

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 5 de mayo de 2020 [ROJ: STS 818/2020 – ECIL: ES:TS:2020:818]

LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ACUSADO POR TENENCIA DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL

1. EL CASO

La sentencia confirma la condena del reo por distribución y tenencia para distribución de material pornográfico pedófilo. En resumen, se comprobó que, en una primera ocasión, guardaba consigo un pen-drive con más de 800 imágenes y 24 videos, de escenas de menores de edad en prácticas sexuales. De la misma forma, era cierto que, utilizando su cuenta de correo electrónico, el reo ponía a disposición de otros consumidores fotografías con alto contenido prohibido. Año y medio después (abril de 2016), en un nuevo registro domiciliario autorizado por auto del juzgado, se encontraron más fotografías de la misma naturaleza antijurídica y se demostró que el reo administraba un grupo de internet, compuesto por quince miembros, en el que se habían publicado decenas de fotografías de contenido sexual de menores, muchas de las cuales representaban niños bajo situaciones de extrema violencia. No se ha evidenciado, sin embargo, que el reo estuviera involucrado en la producción de esos materiales.

La Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia condenando al autor a una pena de 7 años de prisión, además de otras inhabilitaciones y medida de libertad vigilada posterior. El acusado, notificado de la sentencia, interpone recurso de casación, alegando el amparo del art. 849.1 de la LECrim. y art. 5.4 LOPJ, y art. 189.1 b) y 189.3, a) y b) del CP, el amparo del art. 849.2 de la LECrim y al amparo del art. 24 de la CE, por vulneración de la presunción de inocencia, y del derecho a la tutela judicial, e incluso por resultar procedente un posible examen de la inimputabilidad del reo.

El Tribunal Supremo decide, finalmente, no haber lugar al recurso de casación, manteniendo así la condena del acusado por el delito de pornografía infantil. Entretanto, su fallo trae consideraciones relevantes sobre la interpretación de los tipos relacionados con el tema de la pornografía pedófila, en especial en su comisión por internet. Nuestro análisis, aunque con la desventaja de no seguir exactamente el recorrido de fundamentos que realiza la sentencia, prioriza el orden lógico del tema planteado.

2. LA POSIBLE INIMPUTABILIDAD DEL REO QUE CONSUME PORNOGRAFÍA INFANTIL

La descripción de los hechos inscrita en la sentencia ya hace, por puro sentido común, plausible la tesis de que el consumidor de pornografía infantil pueda sufrir

de alguna perturbación psíquica, con consecuencias en la imputabilidad. Admirar y promocionar la divulgación de escenas o imágenes que, como se señala en el fallo, «muestran a bebés forzados a realizar felaciones y que terminan con la eyaculación del adulto en rostro del menor y preadolescentes penetrados analmente» parece traspasar lo que serían motivaciones normales del individuo mentalmente sano. Sin embargo, los límites entre una posible enfermedad mental y la incapacidad de automotivarse frente a la norma han de establecerse con algún rigor.

En resumen, en los casos de pornografía pedófila surge la difícil tarea, como alerta STERN, de hacer a un lado los puntos de vista ideológicos para alcanzar la verdad científica (STERN, Paul. 2010: «Paraphilic Coercive Disorder in the DSM: The Right Diagnosis for the Right Reasons». Arch Sex Behav, 2010, 39: 1443-1447). En ese sentido, Derecho, Psiquiatría y Neurociencias presentan sus divergencias.

En psiquiatría se tiende a no considerar cualquier desvío sexual como «mental disorder», por ello se advierte que el interés sexual atípico no es en sí mismo una enfermedad. La posición es coherente, porque no se puede permitir que la moralidad, que dictamina lo que es un comportamiento sexual «normal», venga a interferir en lo que, psiquiátricamente, se deba considerar como un disturbio mental. No está de más señalar que la clasificación de las desviaciones basada solamente en una moral dominante fue lo que condujo, en un pasado no muy lejano, a intervenciones abyectas como el encarcelamiento de homosexuales (Portilla Contreras, Guillermo. 2019: Derecho penal franquista y represión de la homosexualidad como estado peligroso. Madrid: Ministerio de la Justicia).

El deseo pedofílico es clasificado por la psiquiatría como una parafilia, lo que denota un «intenso y persistente interés sexual diverso del interés en estimulación genital o cariños preliminares con pareja humana que presenta fenotipo normal y el desarrollo físico» (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. DSM-5, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Fifth Edition. Washington DC: American Psychiatric Publishing, 685. El «pedophilic disorder» recibe el código 302.2 [f65.4]). Pero el trastorno parafilico no significa directamente inimputabilidad, porque el individuo puede evitar la realización de su deseo bajo amenaza de reproche, es decir, normalmente conserva su capacidad de reconocer el comando de la norma penal y de autodeterminarse respecto a él.

De otro lado, si miramos el tema desde el punto de vista de las neurociencias exclusivamente, la conclusión puede ser diversa. Es ya clásica la afirmación de que anomalías en la formación cerebral, especialmente en el córtex frontal, conducen a comportamientos desviados, muchos de ellos asociados al consumo de pornografía infantil. Es clásico el relato médico de la interrupción de una parafilia acentuada de un individuo, que lo llevaba a la búsqueda de pornografía infantil, que coincidió exactamente con la reducción de su tumor cerebral (Burns, Jeffrey M. y Swerdlow, Russell H. 2003: «Right orbitofrontal tumor with pedofilia Symptom and Constructional Apraxia Sign». Arch Neurol, Mar 2003, vol. 60: 437).

Para las neurociencias, el interrogante ya no se debe plantear en términos de descubrir si la persona con defectuosa formación orgánica (el tumor cerebral) tiene o no la capacidad de resistencia a llevar a cabo su comportamiento socialmente inadecuado.

El problema está en que la neurociencia utiliza los casos de enfermedad (el tumor) apenas como paradigma para plantear que todos los comportamientos son consecuencia de la formación biológica del individuo, de manera que mente y cerebro coinciden en absoluto. Asimismo, la cuestión discutida se transfiere al problema filosófico del libre albedrío, el cual, aunque genere muchos planteamientos en materia de culpabilidad, en términos de aplicación de la norma penal ya está prácticamente decidido: la libertad de querer es una regla del juego, una suposición que debe mantenerse para sostener todo el sistema de responsabilidad penal (RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. 2018: *Livre arbitrio e direito penal*. España: Marcial Pons, 223).

Estas consideraciones, empero, no descartan la posibilidad de que cualquier individuo pueda tener comprometida su capacidad para autodeterminarse por la norma. En el caso analizado, la defensa reclama la falta de valoración de las pruebas de descargo que se han hecho para acreditar la inimputabilidad del reo, lo que habría «menoscabado su derecho de defensa y ha impedido que se le aplique una medida de seguridad, en lugar de la pena que le ha sido impuesta». El Tribunal Supremo rechaza la petición, porque esa prueba de descargo no fue puesta a valoración del Tribunal de enjuiciamiento, por lo tanto, no cabría apreciarla en el momento de casación.

El problema es meramente procesal, pero parece un tanto frágil la afirmación de que el individuo no pueda, en cualquier instancia, tener evaluada su capacidad de recibir pena. Si la legislación prevé ese tipo de examen incluso después de sentencia firme (60 CP), sobran motivos para que, en la oportunidad de un recurso de casación, el Tribunal Supremo determine la realización del examen apropiado. Es un caso-patrón en que la verdad material se ve perjudicada por el derecho procesal, cuyas reglas deberían ser más flexibles cuando se trata de la privación de la libertad del individuo. El Tribunal optó, sin embargo, por mantener las restricciones formales para el recurso de casación, de los artículos 847 a 852 LeCr, confirmados en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, el cual recomienda no admitir las alegaciones que estén «pretendiendo reproducir el debate probatorio». Una interpretación más amplia podría anular el riesgo de comprometer la finalidad de la pena, lo que no implica afirmar que el comportamiento pedófilo sea, por sí mismo, indicio de inimputabilidad.

3. LA TESIS DEFENSIVA: LA DIVULGACIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO COMO ÚNICA FORMA DE ACCEDER AL MATERIAL QUE SATISFACE LA ADICCIÓN

Aunque objeto de consideraciones muy laterales por parte del Tribunal Supremo, la defensa del condenado levantó la tesis de que, en el cotidiano de los grupos pedófilos, la puesta en publicidad de material pornográfico funciona como único modo para acceder a nuevo contenido de esa naturaleza. Allí, por lo que se entiende de la

descripción de la sentencia, la tesis defensiva no sugiere directamente la inimputabilidad, sino que avanza hacia otro campo de la responsabilidad: si se puede exigir del usuario, en ese contexto, una conducta diversa. Al final, el contenido pedófilo no se compra con dinero, sino con más pornografía.

La tesis está anclada, en un primer momento, en que la simple posesión de material pornográfico, en el ordenamiento español, no es punible. Con esa premisa, el constructo defensivo es razonable, porque hace remitir a la especificidad orgánica de los clubs y grupos de pornografía en internet. Contemporáneamente, es casi imposible encontrar pornografía infantil fuera de ese hábitat electrónico y virtual.

Ello no significa, sin embargo, que la tesis exculpatoria de la defensa debiese ser inmediatamente aceptada. Al final, existen elementos específicos, ya estudiados por la criminología, que apuntan a una culpabilidad tal vez más intensa que las ordinarias relaciones de compra y venta de material pornográfico a cambio de dinero: los esfuerzos del grupo pornográfico para mantenerse en la ilegalidad, con un dolo específico de enfrentar el ordenamiento jurídico por largo plazo.

Es verdad que se suele exigir el aporte de nuevo material para poder acceder a grupos pedófilos, muchas veces en cantidades masivas. Se hizo conocido, por ejemplo, el caso del club Wonderland, en que se exigían más de 10.000 fotografías inéditas para incorporarse a tal hermandad criminal. Si bien eso se puede remitir a la exculpación del aporte de material, como condición ineludible para llegar a consumirlo, la interpretación opuesta parece más realista.

La criminología revela que, en esa política de aporte de cada miembro, el grupo acaba por subir a internet mucha más pornografía de la que puede uno utilizar (TAYLOR, M. y QUAYLE, E. 2003: *Child Pornography: an Internet Crime*. Routledge, 6). Eso significa que existe un dolo de pertenencia al grupo mucho más intenso que la simple demanda por nuevos materiales, con lo cual la transgresión y la convivencia con los pares asumen especial relieve en ese contexto. El tan repetido aporte de fotografías se podría definir más bien como una especie de peaje que verifica si el candidato a nuevo miembro no es un simple curioso, que ofrece riesgo futuro de delación, o un posible agente encubierto.

De ese modo, aunque la Criminología, como ciencia de comportamiento social, pueda explicar el funcionamiento orgánico de grupos de pornografía infantil, el derecho penal no puede exculparlo. Por el contrario, técnicas más modernas de persecución penal, como la disminución de la pena por delación premiada, serían marcos importantes para controlar la diseminación de los clubs y de los foros de pornografía infantil.

4. LA PROPORCIONALIDAD DE LA CONDUCTA

Tema distinto, sin embargo, es la falta de proporcionalidad que existe en el artículo 189 del Código Penal vigente, al equiparar las conductas de producción de material

pornográfico (a) y de su mera divulgación o posesión para fines de divulgación (b). Esa equiparación, con el mismo desvalor (pena de uno a cinco años) para conductas de gravedad distinta, es lo que da origen al problema hermenéutico sobre la aplicación del tipo agravado del apartado a) del art. 189.3, tal y como regía en la fecha de cometerse el delito, es decir, el «carácter particularmente degradante o vejatorio» de los hechos.

Además de la interpretación literal de la circunstancia agravante, lo nodal de la hermenéutica está en hacer un quiebre entre lo que es «es el primer escalón productor o distributivo» de pornografía infantil y, por consecuencia, un peldaño más abajo, en el que están los que se limitan «de forma exclusiva a su intercambio». La aplicación de la circunstancia agravante que aparece, a causa de los mentados «vaivenes legislativos», en el actual apartado b) del artículo 189.2, del CP, restringidas a la producción del material pedófilo, es un indicio claro de que hay una diferencia valorativa aguda entre las conductas de producción y de tenencia con fines de distribución. Esa distinción, sin embargo, por debida proporcionalidad, debería estar trasladada al tipo base.

5. CONCLUSIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo hizo un buen análisis de lo que es el grave crimen de distribución de pornografía infantil, en tiempos de internacionalización del delito y de facilitación de tecnologías para la formación y ocultamiento de grupos pedófilos. Sin embargo, la oportunidad de comprobación de la eventual inimputabilidad no debería, en nuestra opinión, ser acotada por temas procesales. Se podría utilizar de la debida flexibilización del derecho adjetivo en aras de buscarse la verdad real sobre la capacidad de pena, aunque sea en la fase procedimental avanzada del recurso de casación. Por último, hay que plantearse si la equiparación de penas a las conductas de producción de material pornográfico y a su simple tenencia para distribución resulta constitucional, con relación al principio de proporcionalidad.

Carolina CHRISTOFOLETTI
Alumna de pregrado de la Universidad de São Paulo (USP)
Becaria de la USP
Fue investigadora en pregrado en USA, bajo dirección
de la profesora Lina Mariola Díaz Cortés
carolina.christofoletti@usp.br

Víctor GABRIEL RODRÍGUEZ
Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo (USP)
Profesor del Programa de Doctorado de la USP
Becario de la Fundación Carolina — España, 2020
Becario CAPES — Brasil/España 2021
victorgabriel@usp.br