

Doctrina



Pornografía en Internet

Nieves Sanz Mulas

Profesora de Derecho penal
Universidad de Salamanca

Revista Penal, n.º 23.—Enero 2009

RESUMEN: Si hay un uso ciertamente denostable de las nuevas tecnologías, ese es, sin duda, su uso como vehículo para comerciar con pornografía infantil. Un mercado creciente, en el que ya no se persigue el lucro económico como fin último, sino la mera satisfacción de los más mezquinos instintos sexuales. Una terrible práctica que roba la infancia, y la inocencia, a miles de niños a nivel mundial, para satisfacer a quienes han encontrado en Internet el mejor aliado, y sin necesidad de renunciar a la comodidad y el anonimato que les brindan sus propios hogares. El Derecho penal, tanto nacional como internacional, es evidente, tiene ante sí un gran reto.

PALABRAS CLAVE: Pornografía infantil. Nuevas Tecnologías. Internet. Derecho penal español. Derecho penal internacional.

ABSTRACT: If there is an use certainly aberrant of the new technologies, that is, undoubtedly, his use like vehicle to trade with infantile pornography. An increasing market, in which already the economic profit is not prosecuted as last purpose, but the mere satisfaction of the most mean sexual instincts. A terrible practice that steals the infancy, and the innocence, from thousands of children worldwide, to satisfy to those who have found in Internet the best ally, and without need to resign the comfort and the anonymity that offers to them his own homes. The Criminal law, both national and international, it is evident, has in front of him a great challenge.

KEY WORDS: Childish pornography. New Technologies. Internet. Spanish Criminal Law. International Criminal Law.

SUMARIO: I. Introducción. II. la pornografía infantil y la eclosión de Internet. III. Tras el concepto de pornografía infantil. IV. Las posibles conductas pornográficas y su tipificación. V. Leyes internacionales contra la pornografía infantil. VI. El delito de pornografía infantil del art. 189 CP. VII. Delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen del menor objeto de pornografía. El delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP). VIII. Conclusiones valorativas. Principales obstáculos a salvar.

I. Introducción

Cada año se cuentan por cientos de miles los niños y niñas que «trabajan» en el lucrativo negocio del sexo infantil, la prostitución y la pornografía. Un fenómeno acrecentado con la aparición de las nuevas tecnologías. Éstas, sin duda, han traído consigo innumerables beneficios a

nuestras vidas, y avances a nuestras sociedades, pues la facilidad de las comunicaciones es uno de los datos más relevantes de nuestra Era, la de la Tecnología. Los teléfonos móviles se han convertido en un bien ya casi imprescindible, al igual que los ordenadores y las conexiones de Internet. Quien hoy no está bien comunicado, es como si no existiera¹. Ahora bien, estas nuevas tecnologías pueden

1. Según el informe presentado en mayo de 2006 por el Observatorio de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información de Red.es, la evolución del número de usuarios de Internet en España es espectacular y entre 1996 y 2006 pasó de 24.000 usuarios a más de 21.000.000 (48% de la población, aproximadamente). Los que más navegan por la red, el 80%, son los jóvenes

Revista Penal

Pornografía en Internet

convertirse también en nuestro enemigo, dado que el uso de ordenadores e Internet ha abierto nuevos horizontes también a los delincuentes, incitando su imaginación, favoreciendo su impunidad y potenciando los efectos del delito tradicional. Uno de esos malos usos, o mejor dicho el peor de todos, a nuestro juicio, es su uso para la difusión de la pornografía infantil².

En el año 2001, ANESVAD (Organización no Gubernamental para el Desarrollo sin fines de lucro) puso en marcha una campaña de investigación y sensibilización sobre la pornografía infantil en Internet denominada «Nymphasex» (<http://www.anesvad.org/nymphasex>), publicándose una supuesta página pornográfica en la que se ofrecían una serie de «servicios con menores». La web se promocionó de todas las formas posibles durante 15 días con el objetivo de comprobar la reacción de todos los sectores implicados, con el problema de la pornografía infantil y los resultados fueron, sin duda, reveladores: 6.000 personas visitaron el sitio (400 entradas diarias de media); 542 visitantes accedieron de forma regular con el fin de comprobar si la web ofertaba nuevos servicios; cerca de 200 usuarios incluso dejaron su dirección de correo electrónico para que se les informara sobre las novedades. Transcurridos unos meses, concretamente, en enero de 2002, comenzó una segunda fase. La web permaneció colgada, sin ningún tipo de publicidad, únicamente dada de alta en los diferentes buscadores que existen en Internet. El propósito era comprobar si los usuarios eran capaces de encontrar este sitio, averiguar de dónde accedían y tratar de concienciarles de la problemática de la pornografía infantil. A lo largo del año 2002, las entradas totales en Nymphasex superaron las 49.000 con una media de 4.000 al mes (usuarios únicos ya que es muy difícil que

entren más de una vez al comprobar que realmente no es una web con contenidos pedófilos). Los que más visitaron la web fueron Estados Unidos con 20.602 entradas (41,96%) y España con 18.335 (37,34%)³. Un delito que no deja, ni mucho menos de crecer, pues según la Memoria de la Fiscalía 2006, los delitos relacionados con la pornografía infantil conllevaron 294 procedimientos, lo que supone un aumento del 48,8% respecto al 2005⁴.

La pornografía infantil, ahora más que nunca, se ha convertido en un problema con claras dimensiones internacionales, pues la irrupción de las nuevas tecnologías ha transformado completamente las pautas de su producción y difusi n⁵. Porque, tal y como nos recuerda RODRÍGUEZ GÓMEZ, «Internet se ha convertido en un vehículo rápido, cómodo, barato y seguro para transportar mercancía ilegal muy apetecible para algunos... Miles de ficheros y vídeos con imágenes pornográficas de menores, con fotografías extremadamente violentas de niños y niñas sometidas a abusos sexuales, violaciones, torturas y prácticas s dicas especialmente degradantes, circulan las 24 horas del día por la Red. Este material es visualizado y después descargado por un gran número de usuarios, cómodamente desde sus casas o desde sus trabajos, en cualquier lugar del mundo»⁶.

Esto es, lo que antes se llevaba a cabo en el oscurantismo de la perversión, ahora se ha convertido en una práctica casi común, donde no se necesita más que un ordenador y una conexión a la Red para acceder a infinidad de páginas *web* con contenidos pedófilos. O lo que es lo mismo, y ahora en palabras de MORALES PRATS, «el vídeo casero y la implantación de Internet ha convertido la pornografía infantil en una sofisticada industria casera al al-

de entre 15 y 24 años. La conexión suele realizarse principalmente desde sus hogares y puestos de trabajo, aunque Internet en las aulas gana protagonismo. *Vid.*, en www.lafllecha.net.

2. Según una encuesta realizada en el año 2002 en el portal MSN, y con el 40% de los votos, los usuarios consideraron que la difusión de fotografías o vídeos de menores de edad a través de Internet es el fin más condenable que puede llegar a dársele a la conexión a la red; incluso por encima de otros factores como los virus informáticos y la falta de seguridad (32%), la lentitud (15%), la posibilidad de ser espiado (12%) o el SPAM. *Vid.*, en www.delitosinformaticos.com. Quizás por ello a lo largo del pasado 2007 sólo la Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional recibí más de 7.000 correos electrónicos, denuncias y avisos relacionados con posibles delitos de pornografía infantil. *Vid.*, en www.20minutos.es.

3. www.anesvad.org/nymphasex.

4. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2007.

5. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», en MORALES PRATS-MORALES GARCÍA (Coord.), *Contenidos ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, n  8, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 95. De hecho, en la actualidad existen alrededor de 4 millones de zonas virtuales donde existe la posibilidad de acceder a material pornográfico elaborado con menores y cada día se crean 500 sitios nuevos. Alrededor del 60% (2.400.000 aproximadamente) de estos sitios web son de acceso privado, y están alojados principalmente en países con grandes diferencias económicas pero con desarrollo tecnológico suficiente (Rusia, Brasil, etc.); pero al mismo tiempo existen gran cantidad de pequeños grupos que intercambian millones de fotografías con la única finalidad de actualizar las colecciones que cada uno tiene. La cuota media de acceso a cada una de estas páginas de pago ronda los 40 euros mensuales, con unas 1.000 visitas diarias y una media de 10 nuevas altas mensuales. Las cifras estimadas son escalofriantes: este mercado genera alrededor de 960 millones de euros al mes en todo el mundo. *Vid.*, en www.anesvad.org/informe.pdf.

6. RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., «Tráfico, explotación y venta de menores», en SANZ MULAS, N., (Coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, p. 189.

cance de muchos»⁷. Y si hay más consumidores, obviamente, hay más producción...⁸.

Y sírvanos como ejemplo al respecto, el que el pasado 1 de octubre, en la operación «Carrusel» fueron detenidas 121 personas en la mayor operación contra la pornografía infantil desarrollada en España hasta el momento. Hay 96 imputados bajo sospecha y en ella han participado 800 agentes. Las investigaciones, que comenzaron en julio del año pasado en Brasil, ha puesto punto final a una de las mayores redes de intercambio de ficheros, más de 18.000 conexiones correspondientes a proveedores de acceso a Internet radicados en 75 países, en las que se distribuían numerosos archivos de contenido pedófilo. Con estas últimas detenciones ya se ha elevado hasta casi los 400 el número de personas detenidas por distribución de pornografía infantil desde el pasado mes de enero. Según datos de Interior, en todo el año 2007 fueron detenidas por este tipo de delitos 468 personas, mientras que en 2006 se iniciaron procedimientos penales contra otros 294 pederastas. Es decir, casi un incremento del 100% en tan solo 12 meses. Y los datos incluso son más impresionantes si se comparan con años anteriores, pues los balances anuales de criminalidad y delincuencia realizados por el Ministerio del Interior reflejan que los detenidos por estos delitos se incrementan año tras año de manera espectacular: en 2003 fueron 52, frente a los 468 de 2007, lo que significa un aumento cercano al 400%⁹.

II. La pornografía infantil y la eclosión de Internet

1. El paso del usuario consumidor a distribuidor

La década de los 70 significó el apogeo de la producción comercial de pornografía infantil en el mundo occidental, siendo Dinamarca, Holanda y Suecia los principales productores. Con el inicio de los 80 comenzó la prohibición gubernamental de estas prácticas, creciendo en los 90 con la adopción de medidas legislativas prohibitivas y el impulso de la represión penal sobre las actividades de producción, difusión, exhibición, distribución e, incluso, posesión de material pornográfico infantil. Actualmente, la tendencia es la del tráfico de pornografía infantil no motivado por cuestiones lucrativas o comerciales, esto es, el incremento del intercambio de material entre pedófilos, algo que han facilitado, y facilitan, las nuevas autopistas de la información (Internet), donde los propios usuarios pueden introducir material y convertirse en difusores del mismo¹⁰. En definitiva, se ha pasado de la elaboración y producción de material pornográfico infantil comercial y organizada, a la «amateur», doméstica y, por tanto, descentralizada¹¹. Una evolución a la que también ha contribuido el denominado «turismo sexual», pues los hechos nos demuestran que buena parte de la elaboración de este material pornográfico se lleva a cabo por

7. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 96.

8. Antes era una tarea rudimentaria consistente en el envío de fotografías y vídeos casi secretamente por correo tradicional, cuidando de no poner datos postales reales que pudieran delatar la identidad tanto del comprador como del vendedor. Ahora cualquier persona que posea un ordenador capaz de convertir un vídeo o una fotografía a formato digital, sumado a mínimos conocimientos de diseño *web*, está en condiciones de tener un sitio dedicado a la difusión de este tipo de material. Y estos medios, hoy por hoy, están al alcance de millones de personas en todo el mundo. Lógico pues que los sitios *web* se hayan convertido en el estandarte de los pedófilos. *Vid.*, en www.delitosinformaticos.com.

9. <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/10/01/espana/1222857526.html>.

10. El 40% de las zonas que contienen material sexual con menores son gratuitas y son las que más están proliferando, pues son muchos los portales que ofrecen espacios para que cualquier usuario pueda colocar páginas personales sin coste alguno. Una facilidad de la que se aprovechan los aficionados a la pornografía infantil para crear sitios en los que poder intercambiar material sin ánimo de lucro alguno. Las comunidades son otros espacios de fácil creación y también gratuitas. En ellas se reúnen personas con afinidades comunes, y el administrador puede controlar y discriminar quien entra a formar parte de ellas, lo que a su vez dificulta que se puedan localizar los contenidos ilegales. En la mayoría de los casos, para formar parte de estas zonas se exige tomar parte activa; o lo que es lo mismo, los miembros deben compartir pornografía infantil con el objetivo de ir renovando los archivos comunes. Los usuarios que no compartan material en el tiempo establecido por el administrador son expulsados. Esta situación provoca que el consumidor de pornografía infantil se convierta, al mismo tiempo, en distribuidor. *Vid.*, en www.anesvad.org/informe.pdf

11. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 99. Y es que ahora los pedófilos y pederastas no tienen porqué acudir directamente a un servicio de pago, sino que pueden encontrarse en foros, canales de chat, subir sus archivos por medio de un FTP a un *hosting* gratuito o utilizar programas de archivos compartidos P2P (*peer to peer* —punto a punto o de igual a igual—) tales como *KazzaA Media Desktop*, la red *Gnutella*, *Emule*, *Edonkey*, *BitTorrent*, etc. Gracias a este sistema, los usuarios interesados pueden acceder al material que el resto tiene en sus discos duros como si se tratase de una enorme base de datos y con una clara ventaja: no pueden ser localizados ya que no hay identidades individualizadas, sólo equipos que comparten información. De otra parte, el chat y otros servicios como *MySpace* han servido para que los pedófilos entren en contacto directo con menores, lo que sin duda agrava enormemente el problema. Ahora bien, no es menos cierto que estas vías también han sido de mucha utilidad para localizar a pederastas en varios puntos del mundo y detenerlos. El *KazzaA Media Desktop* es actualmente es uno de los más utilizados, si bien tiene un «inconveniente»: el *SpyWare*, o programas que recopilan información sobre el usuario sin que éste se dé cuenta. Para evitar el uso de *SpyWare* puede utilizarse una versión modificada llamada *KazaAlite*. *Vid.*, en MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil, Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Colección Monografías de Derecho Penal, 4, Dykinson, Madrid, 2005, p. 97.

Revista Penal

Pornografía en Internet

turistas que se relacionan sexualmente con menores en los países que visitan, principalmente asi ticos¹².

Y es que Internet permite a cualquier usuario intercambiar información con más de 1,2 billones de personas (18,9 % de la población mundial)¹³, por lo que se hace sumamente fácil convertirse en productor, difusor o receptor de material pornográfico infantil, y todo ello desde el mayor de los anonimatos¹⁴. Ese sea quizás el motivo por el que se trata del delito más cometido en la Red (50% del total)¹⁵. El usuario puede inventarse una identidad, o no aportar identidad alguna, lo que dificulta sobremanera la identificación de la fuente o el origen del material pornográfico, pues las técnicas de «enmascaramiento» de la identidad cada vez son más sutiles¹⁶.

Tampoco podemos, ni debemos, olvidar la contribución de la telefonía móvil a este «mercado», pues en muchas ocasiones el intercambio de imágenes y videos se produce mediante mensajes *SMS* o *MMS*, generalmente mediante tarjetas de prepago que hasta el mes de noviembre de 2007 eran completamente anónimas, pues el día 9 de dicho mes entr  en vigor la *Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicaciones* (BOE 19 octubre de 2007). Esta Ley permite a la policía conocer la identidad de los titulares de las tarjetas prepago de teléfonos móviles en el marco de una investigación, pues obliga a los operadores de telefonía móvil a conservar los datos que permitan rastrear el destino y el origen de una comunicación, así como la identidad de todas las personas implicadas en ellas; una exigencia que, obviamente, nunca se aplicará al contenido de la comunicación. Las compa as tendrán que conservar esos datos durante 12 meses desde el momento en que se produzca la comunicación, y solo se conservarn los necesarios para identificar su origen y destino, la hora, fecha y duración, el tipo de servicio y el equipo de comunicación utilizado por los

usuarios. Asimismo, se exige a los operadores que abran un libro-registro con las identidades de los compradores de las tarjetas prepago. Las críticas, lógicamente, no se han hecho esperar por los gastos que esto supone, y que deben asumir en exclusiva las compa as telefónicas.

Ahora bien, todo lo hasta ahora apuntado no significa que la pornografía infantil sea un delito informático en el sentido jurídico del término, pues se trata de una modernización de antiguas formas delictivas y no de un tipo informático de naturaleza propia¹⁷. Esto es, la pornografía infantil siempre ha existido, lo que ocurre actualmente es que ha encontrado en la informática un medio de expansión que antes no existía.

2. La protección de los menores frente a los peligros de la Red

Frente a estos peligros, las normas de autorregulación de usuarios y operadores de la Red aconsejan aumentar las medidas de autoprotección para los usuarios menores, mediante técnicas de bloqueo que se incorporan a los programas *software*, pero que, sin embargo y al mismo tiempo, también son fáciles de vulnerar por menores con determinados conocimientos informáticos (y en la Era de la tecnología no es raro que así sea).

a) Los peligros

Y es que en el ciberespacio los menores, tal y como nos recuerda PEÑA MERINO, pueden enfrentarse a distintos tipos de riesgos¹⁸:

— *Contenidos inadecuados*: pornográficos, violentos, racistas, sectas, relacionados con drogas, etc.¹⁹.

— *Abuso físico*: no es difícil que el menor se encuentre, por ejemplo mientras chatea, con invitaciones de personas que desean citarse con ellos. El potencial contacto con pedófilos es uno de los peligros más importantes.

12. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 99.

13. Según las Estadísticas Mundiales de Usuarios de Internet actualizadas a 30 de septiembre de 2007. *Vid.*, en www.internet-worldstats.com.

14. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 99.

15. www.monografias.com.

16. Se pueden utilizar *nonymous remailers*, que permiten el envío de *e-mails* sin remitente. Los *remailers*, de su parte, suponen el uso de servidores de correo electrónico intermedios entre el remitente y el destinatario final, de forma que el remitente envía un mail a un servidor que, a su vez, lo reenvía al destinatario final sin que aparezcan los datos del remitente. Con la utilización de los *computer bulletin boards* (tableros de anuncios de ordenador) es posible mantener conversaciones sin necesidad de licencia o registro. Y también caben, de igual modo, las comunicaciones *on line*, con la inclusión de imágenes, a través de los *chats*, mediante los cuales los menores pueden mantener contextos sexuales con adultos. *Vid.*, en MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 100.

17. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, *op. cit.*, p. 112.

18. www.deltosinformaticos.com.

19. Según algunas fuentes, los 11 años es el promedio de edad de la primera exposición de los menores a contenidos pornográficos en Internet, hallándose entre los 12 y los 17 años el segmento de consumidores más importante. El 80% de los menores entre 15 y 17 años tuvo múltiples exposiciones a contenidos de sexo explícito. El 90% de los menores entre 8 y 16 años sólo accede a la pornografía a través de Internet (la mayoría mientras hace las tareas escolares). Finalmente, los menores reconocen al 26% de los personajes (dibujos animados, comics, etc.) que son empleados para crear enlaces directos a contenidos pornográficos. *Vid.*, en www.monografias.com.

— *Acoso*: a través del correo electrónico, foros, chats, etc.

— *Información personal*: los menores son más ingeniosos y por tanto, en términos generales, más proclives a facilitar cierto tipo de información personal que les puede poner en peligro a ellos y sus familias²⁰.

b) Las posibles soluciones

De su parte, algunas de las soluciones, nuevamente según PEÑA MERINO²¹, son:

— Utilización de *software de filtrado*, que impide el acceso de menores a determinados contenidos. El problema es que no son del todo fiables porque no son capaces de bloquear correctamente muchos de los temas que se les indican. En todo caso, se usan tres formas básicas: *el reconocimiento de palabras clave*, que restringe el acceso a todas las páginas que contemplan la palabra elegida (ej., sexo); *la confección de listas negras*, como forma de evitar el acceso a determinadas páginas webs de contenido inadecuado (pornográfico, racista, etc.), pero que tampoco es muy eficaz por lo cambiante del ciberespacio, dado que cada día surgen nuevas páginas y se cambian las ya existentes; y *métodos relacionados con la tecnología PICS (Plataforma para la Selección de Contenido en Internet)*, un sistema novedoso que pretende etiquetar los contenidos de Internet bloqueando el acceso a los que clasifique como inadecuados. Ahora bien, para su eficacia sería necesario que la ley obligara a etiquetar todo el contenido que se publicase en la Red. Este software también puede limitar el tiempo que el menor puede navegar en una sesión y registrar los sitios que ha visitado.

— *La educación*: educar a los menores en el uso de Internet como responsabilidad principalmente de las familias. Los medios son diversos: establecer límites de tiempo en el uso de Internet y del propio ordenador; acompañar al menor cuando navega por Internet; enseñarle a no facilitar información personal a desconocidos (por ejemplo, el nombre, la dirección, dirección de e-mail, etc.); aconsejarles no participar en charlas agresivas o amenazantes que le hagan sentir incómodo; controlar las relaciones que los menores hagan a través de Internet, etc.,

— *Líneas directas*: organismos con los que se puede contactar para informar de la existencia en Internet de contenidos ilícitos. Las más conocidas son la NLIP de Holanda y la *Internet Foundation* del Reino Unido. En España, la *web protegeles.com* existe para que los usuarios de la Web denuncien la existencia de contenidos de pornografía infantil²².

III. Tras el concepto de pornografía infantil

Sin duda, acotar el *concepto* de qué se debe entender por pornografía infantil se convierte en una ardua tarea, pues depende de factores tan dispares como la cultura, las creencias morales, las concretas pautas de comportamiento sexual, y las ideas religiosas de cada comunidad. Diferencias conceptuales reflejadas en los conceptos legales utilizados en el código penal de cada país. En cualquier caso, en mayo de 2000, el *Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, estableció la pornografía infantil como:

«... toda representación, por cualquier medio, de menores dedicada a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un menor con fines primordialmente sexuales.»

En cuanto a cuál debe ser la *edad* para acotar el concepto de niño o de menor, la misma Convención de las Naciones Unidas lo define como persona menor de 18 años, y así se reconoce de forma mayoritaria en nuestro contexto jurídico y cultural. De su parte, el 23 de noviembre de 2001 se celebra en el seno del Consejo de Europa la *Convención sobre delincuencia en la red*, donde con el propósito de armonizar las legislaciones europeas, se identifica el término niño con toda persona menor de 18 años, si bien permite que las legislaciones nacionales reduzcan esta edad hasta los 16 años como límite máximo, abriéndose con ello un intervalo de dos años (entre los 16 y los 18) que algunos han utilizado y otros no²³. Ahora bien, y aquí radica la gran ironía: en algunos estados de EE.UU., los menores a partir de los 15 años pueden consentir legalmente en mantener relaciones sexuales con un

20. El 29% de los menores entre 7 y 17 años accedería a indicar en Internet la dirección de su casa y el 14% su dirección de correo electrónico. *Vid.*, en www.monografias.com.

21. www.delitosinformaticos.com.

22. Entre 2003 y 2004 la policía española abrió 106 expedientes con un total de 637 individuos implicados gracias a las informaciones facilitadas por *protegeles.com*, una organización financiada por la Comisión Europea, y dedicada a combatir la pornografía infantil y el abuso de menores. A esta cifra hay que añadir los expedientes abiertos por unidades de policía de otros países a las cuales *protegeles.com* remitió la correspondiente información. Esta línea de denuncia recibe una media de 1.500 denuncias mensuales y, según ella, en lo que va de 2008, la organización Inhope, a la que pertenece 'Protégeles', ha recibido casi un millón de denuncias sobre delitos de pornografía «on line». *Vid.*, en www.elmundo.es.

23. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 73. En este sentido, sírvanos como ejemplo que mientras en Alemania y Austria el límite de edad para tipificar la pornografía infantil está en los 14 años, Dinamarca, Finlandia y Francia la fijan en 15; Australia, Bélgica y Reino Unido en 16; España, Grecia, Holanda, Islandia, Italia, Portugal, Luxemburgo, Estados Unidos y Suecia en 18. *Vid.*, en www.anesvad.org/informe.pdf.

Revista Penal

Pornografía en Internet

adulto, siempre que este adulto no elabore, produzca, distribuya ni posea filmación alguna de tales contactos sexuales, pues en tal caso cabría hablarse de pornografía infantil por no haber cumplido aún los 18 años. Una solución ciertamente sarcástica, y que no es patrimonio solo de EE.UU. Porque,  cu al es realmente el bien jurídico protegido?  Es el desarrollo de la personalidad de los menores o una cierta moral sexual colectiva? Y es que no podemos permanecer ajenos a la incongruencia, por ejemplo en nuestro propio país, de que mantener relaciones sexuales con un menor que haya cumplido los 13 años no es delito, salvo que se den específicas circunstancias (engaño, prevalimiento, etc.) y la pornografía, sin embargo, siempre será delito hasta que cumpla los 18 a os²⁴.

IV. Las posibles conductas pornográficas y su tipificación

1. Pornografía infantil expresa

Es el núcleo de lo que en esta elaboración tratamos, y se refiere a las conductas sexuales explícitas desarrolladas o en las que participa directamente un menor de edad o incapaz quedando sujeta a filmación o exhibición (ej., menor que participa en un espectáculo pornográfico masturbando a un tercero). Respecto a la lesividad de estas conductas, no cabe duda alguna.

2. Enmascarar la imagen de un adulto para que parezca un menor de edad. *La pornografía técnica*

La informática permite alterar las imágenes de modo que la imagen de un adulto que participa en actos pornográficos o de contenido sexual parezca que es un menor de edad («retoque» de fotografías o filmaciones consistentes en eliminación del vello público o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes, etc.)²⁵. Este tipo de pornografía presenta una menor lesividad dado que no utiliza menores reales en la elaboración del material. De hecho, el debate jurídico lleva a no inculpar tal material, pues de otro modo se trataría de una injustificada y desproporcionada limitación a la libertad de expresi n²⁶. Ahora bien, en países como Alemania o Francia se han introducido reformas tendentes a castigar este tipo de pornografía, de modo que, en palabras de MORALES PRATS, «el derecho penal pasa a tutelar intereses relativos a una difusa moral

colectiva, pues en el fondo se reprimen conductas que difilmente alcanzan el grado de incitación directa a la desviación sexual o pedofilia»²⁷.

3. Alteración de imágenes de adultos con la introducción de imágenes de menores reales. *La pseudo-pornografía o pornografía simulada*

Cuestión distinta es la denominada *pseudo-pornografía* o alteración de imágenes colocando sobre la imagen del adulto la cara de un menor real, o bien a nadiendo objetos a la imagen de un menor que le den ese contenido sexual. En estos casos, siempre que se incorpore, aunque sea parcialmente, imágenes de menores reales, la lesividad de la conducta es mayor y objeto de sanción penal.

4. Creación de contenidos sexuales con imágenes no reales (dibujos, animaciones, infografías, etc.) o *pornografía virtual*

Se trata de imágenes no reales de menores involucrados en actos sexuales, con la particularidad de que ni existen las personas ni las situaciones reproducidas. O lo que es lo mismo, y en palabras de MORILLAS FERNÁNDEZ, se trataría de «toda aquella representación pornográfica en la que participa un menor o incapaz creado íntegramente a partir de un patrón irreal, verbigracia un dibujo animado»²⁸. En Japón, por ejemplo, algunos cómics *manga hentai* representan a niños de ambos sexos teniendo relaciones sexuales con otros niños o adultos, lo que se conoce como *loli-con* (proveniente de «Complejo de Lolita») en el caso de las niñas y *shota-con* en el caso de los niños. En esta pornografía no se producen daños a menores, salvo en lo relativo a que pueda fomentar el consumo de otros materiales que s  lo hacen. Los primeros casos de este tipo que dieron lugar a un proceso judicial se produjeron en EE.UU., donde el Tribunal se inclin  a favor de la libertad de expresión declarando este tipo de producciones legales²⁹. Y es que al no tratarse de niños reales no cabe hablar de lesión de ninguno de sus bienes jurídicos.

V. Leyes internacionales contra la pornografía infantil

La *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, ratificada por la mayoría de los Estados, califica la pornografía infantil como una violación de los de-

24. Lo mismo sucede con Grecia (15 años para tener relaciones sexuales y 18 para hablar de pornografía), Islandia (14-18), Italia (16-18), Luxemburgo (16-18), Holanda (16-18), Suecia (15-18), etc. *Vid.*, en MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 72.

25. *Ibidem*, p. 69.

26. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», op. cit., p. 101.

27. *Ibidem*, p. 113.

28. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 69.

29. www.anesvad.org/informe.pdf.

rechos del menor y exige a las naciones que adopten las medidas necesarias para prevenir esta práctica (art. 34). De igual modo, el *Programa de Acci3n para la prevenci3n de la venta de niños, prostituci3n infantil y pornografía infantil de la Comisi3n Pro Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, respalda los esfuerzos Internacionales en su prevenci3n y castigo. Ahora bien, y a pesar de los esfuerzos, son todavía muchos los problemas con los que nos encontramos a la hora de afrontar y acabar con este descorazonador asunto. Para empezar, carecemos —como veíamos— de un concepto uniforme sobre qué se debe entender por pornografía infantil, algo absolutamente necesario para su persecuci3n y castigo a nivel internacional. En cualquier caso, el tráfico de pornografía infantil a través de la Red ha sido objeto de diversos encuentros internacionales de expertos, como el llevado a cabo en Lyon (Francia) en mayo de 1998, y en el que los representantes de 19 países y ONGs del sector efectuaron las siguientes recomendaciones³⁰:

a) Adopci3n de medidas legislativas que incriminen la producci3n, distribuci3n, comunicaci3n, importaci3n, exportaci3n y posesi3n de pornografía infantil, incluida la pseudo-pornografía, a través de Internet.

b) Armonizaci3n internacional en lo referente a la edad, para conceptualizar a los menores y de igual modo definir la pornografía infantil.

c) Incremento de la cooperaci3n policial y judicial, tanto en cuestiones relativas a la aplicaci3n de la ley penal como en relaci3n a la asistencia técnica.

d) Solicitud a las Naciones Unidas de un borrador de legislaci3n tipo, uniforme, contra la pornografía infantil.

e) Solicitud al Comité sobre Derechos de los niños de las Naciones Unidas al objeto de que impulse la aplicaci3n de controles legales adecuados contra la pornografía infantil, cuando los gobiernos presenten sus informes nacionales a la Convenci3n sobre los derechos del niño.

f) Promover el desarrollo de programas similares a los antivirus, que permitan filtrar o bloquear la pornografía infantil en Internet, a través de los proveedores de servicio en Internet, mediante una base de datos central, actualizada regularmente con impresiones de imágenes de pornografía infantil.

g) En el seno de las Naciones Unidas, de su parte, cabe hacer referencia a dos documentos³¹:

— El 8 de febrero de 2000 el Comité Especial encargado de elaborar una convenci3n contra la delincuencia organizada transnacional formaliza la denominada *Nota de la Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y la Organizaci3n Internacional*

para las Migraciones sobre los Proyectos de Protocolo relativos al tráfico de migrantes y la trata de personas». En ella la ONU procede a definir trata de personas en sentido general, y trata de niños en sentido particular, incluyendo dentro de esta última la producci3n de pornografía.

— *El Protocolo Facultativo de la Convenci3n sobre los Derechos del Niño relativos a la participaci3n de niños en conflictos armados y a la venta de niños, la prostituci3n infantil y la utilizaci3n de niños en pornografía*. En él se da un concepto de pornografía infantil, y se obliga a tipificar este delito a todos los Estados parte, castigando tanto las formas perfectas como imperfectas, la autoría como la participaci3n, con penas proporcionales a la gravedad.

De su parte, el *Convenio sobre Cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2001*, firmado en Budapest, se convierte en el primer texto que, a nivel mundial, pretende garantizar la seguridad de la red y de sus usuarios. Su objetivo, en definitiva, no es sino el de proteger a la sociedad de la criminalidad en el ciberespacio, especialmente mediante la adopci3n de una legislaci3n apropiada y la mejora de la cooperaci3n internacional³². Concretamente, en su art. 9, obliga a los Estados firmantes a que adopten las medidas necesarias, legislativas o no, para incluir como delito en su derecho interno las siguientes conductas dolosas no autorizadas:

a) La producci3n de pornografía infantil con la intenci3n de difundirla a través de un sistema informático.

b) El ofrecimiento o la puesta a disposici3n de la pornografía infantil a través de un sistema informático.

c) La difusi3n o la transmisi3n de pornografía infantil por medio de un sistema informático.

d) El hecho de procurarse, o de procurar a otro, pornografía infantil a través de un sistema informático.

e) La posesi3n de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio que posibilite el almacenamiento de datos informáticos.

Con este convenio, en definitiva, se produce una acotaci3n del concepto de pornografía infantil (art. 9.2.a), que se define como «cualquier material que represente de manera visual a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito»; pero también incluye a la denominada pornografía técnica, o aquélla en que un adulto aparece en la imagen como si fuera menor, adoptando comportamientos sexuales de manera explícita (art. 9.2.b); igual sucede con la pseudo-pornografía, alusiva a imágenes realistas que representan a un menor en comportamientos sexuales (art. 9.2.c)³³, si bien, y como nos aclara SÁNCHEZ BRAVO, deja que sean las legislaciones nacionales las que asuman o no estos supuestos «y conformar de acuerdo a sus principios jurídicos y políticos

30. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 101.

31. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminol3gico de los delitos de pornografía infantil*, *op. cit.*, p. 43.

32. SÁNCHEZ BRAVO, A.A., «El Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos: control vs libertades públicas», en *La Ley*, n  5528, 2002, p. 3.

33. MORALES PRATS-GARCÍA ALBERTO, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo C3digo Penal*, 4  edici3n, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 1007.

Revista Penal

Pornografía en Internet

la prelación entre los intereses en conflicto»³⁴. Finalmente, este Convenio Internacional entiende por menor la persona que no alcanza los 18 años, si bien deja libertad a los Estados para que puedan fijar ese límite en 16 años, conforme a las directrices de su derecho interno, algo que para el mencionado autor es una total incoherencia, dado que s  no se les estima en el pleno ejercicio de sus derechos civiles hasta los 18 años, no tiene sentido el que s  se les considere mayores a efectos de represión de conductas, beneficiando injustamente al autor de las mismas³⁵.

En lo que a la Unión Europea se refiere, los ministros de Justicia e Interior aprobaron la *Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*, la cual tiene por objeto aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal con el fin de luchar contra estos problemas. La Decisión introduce un marco normativo común a nivel europeo para abordar cuestiones tales como la tipificación penal, las sanciones, las circunstancias agravantes, la competencia y la extradición. Además, recoge los comportamientos punibles que constituyen una «infracción relacionada con la pornografía infantil» cuando se realicen mediante sistemas informáticos o no, y que son: producción de pornografía infantil, o distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, u ofrecimiento o facilitación por cualquier otro medio de pornografía infantil, o adquisición o posesión de pornografía infantil³⁶.

VI. El delito de pornografía infantil del art. 189 CP

La actual redacción de este artículo es la articulada por LO 15/2003. Una reforma que obedece en gran medida a las previsiones contenidas en el Convenio de Cibercriminalidad de Budapest, y que adopta un sentido extensivo del concepto de pornografía infantil, pero mediante una técnica que va a dar lugar a numerosos problemas interpretativos, tal y como veremos a continuación.

En principio, y en líneas generales, cabe aseverar que nos encontramos ante un delito activo (salvo la modalidad omisiva del art. 189.5), de mera actividad, de lesión y que puede ser cometido por cualquiera (delito común); si bien pasemos a desglosar con detalle el precepto:

1. Bien jurídico protegido

Quepa, como punto de partida, recordar que el inclinarse por un bien jurídico u otro conlleva grandes consecuen-

cias a la hora de resolver los posibles concursos, pues si se opta por la libertad sexual, y además se producen agresiones y abusos sexuales, no cabría hablar sino de concurso de leyes, inclin ndonos por el que se castigue con mayor pena; ahora bien, en el mismo supuesto, si se opta por la dignidad del menor s  cabría hablar de concurso de delitos, al menos concurso ideal castigándose con la pena de la infracción más grave en su mitad superior (art. 77 CP).

Tratándose de víctimas menores de edad, el bien jurídico protegido no es tanto su libertad sexual como su derecho a un normal y libre desarrollo de la personalidad, y en particular en su vertiente psíquica, que comprende el descubrimiento espontáneo de la sexualidad, sin intromisiones de adultos, ni experiencias traumáticas que han de incidir negativamente en su bienestar psíquico y que pueden condicionar negativamente su vida futura (SSTS 19-6-90, 20-5-91 y 20-5-93). De su parte, la STS 9-12-99, señala que el bien jurídico protegido de la libertad sexual, tratándose de menores, se extiende a la libre formación de la sexualidad hasta el momento de poder ejercer la autodeterminación, y la STS 21-12-95 habla de proteger al menor para que los conocimientos en materia sexual y experiencias sexuales vayan adquiriéndolos de manera natural. Todo ello se incluye en el concepto de «intangibilidad sexual», como la especial protección que la ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual, se hallan más desamparados que el resto de la comunidad; o de «indemnidad sexual», o derecho de esas personas a estar exentas o libres de cualquier daño en el orden sexual (SSTS 18-6-1983, 22-9-1992 y 8-2-1995), evitando que su desarrollo se vea perturbado por la iniciación de prácticas sexuales inadecuadas o impropias de su edad (STS 14-12-1991)³⁷.

2. Sujeto activo. El perfil del pedófilo

En primer lugar hay que diferenciar entre pedófilos y pederastas. Mientras los primeros son quienes sienten atracción hacia los menores, los pederastas cometen abusos sexuales sobre ellos. Luego, la pedofilia es una parafilia, una desviación sexual la que el objeto de la excitación radica en fantasías o actividades sexuales con niños prepúberes (generalmente de 13 o menos años) debiendo alcanzar el sujeto activo 16 o más y tener cinco años más que la v ctima³⁸. Algunos encuentran el motivo en el temor a relaciones sexuales con adultos, que generan ansiedad, inseguridad o miedo al fracaso³⁹; para otros, se halla en un proceso de condicionamiento primitivo no extinguido con experiencias posteriores más gratificantes⁴⁰. Lo

34. S NCHIZ BRAVO, A.A., «El Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercrimen: control vs libertades públicas», *op. cit.*, p. 3.

35. *Ibidem*.

36. AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 457.

37. *Ibidem*, p. 458.

38. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, *op. cit.*, p. 194.

39. LÓPEZ S NCHIZ, *Psiquiatría legal y forense* (dir. DELGADO BUENO), Madrid, 1994, vol. II, p. 341.

40. FERR  MARTÍ, «Las parafilias en Psiquiatría forense», en *Psiquiatría legal y forense*, *op. cit.*, p. 1849.

D o c t r i n a

que sí parece claro es que, en un número importante de los casos, los pedófilos han sido a su vez objeto de abusos sexuales en su infancia o adolescencia⁴¹ (10%)⁴².

Lo habitual es que el sujeto intente ganarse la confianza del menor (o incluso la de sus padres) con regalos y buena disposición hacia el mundo y los intereses del niño. De hecho, en muchos casos los autores son profesionales relacionados con la infancia, fundamentalmente educadores, y en menor medida pediatras, lo cual viene a confirmar que las tendencias pedófilas suelen venir acompañadas de una atracción hacia el mundo de los menores. Quienes tienen este trastorno suelen sentirse atraídos por niños de edades muy concretas, a veces no más de uno o dos años. Si se trata de niñas, suelen preferirlas entre los 8 y los 10 años, y si se trata de niños los desean más bien de doce o trece. Pueden gustarle solo unos u otros, o ambos. Sea como fuere, los principales rasgos del pedófilo son⁴³:

— Manifiesta la necesidad de tener contactos sexuales con cierta frecuencia y una gran capacidad de actuar simultáneamente o sucesivamente sobre un número considerable de víctimas.

— Tiende a disponer y hacer uso de fotografías y filmaciones de imágenes de niños, sobre todo pornográficas, que utilizan como estrategia de justificación de su desviación, y como arma de seducción, para conseguir convencer a los menores de la normalidad de las relaciones que busca, o incluso como medio para amenazar a los menores para que no las abandonen.

— Suele presentar distorsiones cognitivas, que neutralizan el proceso de autoinculpación e impiden la valoración negativa de sus hechos. De hecho no se califican a sí mismos como pedófilos, sino como *Boy Lovers*, o más resumido *BL*, como si de una imagen de marca se tratara.

— Tendencia a mantener contactos entre pedófilos, para intercambiar el material, lo que sin duda explica la proliferación de la difusión de pornografía infantil a través de Internet.

— Tendencia endogámica en los abusos sexuales de menores, de modo que entre el 60 y el 80% de los casos, el autor es un conocido o pariente del menor y la gravedad de los abusos aumenta según lo hace la proximidad al núcleo familiar de la víctima. En más del 30% de los casos se trata del padre, el tío o el abuelo de la víctima⁴⁴.

— No está ni mucho menos confirmado criminológicamente la creencia de que se trata de personas de edades avanzadas. Más bien, en la mayoría de los casos la edad de los autores es entre 30 y 50 años, y suelen tener 30 años más que sus víctimas⁴⁵.

— El pronóstico de rehabilitación de estos sujetos es bastante negativo, sobre todo en los casos de pedofilia obsesiva, si bien las cosas van evolucionando lentamente. Esto es, su tasa de reincidencia es altísima, incluso después de ser descubiertos y condenados⁴⁶.

Estos sujetos no perciben la presión policial, pues de igual modo son conscientes de que las zonas de pornografía infantil se cierran al cabo de cierto tiempo, también saben que por cada una que desaparece, se abren otras con total impunidad. Igualmente, no sienten que ellos mismos puedan ser perseguidos porque piensan que no dejan ningún tipo de dato cuando están en estos sitios. Creen que son totalmente anónimos y que no podrán ser identificados ni localizados. Sí sienten que la sociedad se opone cada vez más a sus prácticas, pero el anonimato social del que disfrutan hace que no se preocupen por ello. Sea como fuere, y al igual que cualquier otra parafilia, el pedófilo pasa por una serie de fases, y el que se detenga en una alguna de ellas depende de una serie de factores endógenos y exógenos. Las etapas son⁴⁷:

a) *Presencia de fantasías sexuales con niños.*

b) *Adquisición y colección de material pornográfico infantil para consumo personal*, principalmente con un propósito masturbatorio y como sustitutivo del abuso en sí mismo⁴⁸.

41. TAMARIT SUMALLA, J., *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, op. cit., p. 23.

42. www.anesvad.org/informe.pdf.

43. TAMARIT SUMALLA, J., *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, op. cit., pp. 24 y 25.

44. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 209.

45. Durante los primeros años, las unidades de Delitos Tecnológicos de los cuerpos policiales detectaron un perfil bastante concreto: varón, de entre 30 y 45 años, soltero, que vivía solo, con trabajo estable, estudios, conocimientos o mucho interés sobre informática, grandes problemas para relacionarse normalmente y con un nivel económico medio-alto y que navegan desde su vivienda. Últimamente, el perfil ha variado. Se trata de una persona más joven —desde los 25 años—, cansada de consumir pornografía de adultos en la Red, y que busca nuevas sensaciones para su auto-estímulo derivando su consumo en contenidos más *hardcore*: violaciones, zoofilia o pornografía infantil. Una conducta que se ve reforzada por la gran oferta existente y por la efectividad de los canales de comunicación entre los consumidores. Vid., en www.anesvad.org/informe.pdf.

46. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 208.

47. *Ibidem*, pp. 197 y ss.

48. Los principales usos que le suelen dar al material pornográfico recolectado es: como sustitutivo de los abusos sexuales; fetiche; como medio para convencer a la víctima para que desarrolle actos de naturaleza sexual; como instrumento de chantaje sobre el menor para que mantenga la relación existente en secreto; como moneda de cambio con otros pedófilos; o por dinero a través de la comercialización. Vid., en MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 200.

Revista Penal

Pornografía en Internet

c) *Entablar contactos con otros sujetos para el intercambio de material pornográfico infantil*, ante la necesidad de relacionarse con individuos de similares instintos sexuales.

d) *Posibilidad de ser filmadores de sus propias imágenes*, por lo cual es bastante común que comiencen a fotografiar a menores en zonas de recreo, playas o en compañía de otros pedófilos en los encuentros que puedan llegar a tener con menores para elaborar material pornográfico.

e) En los casos más graves, *despliegan actos de naturaleza sexual con menores de forma individual o en compañía de otros sujetos*. Una vez comenzado los contactos, llegará la reiteración de los mismos generándose una situación incontrolada por el sujeto, que únicamente atiende a la necesidad de satisfacer sus instintos sexuales pues la fantasía siempre superará a la realidad. Esto es, comenzarán con caricias, pasando a la masturbación y al contacto buco-genital, para llegar a la penetración anal sobre todo con adolescentes varones (la penetración vaginal no es frecuente en la práctica).

Obviamente, lo realmente preocupante es cuando alcanzan un nivel superior de interés, y desean tener contacto directo y real con menores, si bien la inmensa mayoría nunca pasa de la etapa de observación. El consumo de imágenes acaba por ser insuficiente buscando mantener relaciones sexuales con niños. Para ello, utilizan chats o foros donde saben que hay menores, buscando contactar con ellos, establecer una amistad, para al final llegar a ese contacto sexual. En torno al 30-35% de ellos termina poniendo en práctica lo que ve en los contenidos a los que está habituado. Posteriormente, querrá plasmarlo en imágenes con lo que se acabará convirtiendo a su vez en productor. Incluso sentirá la necesidad de mostrar el material realizado al resto de los pedófilos con los que se relaciona a través de la Red, de manera que también se convertirá en distribuidor⁴⁹.

3. Sujeto pasivo. Secuelas en los menores víctimas

Las conductas sexuales llevadas a cabo con los menores, depende de su edad⁵⁰:

— *Desde el nacimiento hasta los 5 años*, se reducen a simples fotografías, ya sean vestidos o desnudos, donde lo que llama la atención del pedófilo es su inocencia, luego el riesgo de actos violentos es prácticamente nulo. Los casos extremos de agresiones son muy raros, y generalmente

te llevados a cabo por el progenitor, un familiar, o persona muy allegada al menor. En todo caso, la penetración vaginal es anatómicamente imposible, y la penetración anal es muy aparatosa pues deja hematomas, cicatrices, verrugas y otras fisuras y excoriaciones que harían fácil la detección del abuso.

— *De seis a ocho años*: toma de fotografías del menor normalmente desnudo o la realización de actos de naturaleza sexual individual (principalmente masturbación) y leves caricias o incluso tocamientos al adulto. Los abusos sexuales son más frecuentes, pero también escasos y llevados a cabo por personas «de confianza». La cópula ya es posible con las niñas pero lleva aparejada la rotura del periné o incluso del tabique recto-vaginal.

— *De nueve a trece años*: aumenta la gravedad de la acción pues los comportamientos no se limitan a fotografías. En estas edades es normal la agrupación de dos o más menores, quienes se desnudan y se realizan tocamientos mientras el adulto elabora el material. También son frecuentes los actos masturbatorios y, en menor medida, las felaciones. Las penetraciones vaginales o anales también existen, pero en una proporción muy pequeña, y el menor se suele negar. Éste, en todo caso, accede a todas estas prácticas a cambio de una contraprestación como tebeos, caramelos, regalos, o dinero casi nunca superior a 6 euros⁵¹.

— *A partir de los 13 años*: ya no basta el engaño, el carácter inocente ha dejado de existir, y las fotografías suelen sustituirse por filmaciones en vídeo donde los menores desarrollan actividades eróticas de forma conjunta, siendo comunes los actos masturbatorios, las felaciones, eyaculaciones y penetraciones principalmente anales. Aquí la contraprestación es generalmente pecuniaria, por lo que no debe extrañar que en determinados casos se le impute al sujeto activo algún delito relacionado con la prostitución de menores.

En los países desarrollados, las características de los menores más propensos a ser captados por las redes de pornografía infantil, generalmente dependen de componentes psicológicos: se creen diferentes, sienten una auto-percepción de poca credibilidad para los demás, en especial para las personas más cercanas, y tienen escasa confianza en los otros niños. En todo caso, la pornografía se muestra como una forma de obtener bienes o dinero que los menores de otro modo no podrían alcanzar, funcionando en muchos casos «la cadena de reclutamiento»; o lo que es lo mismo, el hecho de que una vez estrechados los vínculos con el menor, le convence para que busque a

49. www.anesvad.org/informe.pdf.

50. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., pp. 221 y ss.

51. Hasta los 9 años la mayoría de las víctimas son niñas, pero a partir de esa edad éstas comienzan a desarrollarse físicamente abandonando sus rasgos infantiles, algo que ya no les resulta atractivo a los pedófilos. Es por ello que en esos casos suelen centrar sus actos sobre los varones, pues su desarrollo no esta tan apreciable externamente ni con tanta celeridad. Un pedófilo siempre optará por practicar sexo anal con varones antes que vaginal con niñas. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 225.

otros (amigos, conocidos, familiares, etc.) dispuestos a desarrollar tales prácticas⁵². Quepa, en todo caso, aclarar que de las 600 víctimas infantiles identificadas en Europa por la Interpol, 60 son españolas, niños y niñas que viven en un entorno normal. No son hijos de familias desestructuradas ni menores explotados por sus padres. Unos progenitores que desconocían lo que estaba pasando, entre otros motivos porque el abusador se movía en el entorno familiar, era algún conocido, un profesor, un canguero, un monitor o un amigo de la familia.

Sin embargo, en los países muy pobres, las razones son de índole económica: viven en zonas degradadas, rurales, con escasos medios de subsistencia. Si en un principio la mayoría de los menores utilizados para elaborar material con contenidos sexuales provenían del Sudeste Asiático (Tailandia, Filipinas, Camboya, Vietnam, etc.), en la actualidad esta situación se ha ampliado a países del Este de Europa (Rusia, Ucrania, Rumania, etc.) y América Latina (México, República Dominicana, Ecuador, etc.)⁵³. Esto es, nos hallamos ante menores que son engañados a cambio de dinero o regalos, y en otras ocasiones incluso cedidos por sus propios padres, mediante el pago de una determinada cantidad.

Sea como fuere, los menores víctimas de estas conductas son inicialmente engañados para realizar las prácticas sexuales, si bien son conscientes de que su situación no es normal aunque no sepan explicar por qué. Los trastornos que pueden llegar a sufrir son: un mayor riesgo de desarrollar problemas interpersonales y psicológicos, como estrés postraumático (hasta el 48% de los casos), estructuración paranoide de la personalidad, desconfianza relacional con los adultos, inestabilidad emocional, vergüenza excesiva, autoestima gravemente dañada, ansiedad, angustia, miedo, estigmatización, culpabilidad, depresión, etc. De igual modo, su comportamiento también se verá afectado, y pueden presentar conductas antisociales, agresividad, conflictos con la familia y los amigos, aislamiento, y con el tiempo abandono del hogar, consumo de drogas, delincuencia, etc. Su vida cotidiana también puede estar marcada por problemas con el sueño, la alimentación, la concentración y el rendimiento escolar, dificultades de aprendizaje, terrores nocturnos, etc.⁵⁴.

Finalmente, su conducta sexual será anormal, con trastornos de la identidad sexual, comportamientos y lenguaje sexuales impropios de su edad, masturbación exagerada, intentos de agresión a otros menores, etc. Incluso cuando alcancen la edad adulta, podrían sufrir dificultades o disfunciones sexuales, fobias específicas, anorgasmia,

promiscuidad, imposibilidad de relajarse en situaciones íntimas, mayor posibilidad de convertirse en consumidores de pornografía infantil, etc. Cometer abusos sexuales es el cuarto síntoma más común en los niños que han sufrido estas prácticas. Las niñas tienen a presentar más reacciones ansioso-depresivas y los niños suelen tener dificultades para relacionarse con los demás. Obviamente, su recuperación dependerá del contexto en que se produjo el abuso, pero en muchos casos será una losa que arrastrarán con ellos toda la vida⁵⁵.

4. Conductas delictivas

A) La utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189.1.a)

En primer lugar, y en base a la reforma realizada por la LO 11/1999, los espectáculos pueden ser tanto públicos como privados, con lo que la referencia a los espectáculos ya no cabe interpretarse como exigencia de publicidad para poder hablar de conducta delictiva⁵⁶. De su lado, con la reforma del 2003, y dado el desasosiego incriminador del legislador, se añade la referencia a que el material puede adoptar «cualquier soporte», alusión claramente innecesaria dada la amplitud con la que ya venía redactado⁵⁷.

De cualquier forma, por *exhibicionismo* debe entenderse actos obscenos, que incorporen conductas de contenido lúbrico, como la exhibición de los genitales o la práctica de masturbación. De su parte, para acotar el concepto de *pornografía*, y con ello delimitar las conductas delictivas realizadas en torno a ella, cabe acudir a la legislación extrapenal, si bien lo decisivo es que el conjunto de la obra o espectáculo esté dominado por un contenido y contexto groseramente lúdico o libidinoso, con el que se persigue la excitación o bien la satisfacción de instintos sexuales, sin existir ningún valor artístico, literario, científico o pedagógico⁵⁸. Sea como fuere, en estos casos se parte de la base de que el menor ha consentido en la realización de la conducta exhibicionista, pues si ha sido obligado mediante violencia o abuso cabría hablar de agresión o abuso sexual⁵⁹.

Pero, *¿cuál debe ser el grado de implicación del menor en el espectáculo exhibicionista o pornográfico para poder hablar de delito?* Realmente el tipo del art. 189.1.a) no dice nada al respecto. Algunos autores, como MORALES PRATS⁶⁰, entienden que como la *ratio* del precepto

52. *Ibidem*, p. 229.

53. www.anesvad.org/informe.pdf

54. www.anesvad.org/informe.pdf

55. www.anesvad.org/informe.pdf

56. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 102.

57. MORALES PRATS-GARCÍA ALBERTO, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, *op. cit.*, p. 1003.

58. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 103.

59. LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edic., Madrid, Colex, 2005, p. 170.

60. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 102.

Revista Penal

Pornografía en Internet

no se limita a aquellos casos en que el menor es parte activa de las conductas obscenas, sino que cabría también incluirse los supuestos en que el menor se limita a presenciar la conducta obscena protagonizada por mayores de edad, puesto que en tales casos también se encuentra involucrado en un contexto atentatorio a su indemnidad sexual. Otros, sin embargo, como es el caso de LAMARCA P REZ⁶¹, consideran que si la conducta del menor consiste en ser mero observador debe aplicarse el tipo del art. 185 CP (exhibicionismo ante menores de edad).

B) La utilización de menores en la elaboración de cualquier clase de ese material (art. 189.1.a)

Es ésta una previsión introducida con la LO 11/1999 y que, de acuerdo con MORALES PRATS, parece redundante pues ya se consideraba inmersa en la modalidad relativa a la utilización de dichos sujetos pasivos «con fines pornográficos»⁶². Sea como fuere, en esta modalidad caben ser incluidas conductas tales como la utilización de menores o incapaces para la realización de reportajes fotográficos, filmaciones de vídeo u otro tipo de cintas pornográficas, y cualquier otro tipo de material tanto en soporte magnético o digital como de papel. Esto es, se castiga la filmación de imágenes o escenas pornográficas, en la que el menor ha advertido que es objeto de grabación.

En todo caso, aquí no cabe incluir la denominada «pornografía técnica», protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores por una serie de medios («retroque» de fotografías o filmaciones consistentes en la eliminación de vello público o fácil, suavización de facciones, empleo de ropas adolescentes, etc.). Y es que el tipo delictivo que aquí estamos tratando lo que busca es proteger a los menores de su utilización en la elaboración de material pornográfico, y no evitar la creación de «pornografía relativa o alusiva a menores»⁶³. Luego nuestro CP no hizo uso de la facultad extensiva que, al respecto, le ofrecía el Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest firmado en el año 2001 (art. 9.2.b) y c) Convenio).

C) Financiación de los anteriores actividades (art. 189.1.a)

También por LO 11/1999 se equiparan las anteriores conductas a la financiación de las mismas, de modo que se eleva a la categoría de autor material una conducta que, de otro modo, hubiera sido constitutiva de una cooperación necesaria. En cuanto a la cuestión de si el que asiste al ac-

to exhibicionista o el comprador del material pornográfico puede considerarse financiador de tales actividades, mientras BOLDOVA PASAMAR⁶⁴ estima que no, pues no tiene el dominio del hecho, otros como GÓMEZ TOMILLO⁶⁵ lo consideran al menos cómplice, porque con la cantidad que aporta coopera en la verificación del delito del art. 189.1.a), pues incrementa *ex ante* el riesgo de que la conducta principal tenga lugar.

D) Producción o tráfico de pornografía infantil, su facilitación o su posesión para tales finalidades aunque el material tuviera su origen en el extranjero o fuere desconocido (art. 189.1.b)

Durante la tramitación del Proyecto de reforma del CP de los delitos contra la libertad sexual en 1999, fue claro el consenso respecto a la necesidad de colmar la laguna suscitada en casos de tráfico de pornografía infantil por quienes no participaron en su elaboración. Es por ello que en el art. 189.1.b) se inculpa la producción, exhibición y tráfico de pornografía infantil, sin participación previa en la filmación o elaboración de imágenes (que iría por la vía del art. 189.1.a). El problema es que durante la tramitación parlamentaria de la LO 11/1999 no se advirtió que el art. 197.3 apartado segundo ofrece una vía parcial de incriminación de esta conducta.

A diferencia de lo que s  ha sucedido en las reformas habidas en otros países, en el nuestro se optó por no hacer referencia explícita a la difusión de estos materiales a través de redes de comunicación. Pero, de acuerdo con TAMARIT SUMALLA, ello no es óbice «para considerar perfectamente adecuadas al tipo las conductas de intercambio o transmisión de pornografía por Internet o por cualquier medio que permita la tecnología existente en cada momento»⁶⁶. El material pornográfico al que alude el art. 189.1.b) queda por tanto conceptualmente recortado en lo que se refiere a cintas, vídeos o reproducción de imágenes (por ejemplo en Internet) relativas a pornografía de menores, siempre que tales imágenes no se hayan tomado de forma subrepticia (oculta o clandestina) para el menor. En estos casos sería de aplicación el delito del art. 197.3 apartado segundo en conexión con la agravación del art. 197.5 CP.

Aclarado lo anterior, el delito del art. 189.1.b) inculpa cualquier modalidad de tráfico o favorecimiento del tráfico de pornografía infantil. De este modo, se ha optado por incluir las conductas de venta, distribución, exhibición, así como los actos de facilitación de las mismas. Es

61. LAMARCA PÉREZ, C., (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, op. cit.*, p. 170.

62. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 102.

63. *Ibidem*, p. 103.

64. BOLDOVA PASAMAR, M., *Comentarios al Código penal. Parte especial II*, ROMEO CASABONA — DÍEZ RIPOLL S (Coord.), Tirant lo Blanch, 2004, p. 534.

65. GÓMEZ TOMILLO, M., «Derecho penal sexual y reforma legal», en *RECPC*, n  7, 2005.

66. TAMARIT SUMALLA, J., *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual, op. cit.*, p. 110.

más, al no exigirse ánimo de lucro, las posibilidades incriminatorias son mayores. Algo muy acertado desde el punto de vista político criminal, y de acuerdo con MORALES PRATS, puesto que muchas conductas de introducción de material pornográfico en Internet (sobre todo las protagonizadas por pedófilos) no presentan dicho ánimo. Y es que, como ya hemos adelantado, las nuevas tecnologías han favorecido sobremanera la producción y tráfico gratuitos de este tipo de material, realizados de forma *amateur* o doméstica. En todo caso, y dado que el 189.1.b) habla de tráfico «por cualquier medio», el delito debe proyectarse tanto a supuestos de difusión gráfica, como fotográfica, analógica, digital o de cualquier otra especie.

De otra parte, buscando atender a la clara dimensión internacional de este fenómeno, este precepto incrimina las conductas mencionadas con indiferencia del origen del material. Una vocación expansiva que se confirma con la modificación del art. 23.4.e) de la LOPJ (también llevada a cabo por la LO 11/1999) por la que se introduce una nueva excepción al principio de territorialidad de la ley penal⁶⁷. Finalmente, el 189.1.b) castiga la posesión de pornografía infantil para su tráfico (venta, distribución, exhibición, etc.). Luego la reforma operada por LO 15/2003 incorpora esta conducta al tipo básico, abandonando su puesto como tipo atenuado de la LO 11/1999 y que se castigaba con la pena en su mitad inferior. El porqué de esta modificación responde a la tendencia político-criminal de exacerbación punitiva y al hecho concreto de que con la LO 15/2003 se prevé como supuesto atenuado la posesión de material pornográfico infantil para uso personal (art. 189.2 CP)⁶⁸. Y es que, de lo contrario, nos encontraríamos con la ironía de castigar igual o menos al que posee el material con la finalidad de traficar posteriormente con él, que al mero adquirente.

— *Poseción para el tráfico vs posesión para uso personal*

El problema es fijar los límites entre la posesión para su tráfico (tipo básico del art. 189.1.b) y la posesión para su mero uso personal (tipo atenuado del art. 189.2), cuando en este ámbito no se puede operar con pautas como las fijadas por la jurisprudencia para el tráfico de drogas («patrones de consumo diario» o «patrones de acopio o abastecimiento para el propio consumo»). Es más, GIMBERNAT

ORDEIG nos recuerda que mientras castigar la posesión de drogas para el propio consumo carecería de lógica político-criminal, pues sería castigar a quien la ley trata precisamente de amparar mediante la tipificación del tráfico de drogas, en la pornografía infantil el consumidor no es el titular del bien jurídico⁶⁹.

Esto es, no cabe fijar convenciones interpretativas sobre a partir de qué cantidad cabría hablar de uso personal y cuando de posesión para su tráfico. Luego, y en definitiva, salvo que existan múltiples copias de un mismo material, la decisión de si es para uso personal o para su distribución es muy difícil (por ejemplo, el coleccionismo es propio del simple consumo). Y es que la incriminación de la posesión para el tráfico jurídico no crea sino inseguridad jurídica, a la vista de las posibilidades de acceso a este tipo de material que ofrece Internet, y a la vista de las posibilidades ilimitadas de reproducción o difusión que se pueden alcanzar con una sola copia del material⁷⁰.

Se podrían sacar ciertos indicios de: la ubicación de las fotografías (archivos ocultos, dificultad de acceso, etc.); la ordenación sistemática, en el sentido de agrupar la iconografía conforme a parámetros preestablecidos; el posible rastro dejado en el correo electrónico tras el envío de ficheros; el formato «master» de la grabación; la tenencia de útiles aptos para la creación y difusión de copias, etc.⁷¹. En este sentido, la SAP de Córdoba 188/2003, de 7 de octubre, para condenar se basó en una serie de indicios, entre los cuales reseña «el propio reconocimiento que el acusado ha efectuado de haber intercambiado material pornográfico «normal» del que previamente ya tenía archivado en su ordenador, la circunstancia de que todo el material pornográfico almacenado estuviese perfectamente clasificado en carpetas y subcarpetas de un mismo directorio, el común denominador nada aleatorio que presentan las cinco imágenes pedófilas guardadas en la subcarpeta «niños», el contenido de claro intercambio que presenta el *chat* al que era aficionado el acusado, y a través del cual ya remitió, al menos, una imagen de claro contenido pornográfico.

E) Posesión del material pornográfico para uso personal (art. 189.2)

No fue sino con la LO 15/2003 que se incrimina por primera vez la mera posesión para uso personal de porno-

67. Si bien hay quienes proclaman el carácter superfluo de tal previsión, puesto que el art. 189.1.b) incrimina conductas de tráfico de pornografía infantil o de facilitación del mismo, y para tal menester es ajeno a la *ratio* del mismo el origen del material o el desconocimiento de su origen, pues lo esencial es que se verifique alguna de las conductas (venta, exhibición, distribución, etc.) en territorio español. Lo realmente importante es que el art. 23 LOPJ permita conocer a los tribunales españoles de los supuestos de creación o elaboración del material pornográfico verificado en el extranjero, aunque no haya llegado a venderse, distribuirse o exhibirse en España. *Vid.*, en MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 112.

68. MORALES PRATS-GARCÍA ALBERTO, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, *op. cit.*, p. 1012.

69. GIMBERNAT ORDEIG, E., en el «Prologo» a la 5ª edic. del Código penal sobre la reforma de los delitos sexuales, pp. 18-19.

70. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 112.

71. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, *op. cit.*, p. 292.

Revista Penal

Pornografía en Internet

grafía infantil, y en cualquier clase de soporte que el estado de la tecnología permita (fotografías, vídeos, archivos electrónicos, etc.). Hasta entonces, salvo que se demostrase que la posesión iba dirigida a su posterior tráfico, la conducta era atípica, pues difícilmente cabía leerse como facilitación del mismo. Se trata, obviamente, de operar sobre la demanda del material pornográfico infantil, como medio para acabar o al menos limitar la oferta, lo que no deja de ser ciertamente peligroso. Porque si realmente ponemos la conducta en relación con la lesión del bien jurídico protegido (libertad sexual), su punición no estaría justificada, por lo que se limitaría a castigar «personalidades desviadas» con contenido moralizante⁷². Esto es, y a juicio de MORILLAS FERNÁNDEZ⁷³, protege la moral social colectiva, algo que supone un claro retroceso en la temporalidad del Derecho penal, pues lo único que pretende es castigar comportamientos contrarios al común sexual de la población, criminalizando una manifestación sexual no causadora en sí misma de daño material, sino que incluso sirve como instrumento de prevención de futuras conductas delictivas más graves en materia sexual, por cuanto la tenencia de dicho material reprime en un porcentaje elevado los instintos sexuales de los pedófilos evitando con ello futuras agresiones y abusos sexuales⁷⁴. Además, resulta absolutamente incoherente que se sancione al poseedor de material pornográfico infantil y no a los asistentes a los espectáculos pornográficos, cuando ambas conductas son absolutamente similares de contenido, afectando incluso más la segunda al bien jurídico indemnidad sexual del menor.

En cualquier caso, como se habla de posesión, el simple visionado o audición de contenido pornográfico no se consideraría delictivo, ya que sería necesario que se imprimiera o se grave de algún modo y así el usuario pueda acceder a él autónomamente⁷⁵.

Y es que en este tipo de conductas hay que tener mucho cuidado, porque llevando a cabo una interpretación exten-

siva del precepto, el solo acceso a una página de pornografía infantil en la red y su descarga en el disco duro del ordenador podría ser considerado como posesión, lo que no es ni mucho menos de recibo. Es más, piénsese en la cantidad de ventanas que se abren libremente al consultar diversas páginas *web*, algunas de las cuales se instalan en el ordenador para posteriores redirecciones del usuario presentando al pinchar fotografías pornográficas a modo de presentación o publicidad; en este caso el propietario del equipo informático no ha realizado ninguna acción sino que el fichero ha penetrado inconscientemente insertándose de manera automática en el ordenador. Es precisamente por todo ello que la *Enmienda 9 de la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de la Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la Explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*, matiza que la adquisición o posesión de pornografía infantil solo será punible si se realiza de manera consciente y se prolonga de forma deliberada, debiendo excluir de tales supuestos aquellos casos en que se posea con la intención de entregarla a las autoridades responsables de hacer cumplir la ley⁷⁶.

Sea como fuere, lo que sí está claro es que España no hizo uso de las facultades de reserva que le asistían, de acuerdo con el Convenio Sobre Criminalidad de Budapest, para dejar de incriminar la posesión de material pornográfico en sentido estricto (art. 9.1.d) y e) Convenio⁷⁷.

Ahora bien, en cuanto a la cuestión de si también se castiga aquí la posesión de la pseudo-pornografía del art. 189.7, hay opiniones para todos los gustos, siendo los Tribunales los encargados de interpretar en sentido amplio o restrictivo estas hipótesis. En lo que a nosotros respecta, coincidimos con la opinión de MORILLAS FERNÁNDEZ, y nos manifestamos contrarios a la incriminación, pues supondría extender la aplicación de un tipo penal que, de entrada, nunca debió ingresar en nuestro CP⁷⁸. En

72. CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual práctico de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 342.

73. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 183.

74. *Ibidem*, p. 185. Si bien este mismo autor, en una obra anterior, no lo tenía tan claro, pues literalmente escribía: «En mi opinión, exceptuando supuestos muy puntuales, todos los individuos consumidores de este tipo de pornografía tarde o temprano acaban intercambiándola con otros sujetos por una cuestión de mera lógica: obtener nuevo material. Este comportamiento no es extraño y ocurre en otros ámbitos pues es un acto innato al ser humano buscar la novedad como fuente de satisfacción». *Vid.*, en MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., «Los delitos de pornografía infantil en el Derecho comparado», en *CPC*, nº 84, III, 2004, p. 47.

75. BOLDOVA PASAMAR, M., *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 202.

76. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 327.

77. MORALES PRATS-GARCÍA ALBERTO, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 1007. Y con ello sigue una tendencia claramente internacional, pues es el mismo camino que el seguido por otros países como Italia (art. 600-quater), Estados Unidos (art. 2252A.5), Francia (art. 227-3) o Alemania (art. 184.V StGB). Si bien este último país es el que ofrece la posición más favorable para el autor, pues sólo castiga los supuestos de tenencia de dicho material pornográfico en lo que media abuso sexual de menores, siempre que tal documento reproduzca un suceso real o bastante aproximado a éste. Fuera de estos supuestos la posesión es lícita. *Vid.*, en MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., «Los delitos de pornografía infantil en el Derecho comparado», op. cit., pp. 31 y ss.

78. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 338.

todo caso, si se optara por incriminar también la posesión de la pseudo-pornografía se estaría castigando con la misma pena que la posesión del material pornográfico del art. 189.1, lo cual no parece demasiado proporcionado.

5. Supuestos agravados (art. 189.3 CP)

Mientras que con la reforma de 1999 se preveía un único supuesto agravado, castigado con prisión de un año y medio a tres años, y relativo a la pertenencia del culpable a organización o asociación dedicada al tráfico de pornografía infantil, con la reforma de 2003 se incorpora un amplio abanico de supuestos agravados, y con una pena ciertamente importante, pues se fija entre los 4 y los 8 años de prisión. Los supuestos son los siguientes:

A) *Uso de menores de 13 años*

Esta agravación sin duda guarda relación con el bien jurídico protegido: la indemnidad sexual del menor que a menor edad más afección sufrirá. El mayor desvalor radica en la especial vulnerabilidad de la víctima en función de la edad. Una edad que debe ser abarcada por el dolo, y que se ha hecho coincidir con la edad de consentimiento del menor en materia sexual (art. 180 CP).

B) *Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*

Esta agravante, de su parte, carece completamente de fundamento, pues sus componentes son inherentes al tipo básico. Además, la inclusión como tipo agravado cuando los menores no alcancen los 13 años, puede llevar a infringir fácilmente el principio *ne bis in idem*. En cuanto a la posibilidad de concurso con el delito contra la integridad moral (art. 173), la mayoría de la doctrina se decanta por el concurso de leyes, optando por el delito de pornografía infantil en base al principio de consunción o al de especialidad⁷⁹.

C) *Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico*

Esta agravación merece el rechazo político criminal, tanto por lo indeterminado de los conceptos («hechos que revistan especial gravedad») como por su clara desconexión con el bien jurídico protegido (la indemnidad sexual del menor), pues el parámetro es el del valor económico del material pornográfico. Y es que, de acuerdo con MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, «si lo que se pretende es agravar la responsabilidad penal por la contumacia de la conducta y el grado de profesionalidad y orga-

nización de los responsables, debe tenerse presente que estas componentes de incremento en el desvalor material de la conducta, ya están contempladas en el tipo agravado recogida en la letra e), razón por la cual esta agravación atiende a una componente meramente económica, desconectado con los intereses desprotegidos por el precepto»⁸⁰. En todo caso, ¿Cuál es el límite pecuniario a partir del cual debe observarse este supuesto agravado? Al respecto, MORILLAS FERNÁNDEZ⁸¹ ha realizado un estudio analógico con otros delitos del CP (la estafa del 250.1.6.º, el hurto del art. 235.3, delito contra la propiedad industrial del art. 276.1 y la malversación del art. 432.2) concluyendo en el límite de los 12.000 euros, si bien recordando que se trata de un concepto jurídico indeterminado y que, en consecuencia, al final se delimitará jurisprudencialmente.

D) *Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual*

Esta agravación responde a las demandas doctrinales tendientes al castigo de conductas, no directamente necesarias en la elaboración de pornografía infantil, pero frecuentemente relacionadas con la misma, como son las filmaciones o cintas «SNAF». Claro está, que esta agravación no excluye el correspondiente concurso de delitos con relación a los delitos contra la vida o la integridad física que se pudieran producir.

E) *Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a tales actividades*

Fundamentada en el mayor desvalor de la acción, por la peligrosidad que conlleva el que estas actividades se realicen bajo el amparo de la criminalidad organizada, es la única agravante prevista anteriormente a la LO 15/2003. La diferencia es que la pena ha pasado de los 3 a 4-5 años de prisión anteriores, a los 4 a 8 años de prisión actuales.

Nos encontramos, en definitiva, ante delincuencia organizada, por lo que es sumamente difícil hallar a las personas responsables, motivo por el cual no se molestan en encubrir sus actos, con lo que basta introducir en cualquier buscador de Internet palabras como «teens» (adolescentes), «nude teen» (adolescente desnudo), «lollitas», o algún personaje de dibujos animados de moda seguido con las siglas XXX. Es muy complicado determinar el origen del sitio *web* consultado para llegar a la persona física que está detrás, por lo que resulta más fácil eliminar el contenido de la *web*. Para hablar de asociación se requiere un *mínimo de dos personas* (uno de ellos se encargaría de la compilación del material y el

79. *Ibidem*, p. 299.

80. MORALES PRATS-GARCÍA ALBERTO, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 1014.

81. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 304.

Revista Penal

Pornografía en Internet

otro del aspecto informático). Ahora bien, lo más común es la integración de un equipo de personas cada una de las cuales ostenta unas determinadas funciones (captación de niños, filmación de imágenes, fotografiado, publicidad, etc.), atribuidas y supervisadas por un sujeto que actuaría como «coordinador». Estas organizaciones delictivas operan de forma permanente, y una vez insertado el material se limitan a actualizarlo cada cierto tiempo. Si son localizados, cambian la dirección del sitio. Suelen también tener carácter internacional y su objetivo es meramente económico, pues el usuario debe abonar una cantidad de dinero por el material pornográfico: mediante tarjetas de crédito, con lo que recibirá una clave de acceso o recibe las imágenes por correo electrónico; o contra reembolso, si la venta lleva implícita la entrega material de la cosa (normalmente vídeos). En cualquier caso, y obviamente, tales transacciones suelen enmascararse bajo productos legales⁸².

F) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz

Aquí, obviamente, el incremento de desvalor están en el hecho de que los sujetos activos sean precisamente las personas que deben velar por la preservación del libre desarrollo del menor o incapaz.

6. Supuesto atenuado del art. 189.7. El castigo de la pseudo-pornografía o pornografía simulada

Mediante este tipo penal, más allá de la libertad sexual del menor, se protege su dignidad o derecho a la propia imagen. En todo caso, una primera y esencial aclaración es que esta conducta solo se castiga cuando es en relación a las conductas descritas en el art. 189.1.b); o lo que es lo mismo, a los actos de producción, venta, distribución, exhibición o facilitación por cualquier medio de material pornográfico en el que no han sido usados directamente menores. No cabe, por tanto, extenderlo a las conductas del art. 189.1.a), dado el tenor literal del precepto «el que utilizare a menores de edad...».

Otra segunda aclaración es que no se incorpora toda pornografía técnica o simulada. Esto es, si por pornografía técnica entendemos aquella practicada por personas mayores de edad, pero que aparentan ser menores, tal modalidad no se incluye en este art. 189.1 que exi-

ge el empleo de la voz o imagen alterada o modificada del menor (*morhing* es el término inglés). Algo sin duda de agradecer, pues no hay ofensividad ni lesión alguna del bien jurídico indemnidad sexual del menor; y a diferencia de otros países, en los que —en palabras literales de MORALES PRATS y GARCÍA ALBERTO— «su Derecho penal pasa a tutelar intereses relativos a una difusa moral colectiva»⁸³.

Ahora bien, lo que sí se castiga, y por primera vez en nuestro país, es la conocida como pornografía simulada o «pseudo-pornografía», entendida como aquella en la que se insertan imágenes o fotogramas de menores reales en escenas pornográficas (animadas o no), y en las que los menores no intervienen realmente, pero en las que objetivamente sí se les utiliza para tales fines obscenos⁸⁴. En consecuencia, para apreciar el tipo debe corroborarse esa unión entre figura animada y menor (ej., crear un dibujo pornográfico en el que el protagonista reúne algunos rasgos faciales de un menor, siendo el resto del cuerpo totalmente inventado). El problema es que, en muchos casos, es difícil establecer si el material pornográfico incorpora una utilización real o virtual del menor, y así identificar la afección a su dignidad o su derecho a la propia imagen. Esto es, la unión entre la creación y la realidad es difícil de corroborar, debiendo existir indicios evidentes de tal asociación, pues en caso contrario se trataría simplemente de un dibujo de un menor de edad desarrollando actos de naturaleza pornográfica, totalmente ficticio y en el que no existe lesión alguna al bien jurídico⁸⁵. Porque si el menor que aparece en el material es producto de un diseño o programa informático que no represente o altere gráficamente la imagen de un niño (ej., los dibujos animados pornográficos conocidos como *manga* o *hentai*), no cabe incriminar ningún proceso de la cadena de distribución en tanto no existe afección al bien jurídico⁸⁶.

Finalmente, este supuesto parece también alcanzar a los supuestos de inserción de voz de menores en cómics de carácter pornográfico, siempre que se trate de voces reales de menores. Estos casos de pseudo-pornografía o pornografía simulada, no se prevén, sin embargo, como comportamientos a incriminar en la Convención de Budapest, pero ateniéndonos al tenor literal del art. 189.7 si cabrían incluirse en este precepto⁸⁷. De cualquier forma, antes de su ubicación autónoma en el art. 189.7, este tipo de conductas podían tener cabida en el art. 189.1, pues solo habla de «utilizar» al menor, sin verificar que la utilización deba ser directa o indirecta. Siendo así, es inexplicable que se regule separadamente y con una pena menor (en el 189.1: pena de 1 a 4 años; en el 189.7: pena de

82. *Ibidem*, pp. 119 y ss.

83. MORALES PRATS-GARCÍA ALBERTO, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 1014.

84. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», op. cit., p. 104.

85. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 187.

86. *Ibidem*, p. 337.

87. MORALES PRATS-GARCÍA ALBERTO, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 1014.

prisión de 3 meses a un año o multa de 6 meses a dos años). Algo que no tiene mucho sentido cuando el bien jurídico protegido es el mismo: la indemnidad sexual del menor o su dignidad. Una diferencia de penas que, para MORILLAS FERNÁNDEZ, sin embargo, está justificada «ante la imposibilidad material de identificar en qué supuestos ha participado un menor y en cuáles lo ha hecho de manera virtual»⁸⁸.

7. Problemática concursal

En principio cabe hablar de concurso de delitos con las agresiones sexuales de los arts. 178, 179 y 180, en caso de que se haya forzado con medios violentos o intimidatorios a los menores para que participen en el espectáculo o en la producción del material pornográfico, o con los abusos sexuales de los arts. 181.2 y 3 y 183. Un concurso ideal medial por ser la agresión o el abuso el medio para la utilización del menor para los fines del art. 189.1 CP. En caso de efectuarse la exhibición o difusión del material pornográfico ante menores o incapaces, normalmente habrá concurso ideal de delitos con el de exhibicionismo del art. 185, y concurso real con el de difusión de pornografía entre menores del 186.

La problemática mayor surge, en todo caso, con el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197, y más habida cuenta de que el tipo básico del art. 189.1 se castiga con pena de 1 a 4 años de prisión, cuando el tipo básico del 197.1 castiga también con pena de prisión de 1 a 4 años a la que añade la multa de 12 a 24 meses. Es más, si se aplica el supuesto agravado del art. 197.5 (perfectamente aplicable siempre pues agrava la pena cuando la víctima sea un menor de edad) la pena siempre será mayor que la de la pornografía infantil pues impone la pena en su mitad superior; esto es, prisión de 2 a 5 años a 4 de prisión + multa de 18 a 24 meses. Veámoslo, en todo caso, más detenidamente.

VII. Delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen del menor objeto de pornografía. El delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP)

La mayoría de los autores coinciden en afirmar que las conductas delictivas hasta ahora vistas del art. 189 CP, podrían entrar en concurso de delitos con el de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197, siempre y cuando la filmación se llevare a cabo sin consentimiento del menor. Cabría, por tanto, hablar de concurso real, o al menos ideal, entre estos delitos y el correspondiente de pornografía infantil, lo que supondría una pena más grave para aquellos casos en que, además de la vulnera-

ción de la intimidad del menor se haya atentado contra la libertad sexual de éste al captar imágenes con contenido sexualmente provocador⁸⁹. Otros, como MORILLAS FERNÁNDEZ⁹⁰, sin embargo, hablan de aplicación exclusiva del art. 197, pues el menor al no ser consciente de semejante situación no se verá afectado en su indemnidad sexual. Esto es, este autor entiende que la indemnidad sexual subsume a la intimidad; luego es requisito necesario para apreciar el primero una lesión del segundo pero no viceversa; es decir, la lesión a la intimidad no tiene por qué incluir una lesión a la indemnidad sexual. Las imágenes, en todo caso, y repetimos, no deben estar consentidas por el menor, puesto que si se estimase siempre irrelevante el consentimiento del menor, el supuesto agravado del art. 197.5, referente a que la víctima sea menor de edad, quedaría vacío de contenido. De este modo, y en definitiva:

— La filmación de imágenes o escenas pornográficas, llevada a cabo de manera subrepticia (clandestina) por medio de artificios técnicos, de modo que el menor no advierte que es objeto de filmación o grabación, o con la colaboración forzada del menor: *aplicación del art. 197.1*, pues se trataría de un delito contra el derecho a la propia imagen del menor, en cuanto que faceta de su privacidad, *en concurso ideal con el delito de pornografía del art. 189.1.a*). Es más, le sería también de aplicación la agravación del art. 197.5, por tratarse de un menor, con lo que la pena final sería la de prisión de dos años y medio a cuatro años.

— El tráfico o difusión de imágenes o escenas pornográficas de menores, sin participación previa en la filmación o elaboración de imágenes, pero sabiendo que el menor no había consentido a su grabación: *aplicación del art. 197.3, apartado segundo*, que incrimina la difusión o revelación de tales imágenes con conocimiento de su origen ilícito, *en concurso ideal con el delito de pornografía infantil del art. 189.1.b*) CP. Por supuesto, cabría también aplicársele la agravación del art. 197.5 con lo que la pena sería de prisión de 2 a 3 años.

Lo que queda claro, en definitiva, es que esta problemática se debe al hecho de que la introducción del art. 189.1.b) se llevó a cabo sin la debida y previa reflexión sobre los bienes jurídicos afectados y sobre el efecto de solapamiento con los delitos contra la intimidad del art. 197.1 y 3. Y es que, de nuevo con TAMARIT SUMALLA⁹¹, hubiera sido preferible abordar la cuestión en el seno de estos delitos, dado que se trata de hechos que se producen con posterioridad a la consumación del ataque a la libertad sexual del menor, y que en cualquier caso afectan a aspectos relacionados a su intimidad cuya revelación es contraria a sus interés.

88. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 336.

89. TAMARIT SUMALLA, J., *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, op. cit., p. 114.

90. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, op. cit., p. 177.

91. TAMARIT SUMALLA, J., *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, op. cit., p. 157.

Revista Penal

Pornografía en Internet

VIII. Conclusiones valorativas. Principales obstáculos a salvar

1. Internet. El ciberespacio sin ley

Internet nació sin normas y sigue rigiéndose sin ellas⁹². En este contexto es fácil dilucidar que la represión penal del tráfico de pornografía infantil en la Red no depende exclusivamente de su tipificación como delito, sino de la propia lógica de funcionamiento de Internet. La tensión es evidente. Ahora bien, la tendencia es a consolidar la idea de que las reglas en la Red no pueden quedar al exclusivo libre albedrío de los usuarios. El *maremágnum* de intereses contrapuestos en Internet (desde el derecho al anonimato del usuario, la confidencialidad de las comunicaciones personales en la Red, la confianza y seguridad jurídica en el mercado virtual, hasta incluso la seguridad y defensa de los propios Estados) exige nuevas soluciones jurídicas complejas, que atiendan al principio de proporcionalidad entre los intereses legítimos en tensión.

Concretamente, la transmisión de contenidos ilícitos o nocivos en la Red, como los que aquí nos ocupan, suscitan la impostergable necesidad de soluciones jurídicas que permitan conjugar la libertad de información con la preservación de los intereses del menor (su derecho a la propia imagen, a la privacidad, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad). Pero qué duda cabe sobre que las específicas connotaciones de Internet (uso masivo, descentralización, automatismo, etc.) se alzan como serios obstáculos a la hora de afrontar soluciones jurídicas.

2. Los problemas derivados de la propia idiosincrasia de la Red. La responsabilidad de los *providers* como difusores de contenidos ilícitos (art. 30 CP)

Los complejos problemas jurídicos que suscita la Red vienen dados por el hecho de que cada usuario, conectado a ella, puede convertirse en difusor de contenidos por numerosas vías (*e-mail*, introducción de boletines, participación en foros de discusión o introducción de páginas web). La posibilidad de introducir mensajes o contenidos en la Red, de forma masificada y difusa, dificulta sobremanera la persecución de la difusión de pornografía infantil en la Red, pues hace muy difícil la prueba y, en particular, la identificación de los autores⁹³. En definitiva, la formación de reglas jurídicas firmes en Internet, orientadas a controlar los contenidos que circulan en ella, es una clara

utopía. Y no solo porque la Red se articula de forma descentralizada, sino también porque el material ilícito puede ser ubicado rápidamente en otro servidor, con el fin de evitar su persecución. Además, no debemos olvidar su dimensión internacional, que permite trasladar velozmente el material aludido a países en los que el autor de la información o el proveedor de servicio encuentren cobijo al margen de las jurisdicciones penales correspondientes. Ciertamente, la prevención y represión de la pornografía infantil en Internet, requiere delimitar la responsabilidad de los agentes de Internet y, en concreto, de los proveedores de acceso al mismo, pero ello no puede consistir en un control exhaustivo por parte de éstos en aras a la identificación de los autores del material ilícito, dado que se debe respetar el derecho al anonimato de los usuarios y a la confidencialidad en sus comunicaciones electr nicas⁹⁴.

Cabría hablar, en todo caso, de responsabilidad penal de los *providers* solo en determinados supuestos. Casos por otra parte, que aparte de no ser, ni mucho menos, lo común, generan innumerables problemas dogmáticos:

A) Creación y difusión de pornografía infantil a través de la Red (art. 189.1.b) CP)

Obviamente se debe exigir responsabilidad al proveedor que es creador directo del contenido ilícito. En este caso, no hay problema por hacerle responder por el art. 189.1.b) CP: facilitar la difusión de pornografía infantil⁹⁵. Ahora bien, se deben dar los requisitos del art. 30 del mismo texto legal; o lo que es lo mismo, para que el *provider* sea efectivamente responsabilizado, es necesario que est  incluido en cualquiera de las categorías mencionadas en este precepto, lo cual en algunos casos es ciertamente complicado (ej.,  el encargado del buscador es el director de la empresa difusora recogida en el apartado 2.3. ?). Pero el problema no acaba ahí, pues en el caso de que el procedimiento se pueda dirigir contra el autor del material (ej., quien film  o fotografi  al menor), automáticamente el art. 30 exime de responsabilidad al director de la empresa difusora que aparece en el «tercer escalón» de responsabilidades.

B) Permitir de forma intencionada la introducción de material pornográfico en la Red

También cabría exigirle responsabilidades al que actúa dolosamente y permite la introducción de dicho material

92. Y son muy descriptivas, al respecto, las palabras de MOR N LERMA, cuando escribe: «Internet no tiene presidente, director ejecutivo o mandatario. No existe la figura de una autoridad máxima como un todo. En realidad, nadie gobierna Internet, no existe una entidad que diga la última palabra. No est  bajo el control de ninguna empresa y, de hecho, son los propios usuarios quienes asumen la responsabilidad de su funcionamiento. Cada red integrante de Internet tiene sus propias reglas». Vid., en MOR N LERMA, E., *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*. Pamplona, 1999. p. 96.

93. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 116.

94. *Ibidem*, p. 117.

95. GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios y enlaces*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 107 y ss.

pornográfico en la Red. Ahora bien, en este caso, y para empezar, el art. 30 CP excluye la responsabilidad de los cómplices, por lo que el problema estaría en determinar si la complicidad del *provider* es o no necesaria (y, de entrada no lo parece en la medida en que proporcionar el acceso a Internet es una actividad fácil de obtener)⁹⁶; además, quien facilita el acceso a la red encaja mal en cualquiera de las categorías a las que hace referencia el mencionado artículo. La más cercana sería la de director de la empresa difusora, una definición que compagina mal con la acción de quien se limita a proporcionar la posibilidad de entrar en la red⁹⁷.

C) Responsabilidad del proveedor de enlaces y buscadores

En cuanto a la respuesta que debemos darle a los responsables de los buscadores o de enlaces, *links*, contenidos en determinadas páginas *web*, también se nos plantean innumerables problemas dogmáticos. Para empezar su conducta no es propiamente de *difusión*, pues no es lo mismo difundir el lugar en el que se encuentra el contenido prohibido que difundir tal contenido. En tales casos, como mucho cabría hablar de cooperación, necesaria o no, en el delito cometido por otro. Para exigirle responsabilidad el art. 30 pide dos cosas⁹⁸: una, que sea calificado como cooperador necesario —recordemos que el art. 30 no castiga al cómplice—; y dos, que por cualquier motivo no pueda dirigirse el procedimiento contra quienes se encuentran ubicados en una posición preferente en la escala de responsabilidades señalada por el mismo precepto, lo que en muchas ocasiones implicaría la impunidad.

Y es que, coincidimos plenamente con GÓMEZ TOMILLO en que «no deja de ser llamativo que mientras los tipos de la parte especial se esfuerzan por captar determinadas conductas, las disposiciones de la parte general se ocupan de impedir su operatividad»⁹⁹. No cabe duda en que la regula-

ción de la responsabilidad penal por delitos cometidos a través de Internet por medio de una actividad de difusión presenta enormes carencias. Lagunas que llegan al punto de que el art. 30 del CP no solo no ayuda, sino que obstaculiza enormemente la sanción de los *providers* por su actividad difusora intencionada de pornografía infantil, convirtiéndose en muchos supuestos en su «salvoconducto» a la impunidad. Es por ello, que nuevamente de acuerdo con este autor, cabría abogar por su derogación, de modo que se sometería los medios de comunicación de masas (donde se incluiría, por supuesto, a Internet) a las mismas reglas de autoría y participación que cualquier otro delito¹⁰⁰.

En cualquier caso, y al margen de dichos supuestos, la responsabilidad de los *providers* no está nada clara. Esto es, en aquellos supuestos más comunes, en los que el proveedor no asume una función activa respecto a los contenidos introducidos en su servidor, no es posible exigir una función de control sobre esa información. Porque cuando se limita a cumplir una mera función técnica, su capacidad de control es prácticamente nula. Porque una cosa es ser productor de información y otra, muy diferente, ser un mero vehículo o intermediario de la circulación de la información. Y es que, como ya hemos dicho, es prácticamente imposible extrapolar a Internet los criterios de responsabilidad de la prensa tradicional escrita, en la que, por ejemplo, el editor tiene el dominio del hecho respecto de la información difundida¹⁰¹.

Es quimérico que los portales controlen todos los contenidos que alojan y, al mismo tiempo, salvaguarden la identidad de sus usuarios en base a las leyes de Protección de Datos. Los portales de Internet no pueden ser culpados del tráfico de pornografía infantil, ya que desconocen la mayor parte de los contenidos que albergan. Es más, cuando detectan la existencia de contenidos pedófilos, proceden a cerrarlos de forma inmediata y ponen el hecho en conocimiento de las autoridades¹⁰². El problema para de-

96. *Ibidem*, p. 108.

97. *Ibidem*, p. 109.

98. *Ibidem*, pp. 11 y ss.

99. *Ibidem*, p. 118.

100. *Ibidem*, p. 142.

101. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 117.

102. De hecho el asunto de la pornografía infantil es un tema preocupante incluso para los portales de sexo, pues consideran que perjudica su negocio al suponer un rechazo a la pornografía en general en Internet. Estos sitios suelen ser gratuitos y ofrecen enlaces a todo tipo de sexo, excluyendo el infantil, dado que rechazan de forma absoluta estas prácticas, pero sin embargo son utilizados como medio para acceder a material pedófilo. La mayoría de los consumidores de pornografía no están interesados en contenidos con menores, si tenemos en cuenta los criterios de búsqueda que quedan guardados en las bases de datos. Los que buscan este tipo de material suponen entre el 5 y el 10 % de las consultas y utilizan como buscadores expresiones concretas tales como sexo con niños, menores, lolitas, pedofilia, etc. El problema de los portales de sexo, en definitiva, es la dificultad de controlar la inclusión de contenidos de pornografía infantil. La base de datos de cada uno puede contener una media de 1.000 páginas, y es prácticamente imposible revisarlas una a una. A pesar de que supervisan los contenidos de cada nueva página que alojan, los usuarios pueden cambiar su contenido una vez que obtienen el permiso de alta. Para evitar esto, realizan revisiones periódicas, e incluso algunos cuentan con una sección para que los visitantes indiquen incidencias, y donde se recogen advertencias sobre este tipo de webs. El criterio utilizado para determinar qué materiales pueden incluirse en los buscadores de sexo se basa en verificar que poseen licencia para exhibir el contenido. En caso de fotos sin *copyright* se intenta comprobar visualmente, aunque esto resulta muy complicado por la enorme cantidad de material que existe. *Vid.*, en www.anesvad.org/informe.pdf.

Revista Penal

Pornografía en Internet

tectar la pornografía infantil albergada en sus servidores, son las miles de *webs* personales, foros, *chats* y comunidades existentes; y ello a pesar de todos los sistemas internos que colocan con el objetivo de controlar esta problemática. Por todos estos motivos la colaboración de sus usuarios es imprescindible, de modo que denuncien esas zonas en cuanto las descubran. En todo caso, y para terminar, lo que resulta absolutamente irónico es que mientras sí se ha avanzado en la búsqueda de un estatuto jurídico de responsabilidad del *provider* respecto a la difusión de contenidos nocivos, no ha ocurrido lo mismo en relación a los contenidos il citos¹⁰³.

1. La dimensión internacional del fenómeno

El ámbito geográfico de la pornografía infantil a través de la Red es el mundo virtual, que nada tiene que ver con el mundo físico o espacio físico sobre el cual el legislador, la policía, el Estado, etc., trabajan a la hora de regular, perseguir y evitar conflictos. El cariz internacional del problema es evidente y, en consecuencia, el estatuto jurídico de Internet no puede ser abordado desde una perspectiva nacional. Las soluciones jurídicas deben ser, en consecuencia, de carácter internacional, para que así los autores o suministradores de contenidos pornográficos no se aprovechen de las lagunas legales aún existentes¹⁰⁴.

Y es que en esta materia, las fronteras nacionales se alzan como verdaderos obstáculos para la detección, investigación, persecución y castigo de estos delincuentes. Porque, en completo acuerdo con RODRÍGUEZ GÓMEZ, «mientras la policía, los fiscales y los jueces se circunscriben a un territorio, Internet está configurado como un espacio sin fronteras para los delincuentes. Así, nos encontramos que, aunque una legislación prohíba contenidos o comportamientos ilícitos y establezca la apertura de una causa criminal, puede ocurrir que el autor, el suministrador de contenidos o el de servicios del ordenador central, queden fuera todos del ámbito de aplicación de la ley penal y de la competencia de los agentes de orden público, sometidos a los límites de la aplicación territorial de la ley

penal»¹⁰⁵. Es normal, por tanto, que los responsables de estos delitos sitúen el sitio *web* en servidores de países donde la legislación respecto al asunto de la pornografía infantil no sea demasiado clara¹⁰⁶.

En este sentido, a nivel europeo se han fomentado códigos o convenios de autorregulación en Internet como la *Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 17 de febrero de 1997 (DOC núm. 70 de 6 marzo), sobre contenidos ilícitos en Internet*. En esta resolución se insta a los Estados miembros a «estimular y favorecer sistemas de autorregulación que incluyan organismos representativos de los proveedores de servicios y de los usuarios de Internet». Éste fue el punto de partida del *Informe Provisional sobre las iniciativas emprendidas por los Estados de la Unión Europea sobre los contenidos ilícitos y nocivos en la Red*. Los primeros pasos de la Unión Europea se encaminan a subrayar¹⁰⁷:

a) La inconveniencia de que en el futuro reine la anomia en Internet.

b) La necesidad de introducir una regulación armoniosa con la lógica de funcionamiento de Internet, con especial énfasis en que la introducción exclusiva de normas represivas podría perjudicar el desarrollo de la red.

c) La necesidad de caminar hacia la paulatina armonización de los ordenamientos nacionales.

2. Conclusiones finales

En definitiva, se hace ineludible avanzar hacia normas de armonización internacional comunes, mediante los correspondientes Tratados internacionales. Normas de validez internacional que, obviamente, se deben complementar con la correspondiente cooperación judicial y policial entre los Estados, a fin de luchar eficazmente contra este tipo de delincuencia, y evitando las lagunas y discrepancias que propicien el desarrollo de actividades delictivas.

En España se han creado departamentos específicos en los diferentes cuerpos policiales para luchar contra la pornografía infantil: la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) de la Policía Nacional y el Grupo de Delitos Te-

103. De este modo, y por ejemplo, en el gabinete de Bill Clinton se impulsó la *Communications Decency Act (CDA)* en 1996. Una ley de decencia en las telecomunicaciones que declaraba ilegal la difusión de material indecente en la red, poniendo como pretexto la tutela y protección de los menores. El Tribunal Supremo de EEUU la declaró inconstitucional por limitar la libertad de expresión, porque con ella la decisión judicial giraba en torno a la idea de introducir mayores limitaciones a la libertad de expresión en Internet que en los *mass media* tradicionales. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 117.

104. Piénsese que incluso a nivel de la Unión Europea existen claras diferencias en cuanto a la edad límite para poder hablar de pornografía infantil. En tal sentido, recordemos, países como Alemania o Austria establecen el tope en los 14 años, mientras otros países como España, Holanda o Italia fijan el límite en los 18 años.

105. RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., «Tráfico, explotación y venta de menores», *op. cit.*, p. 190.

106. La mayoría de los sitios con pornografía infantil se encuentran en servidores de países de la antigua Unión Soviética (Rusia, Ucrania, Moldavia, etc.) y en algunos de América Latina, donde la legislación es mucho más permisiva con los menores. En el caso de España, se estima que est  albergado el 1% del total de sitios que contienen material de sexo con niños. Al respecto, se están alcanzando acuerdos interestatales, principalmente en Europa, Norteamérica y cada vez más en América Latina, pero los países de Europa del Este se están convirtiendo en el auténtico refugio de estos delincuentes. *Vid.*, en www.anesvad.org/informe.pdf

107. MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», *op. cit.*, p. 116.

D o c t r i n a

lemáticos de la Guardia Civil. Unos grupos especiales que, sin embargo, no disponen de los medios técnicos adecuados para contrarrestar y perseguir estas deplorables conductas, un problema añadido al del anonimato en el que se respaldan los ciberdelincuentes. Si bien, cabe señalar que desde 2007 tanto la Policía Nacional como la Guardia Civil usan un sistema creado por Microsoft para analizar las imágenes, los vídeos y las webs creadas por las redes de pornografía infantil. Se trata del sistema CETS (*Child Exploitation Traking System*), que comparte todas las investigaciones policiales que hacen referencia a las mismas personas (correos electrónicos, apodos, *chats*, etc.), y que ayudará a investigar a los 300 grupos de internautas que utilizan el portal de Microsoft, el MSN, para distribuir porno infantil¹⁰⁸.

El Defensor del Menor incluso propone la introducción de agentes encubiertos en Internet para luchar contra la pornografía infantil. Esta figura podría contribuir a facilitar el acercamiento del investigador al ilícito penal, permitiendo su investigación desde dentro; por no hablar de su indudable efecto disuasorio y preventivo¹⁰⁹. En todo caso, y para cubrir este «vacío procesal», están los denominados *cibercentinelas* o personas voluntarias que colaboran con la policía infiltrándose en Internet buscando información útil sobre estos delincuentes¹¹⁰.

Sea como fuere, y a pesar de los obstáculos, cada vez son mayores las detenciones (más de 1.000 en los últimos cuatro años)¹¹¹ y la cantidad de sitios con contenidos de este tipo que son cerrados (2.089 solo en el año 2002), y todo ello gracias a la colaboración de los cibernautas con sus denuncias (más de 14.000 en el 2007)¹¹². Y es que a veces los internautas se «encuentran» con este tipo de material al intentar descargar otros archivos como música o películas¹¹³. Una vez detectada una zona con presunto contenido pedófilo en un servidor español, los cuerpos policiales tratan de salvaguardar la mayor cantidad de información del sitio, de modo que no se pierdan las posibles pistas. Con este fin se ponen en contacto con el proveedor para obtener todos los datos referidos al propietario, así como una copia de todo su contenido. A partir de ese momento comienzan las diligencias policiales y judiciales oportunas. Si el contenido está alojado en el extranjero,

según las relaciones existentes con cada país, las brigadas de delitos tecnológicos españolas realizan un informe y comunican las investigaciones, a título informativo, al Estado en el que se localice el delito y a la Interpol o Euro-pol, dependiendo del ámbito. El problema es el excesivo tiempo de respuesta a las solicitudes judiciales y la forma de encauzar la información que se obtiene de personas en terceros países. Porque una vez que un juez haya autorizado el procedimiento, se envían los requerimientos necesarios al país en el que se ha detectado un posible delito de pornografía infantil. Desde ese momento, todo depende de la celeridad de la Justicia en ese Estado y de su capacidad de recoger datos para identificar a los posibles implicados, detenerlos y analizar sus ordenadores. Posteriormente deben enviar una copia de todo el proceso al país de donde provino la información¹¹⁴.

De igual forma, y aunque ahora se vislumbra como algo casi imposible, se debe perfilar un estatuto jurídico más penetrante sobre la responsabilidad de los *providers*, buscando exigirles un mayor y paulatino control sobre la información ilícita que circula en la Red.

En cualquier caso, en lo que no se puede caer es en la exasperación punitiva, como se ha hecho con la criminalización de la posesión de pornografía para el uso personal (art. 189.2 CP). Porque, de acuerdo con TAMARIT SUMALLA, cuyas palabras transcribimos literalmente, «la criminalización de conductas sin potencial lesivo para bienes jurídicos es el mayor ejemplo de cesión a la irracionalidad o a un Derecho penal simbólico. La propuesta de elevar a la categoría de delito hechos como la mera tenencia de pornografía infantil, aun sin intención de transmitirla a terceros, es particularmente expresiva de esta actitud, en la medida que puede suponer el castigo del mero contacto con el objeto o, cuanto menos, ceder ante un pragmatismo de connotaciones mercantilistas que considerara necesario intervenir indirectamente sobre la oferta a base de cortar la demanda»¹¹⁵.

Porque, a pesar de lo espeluznante que nos puedan parecer estas conductas, debemos seguir defendiendo la no intervención del Derecho penal en las conductas de mera tenencia de pornografía infantil o de asistencia a espectáculos desarrollados con menores. Una conclusión que

108. www.20minutos.es.

109. Informe anual del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid 2006, p. 271.

110. En España hay 300 voluntarios activos que colaboran para *Protegeles.com*. Hay otra media docena de organizaciones en España y 25 más en Europa, organizaciones todas ellas dedicadas a combatir la pornografía infantil y el abuso de menores. *Vid.*, en EL PAÍS, 3 de febrero de 2008.

111. En 2003 se detuvo a 84 personas, en 2007 la cifra alcanzó los 677. En los últimos años los detenidos suman 974 y con las últimas detenciones del pasado mes de enero se superó el millar. *Vid.*, en EL PAÍS, 3 de Febrero de 2008.

112. Los e-mails para la denuncia de estos hechos son: denuncias.pornografia.infantil@policia.es y uconunciapedofilia@guardiacivil.es.

113. Es el caso, por ejemplo, de Nuria Ceballos, de 37 años, que utilizó Emule para descargarse el disco Mediterráneo de Ser-rrat y al abrir el archivo comprobó que había más de 100 fotos de menores desnudas, de entre 7 y 13 años, y de países de Europa del Este. *Vid.*, en www.20minutos.es.

114. www.anesvad.org/informe.pdf.

115. TAMARIT SUMALLA, J., *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, op. cit., p. 156.

Revista Penal

Pornografía en Internet

también debemos extender a la elaboración (y lógicamente posterior difusión) de pornografía infantil en la que no se utilizan auténticos menores de edad, sino adultos cuya imagen posteriormente se manipula para ofrecer apariencia infantil o *pornografía técnica*. En estos casos, su posible nocividad como factor indirecto que favorezca futuras victimizaciones de menores, es a lo sumo equiparable a la literatura pedófila y no tiene sentido plantearse la extensión de la intervención penal hasta el extremo de obligar a los Tribunales a ejercer una valoración del contenido de esta clase de obras. Como mucho cabría abordar esta problemática mediante una intervención preventiva de signo extrapenal, como puede ser el desarrollo de actividades de formación e información sexual, de apoyo y asistencia a las personas afectadas por trastornos psicopatológicos, e

incluso por la prohibición y control administrativo de estos materiales¹¹⁶.

Lo principal, y como casi siempre, es sensibilizar y prevenir, con campañas dirigidas a todos los sectores sociales buscando concenciarles sobre los graves problemas que provoca el negocio de la pornografía infantil en los menores. Con ello se conseguirá que la propia sociedad, y sobre todo la comunidad internauta, se implique más en la denuncia de los sitios de Internet que contengan este tipo de material. Porque, para finalizar, y de acuerdo con las diferentes asociaciones de internautas, no se trata de culpar a Internet de todos los problemas habidos, pues *Internet es un medio y no un fin en sí mismo; no es más que un reflejo de la sociedad en la que vivimos*¹¹⁷.

116. *Ibidem*, p. 158.

117. www.anesvad.org/informe.pdf