas encomendadas. Ello se debe, principalmente, a que se le encomiendan al sistema penal cuestiones que escapan a su ámbito de funcionalidad, transformándose buena parte de sus disposiciones en meros símbolos<sup>12</sup> de punición. A fin de cuentas, esto se traduce en una equiparación de las cuestiones accesorias a las nucleares<sup>13</sup>, lo que conlleva, curiosamente, desprotección.

Por último, aflora en el horizonte la posibilidad de generar un Derecho penal abusivo. En efecto, la expansión del mismo se acerca peligrosamente a lo que Foucault denomina “sociedad disciplinaria”<sup>14</sup>, que se caracteriza por la instauración de un modelo panóptico en que la forma del saber se apoya en el examen y

<sup>8</sup> En contra de esta tendencia: SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Barcelona, J. M. Bosch, 1992), p. 290; MIR PUIG, S., *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho* (Barcelona, Ariel, 1994), p. 151; MOCCIA, S.: *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflejos iliberales*, en SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup> (ed.) *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin* (Barcelona, J. M. Bosch, 1997), pp. 113 - 142.

<sup>9</sup> Con detalle: PRITTWITZ, C., *El derecho penal alemán, ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y los límites de los principios limitadores del derecho penal*, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (eds.), cit. (n. 7), pp. 427 - 446.

<sup>10</sup> ALBRECHT, P. - A., *El derecho penal en la intervención de la política populista*, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (eds.), cit. (n. 7), pp. 471 - 487.

<sup>11</sup> Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>, *Eficiencia y derecho penal*, en *Política Criminal y Persona* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2000), pp. 33 - 88.

<sup>12</sup> HIRSCH, H. J., cit. (n. 3), p. 80.

<sup>13</sup> HERZOG, E., *Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo*, en *Revista Penal* 4 (1999), p. 56: aclarado para el profesor de Berlín que la misión del Derecho penal es la manifestación de las normas fundamentales: “un Derecho penal tan amplio debe tener por objeto más detalles accesorios que un Derecho penal concentrado en el meollo de los intereses humanos vitales. En ese núcleo hay que concentrarse, pues [...] un Derecho penal en crecimiento continuo acaba perdiendo su fuerza y su estirpe nunca más será reconocida”; del mismo: *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal*, en L. ARROYO ZAPATERO y otros (coords.), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo* (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2003), pp. 249 - 258.

<sup>14</sup> FOUCAULT, M., *La sociedad disciplinaria y la exclusión*, en *La verdad y las formas jurídi-*

no en la indagación, en la vigilancia y no en la investigación. Así las cosas, esta verdadera "ortopedia social"<sup>15</sup> implica control social, lo que, a su turno, genera un saber vinculado al poder, que produce, o cuando menos profundiza, las estructuras de poder.

Estrechamente relacionado a lo anterior se encuentra el riesgo de arrasar con la delimitación, por cierto muchas veces difusa, entre un ámbito de lo público y otro de lo privado, iluminado cada uno por su propio sistema moral. Este punto, central en la teoría política<sup>16</sup>, peligra desde el momento en que el Derecho penal es visto como mecanismo de solución de controversias de diversa índole, pues de su propia naturaleza se infiere su metodología invasora. En definitiva, los márgenes de la libertad individual se estrechan en forma inversamente proporcional al aumento de la competencia penal.

De esto no cabe deducir, sin más, que cualquier fenómeno expansivo del Derecho penal es pernicioso. No debe perderse de vista que existe una realidad social dinámica que requiere una cierta regulación, y la estructura penal no es más que el reflejo de ella. Asumido esto, sea que se defienda una postura referida a la protección de la vigencia de las normas como función del derecho penal<sup>17</sup>, o una anclada en la matriz del bien jurídico, lo que debe rechazarse es el aumento disfuncional e irracional del mismo. El cómo pueda lograrse ello es complejo y seguramente implica adoptar acuerdos básicos sobre libertades fundamentales, amparadas más en aspectos ontológicos o racionales de corte universalista que en estándares limitados aplicables sólo a ciertos grupos.

### III. REFORMA DE LOS DENOMINADOS DELITOS SEXUALES

En los últimos años hemos sido testigos, en el mundo occidental en general y en Chile en particular, de verdaderos esfuerzos por modificar el panorama que presentan los delitos sexuales. De esta forma, y a la vez que la política criminal discurre sobre la expansión del Derecho penal y estudia paralelamente propuestas minimalistas, la evidencia muestra importantes reformas en la dogmática de estos delitos.

---

*cas* (Barcelona, Gedisa, 2003), pp. 95 - 120; con detalle, del mismo: *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* (México D. F., Siglo XXI, 2004), pp. 199 ss.

<sup>15</sup> FOUCAULT, M, *La sociedad*, cit. (n. 11), p. 103.

<sup>16</sup> Sobre esto, principalmente en cuanto a su fundamento y desarrollo, MILL, J. S., *Sobre la libertad* (Madrid, Orbis, 1985), pp. 30 ss.; RAWLS, J., *Teoría de la Justicia* (México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2000); RORTY, R., *Truth and Progress, Philosophical Papers* (U.S.A. Cambridge University Press, 1999), III, pp. 167 ss.; en cuanto a la génesis de esta verdadera bifurcación de moralidades, con especial énfasis en Maquiavelo y la posterior revolución romántica, BERLIN, I., *La revolución romántica: una crisis en la historia del pensamiento moderno, en El sentido de la realidad. sobre las ideas y su historia* (Madrid, Taurus, 1998), pp. 245 - 279.

<sup>17</sup> Que pese a sus debilidades -criterio para determinar qué pertenece al núcleo de la identidad normativa de la sociedad; indeterminación de los elementos desestabilizadores del mismo; e indefinición de un criterio que responda con claridad a la necesidad de imponer una pena precisa ante la lesión - no representa falencias no formulables en similares términos a la teoría del bien jurídico, SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>, *La Expansión*, cit. (n. 2), p. 117.

Así, la entrada en vigencia de la Ley N° 19.617, de 1999, supuso significativas variaciones en los tipos<sup>18</sup>, que si bien representaron avances en muchos ámbitos, terminaron concretando un sistema con bastantes contradicciones internas<sup>19</sup>, tal vez como consecuencia de la falta de un criterio rector que iluminara el proceso legislativo.

Por su parte, la Ley N° 19.927, de 2004, intensificó la voluntad legislativa por regular y castigar las conductas relacionadas a la pornografía infantil, lo que se tradujo en un texto que creó nuevas figuras penales y, de paso, aumentó la penalidad de buena parte de las existentes, entre otros cambios.

Todo lo anterior es reflejo de una efectiva necesidad por actualizar las descripciones típicas en materia sexual, intentando armonizarlas con los requerimientos mínimos impuestos, por lo que se ha dado en denominar “Estado Social y Democrático de Derecho”. No obstante, junto a esta loable finalidad, han jugado un papel decisivo cuestiones coyunturales, que han impedido concretar un texto que sea producto de convicciones teóricas firmes. Sin intentar describir el panorama global de esta realidad, conviene destacar que en la específica cuestión de la pornografía infantil esa pauta también está presente, unida a una débil fundamentación y justificación de las innovaciones<sup>20</sup>.

#### IV. DELITOS RELATIVOS A LOS MATERIALES PORNOGRÁFICOS

Dentro del elenco de delitos sexuales, los consistentes en conductas relacionadas con la pornografía revisten especial interés, puesto que han sido introducidos en los últimos años en nuestra normativa penal, de manera tal que en ellos aflora nítidamente la moderna tendencia nacional en cuestiones de incriminación y técnica legislativa.

De todas las conductas reguladas en este verdadero catálogo típico, cobran mayor relevancia dogmática (y político criminal) las contenidas en los artículos 366 quinquies y 374 bis inciso 2°, todos del Código penal. Es pertinente revisar los preceptos.

En virtud del primero de estos artículos se castiga a quien participe en la producción de material pornográfico en que hayan sido utilizados menores de 18 años. Este tipo reemplazó al antiguo artículo 366 quáter inciso 2°, y representa un cambio radical en lo que dice relación con la valoración del consentimiento del menor y, consiguientemente, con la entidad misma del bien jurídico protegido.

Por su parte, la última reforma introdujo un nuevo hecho típico, consistente en maliciosamente adquirir o almacenar material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de 18 años (artículo 374 bis inciso 2°), nove-

<sup>18</sup> Un panorama esquemático de los cambios típicos, en Cox, J. P., *Los abusos sexuales. aproximación dogmática* (Santiago, LexisNexis, 2003), pp. 69 - 95.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, L., cit. (n. 4), pp. 15 ss.

<sup>20</sup> Puede verse, a este respecto, toda la tramitación de la Ley N° 19.927, comenzando en la moción de los diputados María Pía Guzmán y Patricio Walker (Boletín N° 2906 - 07).

dad que nos pondría en la senda de legislaciones extranjeras profundamente respetadas (y admiradas) por nuestros autores y parlamentarios.

A su vez, e intentando superar las dificultades de precisar el contenido y alcance de las expresiones “pornografía” o “materiales pornográficos”<sup>21</sup>, en el artículo 366 quinquies inciso 2º del Código penal se entrega una regla respecto a qué debemos entender por ellas, para efectos de ambos artículos: toda representación de los menores dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales<sup>22</sup>.

#### V. ESQUEMA CRÍTICO DE LA NUEVA REGULACIÓN.

Sin pretender ser exhaustivos en esta materia, es necesario al menos destacar algunos de los aspectos criticables de nuestra ley penal en materia de pornografía. Para ello parece adecuado distinguir distintos niveles o estadios.

En primer término, llama la atención la sustancial innovación en materia de edad del sujeto pasivo, en virtud de la cual se le resta relevancia al consentimiento que puede prestar para participar en la producción del mentado material si aun no alcanza la mayoría de edad. Así, el precepto vigente hasta enero de 2004 situaba el límite en los 12 años de edad, lo que era bastante coherente desde el punto de vista de la sistemática interna del Código. En efecto, y de acuerdo a la regulación de las demás conductas sexuales típicas, se presenta ahora un serio desajuste, ya que un menor mayor de 14 años puede realizar libremente conductas de acceso carnal, pero participar en un material pornográfico (con eventuales acciones sexuales de entidad reducida) generará responsabilidad penal en el que lo utilice para ello, o incluso si simplemente lo adquiera o almacene.

Sinceramente no es fácil apreciar el fundamento de una disparidad de criterio tan profunda. Un ejemplo puede ilustrar alguno de los riesgos de una regulación como la que comentamos: una pareja decide tener relaciones sexuales constitutivas de acceso carnal, o de escasa relevancia, como una simple exhibición de sus genitales, a la vez que graban la actuación. Pues bien, el núcleo de la conducta sexual es impune, pero el sólo hecho de guardar el registro de ella es severamente castigado si uno de los intervinientes es menor de 18 años<sup>23</sup>.

Esto se engarza con el tema del bien jurídico protegido, ya sea que se entien-

---

<sup>21</sup> Sobre ello, Díez RIPOLLÉS, J.L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del derecho penal sexual)* (Barcelona, Bosch, 1982), pp. 277 ss.; algunos complementos o dificultades adicionales, en Cox, J. P., cit. (n. 15), pp. 182 - 191.

<sup>22</sup> Tomada con leves modificaciones 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, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, artículo 2 letra c.

<sup>23</sup> De esta forma, aun cuando se intentara una fundamentación del injusto en términos instrumentales, no es claro que la solución incriminatoria resulte adecuada, pues si lo que se intenta es evitar o desincentivar la comisión de otros delitos (lo que también es dudosamente aceptable), al menos parece prudente exigir que la conducta previa (a la consumación del almacenamiento) sea típicamente antijurídica, lo que en este supuesto no se da.

da que es la libertad o la indemnidad sexual<sup>24</sup>, no se vislumbra porqué debe existir un parámetro tan disímil a la hora de delimitar las conductas punibles. Si se estima que no hay riesgo de un eventual daño de envergadura con la práctica de conductas sexuales, el almacenar registros de las mismas no puede ser incriminado en los términos que lo hace nuestro Código.

Una alternativa para superar alguno de los problemas que se producen en este ámbito podría consistir en interpretar restrictivamente la expresión “utilizar” que emplea el legislador, de manera de reducir su alcance a las hipótesis en que el menor no consienta libremente, ya que de lo contrario no estaría siendo usado, sino que él mismo participaría. Sin embargo, existe evidencia que no fue ese el criterio rector en este punto<sup>25</sup>, sino que se pretendió vedar cualquier posibilidad de consentimiento lícito de un menor de edad.

Un segundo aspecto criticable estriba en la terminología usada por el legislador. En el artículo 366 quinquies del Código penal se castiga al que “participe” en la producción del material pornográfico. Como se sabe, esa voz tiene unas particularidades bastante específicas en materia penal, y en este contexto intenta ser una mejora respecto de la regulación anterior, que castigaba al que “empleara”<sup>26</sup> a un menor en el citado material. Una revisión somera de las expresiones lleva a concluir que se ha ampliado el tipo, porque ahora la conducta se satisface con una menor actividad del sujeto activo: basta con que participe, con que tome parte, en la producción del material, sin que sea necesario que efectivamente use al menor (por ejemplo, otro lo utiliza y él sólo participa en la producción). Además, se incrimina al que participe en la “producción” de la pornografía, lo que es bastante difuso<sup>27</sup>, ya que las labores de producción exceden con largueza las actuaciones estrechamente relacionadas con el menor, por lo que se puede participar en la producción de material pornográfico teniendo poco que ver con la actuación concreta del menor. Exigencias derivadas de, entre otros, el principio de lesividad, aconsejan intentar limitar los tipos respectivos.

También es cuestionable la técnica usada en el artículo 374 bis inciso 2º del Código penal, especialmente desde una doble perspectiva: por una parte, llama la atención que se castigue la adquisición o tenencia del material pornográfico sin necesidad de que esté destinado a ponerlo en circulación (esto es, pudiendo tener meros fines de consumo privado)<sup>28</sup>, situación que se explicaría sólo si se

<sup>24</sup> Entendida como “el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño –físico, psíquico o emocional– que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos”, RODRÍGUEZ COLLAO, L., cit. (n. 4), p. 124.

<sup>25</sup> Boletín N° 2906 - 07.

<sup>26</sup> Algunas dificultades lingüísticas –con repercusiones típicas–, en COX, J. P., cit. (n. 15), pp. 193 - 195.

<sup>27</sup> Sobre esto, COX, J. P., cit. (n. 15), pp. 193 ss.

<sup>28</sup> Contrario a incriminar tales supuestos: DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*, en *Revista Penal* 2 (1998), p. 22. En todo caso, ésta fue la solución del legislador español, que mediante la Ley Orgánica 15/2003, vigente desde octubre de 2004, incluyó un nuevo N° 2 en el artículo 189 del Código penal, en virtud del cual se establece que “El que para su propio uso posea mate-

entiende que esta figura comparte igual naturaleza que el delito de receptación, lo que es discutible<sup>29</sup>. Es cierto, en todo caso, que una exigencia tal implica dificultades serias a la hora de incriminar a personas concretas, pero el principio de mínima intervención lo hace aconsejable. Por otra parte, en la hipótesis del almacenamiento, estaríamos en presencia de lo que se ha denominado “delito de tenencia”<sup>30</sup>, con todas las dificultades que ello conlleva en el nivel de descripción, activa u omisiva, de la conducta.

En cuanto a la penalidad de las figuras, resalta la desarmonía con el resto del articulado, que de por sí presenta un elevado nivel de castigo, dado que las penas del artículo 366 quinquies se equiparan a las asignadas a los abusos sexuales del artículo 366, siendo que es notorio que el disvalor entre una y otra figura es distinto, sin que existan muchos antecedentes sobre las posibilidades de daño<sup>31</sup> en los menores no abusados.

Por último, y para no extendernos en demasía, cabe llamar la atención sobre una tendencia que comienza a vislumbrarse en nuestro horizonte legislativo<sup>32</sup> (y doctrinal), y que ya marca pautas en el Derecho de raigambre anglosajona y despierta adherentes en el europeo continental, consistente en la llamada “inocuidación” de los delincuentes sexuales<sup>33</sup>, fenómeno que desde la perspectiva de una política criminal fundada en principios como el de dignidad humana, en relación con la expansión del Derecho penal, no deja de preocupar, pues implica el desconocimiento de garantías que han marcado el desarrollo occidental de los últimos siglos.

## VI. CONCLUSIONES: ¿HAY EXPANSIÓN DISFUNCIONAL?

Expuesto lo anterior, cabe preguntarse si nuestra nueva legislación en materia de delitos vinculados a la pornografía infantil es reflejo de un proceso expansivo y, en ese evento, si forma parte de aquel que podemos denominar funcional o, por el contrario, si es de aquellos que cabe calificar de disfuncionales.

Asumidas las notas características del proceso de reforma en esta materia, y el

rial 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”.

<sup>29</sup> Con profundidad, TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual* (Pamplona, Aranzadi, 2000), pp. 128 ss.

<sup>30</sup> STRUENSEE, E., *Los delitos de tenencia*, en G. JAKOBS - E. STRUENSEE, *Problemas Capitales del derecho penal moderno* (Buenos Aires, Hammurabi, 1998), pp. 107 ss., quien profundiza, además, en las repercusiones referidas al *iter criminis* y a otras eminentemente procesales.

<sup>31</sup> Para el caso de que, por último, se busque en el daño y sus diferentes expresiones un parámetro relevante en la determinación de la pena. Sobre esto, HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania* (Buenos Aires, Fabián Di Plácido, 2003), pp. 93 ss.

<sup>32</sup> Basta para constatar esto las penas accesorias que comienzan a proliferar en este ámbito (y las que, propuestas, no han prosperado).

<sup>33</sup> Fenómeno excelentemente graficado en SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>, *El retorno de la inocuidación. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, en *Política*, cit. (n. 8), pp. 91 ss.

resultado final en que se plasmó, no cabe más que calificar nuestra normativa referente a la pornografía infantil como una evidencia expansiva disfuncional del Derecho penal.

En este sentido cabe destacar que la sensación de inseguridad se ha visto fortalecida y peligrosamente propagada por la acción de los medios de comunicación masiva que, en una extraña combinación con los agentes políticos, movidos en algunas ocasiones por intereses populistas, han intensificado el clima riesgoso. De más está agregar que este tipo de comportamiento está estrechamente vinculado con el fenómeno expansivo<sup>34</sup>, pues estos operadores actúan en la base de la estructura social, tanto en roles de mediadores (y generadores) de demandas sociales, como en otros de filtro y racionalización del debate.

Desde otra perspectiva, la técnica empleada por el legislador es bastante cercana al recurso de las presunciones, pues o bien está asumiendo que los menores en realidad no prestaron su consentimiento, o bien materializa un irracional criterio de protección. Las presunciones, junto con el relajo general de las garantías, son un factor clave en el fenómeno expansivo que venimos comentando.

Por otra parte, el castigo de la adquisición y almacenamiento de material pornográfico para fines de consumo privado representa una intromisión flagrante en la esfera de libertades individuales de las personas, que en otros ámbitos de la represión penal ha dado suficientes muestras de ineficiencia funcional. Es claro, además, que posturas como esta fomentan una cada vez mayor vigilancia hacia los sujetos<sup>35</sup>, ubicándonos en las fronteras de la “sociedad disciplinaria”<sup>36</sup>.

En definitiva, abundan constataciones que permiten aseverar que estamos en presencia de un Derecho penal disfuncional en estos tópicos, que en vez de agregar cuotas de racionalidad a la problemática, ahonda y se hace eco de las demandas subjetivas muchas veces infundadas de la sociedad, concretándose así un modelo radicalmente deficitario.

[Recibido el 31 de marzo y aceptado el 30 de abril de 2005].

---

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>, *La Expansión*, cit. (n. 2), p. 22.

<sup>35</sup> Para confirmar esto, por ejemplo, basta con dar un vistazo al Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el Boletín N<sup>o</sup> 2906 - 07, p. 16, en el que se analiza el registro y almacenamiento de información de conexiones IP de Internet. Se vislumbra la posibilidad, además, de situarnos a las puertas del desafortunadamente denominado “Derecho penal del enemigo”: Jakobs, G. - M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Civitas, 2003).

<sup>36</sup> FOUCAULT, M., *Diálogo sobre el poder*, en *Estética, Ética y Hermenéutica* (Barcelona, Paidós, 1999), pp. 59 ss., sobre todo en cuanto al rol de Bentham en relación con el panóptico.