

Boldova

COLECCIÓN
VANGUARDIA EN CIENCIAS PENALES

Pornografía infantil en la red

Fundamento y límites
de la intervención del Derecho Penal

Miguel Ángel Boldova Pasamar

1.174
8p
2

13740



INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL

CLASIFICACION 364.174
CUTTER 3238p
EJEMPLAR 1
No. DE ADQ. 13740
FECHA 29-Sep-10

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Pornografía infantil en la red
Fundamento y límites
de la intervención del Derecho Penal



© Miguel Ángel Boldova Pasamar

Armando Téllez Reyes
Av. Jardín N° 592, Col. Euzkadi, C.P. 02660
Del. Azcapotzalco, México D.F.
ubijus@gmail.com
(0155) 55564511
(0155) 53566888

Instituto de Formación Profesional
4ª y 5ª Cerrada de Av. Jardín sin número, Col. Ampliación
Cosmopolita, Del. Azcapotzalco, México D.F.
www.pgjdf.gob.mx
ifp@pgjdf.gob.mx
(0155) 5345-5900

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
Calle General Gabriel Hernández N° 56, Col. Doctores,
Del. Cuauhtémoc, C.P. 06720, México, D.F.

ISBN: 978-607-00-0077-5

Dirección de Arte y Diseño:
ROLANDO L. BARTOLO MESÍAS

© UBIJUS Editorial

Editor Responsable:
Dr. Miguel Ontiveros Alonso

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

2008

Índice

I. Introducción	7
II. La globalización del problema y la globalización de las soluciones: Instrumentos normativos internacionales para la lucha contra la pornografía infantil, en particular en internet.....	13
A) De ámbito universal.....	14
B) De ámbito europeo	17
III. Fundamento de la intervención penal: bienes jurídicos protegidos	21
IV. Concepto y clases de pornografía infantil	29
V. El medio: redes telemáticas.....	38
Recursos de Internet susceptibles de ser utilizados para transmitir pornografía infantil.....	38
VI. Límites a la punición de la producción, tráfico y posesión de pornografía infantil y juvenil.....	40

A) Por razón del sujeto activo	40
B) Por razón del sujeto pasivo	46
C) Por razón de los comportamientos delictivos	48
D) Por razones de penalidad	61
E) Por razones de perseguibilidad	62
F) En relación con la agravante cualificada de pertenencia a una organización	65
VII. Competencia jurisdiccional.....	69
Bibliografía.....	71

I. INTRODUCCIÓN

La realización y producción de pornografía con niñas o niños constituye un acto de explotación sexual de los menores que no sólo no admite legitimación ética alguna (sólo es defendida por sectores de paidófilos o pedófilos, cuyos argumentos autojustificantes se esgrimen ahora por primera vez¹, frente a un altísimo grado de re-

¹ Tal y como señala en Memorando explicativo de la Recomendación R(91)11, del Consejo de Europa, de 9 de septiembre de 1991, "el crecimiento de la pedofilia en el mundo está acompañado de una trivialización de las relaciones sexuales entre menores y adultos". Sus defensores hacen girar sus argumentos justificadores en torno al derecho de los menores a disfrutar de su sexualidad y al derecho a la libertad de expresión. Como indica ROJO GARCÍA p. 242, las comunidades de pedófilos defienden la libertad sexual del niño y ayudan a otras personas a convertir su problema en una opción sexual más, incomprendida por el resto de la sociedad, pero natural, lo cual no era posible cuando eran obligados a esconderse. En sentido semejante TAMARIT SUMALLA, p. 18, y ESQUINAS VALVERDE, p. 180. Por su parte, CABRERA MARTÍN, p. 401, apunta que la propia pornografía infantil puede constituir una poderosa forma de justificación de las conductas y preferencias pederastas, en la medida en que el intercambio de material de este tipo pone en contacto a personas que padecen este trastorno de la inclinación sexual, las retira del aislamiento y la marginación y les hace creer que su inclinación constituye una opción sexual válida, con las consecuencias que ello puede acarrear al inhibir los frenos de cara a un posible paso al acto pederasta. Así se explica por ejemplo la aparición de formas de asociación de pedófilos (así, entre otras, "Danish Pedophile Association" o "Vereniging MARTIJN") e incluso la

chazo por parte del resto de grupos sociales), sino que constituye una infracción penal en todas las legislaciones nacionales, bien mediante delitos específicos creados a tal efecto, bien mediante las figuras delictivas tradicionales y más genéricas referidas al orden moral sexual. Lo mismo sucede con el tráfico de dicha pornografía, que tan extendida se encuentra desde hace unos años por todo el mundo merced a la utilización de Internet.

Pero la pornografía infantil no es lacra social que haya emergido por la generalización del uso de las redes telemáticas, sino que sus manifestaciones son anteriores en el tiempo, y al margen de antecedentes remotos, modernamente se sitúa su origen en los Países Bajos y en los años sesenta paralelo al fenómeno de la revolución sexual en Estados Unidos y en Europa (que, entre otras cosas, dio lugar a la eclosión y expansión de la industria de la pornografía en general), hasta su relativo declive y persecución legal a finales de los setenta y principios de los ochenta, que situó su producción y tráfico en ámbitos marginales. Sin embargo, la popularización de Internet en los noventa ha devenido en un resurgimiento y en un auge sin precedentes de la pornografía infantil, tanto en sus formas de aparición como en términos cuantitativos por su crecimiento geométrico o exponencial. En Internet se aloja una gran cantidad de información que llega a todo el mundo, sobre todo de naturaleza sexual y particularmente pornográfica, y por extensión también de pornografía infantil, cuyas cifras de rentabilidad se equiparan a las de la industria

creación de un partido político en Holanda, llamado "Naastenliefde, Vrijheid en Diversiteit" ("Caridad, Libertad y Diversidad"), inscrito en el registro oficial de partidos desde mayo de 2006, que postula reducir de 16 a 12 años la edad penal para que los menores puedan mantener relaciones sexuales con adultos. Además de la pederastia, el partido incluye en su ideario la legalización de la posesión privada de pornografía infantil, no así su tráfico. También defiende la participación de adolescentes desde los 16 años en el cine pornográfico, así como el hecho de que puedan prostituirse a esa edad sin ser considerados víctimas de abuso. Tiene página web propia, donde puede consultarse su programa político: <http://www.pnvd.nl/>

de la pornografía convencional. Como dice la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, "la eclosión de Internet ha revolucionado por completo el mercado de la pornografía infantil hasta prácticamente monopolizarlo como consecuencia de las ventajas que proporciona a los usuarios".

Las principales razones para el auge de la pornografía infantil en Internet han sido la universalidad del medio y su aptitud para relacionar a millones de internautas de todo el mundo, la rapidez en el acceso y trasvase de la información, el anonimato para los usuarios e implicados y los bajos costes. Si bien el crecimiento de la pornografía infantil en la red durante los primeros años de difusión por este medio se protagonizó a través sobre todo de las actividades de grupos criminales profesionalizados, en los momentos actuales se viene constatando que la producción y distribución a gran escala no obedece tanto a la intervención de poderosas organizaciones criminales, como a la producción particular o independiente de usuarios y aficionados que han sido favorecidas por la masificación de la fotografía y del vídeo digital, siendo usualmente material de intercambio entre personas que comparten un interés sexual por los niños y niñas². Internet ha generado innumerables formas de permitir este intercambio y la creciente popularización del medio ha dado lugar a que el fenómeno alcance enormes proporciones materiales, como también importantes han sido los esfuerzos de los Estados por intentar frenarlo y combatirlo legalmente.

En el caso español y por lo que respecta al ámbito de las reacciones jurídicas ante el fenómeno de la pornografía infantil nuestro legislador actuó a remolque de los acontecimientos, pues la protección jurídico-penal de los menores frente a las conductas de utilización o de explotación sexual de los mismos (prevista en el art. 189.1 del Código penal de 1995) eran en realidad insuficientes para comprender

2 V. Informe de Anesvad, la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, MORALES PRATS (2000), pp. 181 s.

el tráfico y la distribución de pornografía infantil (sin intervención previa en su elaboración o producción), lo que llevó en 1999 a la tipificación expresa de esta conducta, introduciendo un nuevo apartado en el art. 189.1 CP³, que de otro modo podía resultar impune, salvo que se forzara la aplicación del referido precepto (que se limita a describir como delito la utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos)⁴ o de otros tipos delictivos (receptación, encubrimiento, delito contra la intimidad⁵, o incluso delito de omisión del deber de impedir determinados delitos⁶). Sin embargo, y aunque no resulte obligado resalta el hecho de que en la tipificación de estas conductas no se mencione expresamente Internet o más genéricamente las redes telemáticas de comunicación (así en Francia, art. 227-23, pfo. 3.º CP⁷, o en Italia, a través de la Ley de 6 de febrero de 2006 titulada "*Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet*", que modifica el Código penal italiano en varios apartados⁸). Por otro lado, a la reforma de 1999 le sucedió en 2003 una ulterior reforma del art. 189, que amplió las conductas típicas (posesión para propio uso y tráfico de pornografía virtual) y elevó

3 La letra b) del art. 189.1 castiga actualmente los comportamientos consistentes en *producir, vender, distribuir, exhibir o en facilitar la producción, venta, difusión o exhibición* por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, así como también la conducta de *poseerlo con aquellos fines*.

4 DIÉZ RIPOLLÉS, p. 19, consideraba que la utilización de menores castigada en el art. 189.1 no quedaba limitada a los casos de empleo directo de menores en una representación, sino que abarcaba igualmente la difusión de tales representaciones. No obstante, apuntaba que las conductas de tráfico también podían castigarse igualmente a través de los delitos contra la intimidad.

5 V. MORALES PRATS (2000), pp. 189 ss., dando cuenta de estas posibilidades.

6 Solución postulada por GARCÍA VALDEZ, p. 419.

7 V. VERÓN, pp. 237 s.

8 V. DEL PINO, pp. 511 ss.

las penas. Pues bien, si estas nuevas tipificaciones sobre pornografía infantil no tienen por qué ser contempladas necesariamente como una manifestación más del Derecho Penal del enemigo o un caso de expansión pura y dura del Derecho Penal, pues hay elementos de juicio que justifican la protección del menor, sí que alguna de las notas que caracterizan un Derecho Penal extremo o de máximos pueden reconocerse en la forma de tipificación de tales conductas (utilización de un concepto unitario de autor frente al criterio general basado en un concepto restringido de autor), en el objeto material del delito (modalidades o clases de pornografía infantil que sin serlo se asimilan: pornografía infantil virtual, etc.), así como en la extensión de la responsabilidad penal al simple hecho de la posesión de dicha pornografía cuando se destina exclusivamente al propio uso, circunstancia con la que se cierra y comprende jurídicamente todo el ciclo de actividades que rodean este fenómeno: desde la captación del menor, la producción de la pornografía, su difusión por cualquier medio, forma o formato hasta su consumo final. Todavía, sin embargo según el punto de vista del legislador, no se ha terminado de perfilar una protección jurídico-penal final, completa o definitiva, a pesar de las modificaciones legales del art. 189 de 1999 y de 2003. En este sentido un Proyecto de reforma del Código penal, de enero de 2007 (que finalmente ha decaído), sugería añadir a la autoría material del delito de utilización de un menor con fines exhibicionistas o pornográficos el hecho de lucrarse con dicha actividad, conducta que muy probablemente ya habría que considerar subsumible en la regulación actual si, como es lo normal, media un concierto delictivo entre los codelincuentes⁹.

9 Las razones de estas modificaciones constantes en esta materia obedecen en el citado caso a la Decisión marco de 22 de diciembre de 2003 (*v. infra*), cuyo proyecto ya sirvió de base para la reforma del Código penal de 2003, pero sin que se hubiera terminado de perfilar el texto definitivo, la razón que obliga a nuestro legislador a tomar en consideración ulteriores reformas. Sobre ello *v. ÁLVAREZ GARCÍA*, pp. 89 ss.

La vertiginosa evolución de los medios telemáticos ha desembocado asimismo en una constante modificación de las formas de comisión relativas a la distribución y difusión de la pornografía infantil en Internet: de las páginas web iniciales, a los chats, foros, comunidades, news, correos electrónicos, programas de intercambio de archivos, etc.¹⁰ Estas nuevas modalidades de transmisión de la pornografía infantil no buscan tanto la impunidad legal, pues igualmente son constitutivas de delito, como dificultar o impedir la persecución penal. En cambio, otras formas de presentación del producto, según el interés pretendido por los consumidores, sí tienden a escapar de la calificación del mismo como objeto material del delito, como puede ser el caso de la pornografía infantil artificial, fantástica o no realista, lo que sitúa la cuestión en constante discusión acerca de los límites de las prohibiciones jurídico-penales o jurídico-administrativas.

Finalmente, debe resaltarse que una problemática específica en torno a esta materia es determinar el lugar de comisión del delito y establecer la jurisdicción competente para su persecución, partiendo de la base de que en Internet las fronteras no existen, aunque los delitos se lleven a cabo en un lugar determinado (en los actos de tráfico aparentemente es aquel desde el que se origina la difusión). En principio, y sin perjuicio de un desarrollo ulterior, el art. 23.4.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial resuelve decididamente la cuestión desde 1999 en el sentido de considerar que estos delitos se encuadran en el ámbito de perseguibilidad correspondiente al principio de justicia universal o mundial, por el cual, aunque se cometan en el extranjero y por extranjeros, también pueden ser perseguidos y enjuiciados en España.

10 V. Informe de Anesvad y ROJO GARCÍA, p. 222.

II. LA GLOBALIZACIÓN DEL PROBLEMA Y LA GLOBALIZACIÓN DE LAS SOLUCIONES: INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES PARA LA LUCHA CONTRA LA PORNOGRAFÍA INFANTIL, EN PARTICULAR EN INTERNET

Ante un fenómeno que trasciende fronteras como éste y para el que el acuerdo y la cooperación internacional son claves en el objetivo de su erradicación, la comunidad internacional ha reaccionado de forma ciertamente firme y pronta, pues son numerosos los instrumentos normativos de todo orden que han proliferado para conseguir combatir, atajar o reducir el problema de la expansión de la pornografía infantil particularmente por Internet empleando ante todo los recursos propios del Derecho Penal¹¹.

Pero para esta reacción contra la pornografía el Derecho Penal es sólo uno de los instrumentos posibles, no el único, y ni siquiera tiene por qué ser el más eficaz. Sin duda cabe acudir también a otras ramas del Derecho, aunque igualmente debe acudir a otros medios tales como la prevención, el tratamiento de las personas afectadas por trastornos de la personalidad sexual, la autorregulación en el ámbito de los proveedores de servicios de Internet, el empleo de filtros destinados a la navegación telemática segura, la difusión de información y recomendaciones a los usuarios, y la colaboración de los internautas, de las asociaciones y organizaciones dedicadas a la protección de los menores y de los proveedores de Internet con las autoridades judiciales y gubernativas, entre otras muchas posibilidades de actuación.

Sin embargo, la fijación en el Derecho Penal como medio para proporcionar vías de solución ha sido una constante en los textos internacionales destinados a la lucha contra la pornografía infantil. No obstante, la sucesiva producción de estos documentos normativos no siempre se presenta como mejor técnica de unificación de las legisla-

11 V. sobre los esfuerzos internacionales en esta materia MARCOS MARTÍN, pp. 321 ss.

ciones, un objetivo difícilmente alcanzable en su plenitud, por cuanto son los propios Estados los que al final en el ejercicio legítimo de su soberanía hacen suya o no una opción legislativa, en la que evidentemente habrán de influir las diferentes culturas y concepciones ético-sociales y jurídicas de los distintos Estados. Asimismo se destacan diferencias entre los diversos textos internacionales y estas discrepancias se manifiestan a veces en temas tan básicos como las definiciones esenciales o los límites concretos de las prohibiciones penales, cuyas divergencias pueden servir de estímulo a este tipo de criminalidad. Sin embargo, hay que reconocer que se han venido obteniendo logros consistentes en una cierta homogeneización de las legislaciones penales con base en dichos textos internacionales, como por ejemplo la fijación de al menos 16 años en el ámbito internacional y al menos 18 años en el ámbito europeo como edad límite hasta la cual se prohíbe que un sujeto menor de esa edad pueda ser explotado para la realización de pornografía, así como que el material producido sea aprovechado por terceros para su difusión y consumo.

De entre los instrumentos normativos internacionales son especialmente destacables desde nuestro punto de vista, especialmente teniendo presente el ámbito europeo en que nos situamos, los siguientes:

A) De ámbito universal:

a) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (Instrumento de ratificación en BOE 31 de enero de 2002).

El mismo se justifica, entre otras cosas, en la preocupación de los Estados por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en Internet y otros medios tecnológicos modernos, recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet (Viena, 1999) y, en particular, sus conclusiones,

en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de Internet.

Partiendo de la base de que la pornografía infantil debe estar prohibida en los Estados Partes (art. 1), "*por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*" (art. 2, letra c). El art. 3.1.c indica que, como mínimo, deben quedar íntegramente comprendidos en la legislación penal de todo Estado parte, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: "*La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.*"

Estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos (art. 5.2), y en cualquier caso se castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad (art. 5.3), sugiriendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas o, si no fuera el caso, civil o administrativa (art. 5.4). A ellas suman otras disposiciones referidas a la jurisdicción para el enjuiciamiento de los delitos, la extradición por los mismos, la asistencia judicial recíproca, la incautación y confiscación de bienes, la protección de las víctimas, etc.

b) **Convenio sobre cibercriminalidad, hecho en Budapest 23.XI.2001.** De menor importancia que el anterior, puesto que no se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico.

El art. 9.1 de este Convenio recoge las "*infracciones relativas a la pornografía infantil*", y en él se señala que las Partes adoptará

las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su Derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización:

- a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;
- b. el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- d. el hecho de procurarse o procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático;
- e. la posesión pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

El art. 9.2, considera a los efectos del apartado anterior que la "pornografía infantil" comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual:

- a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
- b. una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
- c. unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

Según el apartado 3 del mismo artículo el término "menor" designa cualquier persona menor de 18 años, pero prevé que las Partes puedan exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años.

Finaliza el apartado 4 señalando que los Estados podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los párrafos 1 (d) y 1 (e), y 2 (b) y 2 (c).

B) De ámbito europeo:

a) Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet (2000/375/JAI).

A fin de prevenir y combatir el abuso sexual de los niños y, en particular, la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de material pornográfico infantil a través de Internet, el Consejo de la Unión Europea decide:

Artículo 1

1. En el marco de la Decisión n.º 276/1999/CE y con objeto de reforzar las medidas de prevención y de lucha contra la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de pornografía infantil y de garantizar que las infracciones en este ámbito sean efectivamente investigadas y perseguidas, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para **animar a los usuarios de Internet a que comuniquen a las autoridades policiales, directa o indirectamente, sus sospechas sobre la difusión de material pornográfico infantil en Internet**, cuando encuentren material de este tipo. Se dará a conocer a los usuarios de Internet los modos de ponerse en contacto con las autoridades policiales o con las entidades que tengan vínculos privilegiados con éstas, a fin de que dichas autoridades puedan cumplir su cometido de prevención y lucha contra la pornografía infantil en Internet.
2. Cuando sea necesario y teniendo en cuenta la estructura administrativa de cada Estado miembro, entre las medidas destinadas a impulsar una investigación y persecución eficaces de los hechos punibles perpetrados en este ámbito podría figurar la **creación de unidades especializadas dentro del ámbito policial** con los conocimientos específicos y los recursos necesarios para tratar con celeridad la información sobre supuestos casos de producción, tratamiento, difusión y posesión de pornografía infantil.
3. Los Estados miembros garantizarán una **actuación rápida de las autoridades policiales** en cuanto reciban información sobre supuestos casos de producción, tratamiento, posesión y difusión de material pornográfico infantil. Las autoridades policiales podrán posponer su actuación si fuere necesario por razones tácticas y durante todo el tiempo requerido, a fin, por ejemplo, de llegar hasta los responsables de las operaciones delictivas o las redes (redes de pornografía infantil).

Artículo 2

1. Los Estados miembros establecerán la **cooperación más amplia y rápida posible para facilitar una investigación y persecución eficaces de los hechos**

punibles relativos a la pornografía infantil en Internet, con arreglo a los acuerdos y disposiciones vigentes.

2. *Con el fin de garantizar una respuesta a tiempo y eficaz a estos hechos delictivos, los Estados miembros se notificarán mutuamente los puntos de contacto que funcionen las 24 horas del día y estén dotados de personal experto, así como las unidades especializadas contempladas en el apartado 2 del artículo 1, que pueden ser utilizados para el intercambio de información y contactos ulteriores entre los Estados miembros. Los puntos de contacto que estuvieren ya establecidos para otras tareas, al igual que los canales de información existentes como Europol e Interpol, podrán utilizarse también para estos fines.*
3. *Los Estados miembros velarán por que se informe a Europol, dentro de los límites de su mandato, de los supuestos casos de pornografía infantil.*
4. *Los Estados miembros, en adecuada cooperación con Europol, estudiarán la posibilidad de organizar reuniones periódicas de las autoridades competentes especializadas en la lucha contra la pornografía infantil en Internet, a fin de fomentar intercambios generales de información, análisis de la situación y la coordinación táctica.*
5. *Cada Estado miembro comunicará a la Secretaría General del Consejo la unidad o las unidades organizativas que sirvan de puntos de contacto con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2. La Secretaría General notificará a los Estados miembros dichos puntos de contacto.*

Artículo 3

Dentro de un diálogo constructivo con la industria, los Estados miembros estudiarán las medidas adecuadas, tanto voluntarias como legalmente vinculantes, para eliminar la pornografía infantil de Internet. En particular, los Estados miembros intercambiarán experiencias sobre la eficacia de las medidas que hayan adoptado para eliminar la pornografía infantil en Internet. En este contexto, examinarán las medidas siguientes que serían obligatorias para los proveedores de Internet:

- a) *informar a las entidades competentes mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 o a las unidades a que se refiere el apartado 2 del artículo 1 acerca del material de pornografía infantil del que hayan recibido información o tengan conocimiento y que se difunda a través de ellos;*
- b) *retirar de la circulación el material de pornografía infantil del que tengan conocimiento y que se difunda a través de ellos, salvo que las autoridades competentes dispongan otra cosa;*
- c) *conservar, de conformidad con lo enunciado en la Resolución del Consejo, de 17 de enero de 1995, sobre la interceptación legal de las telecomunicaciones (1), datos de tráfico, cuando haya lugar y sea técnicamente viable, en particular a efectos de la persecución penal en caso de sospecha de abuso sexual de menores,*

así como de producción, tratamiento y difusión de pornografía infantil, durante todo el tiempo especificado en la ley nacional aplicable, a fin de que estos datos estén disponibles para su inspección por parte de las autoridades policiales de conformidad con las normas de procedimiento aplicables;

- d) *crear sistemas propios de control destinados a combatir la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de material pornográfico infantil.*

Artículo 4

Los Estados miembros verificarán periódicamente si la evolución tecnológica requiere, para mantener la eficacia de la lucha contra la pornografía infantil en Internet, una modificación de los procedimientos penales que sea conforme con los principios fundamentales y, en su caso, impulsarán nuevas leyes en consonancia con estos fines.

Artículo 5

Los Estados miembros cooperarán, en contacto con la industria, compartiendo su experiencia y fomentando, en la medida de lo posible, el establecimiento de filtros y otras posibilidades técnicas de prevención y de detección de la difusión de material de pornografía infantil.

Artículo 6

1. **El Consejo evaluará en qué medida los Estados miembros han satisfecho las obligaciones derivadas de la Acción común 97/154/JAI, y hasta qué punto han resultado eficaces las medidas propuestas con arreglo a la presente Decisión.**

(...).

- b) *Decisión marco del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI).*

Esta Decisión Marco es fundamental en el ámbito europeo, pues conforme a ella se han debido o, en su caso deben homogeneizar las legislaciones penales de los países europeos en torno a los delitos relativos a la pornografía infantil.

El art. 1 b) define la pornografía infantil como "cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual:

- i) *a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño, o*
- ii) *a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o*
- iii) *imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)".*

En cuanto a las infracciones relacionadas con la pornografía infantil el art. 3 señala:

"1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales, se realicen mediante sistemas informáticos o no, cuando se cometan sin derecho:

- a) producción de pornografía infantil;
- b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil;
- c) ofrecimiento o suministro de pornografía infantil;
- d) adquisición o posesión de pornografía infantil.

2. Cualquier Estado miembro podrá excluir de responsabilidad penal las conductas relacionadas con la pornografía infantil:

- a) contempladas en el inciso ii) de la letra b) del artículo 1, cuando la persona real que parecía ser un niño tuviera de hecho al menos 18 años en el momento de la representación;
- b) contempladas en los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1, cuando en los supuestos de producción y posesión, se produzcan y posean imágenes de niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el consentimiento de los mismos y exclusivamente para su uso privado. Aun en el caso de que se demuestre que ha habido consentimiento, éste no se considerará válido si se ha obtenido valiéndose, por ejemplo, de una mayor edad, madurez, posición, estatus, experiencia o relación de dependencia de la víctima con el autor;
- c) contempladas en el inciso iii) de la letra b) del artículo 1, cuando haya quedado acreditado que el productor produce el material pornográfico y está en posesión del mismo estrictamente para su uso privado, siempre que para esta producción no se haya utilizado el material pornográfico al que se refieren los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1 y que el acto no entrañe ningún riesgo de difusión del material".

Por su parte, el art. 4 establece la necesidad de garantizar la punibilidad de la inducción y de la complicidad en la comisión de cualquiera de las infracciones mencionadas, pero también de garantizar la **punibilidad de la tentativa** de practicar cualquiera de las conductas a que se refieren las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 3.

Por lo que respecta a las sanciones el art. 5.1 señala con carácter general que los comportamientos descritos en los art. 3 y 4 habrán de castigarse con sanciones penales **privativas de libertad de una duración máxima de al menos entre uno y tres años**. Sin embargo, para determinadas conductas el art. 5.2 reserva sanciones penales privativas de libertad de una **duración máxima de al menos entre**

cinco y diez años, y entre ellas se encuentran las descritas en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 3, **cuando la víctima sea un niño que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual** según el Derecho nacional y **pueda darse al menos una de las circunstancias siguientes:**

- que el autor haya puesto en **peligro** de forma deliberada o por imprudencia temeraria la **vida del niño**,
- que la infracción se haya cometido empleando **violencia grave** contra el niño o causándole un **daño grave**,
- que la infracción se haya cometido en el marco de una **organización delictiva** según la definición de la Acción Común 98/733/JAI cualquiera que sea el grado de la sanción contemplada en dicha Acción Común.

El art. 5.3 prevé la **posibilidad de que a la persona física condenada** por estos delitos, en su caso, **pueda ser inhabilitada**, con carácter temporal o permanente, **para el ejercicio de actividades profesionales que supongan el cuidado de niños**. Así también se señala en el art. 5.4 **que para las conductas relacionadas con la pornografía infantil basada únicamente en imágenes realistas de un niño inexistente cada Estado podrá establecer otras sanciones**, incluidas sanciones **no penales, o medidas**.

Por último, cabe destacar también que los arts. 6 y 7 recogen la responsabilidad de las personas jurídicas por estos delitos y las sanciones contra las mismas.

III. FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN PENAL:

BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

El concepto mismo de pornografía era desconocido en la Antigua Grecia, aunque puede afirmarse que la pornografía es casi tan antigua como el mundo, si se entienden como pornográficas, o al menos con significación erótica, las representaciones de zonas erógenas del cuerpo humano o de escenas de contenido explícitamente sexual a través de la escultura y la recreación pictórica, presentes no sólo en la cultura occidental sino también en la oriental (cuyas

primeras manifestaciones aparecen ya en el Paleolítico), muchas veces vinculadas a creencias religiosas o significaciones espirituales. La pornografía, tal como la conocemos hoy en día, surgió con la aparición de la fotografía. Pocos años después de que Daguerre, con las aportaciones de NIÉPCE, presentara en 1839 ante la Academia de Ciencias francesa el daguerrotipo ya se hacían las primeras fotografías de desnudos y las primeras fotos de parejas en el momento de la cópula carnal. La definición de pornografía no se incorpora a los tratados, diccionarios y enciclopedias hasta mediados y finales del siglo XIX. Posteriormente la aparición del cine amplió aún más la producción de la pornografía, esta vez en forma de películas. Aunque mucho antes que la fotografía y el cine, desde antiguo los medios escritos habían servido a los mismos fines como primer soporte, inicialmente por medio de la literatura. Los primeros intentos de imprimir literatura erótico-pornográfica tienen lugar en Europa ya en el siglo XVI durante el Renacimiento, tras la aparición de la imprenta un siglo antes, y su difusión comienza a generalizarse a partir del siglo XVII. Modernamente los medios de imprenta contribuyen a la extensión de la pornografía infantil por medio de revistas y libros ilustrados. Por si fuera poco, desde finales del siglo XX el video ha conducido a darle a la pornografía una dimensión todavía muy superior en cifras de material disponible, que actualmente y a través de Internet, puede decirse que se encuentra al alcance de cualquier internauta un poco avezado y que disponga de un mínimo económico para sufragar los costes derivados de su conexión a la red.

La **pornografía** en su conjunto y en sus formas modernas ha sido objeto del Derecho Penal y de la censura gubernativa en todos los Estados en algún momento de su historia¹². Su producción

12 Es un dogma frecuentemente reiterado que la pornografía fue un fenómeno reprimido como riguroso tabú social de los últimos doscientos o trescientos años hasta su total liberación en los últimos tiempos; v. MERTNER/MAINUSC, p. 95.

y difusión se ha castigado tradicionalmente como un delito contra la moralidad pública o contra las buenas costumbres referidas al honor y pudor sexuales. En España, por ejemplo, tales conductas podían sancionarse con sus Códigos tradicionales a través de las figuras delictivas de escándalo público hasta que fueron derogadas tras el establecimiento del Estado democrático constitucional. En efecto, en los Estados democráticos de Derecho la cuestión se fue resolviendo bien entrada la segunda mitad del siglo XX a favor de la licitud de la pornografía de adultos y entre adultos, por considerar que en la confrontación de intereses prima el **derecho a la libertad de expresión** (de conciencia, de producción y creación literaria o artística, de comunicar y recibir libremente información, etc.) frente a la moral sexual colectiva. En España esto no tuvo lugar hasta finales de los ochenta. Estos derechos y libertades tienen en cualquier caso su límite en el respeto a otros derechos, entre los que destacan expresamente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la **protección de la juventud y de la infancia** (art. 20.4 de la Constitución española). A partir de ahí se explica por ejemplo que, aunque sea lícito en general el tráfico de pornografía, constituya delito proporcionar o facilitar por cualquier medio directo material pornográfico a menores de edad o incapaces (art. 186 CP)¹³.

Por el contrario, cuando de lo que se trata es de **pornografía infantil**, los derechos a la libertad de expresión y creación ceden de forma absoluta ante los derechos de la protección de la juventud y de la infancia, por lo que estamos ante una conducta que es *ab initio* ilegal, e incluso la misma puede implicar la realización de otros delitos de naturaleza sexual concurrentes o acompañantes a la creación de la obra o del material pornográfico, como por ejemplo, abusos o agresiones sexuales.

13 Sobre el concepto de material pornográfico en el ámbito penal, v. ORTS BERENGUER/ROIG TORRES (2005), pp. 1627 ss.

La ubicación sistemática de estos delitos en el Código penal español corresponde al Título VIII del Libro II, dentro de los delitos contra la **libertad e indemnidad sexuales**. Pero más en concreto se incluyen en el capítulo V de dicho título, que lleva por rúbrica "*De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores*". No obstante, así como la prostitución comprende como sujetos pasivos a mayores y menores de edad, la corrupción sólo abarca a menores de edad e incapaces.

Si bien se identifica la corrupción de menores en sentido estricto únicamente con la conducta del art. 189.4 CP (consistente en hacer participar a un menor de edad o a un incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o el desarrollo de su personalidad), lo cierto es que las conductas específicamente relativas a la pornografía infantil (art. 189.1, 2, 3 y 7) también pueden ser entendidas como manifestaciones de la **corrupción de menores** en sentido amplio [procesal, al menos, pues así se entiende en el contexto del art. 23.4.e) LOPJ]. En estos casos de corrupción, a diferencia de otros delitos sexuales en los que el autor menoscaba la libertad sexual del menor (como en la agresión sexual), suele entenderse que el bien jurídico tutelado es propiamente la **indemnidad sexual** del menor (es decir, la indemnidad de su personalidad sexual), si bien se invocan además en el contexto de la pornografía otros bienes concurrentes o complementarios tales como el "derecho a la imagen" o incluso la mismísima "dignidad" del menor como persona.

En los supuestos de **elaboración o creación** del material pornográfico es evidente que esos bienes jurídicos de naturaleza individual de los que es portador el menor son los que resultan o pueden resultar realmente menoscabados en la medida en que dicho menor es utilizado directamente en la escena pornográfica o exhibicionista.

No es el caso empero del **tráfico** de pornografía infantil (incluyendo aquí ciertos supuestos de producción que tienen lugar con posterioridad a la utilización del menor), pues la lesión contra los bienes y derechos del menor se encuentra plenamente consumada¹⁴, incluso podría no haber tenido lugar, por ejemplo en el supuesto de menores que cuelgan en la red relaciones sexuales lícitas mantenidas entre ellos o de sí mismos en actitudes o conductas representativas de una provocación sexual¹⁵; también la imagen ha podido ser captada de forma clandestina o subrepticia por un tercero¹⁶, con lo cual se alega que podríamos estar en realidad ante un delito contra la intimidad del art. 197 del Código penal¹⁷. Pues bien, la difusión de dicho material no añade nada a la supuesta lesión pretérita del bien jurídico, esto es, no intensifica tal lesión, y menos aún si ésta no existió por tener la producción del material un origen lícito. El hecho de que la escena pornográfica quede reflejada en el material correspondiente (película, fotograma, etc.) sirve solo, en su caso, para probar la existencia de una lesión previa de la libertad sexual o de la

14 Consideran, en cambio, que los actos de tráfico también afectan a dichos bienes (libertad o indemnidad sexuales): GUTIÉRREZ DAVID; REDONDO HERMIDA, pp. 1567 ss.; GARCÍA VALDÉZ, p. 414.

15 No parece por ello atinado atribuir naturaleza receptadora a la pornografía de menores que circula por la red. Así, en cambio, GUTIÉRREZ DAVID.

16 ORTS BERENGUER/ROIG TORRES (2005), pp. 1641 ss., entienden que para que una grabación sea pornográfica la misma ha de haber sido concebida y confeccionada como tal, de forma que excluyen de ese carácter las grabaciones que se realizan con desconocimiento de las víctimas de estar siendo utilizadas para la confección de películas y revistas de corte pornográfico. Pretenden recortar en lo posible la noción de pornografía y excluir de la misma acciones de la vida íntima y cotidiana de las personas, evitando el etiquetado de aquéllas y éstas como pornográficas y autoras de las mismas, respectivamente. Sin embargo, en nuestra opinión lo que es o deja de ser pornográfico es el material, no el acto captado en sí, por lo que no encuentro inconveniente para poder afirmar que se trata de material pornográfico. Otra cosa es si el tipo realizado es el del art. 189 o el del art. 197 CP.

17 V. *infra* notas 42 y 43.

indemnidad sexual del menor, y a lo sumo la perpetúa en el tiempo, pero no la modifica. Ni las condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte del menor en el presente y en el futuro, ni las relativas al desarrollo de su personalidad sexual se alteran en la mayor parte de los casos porque circulen, muchas veces con desconocimiento o ignorancia del menor, materiales pornográficos en los que quedó reflejada su participación sexual activa o pasiva. Por eso una parte de la doctrina considera que con el tráfico de pornografía infantil no se lesionan bienes jurídicos individuales, sino acaso un interés colectivo o social que trataría de conjurar el peligro de que, al existir un mercado que ofrece y demanda este producto, se repitan en el futuro abusos o actos de explotación contra menores que sirvan a la elaboración de nuevo material pornográfico¹⁸. Sin embargo, esta posición olvida que al quedar fijada la imagen del menor en el soporte de que se trate, la difusión de la misma comportará un atentado contra el **derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen**, que en un contexto pornográfico es indisponible para el menor (por tanto, su eventual consentimiento sobre el uso de su imagen es irrelevante y se estima como una intromisión ilegítima, art. 4.3 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor)¹⁹. Por lo cual, aun

18 V. la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, criterio que le lleva a estimar, por un lado, que los delitos del art. 189.1.b) pueden entrar en concurso ideal de delitos con el tipo específico acuñado para proteger la intimidad y la propia imagen del art. 197 CP, y por otro lado, que no habrá concurso de delitos, sino un único delito del art. 189.1.b) aunque sean varios los menores que aparecen en el material pornográfico. También conforme con este último criterio FERNÁNDEZ TERUELO (2007), p. 80.

19 Irrelevancia del consentimiento que recuerdan entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ/ALONSO/LASCURAIN, p. 304, y ESQUINAS VALVERDE, p. 180, quienes consideran que las modalidades delictivas de tráfico y elaboración de material pornográfico del art. 189 CP van a suponer en todo caso -y cuando se trate de difusión, incluso *principalmente*- un atentado contra el derecho a la intimidad y la propia imagen. De la misma opinión con relación a la modalidad delictiva de la letra b) del art. 189 CP (tráfico) MORILLAS FERNÁNDEZ, pp. 179 ss. También TAMARIT SUMALLA, p. 157, quien no obstante reconoce en el delito otra di-

cuando el menor no sea identificable (por ejemplo, la pornografía se elaboró en otro país), no dejan de lesionarse con dicha conducta los derechos concretos y universales de toda persona a su honor, a su intimidad y a su propia imagen, implicando su tráfico un **riesgo de lesión en masa** de estos derechos²⁰. Entonces el peligro de repetición de las conductas de corrupción o abuso de menores para la producción de nueva pornografía de esa naturaleza no reflejaría fielmente lo injusto material de las conductas de tráfico de pornografía infantil, pues éstas no tienen por sujetos pasivos que son tomados como objetos sexuales a personas futuribles, inciertas e indeterminadas, sino a personas concretas y reales (que aparecen filmados, grabados o fotografiados). Semejante peligro entonces no tendría otro significado que explicitar la *ratio legis* de los preceptos. De este modo podemos explicar la impunidad de la conducta anteriormente indicada del menor que se fotografía o filma a sí mismo realizando un acto sexual, para luego difundirlo por Internet. Si no incurre en un delito de tráfico de pornografía infantil es porque autor y víctima coinciden en la misma persona, al ser su intimidad sexual personal la que resulta afectada, frente a la tesis que estima que el bien jurídico es colectivo y que el delito consiste en un peligro abstracto para dicho

mención próxima al encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real que completaría la protección dispensada al menor desde los tipos delictivos contra la intimidad. Por su parte, MORALES PRATS (2000), pp. 188 s., alude como bien jurídico protegido en el art. 189.1 a la dignidad del menor o su derecho a la propia imagen, conectado con la idea anglosajona de privacidad (derecho a no ser molestado o a la tranquilidad en la esfera privada, en la que el sujeto organiza de modo originario su libre desarrollo de la personalidad).

20 Otros autores invocan como bien jurídico central del delito de tráfico de pornografía infantil la dignidad de la persona, pero ésta no integra un bien jurídico concreto y delimitado del resto de bienes jurídicos individuales, sino que es solo el principio rector que informa todos los derechos fundamentales de la persona y, en consecuencia, los correlativos bienes jurídicos que identificamos en cada uno de ellos, y por eso muchas veces se cita genéricamente la dignidad humana junto a los derechos que le son inherentes, pero como una fórmula que precisa concreción ulterior para un ámbito definido como es éste.

bien jurídico, la cual no tendría otro remedio que considerar típica la conducta del menor consistente en difundir su propia imagen en un contexto sexual, porque para esta concepción víctima o sujeto pasivo del delito no es el concreto menor que aparece en el material, sino que víctimas potenciales son todos los menores que el futuro se puedan instrumentalizar (por terceros o por sí mismos) para producir más pornografía de esta especie.

Por su parte, la **posesión** de pornografía infantil para propio uso, si bien guarda relación también con el empleo ilegítimo de la imagen del menor o menores afectados, es puntual e insignificante en comparación con las conductas de tráfico, pues carece del peligro de difusión entre terceros determinados o indeterminados, y aparece como la conducta más alejada respecto de la efectiva explotación sexual del menor. La gravedad de este comportamiento es por ello muy inferior a cualquiera de los anteriores, incluyendo entre ellos la posesión destinada al tráfico. De ahí que el sentido de la punición en la posesión para el propio uso se centre tan solo y aquí sí en evitar o prevenir que en el futuro se sigan utilizando de este modo a menores por la existencia de un mercado negro que lo demanda en forma de material pornográfico²¹. Ello supone, en consecuencia, únicamente un **peligro abstracto** para los bienes jurídicos de contenido sexual de menores de edad e incapaces²², pero no en rigor de los afectados

21 La demanda no la fomentaría propiamente la posesión estática del material, sino más concretamente la conducta (no castigada en España, pero sí en Alemania o en Italia, por ejemplo) dirigida a procurarse el material; v. ESQUINAS VALVERDE, p. 178. Sin embargo, si se posee generalmente es porque antes se ha procurado la obtención del material (si además el sujeto lo ha elaborado o producido realiza el delito más grave del art. 189.1 CP), salvo en las ocasiones más raras en que el material haya llegado a sus manos de parte unilateral de un tercero o por azar.

22 V. en este sentido también CARMONA SALGADO, p. 298; GÓMEZ TOMILLO (2005), 04: 34; ORTS BERENQUER, p. 294 (califica esta modalidad típica de "peligro abstracto remoto").

realmente por aparecer en el material pornográfico, sino de todo el conjunto de menores e incapaces que en el futuro pudieran ser víctimas de esta instrumentalización sexual. Un peligro abstracto adicional se presenta en la medida en que el consumo de pornografía infantil pueda propiciar que el sujeto se incline por hacer realidad sus fantasías tendenciales, sea para realizar pornografía o para cometer cualquier otro delito sexual contra el menor.

Si nos centramos únicamente en las redes telemáticas, la conducta principal será sin duda la de tráfico de pornografía. La elaboración o producción rara vez tendrá lugar en la propia red (salvo que se utilicen "webcams" por ejemplo), y también será escasa la posesión (salvo que se almacene en la misma red).

IV. CONCEPTO Y CLASES DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

El principal problema que presenta el objeto material del delito es su delimitación conceptual. En principio por **pornografía infantil** hay que entender aquel material que incorpore a un menor real en una conducta sexual explícita. Ésta constituye la definición de pornografía infantil en sentido estricto o propiamente dicha que, sin entrar en matizaciones, puede entenderse como de común aceptación o que no admite cuestionamientos sobre su carácter.

Actualmente no constituye problema legal alguno la consideración de los medios telemáticos como **soporte** en el que fijar y distribuir material pornográfico. A los escritos y documentos se han asociado desde el punto de vista jurídico, y en particular jurídico-penalmente hablando, cualesquiera otros medios o soportes que sirvan la misma funcionalidad de fijar o permitir la transmisión o reproducción de declaraciones, pensamientos, imágenes y sonidos. Sin embargo, conforme a una interpretación sistemática del art 189, son sólo estas dos últimas formas de representación de la persona, por separado o conjuntamente, las que pueden resultar relevantes

para integrar el concepto jurídico-penal de pornografía infantil, y ello incluso aunque se aluda en el tipo a “cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte”. La pornografía infantil literaria hoy en día está claramente excluida de la aplicación de estos delitos (en su momento podía ser constitutiva de escándalo público), pues si no hay incorporación de imágenes ni sonidos de menores, ni por ello reproducción externa de una persona, no se utiliza ni directa ni indirectamente a los sujetos que la ley pretende preservar de dicha instrumentalización. La literatura pornográfica carece, por tanto, de relevancia penal ni siquiera aunque constituya una provocación para delinquir o apología de la pornografía infantil. No obstante, también habría que limitar el concepto general de pornografía infantil, esto es, de pornografía infantil real exclusivamente a las representaciones visuales, incluyan o no sonidos, pues son las únicas capaces de incorporar una conducta sexual explícita²³. El material exclusivamente sonoro es relevante sólo en la pornografía infantil virtual, puesto que se menciona explícitamente la voz en el apartado 7 del art. 189 CP como susceptible de ser utilizada en la composición de dicha subespecie de pornografía, pero ello no au-

23 ORTS BERENGUER/ROIG TORRES (2005), p. 1642, estiman que el material pornográfico elaborado con menores o incapaces, a efectos del art. 189, parece que sólo puede serlo el que registra los cuerpos de los mismos en actividades de incuestionable sexualidad, por la elemental razón de que no hay otro del que pueda decirse que está elaborado con menores o incapaces y entraña un riesgo para sus respectivos procesos de formación y socialización. Por ello, aunque pueda merecer la consideración de material pornográfico elaborado con menores el que estriba en grabaciones de sus voces, entienden estos autores que, salvo supuestos muy extremos, carece de la suficiente carga lesiva para integrarse en los repetidos delitos del art. 189. También se inclinan por que la pornografía infantil real comprenda únicamente la representación visual: MORILLAS FERNÁNDEZ, pp. 67 y 248, y FERNÁNDEZ TERUELO (2006), p. 715, quienes se adhieren al concepto de pornografía infantil que defiende en *Comentarios al Código penal II*, Díez Ripollés/ Romeo Casabona (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 521. A favor de aceptar cualquier tipo de medio o soporte, sin necesidad de que sea susceptible de visualización, refiriéndose explícitamente a los materiales de carácter sonoro, CABRERA MARTÍN, p. 404, n. 7; RUEDA MARTÍN, p. 115.

toriza a extender sus efectos a la auténtica pornografía infantil, es decir, la que incorpora la utilización directa de un menor real en una conducta sexual explícita.

Por una parte, una **conducta sexual explícita** puede concretarse en acciones que impliquen la realización de prácticas sexuales (coito, masturbación, exhibicionismo, etc.), pero no pueden recibir tal consideración ni por tanto tampoco servir de base al material pornográfico los meros desnudos que carezcan de una connotación sexual, esto es, que no impliquen una provocación sexual, por mucho que para determinados sujetos (como sucede en el fetichismo) produzca esa consecuencia que en la generalidad de las personas está ausente. De otro modo se llegaría al absurdo de considerar material pornográfico las fotografías o filmaciones que con ocasión del baño de un bebé o de un niño de corta edad o en escena similar se pueden llegar a realizar en el ámbito familiar sin otro objetivo que el de servir al mero recuerdo, sólo porque subjetivamente un pedófilo pudiera verlas como pornografía o con esa significación. No es necesario además forzar tales dudosas interpretaciones porque en la actualidad el sujeto que trafica con pornografía infantil o la posee lo hace en cantidades tales y de un contenido suficientemente explícito sobre su naturaleza y significación merced a Internet que queda sobradamente comprometido en la conducta delictiva, dejando al margen los simples desnudos ajenos a un contexto sexual.

Por otra parte, por **menor** debe entenderse aquel sujeto que tenga una edad inferior a 18 años, según convención internacionalmente establecida, aunque hasta hace poco las diferencias entre los Estados eran ostensibles en relación con la pornografía infantil (por ejemplo, en Alemania conforme a la legislación recientemente modificada la edad del menor tenía que ser inferior a 14 años para constituir pornografía penalmente relevante). No obstante, otro límite de edad que llega a ser trascendental para delimitar una conducta delictiva de otra lícita es el que se establece en las diferentes legislaciones

para reconocer cierta autodeterminación sexual a los menores, el cual dista asimismo de ese objetivo de convergencia, aunque generalmente es inferior a los 18 años y se centra alrededor de los 14 años (13 en España). Esta circunstancia representa un problema tanto por el hecho de que puede resultar dudosa la determinación de la edad de un sujeto como mayor o menor de esos límites, aproximadamente 14 años en unos casos y más de 18 años en los otros, como también porque el propio concepto de pornografía infantil parecería incluir sólo a los impúberes, quienes están excluidos absolutamente de la capacidad de autodeterminación sexual con terceros. Esta circunstancia, sin embargo, sólo es tenida en cuenta generalmente por la legislación para considerar la existencia de un tipo agravado. Aunque parece lógico entender que una cosa es la edad para consentir una relación sexual, que puede y suele ser inferior a 18 años (en consonancia también con razones físicas y jurídicas: tanto el desarrollo de las funciones sexuales de la persona como la edad mínima para contraer matrimonio)²⁴, y otra que hasta la mayoría de edad se deba presumir que un menor no está en disposición de consentir su inclusión o aparición en un material pornográfico destinado a terceros, dadas las repercusiones que podrían derivarse de dicha actuación para su propia persona²⁵. Ahora bien, cuando continuamente se vincula la

24 A su vez las bases del reconocimiento de cierto grado de autodeterminación sexual en relación con adolescentes o jóvenes procede de la superación en el mundo occidental a partir de la segunda mitad del siglo XX del puritanismo social en materia de sexualidad, y con ello en la desvinculación de las relaciones sexuales del matrimonio y la procreación, en el reconocimiento de la igualdad de los sexos y en la libertad de decidir la orientación sexual; v. KILLIAS, pp. 173 ss.; SCHUEDER, pp. 209 ss.

25 V. En este sentido FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, pp. 245 ss. También CABRERA MARTÍN, p. 401, alude a los efectos negativos que pueden derivarse de la implicación de un menor en determinadas actividades sexuales con fines o intereses pornográficos particularmente para el libre desarrollo de la personalidad y el adecuado proceso de formación de ese menor, así como para su integridad física, psíquica y espiritual. Pero añade a continuación que la simple representación de

pornografía infantil con la pedofilia hay que tener presente que la pedofilia o paidofilia es la tendencia o inclinación de las personas a sentir una atracción sexual primaria hacia los niños prepúberes²⁶ y ello se corresponde con la definición de la pornografía infantil como la pornografía de menores que no han alcanzado la edad del consentimiento debido a la ausencia de desarrollo sexual físico, psíquico y moral. Se explica entonces que la reciente reforma del Código penal alemán de 2007, dirigida a unificar el Derecho Penal europeo en esta materia, haya tenido por objeto ampliar la protección penal contra la pornografía de menores, añadiendo a la pornografía infantil (niños con edad inferior a 14 años) la pornografía juvenil (jóvenes adolescentes menores de 18 años)²⁷. Del mismo modo se hablará impro-

un menor en determinados contextos y circunstancias propios de la pornografía, aunque no lesione bienes en el estricto terreno sexual, afecta a la dignidad y al derecho a la intimidad y la propia imagen de ese menor.

26 Incluso se distingue en Psiquiatría entre infantofilia o nepiofilia (atracción hacia niños lactantes o infantes) y pedofilia (atracción hacia niños en edad prepuberal); v., por ejemplo, ROMI/GARCÍA, p. 94.

27 El Código penal español evita mencionar el concepto de pornografía infantil, entre otras cosas porque debe comprender también a los incapaces, y alude a material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces. Por otra parte, la alusión explícita a la expresión "pornografía infantil" presenta el problema de que no comprende la pornografía juvenil en sentido estricto, de manera que habría que realizar una interpretación extensiva del concepto, que podría propiciar otras interpretaciones extensivas por lo que respecta al sujeto pasivo del delito (como que no es necesaria una utilización directa del menor, sino que basta una utilización del mismo indirecta) o incluso analógicas (como la concepción según la cual el menor no tiene por qué ser real, sino que su representación sea realista, etc.; v. *infra*). Paralelamente, Díez RIPOLLÉS, p. 18, pone de manifiesto el mismo manifiesto abuso del lenguaje que tiene lugar en la normativa internacional cuando por "niño" hay que entender toda persona menor de 18 años, lo que obliga a considerar joven a toda aquella que se encuentre en los primeros años de la mayoría de edad. Por su parte, ÚBEDA DE LOS COBOS, p. 68, considera que el Código penal debe contener una definición de lo que deba entenderse por pornografía infantil, "ya que se trata de una realidad no tan mutable como en ocasiones se asegura y no es de esperar que evolucione de forma significativa en los próximos años", añadiendo a esto que "no debe olvidarse que

piamente de pedofilia respecto de la tendencia sexual primaria que se centra sólo en los adolescentes, debiendo utilizarse en rigor la expresión efebofilia o hebefilia²⁸. Debe hacerse notar que, a diferencia de la pedofilia, la efebofilia jamás ha sido vista como patológica por los psicólogos y psiquiatras. De hecho, es considerada norma o uso social en algunas sociedades en las cuales las adolescentes acostumbra a contraer matrimonio con hombres adultos.

Por otra parte, con base unas veces en la dificultad de distinguir la verdadera pornografía infantil de la que no es y otras veces en el interés por evitar cualquier posible alegoría de la pedofilia, existe una tendencia de carácter internacional aún poco consolidada dirigida a asimilar o equiparar con aquélla a estos efectos penales la pornografía infantil que no es real, es decir, aquella en la que no ha participado ni directa ni indirectamente un menor. Se trata de la **pseudopornografía infantil**, es decir, una pornografía infantil que es falsa, porque se limita a representar menores, por ejemplo a través del dibujo u otra clase de animación (pornografía infantil *artificial*) o simulación, como puede ser empleando adultos caracterizados (pornografía infantil *técnica*). En estos casos no estamos ante el empleo de la imagen o el sonido de un menor, y su producción y difusión así como su posesión para propio uso sólo podrían representar un peligro abstracto (evitar el potencial estímulo de explotación sexual del menor), que en el caso de la posesión citada es mucho más remoto aún, pues a lo sumo la demanda del producto seguirá sin implicar la utilización de menores.

Nuestro Código penal, como la mayor parte de las legislaciones, no alude a esta subclase de pornografía infantil y se ha limita-

no nos encontramos con normas referidas a la moral pública, sino centradas en la protección de la infancia”.

28 Estos términos no están, sin embargo, admitidos por la Real Academia Española, que de manera generalista define paidofilia o pedofilia como la atracción erótica o sexual que una persona adulta siente hacia niños o adolescentes.

do a sancionar con penalidad menor la producción y difusión, no la posesión (ni siquiera la predestinada al tráfico), de **pornografía infantil virtual** (también así llamada en Italia), consistente en que, sin haberse utilizado directamente a menores, se emplee su imagen o su voz alterada o modificada²⁹. Aquí la utilización del menor es únicamente indirecta (inexistente en la pseudopornografía), pero al menos representa una conexión con los derechos e intereses del menor susceptibles de ser protegidos penalmente, frente a la pseudopornografía, en la que hay una total desconexión con los mismos y cuya punición, defendida generalmente por asociaciones dedicadas a la protección de menores, se fundamenta únicamente en evitar el fomento y normalización de este tipo de materiales —lo cual evidencia una petición de principio— y, en su caso, el de materiales que incorporen menores reales³⁰. Dicha fundamentación sería extensible

29 V. REDONDO HERMIDA, pp. 1568 s. (encuentra impecable la previsión legislativa desde el punto de vista político-criminal y constitucional); CABRERA MARTÍN, p. 416 (entiende que cabe considerar delictivo este material en la medida en que puede constituir una provocación para la comisión de abusos sobre menores y una exaltación de las conductas pederastas); FERNÁNDEZ TERUELO (2006), pp. 711 y 716 (considera que el peligro para el bien jurídico libertad y/o indemnidad sexual se hace más difuso, precisamente porque no se han utilizado menores, añadiendo que sería como castigar el consumo o tráfico de sustancias lícitas o inocuas para la salud por el hecho de que las mismas puedan parecer o simular droga); ORTS BERENGUER/ROIG TORRES (2005), pp. 1642 y 1645 s. (se muestran contrarios a levantar una infracción penal en relación con la utilización de menores virtuales o fingidos, ejemplificando con la alteración de imágenes consistentes en colocar la cara de un menor sobre la imagen de un adulto, que no se sabe para qué bien genera un riesgo ni en qué consiste tal riesgo); ÁLVAREZ GARCÍA, p. 96 (propone la supresión del delito del art. 189.7 por ausencia de lesividad, pues estamos ante una utilización exclusivamente virtual que supone que el menor no interviene realmente en la conducta de carácter sexual).

30 MORALES PRATS (2000), pp. 199 s., y *el mismo* (2006), p. 294 se opone a la incriminación de estas formas de pornografía por la ausencia de ofensividad o lesividad. Considera, con razón, que por esta vía el Derecho Penal pasa a tutelar intereses relativos a una difusa moral colectiva, pues en el fondo se reprimen conductas que difícilmente alcanzan el grado de incitación directa a la desviación sexual o pedofilia. En semejante sentido: GARCÍA CABRERA MARTÍN, p. 416 (materiales

sin duda a la literatura de sexo con menores o a los enlaces que prometen contenidos de este tipo aunque no sea cierto.

La cuestión de la pornografía infantil virtual y de la pseudopornografía no recibe siempre un tratamiento semejante en la legislación comparada, lo que puede suscitar dudas sobre los límites de la punibilidad. Citaremos algunas legislaciones próximas a nuestro entorno, que en principio se han inspirado para sus recientes reformas legales sobre la base común de los tratados y acuerdos internacionales, especialmente europeos, en torno a la materia:

- a) El nuevo art. 600 quater 1 del Código penal italiano equipara la pornografía infantil real la pornografía virtual (si bien la pena se reduce en un tercio), la cual tiene lugar cuando el material pornográfico representa imágenes virtuales realizadas utilizando imágenes de menores de 18 años o parte de ellas. Son imágenes virtuales las que se realizan con técnicas de elaboración gráfica no asociadas en todo o en parte a situaciones reales, cuya calidad de representación hacen aparecer como verdaderas situaciones no reales. Se considera delito no sólo la producción y difusión, sino también la posesión de la misma.
- b) Por su parte, el Código penal alemán considera pornografía infantil y juvenil la que reproduce hechos reales o realistas,

interpretados por adultos, siempre y cuando no supongan una incitación directa a la comisión de delitos sexuales contra menores de edad); GARCÍA VALDÉS, p. 415 (refiriéndose a recreaciones virtuales); FERNÁNDEZ TERUELO (2006), p. 709 (aludiendo a formas de pseudopornografía en las que no se han utilizado menores reales); ROJO GARCÍA, pp. 249 s. (mencionando la creación digital de figuras y situaciones totalmente inexistentes); TAMARIT SUMALLA, p. 158 (cita la pornografía infantil en la que no se utilizan auténticos menores de edad).

Por el contrario, considera que la pornografía técnica ahora posiblemente sea "tipificable" (sic) en el apartado 7 del art. 189 MONTERDE FERRER, p. 237. Explicando por qué esa subsunción no es posible MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, p. 362.

esto es, que tienen una apariencia externa próxima a la realidad [parágrafo 184 b)], y también castiga su posesión.

- c) Finalmente, el Código penal francés (art. 227-23) ha equiparado desde 1998 a la imagen del menor la mera representación. Ahora bien, en sus prescripciones acerca de la punición del tráfico y posesión de pornografía infantil se encarga de aclarar (pfo. 6) que las mismas se aplican a las imágenes pornográficas de una persona cuyo aspecto físico sea el de un menor, salvo que se establezca que la persona tenía 18 años el día de la captación o registro de su imagen.

Contrasta el hecho de que en España a la imagen corporal se haya sumado el sonido del menor como elemento susceptible de componer material de pornografía infantil, al menos explícitamente de la pornografía infantil virtual (salvo el Protocolo facultativo de la Convención de los derechos del niño y la Recomendación 91 (11) del Consejo de Europa, que aluden a los medios sonoros, la Convención sobre cibercrimen y la Decisión marco de 2003 se centran sólo en las imágenes susceptibles de visualización), algo que normalmente no contemplan otras legislaciones europeas (exceptuando la irlandesa, que incluye los dispositivos exclusivamente sonoros)³¹. La cuestión tiene cierta relevancia, ya que las imágenes visuales a veces se acompañan de sonido, en particular en la forma de películas, videos, etc. Las imágenes de adultos realizando una conducta sexual explícita, acompañada mediante un montaje del sonido de menores, serán constitutivas de pornografía virtual, calificada de tal modo no por la actuación sexual de los adultos (lícito), sino porque el sonido procede de menores de edad (ilícito). En cambio, tal y como queda redactado el art. 189.7, que requiere el empleo de la imagen o de la voz del menor *alterada o modificada*, la difusión de la parte exclusivamente sonora de un producto pornográfico que originalmente

³¹ Dato obtenido de FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, pp. 245 ss.

incorpora imágenes, difícilmente puede integrar el tipo señalado al no producirse en rigor montaje o manipulación alguna que permita afirmar el carácter virtual de la pornografía en cuestión.

Líneas calientes telefónicas, chats pornográficos o videoconferencias equivalentes quedan excluidas de la consideración de material pornográfico en la medida en que tienen lugar en tiempo real y no se registran en soporte alguno³² (podrían ser constitutivas de prostitución o, en su caso, de otras formas de corrupción de menores definidas en el art. 189 CP)³³.

V. EL MEDIO: REDES TELEMÁTICAS

Internet es el medio más utilizado actualmente para difundir pornografía con menores de edad, si bien ni es el único ni tampoco cabe esperar que sea el último medio de transmisión de pornografía infantil y juvenil en forma de fotogramas, videos y películas. Así por ejemplo, se constata igualmente la existencia de redes de pornografía infantil y juvenil que hacen uso de la telefonía móvil para transmitir esta clase de material, concretamente a través de mensajes de correo mms (*Multimedia Messaging System*).

Recursos de Internet susceptibles de ser utilizados para transmitir pornografía infantil:

Correo electrónico (E-mail): Aplicación que permite enviar mensajes a otros usuarios de la red sobre la que está instalada. En Internet el correo electrónico permite que todos los usuarios conectados a la red puedan intercambiarse mensajes no solamente de texto, sino todo tipo de documentos y archivos adjuntos.

Canales de Chat: Sistema que permite la comunicación en tiempo real entre dos o más usuarios de Internet. Ésta es una de

las herramientas que funcionan sobre el modelo cliente/servidor, de modo que los usuarios de chat se conectan a un servidor mediante un programa cliente para establecer sus comunicaciones. Existen muchos programas para chat, siendo mIRC o MSN Messenger dos de los más populares. En su forma básica, el chat consiste en texto que va apareciendo en las pantallas de los usuarios conectados a medida que es remitido al servidor, pero actualmente existen aplicaciones que permiten la conversación con audio y video incluidos, así como la interacción con personajes virtuales de dos o tres dimensiones.

Chatroom (sala de charla): Lugar virtual de la red, llamado también canal (channel), donde la gente se reúne para charlar con otras personas que hay en la misma sala.

Sitio Web (websiteside): Es un conjunto de páginas web comunes a un dominio de Internet. Una página web consiste en un archivo basado en el lenguaje HTML y forma parte de un sitio web. En estos espacios virtuales se contiene una significativa unidad de información accesible a través de la World Wide Web, mediante un programa navegador instalado en el ordenador del usuario. Su contenido puede incluir textos, gráficos, sonidos y material multimedia interactivo.

Un tipo de sitio web específico son las comunidades virtuales: Las podemos definir como conjuntos de personas reunidas por un interés común, que mantienen su relación a lo largo del tiempo utilizando Internet para comunicarse. Hoy en día es muy fácil crear una comunidad virtual, ya que son muchos los sitios web que proveen ese servicio en forma gratuita, principalmente como forma de atraer usuarios y hacerles llegar su publicidad. Los usuarios de una comunidad virtual pueden dejar mensajes o colgar archivos (imágenes, videos, animaciones, etc.) accesibles para cualquiera de sus integrantes.

32 V. en este sentido CABRERA MARTÍN, p. 413.

33 Se inclina por la corrupción de menores MORILLAS FERNÁNDEZ, pp. 148 s.

Peer-to-peer: Es una red informática entre iguales (par a par o entre iguales). Un programa P2P permite el intercambio de archivos a través de Internet, directamente desde el disco rígido de los usuarios, sin intermediarios (no hay servidor fijo) y en forma gratuita. Todos los usuarios se comportan simultáneamente como clientes y como servidores. Algunos de los programas P2P más conocidos son: Gnutella, Kazaa, iMesh, eMule, BitTorrent, etc.

VI. LÍMITES A LA PUNICIÓN DE LA PRODUCCIÓN, TRÁFICO Y POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y JUVENIL

A) Por razón del sujeto activo

El sujeto activo de esta modalidad de corrupción de menores en sentido amplio es quien crea, difunde, exhibe, proporciona, facilita o pone a disposición de terceros el material pornográfico. Se asimila a esas acciones la de poseer el material con las finalidades antedichas, ya que el sujeto presenta la misma vocación de favorecer la propagación de pornografía con menores. En cambio, la extensión de la punibilidad a la posesión para propio uso ya no implica esa carga de injusto material, sino que alude a conductas de agotamiento del delito de tráfico, aunque sin embargo el poseedor es igualmente considerado sujeto activo de un delito de corrupción de menores, y no es impensable que pueda ser involucrado como traficante sin que primariamente se tenga dicha intención³⁴. Es indiferente para la ley

34 Esto es propiciado muchas veces por la propia dinámica del tráfico y consumo de este producto en Internet (a través de chats, fotos y demás lugares de intercambio de archivos), hasta el punto de que los papeles de traficante y consumidor se entremezclan y sus perfiles se difuminan, de tal manera que los consumidores pasan a ser los principales difusores de pornografía en la red; v. en este sentido, ÚBEDA DE LOS COBOS, p. 67; FERNÁNDEZ TERUELO (2006), p. 717. También la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado considera que las figuras del traficante y la del consumidor de pornografía infantil se han visto superadas por

en torno a toda esta clase de sujetos si obran **por ánimo de lucro** o conforme a su **tendencia sexual**. Sin embargo, puede parecer más reprochable la conducta del primero que la del segundo, quien tratándose generalmente de un **pedófilo** representa a alguien en quien concurre un trastorno de la personalidad sexual, lo cual sin embargo no se refleja ni en la medida de la culpabilidad (pues se considera un vicio de la personalidad que no afecta a su imputabilidad penal)³⁵, ni tampoco en la penalidad prevista en la ley, que tendría que prever su tratamiento o recuperación, caso de encontrarse ante un pedófilo diagnosticado pericialmente como tal, circunstancia que debe recalcar cuando el efebófilo, que también puede ser sujeto activo de los delitos, carece de trastorno alguno. La ley no diferencia estos aspectos mencionados sobre la motivación y sobre los defectos de la personalidad sexual del autor, dando a entender que comprende los mismos y otros distintos, es decir, igualmente es sujeto activo quien difunde pornografía con menores sin ánimo de lucro y sin interés sexual. Más discutible es esto con respecto al poseedor de pornografía

una síntesis de ambos representada por el consumidor *et cetera* (consumidor que comporte sus archivos, sin ánimo de lucro, con otros consumidores, de modo que al propio tiempo es consumidor/distribuidor).

35 ROJO GARCÍA, p. 239 apunta la posibilidad de que el sujeto sea un pedófilo y, consecuentemente, que se viese afectado por una posible imputabilidad o semi-imputabilidad. TAMARIT SUMALLA, pp. 123 ss., considera que hay que tomar conciencia de las ventajas que puede suponer la imposición de una medida de seguridad a los sujetos respecto a los cuales pueda establecerse un diagnóstico que afirme la existencia de un trastorno de la personalidad de carácter pedofílico de cierta gravedad y un pronóstico respecto a una razonable posibilidad de éxito del tratamiento, siendo la vía de la eximente incompleta que respondería de modo satisfactorio a estas exigencias, si bien rehuyendo soluciones generalizadas. CABRERA MARTÍN, p. 417, cree que habría que revisar la imputabilidad de los verdaderos pedófilos para evitar castigar con una pena a quien precisaría otro tipo de intervención más adecuada y eficaz en relación con su parafilia. Por su parte, MORILLAS FERNÁNDEZ, pp. 361 ss., recuerda que, a jurisprudencia la pedofilia por sí sola no es capaz de generar una exención o atenuación punitiva (a lo sumo una atenuante por analogía, pero nunca una eximente incompleta), a no ser que vaya asociada a otros trastornos o enfermedades mentales.

fía, porque poseerla como la ley dice para "propio uso" presupone un interés sexual. En los casos de producción del material con la intervención no siempre necesaria de adultos en la escena de contenido sexual, no nos encontramos en realidad ante pedófilos, sino ante auténticos pederastas, esto es, sujetos que llevan su tendencia hacia los menores hasta la relación sexual abusiva o delictiva con ellos.

Así pues, atendiendo al ciclo completo de la pornografía infantil y juvenil, sujetos activos de estos delitos lo serán los productores y quienes en su caso participen directamente en la escena sexual incorporada al material (art. 189.1.a), los distribuidores (art. 189.1.b) y los consumidores (art. 189.2). Así como el primer y segundo grupo de sujetos reciben la misma penalidad, al último le corresponde una penalidad muy inferior. Pero éstos no son compartimentos estancos, dado que en la práctica puede resultar habitual que el sujeto asuma más de un rol (productor-distribuidor, distribuidor-consumidor) o todos a la vez³⁶, esto es, el delincuente total. Sin embargo, no se modifica la penalidad por estas circunstancias, pues estamos ante un concurso de leyes que se resuelve en todo caso a favor de la infracción más gravemente penada o, en su caso, de la infracción principal (aquella en la que la utilización del sujeto pasivo es directa).

Se parte de la base de que los sujetos activos son adultos, esto es, mayores de edad penal, pero a veces también los menores de edad, aunque penalmente responsables a partir de los 14 años, pueden incurrir y de hecho incurrir en la realización de tales conductas cuando sus víctimas son prepúberes. Sin embargo, tratándose de elaboración, tráfico y posesión de material de pornografía con menores, no es preciso que las víctimas utilizadas en el mismo sean prepúberes con respecto a un posible autor del delito que sea menor de edad pero penalmente responsable (esta circunstancia sólo es relevante

36 V. ROJO GARCÍA, p. 236 y el contenido de la nota 34.

para caracterizarlo o no como pedófilo), sino que los tipos comprenden a todos los menores de 18 años sin distinción.

También se invoca en ocasiones la posibilidad de estimar responsables de los delitos a los **proveedores o prestadores de servicios de Internet** en relación con los contenidos que transmiten o almacenan a través de la red. De entrada, la propuesta evoca la idea de "matar al mensajero" cuando transmite malas noticias, la cual es comprensible únicamente en la medida en que resulta a veces complejo, difícil o imposible determinar la autoría material del delito de difusión debido al anonimato y al carácter mundial de la red, pero en ningún caso es justificable con base en la idea de evitar la impunidad en estos delitos. No cabe duda, sin embargo, que los proveedores y prestadores de servicios de Internet (dejando al margen la cuestión de si son personas físicas o jurídicas) pueden incurrir en responsabilidad penal (reconocida genéricamente en el art. 13 L. 34/2002, de 11 de julio, al margen de otras posibles responsabilidades), pocas veces por acción y las más de las veces por omisión (de garante). Es cierto que a través de sus portales o servicios se pueden realizar o facilitar el tráfico de pornografía infantil de terceros, pero mientras dicho favorecimiento no sea doloso, no cabe imputarles responsabilidad ni como autores ni como partícipes, salvo cuando hubieran llegado a tener conocimiento del carácter delictivo del material transmitido o almacenado a través suyo y concurra la posibilidad técnica de ejercer control sobre la información³⁷. Dicha circunstancia raras veces tendrá lugar directamente o por su intervención activa e inmediata (cuando el proveedor o prestador por sí mismo haya originado, modificado o seleccionado el material o los destinatarios de los datos), sino cuando habiendo recibido de tercero y, sobre todo, de la autoridad competente noticia del contenido del material o cuando

37 V. a este respecto MORÓN LERMA pp. 123 ss.; ESQUINAS VALVERDE, pp. 199 ss.

teniendo conocimiento directo de ello, no proceda a su retirada, eliminación o no imposibilite el acceso³⁸.

La Decisión 2000/375/JAI, de 29 de marzo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía en Internet contiene una serie de medidas dirigidas a los proveedores de servicios de Internet, que cada Estado puede hacer que sean obligatorias en su ámbito territorial, y que se concretan en deberes de información a las autoridades y entidades competentes sobre el material pornográfico infantil que se difunda a través de ellos, de retirar de la circulación el mismo, de conservación de datos de tráfico y de creación de sistemas propios de control destinados a combatir la pornografía infantil.

Por lo que respecta a la conservación y cesión de datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, restringe la cesión de los datos sobre tráfico y localización de personas con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves (art. 1.1), lo que puede restringir la persecución de la pornografía infantil, salvo la que incida en los tipos agravados, que fenomenológicamente es la más frecuente (utilización de menores de 13 años, carácter degradante o vejatorio de los hechos, especial valor económico del material, representación de violencia física o sexual, pertenencia del culpable a organización o asociación, y pariente o responsable legal o educativo del menor).

La posibilidad de garantizar la responsabilidad penal en estos delitos a través de la cláusula del art. 30 CP, prevista para los **delitos**

38 V., por ejemplo, ROMEO CASABONA, pp. 20 ss.; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES (2001), p. 136; MORALES GARCÍA, pp. 200 ss. Por otra parte, MORALES PRATS (2006), p. 272, afirma que parece haberse generado un consenso en la demanda de responsabilidad de los *providers* en los supuestos que haya asumido un deber especial de vigilancia (y) control sobre los contenidos introducidos en la red, aunque reconoce que no son supuestos comunes u ordinarios. Sobre lo mismo MORALES GARCÍA, pp. 204 s. En términos semejantes en Italia: GAROFOLI, pp. 146 s., MANTOVANI, p. 446, APRILE, p. 226.

publicitarios o de prensa, está excluida con carácter general atendiendo a las siguientes razones³⁹:

- a) *En Internet no se utiliza para la comisión del delito un medio o soporte de difusión mecánico propiamente dicho, tal y como se describe el ámbito de aplicación del art. 30. Además, los modelos de comunicación tradicionales (prensa escrita, radiodifusión, televisión) a los que va dirigido el art. 30 son concebidos de forma unidireccional desde el emisor hasta el receptor, sin que éste pueda alterar el sentido y contenido de la información, frente al modelo de la comunicación telemática basada en la reciprocidad y la interactividad. Los primeros son de ámbito local, el segundo es de ámbito mundial. Diferencias estructurales que influyen también a hora de decidirse por la fórmula del art. 30 para los delitos cometidos a través de Internet.*
- b) *Los sujetos funcionales de Internet (conforme a la L. 34/2002, de 11 de julio: los operadores de redes y proveedores de acceso, los prestadores de servicios que realizan una copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, los prestadores de servicios de alojamiento y almacenamiento de datos, y los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda) no se corresponden salvo por analogía con los sujetos intermediarios de los medios de prensa (conforme al Código penal: publicación o programa, empresa editora, emisora o difusora, empresa grabadora, reproductora o impresora).*
- c) *El art. 30.3 está basado en el principio de territorialidad para la persecución del delito y atribución de responsabilidad penal frente al principio de justicia universal previsto para los delitos de corrupción de menores en la LOPJ.*
- d) *Finalmente, el criterio de autoría tan ampliamente formulado en los delitos de tráfico de pornografía infantil y juvenil del art. 189.1, prácticamente un concepto unitario de autor, es incompatible con la exclusión de la responsabilidad de los cómplices prevista en el sistema de responsabilidad en cascada del art. 30.*

En conclusión, el sistema del art. 30 sólo podría aplicarse en el ámbito de Internet si fuera reformado y adaptado a las circunstancias propias de la red, pero que no parece aconsejable encaminarse

39 V. a este respecto en profundidad: MORÓN LERMA pp. 119 s.; MORALES GARCÍA, pp. 192 ss.; VELASCO NUÑEZ, pp. 317 s.; MONTERDE FERRER, pp. 240 ss.; GUTIÉRREZ DAVID; QUINTERO OLIVARES, p. 19.

Por el contrario, una posición distinta con carácter general sobre la aplicabilidad del art. 30 a los delitos cometidos a través de Internet, aunque ampliamente matizada, puede consultarse en GÓMEZ TOMILLO (2006), pp. 23 ss., si bien este autor también excluye la posible aplicación del art. 30 al delito de tráfico de pornografía de menores del art. 189.1. b) a través de Internet (pp. 79 ss., y 170).

hacia esa reforma por entender que está suficientemente garantizada su responsabilidad jurídica independiente de la autoría material, aunque no ha de serlo en sentido subsidiario de ésta, sino porque concurren directamente en los proveedores y prestadores de servicios de Internet alguna responsabilidad penal en virtud de sus propias acciones y omisiones.

B) Por razón sujeto pasivo

Cuando se trata de **menores** de edad, la edad púber o adolescencia puede ser fácilmente confundida con la de un adulto joven. Los problemas probatorios cuando se desconoce la identidad concreta de la víctima pueden dar lugar a la impunidad del comportamiento. En estos casos hay que admitir la exclusión de la responsabilidad penal cuando pueda probarse que la persona real que parecía ser un niño tenía al menos 18 años en el momento de la representación, tal y como está previsto expresamente como mera opción legislativa en el art. 3.2.a) de la Decisión marco de 2003, y como dispone por ejemplo expresamente la legislación francesa al tipificar la representación de un menor como pornografía infantil. Ello, sin embargo, sólo tiene sentido si se ha tipificado como delito la producción, tráfico o posesión de pornografía técnica (adultos aparentando ser menores), de modo que en aquella legislación que, como la española, no ha previsto como pornografía infantil esta manifestación de pornografía que pretende asimilarse con la propiamente infantil y juvenil, la cláusula sobre la prueba de que el sujeto tenía al menos 18 años para eximir de responsabilidad penal es innecesaria, porque está implícita en la propia regulación (que no ha previsto castigar como delito la pornografía de un adulto caracterizado como un menor de edad, sino únicamente la de una persona que se pueda probar —más allá de toda duda razonable y sin que sea necesario conocer su edad exacta— que es menor de edad).

Pero ésta no es la única excepción prevista con carácter general en el ámbito de la legislación europea como posible opción legislativa en torno al sujeto pasivo. Asimismo el hecho de que el niño haya alcanzado la edad del consentimiento sexual, haya prestado su consentimiento, y la producción o posesión de pornografía tenga exclusivamente un uso privado puede servir de base para que un Estado decida excluir la responsabilidad criminal, según el art. 3.2.b) de la Decisión marco de 2003. En España esto no se ha hecho, pero hay que dudar que sea punible la producción o posesión de pornografía cuando ha sido generada por parte de los propios interesados, esto es, los menores para un uso privado y particular (personas o parejas que se filman o fotografían a sí mismos).

También puede quedar al margen la responsabilidad penal la producción de pornografía consistente en imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, cuando se realiza exclusivamente para uso privado y el acto no entraña riesgo de difusión del material, conforme al art. 3.2.c) de la Decisión Marco de 2003. En concreto en este caso no hay sujeto pasivo real alguno, por lo que en realidad la razón de la exclusión de la penalidad tiene que ver más con la dudosa legitimidad que tiene la incriminación de hechos carentes de lesividad concreta y sólo portadores de un potencial pero inseguro estímulo hacia la explotación sexual de menores reales. Además la expresión “imágenes realistas de un niño inexistente” adolece de una enorme indeterminación, de forma que apreciar realismo en montajes o animaciones abre las puertas de la arbitrariedad de quien tenga que verificar dicho aspecto⁴⁰. España no ha tipificado esta otra modalidad de “pornografía de menores sin menores”, pero sí lo han hecho otros países de nuestro entorno como Alemania.

Todas estas excepciones y limitaciones de la punibilidad dependen de cada Estado, pero ponen de manifiesto la discutible daño-

40 V. en este sentido FERNÁNDEZ-PACHICO ESTRADA, pp. 245 ss.

sidad social de las conductas descritas en atención a los sujetos a quienes se dispensa protección penal.

Los **incapaces** también son sujetos pasivos de estos delitos conforme a la legislación española, a pesar de que en la mayor parte de las legislaciones y en los convenios y tratados internacionales sólo se menciona a los menores de edad. Sin embargo, e independientemente de la poca importancia cuantitativa de esta clase de sujetos pasivos en materia de pornografía, las dificultades de prueba de su estado de incapacidad son muy superiores a las ya apuntadas sobre la edad de los menores, pues aquí hay que comprender únicamente a incapaces que sean mayores de edad⁴¹.

C) Por razón de los comportamientos delictivos

Los delitos relacionados con la pornografía infantil se encuentran tipificados en el art. 189 CP y son en su mayor parte delitos menos graves (prisión de uno a cuatro años), aunque los tipos agravados se corresponden ya con infracciones graves, es decir, que pueden ser castigadas con penas superiores a cinco años de prisión (prisión de cuatro a ocho). Sólo la posesión para propio uso y el tráfico de pornografía infantil virtual reciben una penalidad inferior a la estándar (prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años).

1) Elaboración

El art. 189.1 tipifica en su letra a) la utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o la financiación de cualquiera de estas actividades.

41 Frente a las opiniones de quienes destacan lo acertado de la legislación española por prever como sujeto pasivo también a los incapaces (ÚBEDA DE LOS COBOS, p. 68), FERNÁNDEZ TERUELO (2006), pp. 713 s., acusa la previsión de carecer de sentido y en la práctica de resultar inoperante, tanto por la inexistencia de un mercado de pornografía de adultos incapaces, como por las escasas posibilidades de probar el dolo del autor en torno a ese elemento.

Estas conductas son en principio ajenas a la red, por mucho que vayan dirigidas a la misma. Es decir, la conducta típica **no** se verifica en la red, sino antes de la circulación de la pornografía en la misma.

Con estas actividades se lesionan directamente aspectos relacionados con la sexualidad de los menores. En concreto, estamos ante una modalidad de corrupción de menores expresamente tipificada, al margen de la genérica formulación del art. 189.4, que según opinión común describe la conducta de corrupción. Se considera *ex lege* que la utilización de menores con fines pornográficos o exhibicionistas constituye un comportamiento de naturaleza sexual que perjudica o que es susceptible de perjudicar la evolución o desarrollo de la personalidad de éstos. Son conductas pues que, pudiendo afectar a la libertad sexual de los menores (en cuyo caso podrá entrar en concurso otro delito sexual: agresiones, abusos, prostitución), menoscaban o en todo caso pueden menoscabar la indemnidad sexual de la personalidad, en particular si el menor se involucra activamente en la conducta sexual para realizar los fines exhibicionistas o pornográficos del autor material del delito. Cuando la implicación del menor es meramente pasiva, es decir, cuando es tomado como un objeto sexual provocador, es su dignidad como persona a través del derecho a su propia imagen lo que resulta menoscabado. Se entiende muchas veces por eso que la captación subrepticia de imágenes con contenido sexual de menores no implica este delito sexual, dado que aunque se utiliza al menor como un objeto sexual, de ningún modo tal conducta puede afectar a su libertad o indemnidad sexuales. Se dice entonces que tratará de un delito contra su intimidad del art. 197, aunque como hemos visto la intimidad sexual del menor también es objeto de la pro-

tección penal en el art. 189, lo que nos obliga a decidirnos por el concurso de leyes (o bien el art. 189 o bien el art. 197)⁴² o de

42 V. a favor de la aplicación del delito del art. 197 CP: MORALES PRATS (2000), p. 197; *el mismo* (2006), p. 289; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES (2001), pp. 137 s.; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, pp. 248 ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ, pp. 178 y 267 s.; CABRERA MARTÍN, p. 412, n. 28; ÚBEDA DE LOS COBOS, p. 74. Plantea sus dudas MATA MARTÍN, pp. 119 s. Aunque es cierto que en los casos de captación subrepticia, no consentida, de las imágenes del menor, difícilmente se puede estar afectando a su libertad o indemnidad sexuales, sin embargo, además de la vulneración de su intimidad, se le utiliza como objeto sexual provocador y el sujeto queda involucrado pasivamente en un contexto sexual, lo cual es relevante para el delito del art. 189.1, castigado con pena de uno a cuatro años de prisión, delito que si concurre una circunstancia cualificada ve elevada la prisión de cuatro a ocho años (art. 189.3).

Si comparamos la distinta penalidad del art. 197 en relación con la del art. 189.1, aunque similar, no es coincidente, y pese a que pudiera parecer más grave la del primero, no siempre es así. En principio, el delito del art. 197.1 (captación de la imagen o el sonido) se castiga con la misma pena de prisión que el art. 189.1, pero a ella se suma la multa de 12 a 24 meses. Si además el autor difunde lo captado la pena se eleva de dos a cinco años de prisión (art. 197.3). Pero la mayor parte de los supuestos de difusión (la difusión en cadena) son aquellos en los que no se ha tenido participación en la captación de las imágenes y, entonces, la pena es de uno a tres años de prisión y la misma multa (art. 197.3, pfo. 2.º).

En todo caso las penas del art. 197 descritas hasta ahora se imponen en su mitad superior siendo la víctima menor de edad o incapaz (art. 197.5), quedando conminadas todas las acciones con pena de cuatro a siete años cuando se realizan con fines lucrativos (art. 197.6). Es decir, sin aparente explicación (más allá de la implicación activa o pasiva del menor en el contexto sexual en el que queda involucrado) resulta un completo desbarajuste penológico entre el delito del art. 189.1 y del art. 197 (según los casos se deducen penas mayores o menores conforme al precepto referenciado), que no se solventa con un concurso de delitos (pues se estaría valorando dos veces el menoscabo de la intimidad del menor), sino de leyes, a favor de la especialidad del art. 189.1 (contempla un aspecto de la intimidad de los menores: el propiamente sexual, y se castiga la intromisión independientemente de que el menor la consienta o no) sobre el art. 197 (contempla la intimidad en su conjunto, y tanto de menores y como de adultos, pero sólo en los casos en que no consentan la intromisión en su intimidad). En este sentido también FERNÁNDEZ TERUELO (2007), p. 81 y RUÍZ MARCO, p. 75. Por todo ello lleva razón ESQUINAS VALVERDE, p. 185, cuando considera que si el consentimiento del menor es irrelevante en todo caso no se explica ni la diferente penalidad ni el cambio de delito. Se pregunta: ¿qué valor puede tener el hecho de que el menor advierta o no dicha intromisión, si en ningún caso podría llegar

delitos (tanto el art. 189 como el art. 197)⁴³.

En cambio, la captación voluntaria de la imagen de sí mismo por el propio menor no es delito, ni tampoco en algunos casos aunque la captación proceda de terceros (como en el ejemplo de la pareja de menores que graban voluntariamente sus actividades sexuales)⁴⁴, aunque sí puede ser material pornográfico susceptible de tráfico delictivo desde el momento en que se ponga a disposición de terceros por parte de otro que no sea el propio menor afectado. En consecuencia, la "utilización" de menores de edad o incapaces en el material pornográfico de la que habla la ley debe abarcar en relación con los comportamientos de tráfico supuestos en los que no hay una verdadera utilización o instrumentalización sexual directa del sujeto en el momento de la creación del material, tratándose de una mera "inclusión" o "aparición" de menores o incapaces en el referido material.

2) Tráfico

La letra b) del art. 189.1 castiga el tráfico de pornografía infantil. Aquí se comprenden las conductas de "producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces". Se incluye asimismo adicionalmente la posesión de dicho material para esos fines, que aunque no supone traficar, sí representa una disposición al

a consentirla válidamente, privando así de antijuridicidad o incluso de tipicidad la conducta? Por lo que concluye consecuentemente que todos los supuestos de grabación de niños deberían tener, a priori, idéntico contenido de injusto, tanto los que han sido conocidos por sus víctimas como los que no.

43 V. sobre la opción del concurso ideal para estos casos la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, RUEDA MARTÍN, pp. 109 s., y extensamente TAMARIT SUMALLA, pp. 114 ss., diferenciando hipótesis residuales en las que sólo tiene lugar uno u otro de los delitos mencionados.

44 Supuesto citado por ÚBEDA DE LOS COBOS, p. 74.

tráfico, es decir, un acto preparatorio. En ese contexto de ampliación de la punibilidad, de tolerancia cero con la pornografía de menores, se comprende la fórmula legal utilizada para describir el comportamiento típico, la cual resulta prácticamente omnicompreensiva de todas las formas de participación imaginables, debido a la cláusula final que considera conducta típica el simple hecho de facilitar cualquier actividad de tráfico.

A la vista de la expresión legal es preciso diferenciar entre la elaboración del material pornográfico utilizando a los menores (art. 189.1.a) y la producción del mismo (art. 189.1.b), pues esta última conducta supone una fase posterior a la utilización misma del menor que tiene por objeto tan sólo la preparación y puesta a disposición del producto para su posterior difusión, en el fondo pues otro acto preparatorio o de participación en la conducta de tráfico elevado a la categoría de autoría.

La producción de pornografía con menores, aunque se empleen sofisticados medios técnicos, no es en sí misma una conducta que afecte a la red ni derivada de ella. Más bien lo serán las de venta, distribución y exhibición. Tampoco la posesión con fines de distribución tiene que ver necesariamente con la red, a no ser que se utilice la misma como depósito de datos. El propio depósito o almacenamiento de los datos en un ordenador o en otro soporte técnico de conservación no implica tampoco la utilización de Internet.

El art. 189.1, b) no alude a Internet, pero sí a "cualquier medio", con lo cual Internet queda comprendido y con él cualquier otro posible presente o futuro. Si se hubiera mencionado Internet o más genéricamente los medios telemáticos sólo tendría sentido para agravar la penalidad por la posibilidad de incrementar los efectos de la difusión universal que tiene la red (así el CP francés, art. 227-23, pfo. 3, por cuanto la imagen o representación del menor está destinada a un público indeterminado).

El origen del material es por completo irrelevante a los efectos de apreciar la tipicidad, y en este sentido se explica la expresión "*aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido*". Dicha alusión está pensando en las características de universalidad y de ausencia de fronteras propias de la red, pero sin embargo carece relevancia por cuanto, independientemente de la jurisdicción para la persecución de estos delitos, de igual modo se está partiendo de la premisa o suposición de que el material pornográfico (al margen de su producción) ha llegado de alguna manera hasta territorio español donde ha podido ser visualizado, dado que es la referencia obligada que permite calificar al material como extranjero o desconocido⁴⁵. Y ello sería igualmente así aunque no estuviese previsto para estos delitos el principio de justicia universal (art. 23.4 e) LOPJ), por el cual la jurisdicción española es competente para castigar la producción de pornografía infantil realizada en el extranjero, así como también cualquier otro acto de tráfico de la misma que tenga lugar en el extranjero. Pero en el ámbito de Internet y de la pornografía infantil la cuestión territorial pierde buena parte de su sentido en relación con las conductas de tráfico, porque el tráfico que tiene lugar en Internet, aunque su origen se residencie fuera de nuestras fronteras, puede llegar igualmente a traspasarlas a través de la red y por tanto verificarse la producción de dicho comportamiento también en nuestro ámbito territorial⁴⁶. En cambio, con respecto a la punición de la producción y sobre todo del consumo de pornografía de menores hay que reconocer que si

45 V. en este sentido MORALES PRATS (2000), p. 198; MATA Y MARTÍN, p. 121.

46 A este respecto el art. 8.5 de la Decisión marco del Consejo de 22 de diciembre de 2003 señala que cada Estado garantizará que su competencia abarque las situaciones en que las infracciones se cometan mediante un sistema informático al que se acceda desde su territorio, con independencia de que dicho sistema informático se encuentre o no en él.

los hechos se han cometido totalmente en el extranjero, por sujetos y sobre sujetos extranjeros, es casi imposible hacer efectiva la competencia de los tribunales españoles para su persecución, como lo demuestra el hecho de que no se conozca hasta el momento de un supuesto semejante enjuiciado por tribunales españoles (en concreto por la Audiencia Nacional, que es, a tenor del art. 65 LOPJ, la jurisdicción competente para conocer de estos delitos cuando se han cometido por españoles o por extranjeros fuera del territorio nacional)⁴⁷, por lo que la pretensión de justicia universal, aunque interesante y bien intencionada, es completamente inoperante.

Las formas de manifestación del tráfico de pornografía infantil en la red van modificándose a medida que se estrecha el cerco sobre los responsables. Si en un principio el principal medio de difusión fueron las páginas web creadas normalmente con fines lucrativos, al resultar cada vez más fácilmente detectables e identificables, dieron lugar a otras formas de comportamiento que no sólo se emplean con la finalidad de eludir la persecución de los delitos, sino que representan nuevas formas de manifestación de la producción, tráfico y posesión de pornografía infantil: foros, chats, correo electrónico, comunidades de intercambio de archivos, que vienen demostrado que el tráfico de este material se realiza actualmente más a título gratuito y entre pedófilos que por razones económicas.

La extraordinaria amplitud del tipo y en particular la conducta de facilitación permite comprender no sólo supuestos de distribución o difusión activa del material pornográfico, sino también pasiva

47 V. matizando esta competencia VELASCO NÚÑEZ, p. 275, en el sentido de que respecto de los delitos de distribución de pornografía infantil se hacen cargo los Juzgados de Instrucción en virtud del principio de ubicuidad (v. *infra*), aludiendo con ello a los casos realmente distintos en los que al menos los efectos del delito se producen dentro del territorio nacional.

(por ejemplo a través de programas P2P, etc.), tanto a título oneroso como gratuito⁴⁸. Igualmente se verifica la tipicidad si la cesión se limita a una persona o círculo de personas concretas, frente a la distribución a un público indeterminado. En este sentido el legislador no ha afinado las penas para diferenciar la diversa carga de injusto material de unas y otras conductas, hasta el punto de configurar un tipo abierto (facilitar la producción, venta, difusión o exhibición) que, como hemos visto, dificulta enormemente discriminar entre autoría y participación y entre acto preparatorio y acto ejecutivo.

3) Posesión

La posesión de pornografía infantil para uso propio se castiga desde 2003 como un tipo privilegiado, aun cuando esta misma conducta era impune con anterioridad. Se responde con ello a la tendencia observada en otras legislaciones y derivada de los acuerdos internacionales dirigida a sancionar penalmente todo el circuito o ciclo de la pornografía infantil hasta llegar al consumidor final, dentro de una política de "torelancia cero" ante la pornografía de menores. Se alude como argumentos fundamentales a favor de la incriminación de la tenencia o posesión de pornografía infantil, por un lado, que estamos ante un comportamiento estructuralmente semejante al de la receptación (se ataca el mismo bien jurídico que el delincuente originario cuyo delito se estimula o favorece), y, por otro lado, y a diferencia de otras hipótesis de impunidad de consumo de sustancias ilícitas, como las drogas, que está basada en que la salud propia es un bien jurídico disponible, porque en el caso del consumo de por-

48 V. en este sentido la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado; FERNÁNDEZ TERUELO (2006), p. 718. Por su parte, ROJO GARCÍA, pp. 248 s., realiza una interpretación restrictiva al entender que la facilitación exige que una de las partes (la que facilita el material) se relacione con la otra (la beneficiaria de la facilitación) para conseguir el material, de modo que viene a entender que las conductas de intercambio no deberían ser punibles salvo que se llegue a demostrar la directa lesividad de esas conductas sobre terceros.

nografía infantil y juvenil el bien jurídico es indisponible para el consumidor y además no pertenece a él sino a un tercero⁴⁹. En principio, la posesión tampoco guarda relación de necesidad con la red, pero tiene relevancia este aspecto ahora para destacar que la simple descarga para el visionado de pornografía infantil no constituye posesión mientras no se guarde de algún modo el archivo o documento para su posterior visionado. Es decir, el acceso a la pornografía no es equivalente a poseerla (tampoco lo es disponer de claves o llaves encriptadas para facilitar el acceso restringido), a pesar de que tanto una conducta como la otra sean o constituyan actos de consumo de la misma⁵⁰. Por el contrario, en otras fórmulas legales se emplean los verbos adquirir o procurarse como conductas típicas, las cuales representan, respecto del consumo mismo del producto, actos previos o, como mucho, de incompleto consumo. Es decir, se produciría el delito incluso sin haberse visionado las imágenes, sin aficción por tanto ni siquiera a la intimidad del menor o menores que aparecen en ellas.

Pero en este ámbito de la red hay que ser cauteloso con las imputaciones penales, pues los medios telemáticos pueden inducir la posesión. El funcionamiento autónomo de la máquina unido a la gestión igualmente autónoma de la red, que puede redireccionar las páginas web que se visitan, contener copias temporales de archivos, etc., podría implicar la posesión por quedar alma-

49 GIMBERNAT ORDEIG, pp. 16 ss.; GARCÍA VALDÉS, p. 419.

50 V. en este sentido, por ejemplo, ORTS BERENGUER p. 295; ÚBEDA DE LOS COBOS, p. 75; FERNÁNDEZ TERUELO (2006), pp. 711 y 720 s.; ESQUINAS VALVERDE, p. 210. Recogemos también la opinión minoritaria de GARCÍA VALDÉS, p. 421, para quien en la acción de posesión para el autoconsumo se incluyen los supuestos en los que dicho consumo se realiza a través del acceso doloso a una página web que ofrece este tipo de material pornográfico.

cenada de forma involuntaria una "forma virtual" de posesión⁵¹. Por supuesto que en ese caso falta el dolo e incluso el elemento típico de poseer para "propio uso", pero inquieta la seguridad de quienes navegan por la red sin ser expertos, probablemente la mayoría. En consecuencia, parece adecuado exigir que la realización del delito de posesión para el propio uso suponga cierta perdurabilidad de la tenencia del material. Una posesión efímera o episódica no debe entenderse como delictiva: por ejemplo, se imprime una imagen y posteriormente, tras su visionado, se destruye; o se produce una descarga de la imagen o película en el ordenador y a continuación se borra o elimina de entre los archivos del ordenador; o se escucha o visiona un archivo sin necesidad de descarga en el disco duro del ordenador a través de la técnica conocida como "streaming". Tampoco lo será por tanto adquirir sin visionar, es decir, sin un uso mínimo, y menos aún procurarse el material de modo ineficaz.

Aquí el peligro para bienes jurídicos es meramente abstracto, pues el precepto se limita a prevenir que en el futuro se sigan instrumentalizado sexualmente a menores e incapaces, para lo cual si se ataca la demanda se entiende que puede disminuir la oferta. En cambio, está lejos de relacionarse esta posesión para uso personal con el menoscabo sexual de los menores de edad e incapaces, es decir, que sirva de estímulo al consumidor para llegar a realizar él mismo con menores reales sus fantasías sexuales, frente a los casos en que se realiza un uso inocuo de la pornografía o aquellos otros en los que tiene lugar una función preventiva, es decir, que lejos de conducir al consumidor a la realización del abuso con menores reales, el empleo del material alivia o libera pulsiones, que reprimidas a través de la prohibición de la posesión se pueden tornar más peligrosas para

51 MORILLAS FERNÁNDEZ, p. 327; FERNÁNDEZ TERUELO, p. 721; ESQUINAS VALVERDE, pp. 212 ss.

los menores⁵². Se trata de una punición fuera de los cauces habituales de protección de los bienes jurídicos individuales, ya que en realidad a quienes se protege no son a los menores como personas individuales, sino como colectivo o masa. Además tal protección sólo tiene lugar de forma preventivo-disuasoria, sin peligro concreto alguno, tan sólo un peligro abstracto bastante remoto causalmente hablando. Parece más un Derecho Penal de autor, del ánimo o de la tendencia sexual, ocupado de prevenir personalidades potencialmente peligrosas (pedófilos) que de combatir conductas peligrosas (la posesión sin ánimo de distribución de material pornográfico no se significa por ser peligrosa para nadie)⁵³. En realidad es lo más cercano a la rechazable idea de castigar el mero pensamiento con que podemos encontrarnos, y ello le resta legitimidad a la intervención penal cuando no exista un peligro real ni potencial que pueda demostrarse por medio de diagnósticos médicos en relación con la personalidad del concreto poseedor del material. Es en este contexto en el que podría tener sentido exigir que concurriera en el tenedor un ánimo lúbrico derivado del uso del material, de modo que quien tuviera en su poder pornografía de menores con otras finalidades (curiosidad, investigación, etc.) no debería ser castigado por el delito de posesión al carecer de la supuesta peligrosidad potencial del poseedor con tendencias pedófilas⁵⁴.

52 A este respecto v.: MORILLAS FERNÁNDEZ, pp. 324 s.; ESQUINAS VALVERDE, p. 193.

53 Contrarios a la criminalización de la mera tenencia de pornografía infantil: Díez RIPOLLÉS, p. 22; TAMARIT SUMALLA, pp. 156 y 158; MORILLAS FERNÁNDEZ, pp. 324 ss.; CARMONA SALGADO, pp. 298 s.; ESQUINAS VALVERDE, pp. 218 ss.; MORALES PRATS (2006), p. 292; FERNÁNDEZ TERUELO (2006), p. 709; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES (2005), pp. 1645 s.; ÁLVAREZ GARCÍA, pp. 95 s.

54 De dos perfiles fundamentales entre los consumidores de pornografía infantil según la motivación da cuenta el Informe de Anesvad, que distingue entre adictos o usuarios realmente interesados (más de un tercio de los cuales ha sufrido

Porque en definitiva no concurre en tales supuestos la posesión del material "para propio uso", lo que implica un sentido finalista concreto, que en este contexto sólo tiene una lectura sexual, es decir, ánimo de satisfacción sexual⁵⁵.

4) Conductas excluidas

Entendido como material pornográfico aquel que incorpore imágenes y/o sonidos (éstos con restricciones), y habiendo excluido en consecuencia la pornografía literaria con menores como susceptible de integrar dicho concepto para el ámbito jurídico-penal, quedan extramuros del Derecho penal la creación, difusión y tenencia o posesión de literatura que incluya contextos sexuales con menores de edad (reales o imaginarios), salvo que la acción pudiera ser constitutiva de otro delito no correspondiente al ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (esto es, por ejemplo un delito contra el honor, la intimidad, etc.). La elaboración o producción de semejante forma de representación pornográfica no involucra a un menor en un contexto sexual (salvo de forma meramente imaginaria o en la esfera del pensamiento), y ello como consecuencia de que no

abusos sexuales en la infancia) y "los curiosos, o personas que acceden a la pornografía infantil sin buscarlo, prácticamente se encuentran con ella en la red, y acceden para ver de que se trata".

55 En este sentido igualmente FERNÁNDEZ TERUELO (2006), p. 721. CABRERA MARTÍN, p. 417, apunta también que la punición de la posesión debería llevar aparejado algún requisito añadido, por ejemplo cierta reiteración, que evidencie la intencionalidad del autor y la aptitud de la conducta para promover, efectivamente, la oferta de estos materiales. De forma paralela, MORILLAS FERNÁNDEZ, p. 327 alude al supuesto, obviamente impune, de posesión con la intención de entregar el material a las autoridades. Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, p. 596, entiende que la perfección del delito no exige que el sujeto haya llegado a utilizarlo para el propio goce, lo que parece apuntar en otra dirección, aunque partiendo de la premisa de que se posee dicho material con una finalidad específica.

se emplean para su generación elementos externos reveladores de una persona, como son las imágenes o los sonidos.

Por otra parte, y conforme se ha indicado, no es punible como delito el mero hecho de procurarse el material pornográfico, esto es, los actos dirigidos a posibilitar el consumo. En este contexto no son punibles ni la posesión de archivos temporales (en el Caché del ordenador) ni la disposición de las claves de acceso, por ejemplo a una web de pornografía infantil. Tampoco encaja en el ámbito típico el simple acceso o visionado sin descarga, porque aunque pueda haber consumo no hay posesión. A todas estas conductas impunes hay que sumar la **apología** o la **propaganda** o la **publicidad** de la pornografía de menores que no sean constitutivas del ofrecimiento de un producto concreto de esa pornografía⁵⁶.

Asimismo el **grooming**, consistente en hacerse pasar por un menor para conseguir captar la confianza de otro menor con la finalidad de que éste le proporcione o envíe material pornográfico de sí mismo, constituye un acto preparatorio no punible, aunque se trata de una conducta muy extendida en la red entre los pedófilos para renovar y ampliar su colección. Paradójicamente más difícil para excluir su responsabilidad penal lo tiene el menor —de entre catorce y diecisiete años— que envía ese material a su interlocutor si, como se ha indicado, se considera (equivocadamente) que el delito de tráfico de pornografía con menores es un delito de peligro abstracto para el conjunto de los

56 Al respecto de la utilización de Internet para fines propagandísticos, v. GUTIÉRREZ DAVID. Por su parte, el art. 9.5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000, establece que los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para prohibir efectivamente la producción y publicación de material en que se haga publicidad a los delitos enunciados en el Protocolo. Sin embargo, ello no se concreta en prohibición penal alguna en torno a la publicidad y propaganda de pornografía infantil.

menores (y no un delito de lesión de la intimidad del menor que aparece en el material), porque en ese caso habría que estimar que la conducta del menor es típica y punible, frente a la del pedófilo que, salvo por la posesión de dicho material, difícilmente puede afirmarse que incurre en delito de tráfico por el simple hecho de procurárselo a través de la simulación o la astucia.

D) Por razones de penalidad

Resulta sorprendente que el Derecho Penal prevea la prisión y la multa como consecuencias jurídicas del delito, a las que como accesorias se añaden las penas de alejamiento entre el autor y la víctima del delito (art. 57 CP), pero no disponga directamente de una consecuencia jurídica alternativa a éstas o complementaria de las mismas basada en el sometimiento voluntario del sujeto a un programa de educación sexual. Sólo a través de la suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad cabe la posibilidad de que el juez le imponga como deber u obligación la participación en programas de educación sexual o similares (art. 83.1.5.ª CP)⁵⁷. Dicho tratamiento terapéutico o educativo podría aplicarse también como medida de seguridad (art. 96.3.12.ª CP), consecuencia de la calificación del sujeto activo como inimputable o semiimputable en el momento de realizar los hechos, pero en ningún caso tal calificación se viene a deducir tan sólo y exclusivamente de la paidofilia que le caracteriza como una persona que sufre un trastorno de la personalidad sexual, por lo cual la imposición de un tratamiento terapéutico o educativo a estas personas no tiene lugar en la práctica por la vía de las medidas de seguridad⁵⁸.

57 V. sobre las posibilidades de tratamiento de los delincuentes sexuales en la práctica, BENZ, pp. 202 ss.; REDONDO ILLESCAS.

58 En la esfera del Derecho Penal URRUELA MORA aboga por la instauración del internamiento en centro de terapia social como medida de seguridad de particular rele-

E) Por razones de perseguibilidad

El descubrimiento y persecución de estos delitos depende no sólo de la especialización de los agentes de la autoridad, sino en muchas ocasiones también de la colaboración ciudadana y de las organizaciones de protección de los menores preocupadas por la explotación sexual de los mismos. A este respecto muchas supuestas webs y demás recursos que ofrecen pornografía infantil en Internet son falsos, e incluso en ciertos casos se utilizan como verdaderas web-trampa a la caza del pedófilo⁵⁹.

Las conductas que más visibles son, esto es, las de tráfico, pueden ser objeto de técnicas y formas de control y persecución telemáticas. Sin embargo, la conducta de posesión para propio uso, realizada generalmente en la intimidad del hogar, pasa desapercibida a los ojos de terceros. Es muy difícil, salvo denuncia o hecho casual relacionado, que se pueda descubrir y probar ante un juez o tribunal este comportamiento realizado en la esfera privada de las personas. Distinto es el rastreo de las formas de comportamiento en principio impunes de adquirir o procurarse pornografía de menores a través de Internet.

A este respecto hay que destacar los problemas que para la persecución de estos delitos representa la figura del agente encubierto, regulada en el art. 282 bis LECr, y que resulta aplicable en la investigación de los mismos cuando concurre el concepto de delincuencia organizada (asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, determinadas conductas como el tráfico de pornografía infantil). Todo ello

vancia en relación con los sujetos autores de hechos antijurídicos afectados por un trastorno de la personalidad sexual.

59 Estas webs u otros recursos de Internet no sólo son empleadas por la policía, sino también por organizaciones dedicadas a la lucha contra la pornografía infantil; V. Informe de Anesvad y su campaña de investigación y sensibilización denominada "Nymphasex".

por cuanto, aunque está prevista la posibilidad de actuar bajo identidad supuesta y adquirir o transportar los objetos, efectos o instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, siempre bajo autorización judicial, la exención de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación se condiciona a que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. El envío de archivos de pornografía para ganarse la confianza del otro es un método muy empleado entre pedófilos para admitir en su comunidad a nuevos miembros, con lo cual se reducen considerablemente las posibilidades de actuación de los agentes encubiertos, que no sólo tendrían que cometer un delito, sino provocar el de un tercero, para ser tenidos como iguales. La entrega vigilada de drogas está prevista y regulada en el art. 263 bis LECr, pero en ella no se contempla el material pornográfico ilegal, en el que, a diferencia de la droga, resulta implicado un tercero como víctima, el menor⁶⁰.

60 Cualquier información al respecto de las conductas perseguidas puede encontrarse con facilidad en Internet. Por ejemplo véase el testimonio de un internauta (autocalificado como "indignado") obtenido en un foro de Internet en el que los usuarios se preguntaban si visualizar sin descargar es delito o no (<http://foros.internautas.org/viewtopic.php?t=10235&sid=99ae0eb6ab144ccd02cf333205a00351>):

"Actualmente se ordenan registros domiciliarios en base a aparecer como fuente disponible de UN UNICO ARCHIVO ilegal DURANTE UN MOMENTO DETERMINADO en P2P, siendo motivo suficiente para que te abran un procedimiento judicial por estos escabrosos asuntos.

Se contempla como delito el simple hecho de que un cliente P2P (tu emule) ponga a disposición ese archivo al resto de la red P2P (otro emule en la policía). El cliente emule usado por la policía como rastreador es el mismo programa que podemos usar los usuarios en casa (un simple emule plus). **Por esa misma regla de tres, la incitación al delito es la misma.**

Las operaciones abiertas sobre la tenencia de UN UNICO ARCHIVO en UN MOMENTO DETERMINADO en la red P2P **son desproporcionadas**. En mi

Por otra parte, entre los delitos que son competencia de la jurisdicción española, aunque sean cometidos en el extranjero y por españoles o extranjeros, se encuentran los de corrupción de menores, según el art. 23.4.e) de la LOPJ. Las dificultades en este punto se centran en la falta de uniformidad de las legislaciones sobre la materia en cuestión, de modo que lo que en un país puede ser delito (en España) puede no serlo en otro (y viceversa). Dado que no se sujeta la aplicación de este principio a la doble incriminación, salta a la vista la posible inseguridad jurídica de los internautas que, confiados en la legalidad de su actuación, pueden ser procesados en otro país por corrupción de menores (por ejemplo como señalan algunas páginas web, en EE.UU., por posesión de pornografía infantil virtual o pseudopornografía, por el simple hecho de que un adulto aparezca caracterizado externamente como un menor en una conducta sexual explícita⁶¹) o incluso juzgados una y otra vez, teóricamente al menos, en distintos Estados y por el mismo delito, dado que no se establece expresamente el principio *ne bis in idem* en materia de justicia universal, aunque sin embargo hay que entenderlo implícitamente contenido⁶².

caso no encontraron el archivo en cuestión y el resto de la historia la narro en el hilo que abajo les comento.
Desgraciadamente rozarse con un archivo ilegal en el P2P es algo probable. Cuando esto sucede, eliminamos ese archivo de carpeta incoming nada más percatarnos de su contenido, pero a veces nuestro cliente emule puede seguir informando al mundo que nuestro Pc es fuente disponible de algo que ya no tenemos. Simplemente porque no hemos recargado los archivos compartidos o porque no hemos cerrado nuestro emule durante días o semanas.”

- 61 V. <http://www.adultweblaw.com/laws/childporn.htm>. En ella se alude como un supuesto que podría dar lugar al procesamiento en virtud de la leyes de pornografía infantil en los EE.UU. la tenencia de una página web de adultos que muestra imágenes sexualmente explícitas de modelos amateur con una piruleta mientras están rodeadas de muñecos de peluche.
- 62 Como señalan las SsTS 20-05-2003 (RJ 2147) y 15-11-2004 (RJ 6783) “ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra

En realidad las limitaciones a la perseguibilidad de estos delitos dependen de la unificación de las legislaciones y de la colaboración entre los Estados, algo que está lejos de conseguirse en una materia tan sutil, a diferencia de la conducta de prostitución, cuya definición puede ser universal (sexo por precio), pero lo que sea o no corrupción de menores ya no es entendido de la misma forma en todos los lugares del planeta.

F) En relación con la agravante cualificada de pertenencia a una organización

La escasa jurisprudencia superior se muestra todavía dubitativa por lo que respecta a la aplicación de la cualificación consistente en la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades, contenida en el art. 189.3, e). En este sentido vamos a ver cómo el enfoque de dos sentencias del Tribunal Supremo sobre el tema resultan muy dispares entre sí. Siguiendo su orden cronológico, la primera señala en relación con los requisitos precisos para estimar que concurre la existencia de una organización, a los efectos de la agravante correspondiente, que “*las nuevas hipótesis surgidas con motivo de la utilización de innovadoras tecnologías en la práctica de la fenomenología criminal, vienen a alterar también antiguos contenidos conceptuales que resultan desfasados desde una adecuada interpretación de la finalidad de la norma penal, sin perjuicio del obligado y estricto respeto a las exigencias del principio de legalidad. En tal sentido, cuando de conductas delictivas cometidas por varios partícipes a través de*

persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal. La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal”.

redes informáticas, como INTERNET, se trate, el propio instrumento comisivo, la «red», bastará para integrar tanto la utilización de medios idóneos para configurar la actuación coordinada propia de la organización delictiva, como para alcanzar la finalidad pretendida, a la que ya antes aludíamos, de una mayor facilidad de comisión del delito y capacidad de lesión del bien jurídico protegido, añadiendo especiales dificultades tanto a la prevención como para la persecución del ilícito. Lo esencial en estos nuevos fenómenos delictivos está, precisamente, en que la simple utilización de la red de comunicaciones informáticas supone ya el aporte del elemento de coordinación y el empleo de medio excepcional que se proyecta hacia una mayor lesividad, imprescindibles, aunque no del todo suficientes, para la consideración de la existencia de una organización criminal. Precisándose a partir de ello (basta), tan sólo, la puesta en relación de los diferentes sujetos intervinientes con el propósito de difusión de las imágenes con una atribución de concretos cometidos, para ver completados, en estos casos, los requisitos exigibles para la integración del concepto «organización». Sin que haya de requerirse para configurar la trama estructurada, en este ámbito de la comunicación «redial», un conocimiento personal, directo y recíproco de los diferentes integrantes del grupo, ya que el mismo se produce precisamente por medio de la red, alcanzándose el concierto mutuo, la distribución de «papeles» y la coordinación potenciadora de la incrementada agresividad lesiva de las conductas, a través del acatamiento y cumplimiento, por cada uno de los partícipes, de las reglas que así mismo se dan los grupos constituidos en torno a los «lugares de encuentro» que constituyen las direcciones y páginas «web» de la propia red. No es lo mismo, por tanto, ni merece igual consideración punitiva, la conducta del infractor aislado que capta, elabora y distribuye por sí solo material pornográfico, incluso mediante Internet, que el supuesto de hallarnos ante una pluralidad de usuarios que, coincidentes en ese

«lugar de encuentro» virtual, coordinan sus acciones para potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes dañinas para los derechos de los menores, permitiendo, además, su difusión incluso a otras personas ajenas al grupo organizado.» (STS 10-12-2004, RJ 2005/879). Conforme a lo acabado de señalar se considera que concurre la agravante específica de organización, toda vez que no sólo el sujeto actuó en colaboración con otros integrantes del «grupo» de proveedores y consumidores del material prohibido, con una específica atribución de funciones, cual la confección y aporte de los «álbumes» de fotografías por él elaborados a un «depósito» centralizado en una específica página «web», sino que, además, con ello posibilitaba también el acceso de terceros a esa oferta, ampliando la agresión al derecho a la indemnidad sexual de las víctimas de la infracción.

En cambio, la consideración es distinta en un supuesto similar en términos generales, al tratarse de un sujeto que, según los hechos probados, se incorporó como miembro a una comunidad de Microsoft que se dedicaba a insertar en la red de Internet fotografías de contenido pornográfico de menores de edad y que constituía un punto de encuentro de pedófilos. Para conseguir la incorporación a una de esas comunidades, el sujeto debía aportar a las mismas fotos de contenido pornográfico y de menores de edad, lo que llegó a hacer en dos ocasiones remitiendo diverso material fotográfico. Se le incautaron numerosas fotografías de contenido pornográfico almacenadas en sus equipos y accesorios informáticos relativas a menores de edad, obtenidas de sus visitas a tales comunidades, así como descargas en sus ficheros de videos en los que aparecen menores manteniendo relaciones sexuales con adultos. Pues bien, en la STS 20-09-2006, RJ 2006/6401, se cuestiona seriamente que se pueda extender un concepto tan extremadamente impreciso, como el de organización, a las actividades de personas que se integran en el tipo

delictivo básico sin conocer al resto de la llamada estructura organizativa. Considera que *“introducir, sin matices, los conceptos vigentes para las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de drogas, blanqueo de dinero, tráfico de seres humanos, sustracción y venta de vehículos de alta gama o grandes tramas financieras, a un hecho de estas características (grupos de adictos a la pornografía infantil, como los ha denominado previamente) parece a primera vista, evidentemente desorbitado, contrario a la esencia del concepto típico y a la proporcionalidad de la respuesta. (...) Colaborar supone una acción que necesita una previa concertación y es muy difícil construir una forma de colaboración con personas con las que no se ha hablado, no se conoce, y con las que no se ha sostenido ningún acuerdo previo”*. Partiendo de que el concepto de organización lleva implícito un pacto previo en el que se diseñen los modos o formas de actuación, la estructura jerárquica, el reparto de papeles y la continua o frecuente comunicación entre sus componentes, señala la sentencia que *“atribuir todas estas condiciones a una persona que excitada por sus inclinaciones sexuales, actuando en la intimidad de su domicilio, se incorpora a la red y facilita o participa en lo que, en términos internautas se denomina “Chat”, (me) parece una desmesura difícilmente aceptable por el derecho penal. (...) Las acciones ejecutivas imputables a una persona a la que se la adjudica la condición de miembro de una asociación pasa por un cierto dominio del hecho, caso que no concurre en el consumo y aportación de imágenes de origen desconocido a la red de pornografía infantil. Los autores de hechos como el que estamos examinando casi siempre actuarán en función de sus instintos sexuales y nunca por medio de órdenes, instrucciones o cualquier otra tarea previamente convenida”*.

En general, por tanto, hay que considerar que no se justifica la agravación de la pena en la mayor parte de los supuestos de sitios-web de intercambio de pornografía de menores (e incapa-

ces)⁶³. Como observa FERNÁNDEZ TERUELO, el concepto jurídico de organización no debe confundirse con el concepto que se usa en los medios de comunicación, pues en este ámbito la mera participación de una pluralidad de personas, aún sin cohesión, entre ellos, es calificada automáticamente como “red”⁶⁴. Estamos en realidad en el marco de Internet y la pornografía ante un “fenómeno asociativo informal” dirigido inicialmente al consumo de pornografía infantil, pero que por la propia dinámica de las relaciones sociales de grupo puede acabar convirtiéndose también en un fenómeno de distribución⁶⁵. De ahí a afirmar la existencia de una organización criminal y la pertenencia a la misma dista un abismo.

VII. COMPETENCIA JURISDICCIONAL

La doctrina sobre la determinación del Juzgado territorial competente para la instrucción de los delitos cometidos a través de Internet era en principio la misma que la que se encontraba consolidada en relación con los delitos de injurias y calumnias realizadas a través de los medios de comunicación, según la cual *forum comissi delicti* es aquel en el que se hayan vertido a través de los medios de comunicación los contenidos presuntamente delictivos. Por lo tanto y según

63 V. también en este sentido ÚBEDA DE LOS COBOS, p. 77. En cambio, VELAZCO NÚÑEZ, p. 320, mantiene la opinión de que procede la agravación cuando se actúa a través de la red en colaboración con otros miembros del grupo, aunque físicamente se desconozcan entre sí, tanto proveedores como consumidores del material pornográfico prohibido, que se atribuyan específicamente funciones y tareas determinadas (confeccionar álbumes, depósitos de fotos, aportarlos al común, realizar citas e intercambios, normar la transacción, etc.) y que las distribuyan en Internet, porque así multiplican su efecto difusor indiscriminado, y con ello, amplían la agresión a los derechos de las víctimas protegidas por el tipo penal.

64 FERNÁNDEZ TERUELO (2006), p. 723.

65 ROJO GARCÍA p. 226.

esto, en los delitos cometidos a través de la red Juzgado competente es aquel en el que se hayan introducido en la red de Internet los contenidos delictivos, sin perjuicio de que cuando concurren varios ámbitos territoriales y se apreciara conexidad entre ellos en un futuro pudiera acordarse una acumulación de todas en una única causa (ATS 23-11-2004, JUR 2005/75).

Posteriormente, la jurisprudencia parece optar en estos casos por el criterio de la ubicuidad⁶⁶, conforme a un acuerdo del pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (de fecha 03-02-2005), según el cual: «*el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será en principio competente para la instrucción de la causa*». Tal es el criterio seguido por el ATS 03-04-2006, RJ 2006/4885 en un caso relativo a la distribución de pornografía infantil a través de Internet, pero que igualmente es seguido desde entonces en otros grupos de delitos (por ejemplo, entre otras muchas, ATS 06-06-2006, JUR 2006/174180, en un caso de prostitución coactiva, ATS 26-10-2006, JUR 2006/256109, en un caso de robo con violencia e intimidación, y ATS 24-01-2007, JUR 2007/66377, en un caso de estafa).

66 A favor de este criterio en los delitos cometidos a través de la red ROMEO CASABONA, p. 36.

Bibliografía

ALVAREZ GARCÍA, Javier: *Explotación sexual y pornografía infantil (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)*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n.º 2015, 2006.

ANESVAD: Informe sobre la Pornografía Infantil en Internet, de marzo de 2003, disponible en <http://www.anesvad.es>

APRILE, Stefano, *Trattato di Diritto Penale, Parte Speciale, I delitti contro la personalità individuale*, Marinucci/Dolcini (dir.), vol sexto, Cedam, Milán, 2006

BENZ, Werner: *Sexuell anstößiges Verhalten*, Verlag Max Schmidt-Römhild, Lübeck, 1982.

CABRERA MARTÍN, Myriam: *La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal*, en "Jornadas sobre Derecho de los Menores", Lázaro/Mayoral (coords.), Madrid, 2003.

CARMONA SALGADO, Concepción y otros autores: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Cobo del Rosal (coord.), Dykinson, Madrid, 2004.

CONDE-PUMPINO FERREIRO, Cándido: *Código penal comentado*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004.

DELPINO, Luigi: *Diritto Penale, Parte Speciale*, 15.^a ed., Simona, Nápoles, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*, Revista Penal, n.º 2, 1998.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia: *El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación*, Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 18, 2006.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: *La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003*, en "Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal", Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 2006.

- *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*, Constitutio Criminales Carolina, 2007.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina: *Pornografía infantil e Internet. ¿Reto jurídico o problema social?*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, n.º 12, 2006.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Consulta número 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil*. Disponible en <http://www.fiscal.es/fiscal/public>

GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Acerca del delito de pornografía infantil*, Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GAROFOLI, Roberto: *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Prólogo a la quinta edición del Código penal de Tecnos*, Madrid, 1999.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-04 (2005). Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>

- *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, 2.^a ed., Thomson-Aranza di, Navarra, 2006.

GUTIÉRREZ DAVID, M.^a Estrella: *Pornografía infantil en Internet. Exégesis del art. 189 con relación al 30 del CP. de 1995*, disponible en Internet en la web Delitosinformáticos.com, <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil>

KILLIAS, Martin: *Jugend und Sexualstrafrecht*, Berner kriminologische Untersuchungen, Band 9, Verlag Haupt Bern un Stuttgart, 1979.

MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Speciale I, Delitti contro la persona*, 2.^a ed., Cedam, Milán, 2005

MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: *Delincuencia informática y Derecho Penal*, Edisofer, Madrid, 2001.

MERTNER, Edgar/MAINUSCH, Herbert: *Pornotopia*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1971.

MONTERDE FERRER, Francisco: *Especial consideración de los atentados por medios informáticos contra la intimidad y la privacidad*, en "Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?", Cuadernos de Derecho Judicial, III-2006.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial conside-*

ración de las modalidades comitivas relacionadas con Internet, Dykinson, Madrid, 2005.

MARCOS MARTÍN, Teresa: *Pornografía infantil en Internet. Los derechos del niño y su protección internacional*, en "Los derechos de la infancia y de la adolescencia", Villagrasa/Ravetllat (coords.), Ariel, Barcelona, 2006.

MORALES GARCÍA Oscar: *Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores e servicios e intermediarios de la sociedad de la información*, en "Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de los prestadores de servicios de Internet", Aranzadi, Navarra, 2002.

MORALES PRATS, Fermín: *La pornografía infantil e Internet: la respuesta en el Código penal español*, en "Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet", Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, 4, CGPJ, Madrid.

- *Los ilícitos en la red (II): pornografía infantil y ciberterrorismo*, en "El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales", Comares, Granada, 2006.

- y GARCÍA ALBERO, Ramón: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

MORÓN LERMA, Esther: *Internet y Derecho Penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.

ORTS BERENGUER, Enrique y otros autores: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

- y ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- y ROIG TORRES, Margarita, *Concepto de material pornográfico en el ámbito penal*, en "Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Internet y Derecho penal. Imputación de los delitos y determinación de la competencia*, La Ley Penal, n.º 37, 2007.

REDONDO HERMIDA, Álvaro: *El delito de difusión de pornografía infantil por Internet*, Diario La Ley, n.º 6591, 15-11-2006, D-245.

REDONDO ILLESCAS, Santiago: *¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?*, Revista Española de Investigación Criminológica, n.º 4, 2006. Disponible en http://www.criminologia.net/pdf/reic/REICA6N4_2006_.pdf

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo/ALONSO GALLO, Jaime Alonso/LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *Derecho Penal e Internet*, en "Régimen jurídico de Internet", Cremades/Fernández-Ordóñez/Illescas (coords.), La Ley, Madrid, 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos: *De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal*, en "El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales", Comares, Granada, 2006.

ROMI, Juan Carlos/GARCÍA SAMARTINO, Lorenzo: *Algunas reflexiones sobre la pedofilia y el abuso sexual de menores*, Cuadernos de Medicina Forense, año 3, n.º 2. Disponible en http://www2.csjn.gov.ar/cmfcuadernos/pdf/vol3_2_2004/12.pdf

ROJO GARCÍA, Juan Carlos: *La realidad de la pornografía infantil en Internet*, Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 9, 2002.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal)*, Atelier, Barcelona, 2004.

RUIZ MARCO, Francisco: *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los delitos cometidos a través de la informática*, Colex, Madrid, 2001.

SCHROEDER, Friedrich-Christian: *Reform des Sexualstrafrechts*, Walter de Gruyter, Berlín, 1971.

TAMARIT SUMALLA, Josep M.^a, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las referencias penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2002.

ÚBEDA DE LOS COBOS, Julio José: *La persecución de la pornografía infantil. Problemas relacionados con su distribución por Internet*, La Ley Penal, n.º 37, 2007.

URRUELA MORA, Asier: *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada, en prensa.

VELASCO NUÑEZ, Eloy: *Cuestiones procesales relativas a la investigación de los delitos telemáticos*, en "Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?", Cuadernos de Derecho Judicial, III-2006.

VÉRON, Michel: *Droit pénal spécial*, 11.^a ed., Dalloz, París, 2006.

