

El derecho penal ante nuevos retos: la tutela a los derechos de las personas menores de edad en los delitos de “pornografía infantil”

Victoria Cruz*

1. Introducción

La dimensión internacional y el principio de libertad de información de la Internet, así como “algunas de sus características(...) uso masivo, la descentralización, la ausencia de territorialidad, el automatismo(...) suponen serios obstáculos a la hora de regular jurídicamente su utilización. Según las diferentes corrientes jurídico-penales, el estatuto jurídico de Internet no puede ser abordado desde una perspectiva nacional, sino que requiere soluciones de carácter internacional.”¹ En este sentido, las reglas de la Internet no pueden quedar al mero criterio de los usuarios, sino que más bien se exigen nuevas y complejas soluciones jurídicas que atiendan al principio de proporcionalidad en tanto “se deben garantizar y preservar simultáneamente intereses legítimos en tensión.”²

Sin embargo, frente a esta posición, hay quienes más bien ven en el intervencionismo estatal “un factor que podría llegar a poner en peligro a la Internet; de ahí que en la nueva sociedad de la información se enarboles estandartes antiestatalistas y se postulen soluciones cifradas en la autorregulación de los operadores en la Red”.³

Esta posición desconoce, a nuestro criterio, el principio básico de que lo que es ilegal en el “mundo real” y para lo cual hay una respuesta punitiva del Estado, no debería ser diferente tratándose de conductas realizadas en el “mundo virtual” si igualmente se lesionan bienes jurídicos relevantes.

De esta manera, si bien el control formal de fenómenos como el de la “pornografía infantil” no depende exclusivamente de la tipificación de conductas a nivel de la legislación penal, una adecuada definición de las mismas puede facilitar la efectiva persecución de estos delitos, particularmente por el hecho de que el auge de este fenómeno coincide y se debe al desarrollo de la Internet.⁴

Esta situación suscita la imperiosa necesidad de buscar soluciones jurídicas que permitan conjugar los derechos de los usuarios de la Red (como los derechos referidos a la libertad de información, a la confidencialidad, a la seguridad, a la protección de datos, entre otros) con la preservación de derechos que pueden afectar a otros colectivos, como por ejemplo la personas menores de 18 años, y que en relación con el fenómeno que nos ocupa en este artículo versan sobre el respeto a la propia imagen y a la privacidad, íntimamente ligados a la dignidad humana, a la protección contra toda forma de abuso y violencia y el derecho al libre desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

El fenómeno denominado “pornografía infantil” se constituye hoy en día como un problema de dimensión internacional y su control representa un nuevo reto para la ciencia jurídica, en especial, para el Derecho Penal.

* Profesional en Derecho, Oficial del Proyecto Subregional ESC de OIT/IPEC.

2. “Pornografía infantil”: una aproximación conceptual

El término “pornografía infantil”, acuñado en la doctrina, convenios internacionales y en la legislación de muchos países, no es otra cosa, en mi opinión, que otro eufemismo más. “Pornografía infantil”, como tal, no existe. Este fenómeno en realidad consiste en un documento que refleja una situación de abuso o explotación sexual a la que una persona menor de edad ha sido sometida o la utilización de su imagen (incluyendo la voz, como uno de los elementos constitutivos de aquella) para la producción de materiales sexuales.

La denominada “Pornografía Infantil” no es más que una manifestación de un crimen, la prueba de un crimen y la perpetuación del mismo a través del tiempo y del espacio, utilizado para generar ganancias económicas y/o satisfacer los intereses personales de quienes “consumen” este material.

Por lo anterior nos parece inadecuado denominar este fenómeno de la misma manera que se denomina la *pornografía*⁵ de personas adultas. Éstas sí tienen la capacidad para decidir sobre su propia participación en actos sexuales u obscenos, explícitos o no, para la producción, fabricación y distribución de materiales dirigidos expresamente a producir excitación sexual en sus consumidores. En este caso, la definición de lo que es “pornográfico” depende de múltiples variables culturales y morales, las diferentes pautas de comportamiento que tiene cada sociedad y las diferentes confesiones religiosas que influyen en el contenido de las definiciones particulares de este fenómeno. No es así en el caso de lo que se denomina “pornografía infantil” ya que en relación con ésta podemos afirmar que en tanto existan en los códigos penales los delitos relacionados con el abuso y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, también existe una voluntad expresa de la sociedad de prohibir que las imágenes producidas o fabricadas a partir de estas formas de violencia circulen y sean “consumidas” para la satisfacción de los intereses de cualquiera persona.

De esta manera, en el nivel internacional, y ante la particular preocupación mundial que este fenómeno ha alcanzado en los últimos años, varios instrumentos internacionales han indicado la necesidad de su criminalización, urgiendo a los Estados a sancionar, a través de normas penales, las conductas relacionadas con el fenómeno de la explotación sexual comercial, que incluye el de la “pornografía infantil”. Así lo dispone expresamente el 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 (en adelante el “Protocolo”)⁶ y el Convenio 182 de la Organización Internacional de Trabajo sobre las peores formas de trabajo infantil.⁷

El citado Protocolo define este fenómeno como “(...) toda representación, por cualquier medio, de un niño⁸ dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”⁹

Otros instrumentos internacionales también brindan definiciones con el propósito de servir de parámetro para la previsión de esta conducta delictiva en los códigos penales nacionales, sobre todo, llamando la atención sobre la complejidad de este fenómeno. Por ejemplo, el Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, entiende por “pornografía infantil” todo aquel “(...) material pornográfico que contenga la representación visual de: a) Un menor

comportándose de una manera sexualmente explícita; b) Una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) Imágenes realistas que representan a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.”¹⁰

En esta línea, en octubre de 2002, los Ministros de Justicia e Interior aprobaron la Decisión Marco de la Comisión de la Unión Europea, que definió el encuadre de referencia legal para penalizar los delitos de pornografía infantil¹¹, a la vez que refuerza las penas previstas para este tipo de conductas y que deben ser adoptados por todos los Estados miembro. En concreto, se describe la “pornografía infantil” como todo material que represente de manera visual conductas sexualmente explícitas realizadas por personas menores de edad, por personas simulando ser menores de edad o en imágenes virtuales.

2. El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la definición de la variada tipología de la “pornografía infantil”

Las definiciones anteriores son relevantes por cuanto de una u otra forma pretenden recoger la complejidad de un fenómeno alimentado a diario por las innovaciones tecnológicas, que han hecho de las diversas formas delictivas vinculadas con la “pornografía infantil” un hecho común en nuestros días.

A diferencia de los años de la década de 1970, en que la producción de material sexual con imágenes de personas menores de edad tuvo su momento de máximo apogeo en el mundo occidental, según las pautas tradicionales de comercialización¹², en los años de 1990 se ha acrecentado la adopción de medidas legislativas en contra de este fenómeno al compás del desarrollo de la Internet. Las posibilidades que la Red confiere, que pueden ser calificadas como “ilimitadas”, permiten a sus usuarios acciones con inmediatez, rapidez, de forma muy sencilla y en cualquier lugar del mundo en que se posea una conexión. De esta manera cada usuario fácilmente se convierte en productor, difusor o receptor¹³ de cualquiera de sus contenidos, incluidos, entre otros, gran cantidad de contenidos ilícitos¹⁴ —entre ellos la “pornografía infantil”—y nocivos¹⁵. Incluso, se constata la tendencia según la cual el tráfico de pornografía infantil no viene presidido por el ánimo de lucro ni por motivos comerciales. “Se ha acrecentado así el intercambio de material entre pedófilos, pauta de comportamiento que se ha amplificado en las nuevas autopistas de la información (internet), donde los usuarios pueden introducir material y convertirse y difusores de dicho material.”¹⁶ (sic) desplazando la elaboración y producción de este tipo de materiales de “parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados “amateurs” y domésticos”.¹⁷

Internet es un medio que evoluciona diariamente y de manera constante “aparecen nuevas formas de comunicación, programas, modos de intercambio de archivos, que mejoran y amplían las posibilidades que hoy día ofrece la Red”¹⁸. A través de la Internet, nuevas pautas, patrones de producción y tráfico de material pornográfico quedan a disposición de mafias y “consumidores”. Lo anterior hace que el fenómeno de la “pornografía infantil” se expanda exponencialmente en el mundo, sin que pueda frenarse fácilmente a través de los cambios legislativos. Se estima, por ejemplo, que para el año 2003 existían en el mundo más de 4.000.000 de zonas de Internet que contenían material de esta naturaleza y, para ese año, se estimaba que cada día se creaban 500 sitios nuevos que reciben más de dos mil millones de visitas anuales.¹⁹

Esta situación se ve impactada por determinadas “pautas comerciales” de ciertas “comunidades” en la Internet dedicadas a las más diversas aficiones, que permiten a algunos usuarios publicar áreas de “pornografía infantil”. Son sitios en que el administrador puede restringir la entrada de usuarios lo que dificulta la localización de estos contenidos ilícitos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, según el informe de Anesvad, “para poder formar parte de estas zonas, se exige tomar parte activa. Es decir, los miembros deben compartir pornografía infantil, con el objetivo de ir renovando los archivos comunes. Los usuarios que no compartan material en el tiempo que establezca el administrador, serán expulsados. Esta situación provoca que el consumidor de pornografía infantil se convierta, al mismo tiempo, en un distribuidor de este tipo de material.”²⁰

A esta situación se suma el fenómeno más amplio de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, y del “turismo sexual”²¹ en particular, pues buena parte de la “materia prima” para la producción de este tipo de material tiene su origen en filmaciones amateurs llevadas a cabo por turistas que abusan y explotan a personas menores de edad durante su viajes.

Dicho lo anterior, la doctrina –respaldada en las investigaciones policiales y dado el auge de las TIC- distingue una variada tipología de lo que conocemos como “pornografía infantil”²², condicionada por los distintos “usos” a que son sometidas directamente para su elaboración las personas menores de edad, o su imagen. Tenemos así:

- “Pornografía infantil” tradicional: la que documenta el abuso o explotación sexual de niños, niñas y adolescentes “reales” en situaciones “reales”²³. Es la que causa la mayor lesividad por la utilización directa que se ha hecho de una persona menor de edad, independientemente de su consentimiento.
- Pseudopornografía “infantil”: ésta consiste en la realización de montajes de fotos o imágenes de video que contienen personas menores de edad con otras fotos o imágenes con escenas sexuales. Por ejemplo, colocar la cara de una adolescente sobre la imagen de una mujer adulta que participa en actos con contenido sexual o colocar la imagen de un niño en una escena de sexo para lo cual nunca fue utilizado directamente²⁴. En este caso, hay una importante lesión al bien jurídico de las personas menores de edad (dignidad de las personas menor de edad y sus derechos a la imagen y al honor²⁵), pues las imágenes de las personas menores de edad son reales (total o parcialmente), es decir, corresponden con la de una persona con identidad real, aunque su participación en el acto que refleja la imagen no lo sea.
- “Pornografía infantil” técnica: en ésta, gracias a las posibilidades que los programas informáticos ofrecen para alterar imágenes, el proceso de producción altera la imagen de personas adultas que participan en actos con contenido sexual para que parezcan personas menores de edad. Si bien es cierto en este tipo de pornografía no se lesiona la integridad de una persona menor de edad, ya que no se requirió de “personas reales” para su producción, podemos afirmar que su contenido vulnera los derechos a la dignidad y a la imagen de las personas menores de edad, así como su interés superior, de rango y alcance constitucional, y “contribuye a fomentar y normalizar el consumo de pornografía infantil”²⁶, en cualquiera de sus tipos. En muchos casos, los niveles de realismo alcanzados hacen difícil técnicamente elucidar si el material incorpora una utilización real o simulada de una persona menor de edad.

- “Pornografía infantil” virtual o artificial: es una de las manifestaciones más “novedosas” de la producción de este tipo de material y consiste en la creación de contenidos sexuales con imágenes no reales (dibujos, animaciones, infografías, entre otros). En este caso no existen las personas ni las situaciones reproducidas, lo que suscita actualmente un profundo debate a nivel jurídico acerca de su penalización.²⁷

Claramente queda de manifiesto en la tipología enunciada que el desarrollo y auge de las TIC han transformado el fenómeno de la producción de la “pornografía infantil”, facilitando su distribución y tráfico y transformando además las “pautas” de consumo. Con ello queda expuesta, además, la necesidad de una incriminación que posibilite la persecución efectiva de estas conductas sin violentar, por supuesto, los principios básicos de legalidad y lesividad en el ámbito penal.

3. La incriminación de las conductas relativas o relacionadas con la producción, distribución o tráfico y posesión de “pornografía infantil”

Atendiendo a los instrumentos internacionales y de acuerdo a un criterio de mayor a menor gravedad de las conductas reprimibles²⁸, tenemos que la incriminación penal implica, al menos, las siguientes conductas:

- ***La producción y fabricación:***

Refiere a aquella conducta más lesiva de los bienes jurídicos que se tutelan, pues implica la utilización de personas menores de edad o su imagen en la creación de materiales destinados a producir excitación sexual.

Las técnicas de producción (al igual que las de distribución) se han multiplicado con el uso de las TIC, particularmente las de escaso coste al alcance de la población (video casero, cámaras digitales, tecnología digital telefónica y sus diversas aplicaciones que permiten, por ejemplo, tomar y enviar con gran facilidad fotografías y videos, acceso a la Internet desde el propio domicilio, entre otros).

Incluye no solo la utilización directa de personas menores de edad, independientemente de su consentimiento, en actos sexuales o la alteración de imágenes por medio de la computadora, de modo que se coloque la imagen de una persona menor de edad sobre la imagen de una persona adulta en una escena de contenido sexual o bien, que para estos fines se agreguen elementos a la imagen en la que se encuentra una persona menor de edad.

- ***La difusión y el tráfico:***

Todos los verbos relativos a las conductas por las cuales se distribuye o traslada a una tercera persona este tipo de material deben quedar criminalizadas (difusión, transmisión, tráfico, venta, alquiler, importación, exportación, etc.). En ciertos ordenamientos jurídicos en los que los que los partícipes son penalmente responsables de la misma manera que el autor, no es tan relevante la inclusión de conductas en el tipo penal dirigidas a elevar, a la categoría de autor, a quien facilita o instiga la comisión de este tipo de delitos. Por el contrario, en aquellos ordenamientos jurídicos en el que la penalidad del partícipe es distinta a la del autor, es importante que el legislador tome en cuenta la relevancia de los bienes jurídicos en juego en

los delitos de “pornografía infantil” y en la consideración de la gravedad de estas conductas, que ha quedado ampliamente manifiesta en la legislación internacional de derechos humanos, de forma tal que se considere en la conducta típica la inclusión de verbos tales como “facilitar” e “inducir”.

Los delitos de distribución, difusión, tráfico pueden proyectarse por cualquier medio; por ejemplo: difusión gráfica, fotográfica, analógica, digital o de cualquiera otra especie, por lo que este aspecto debe quedar claro en la tipificación penal. Es muy importante, además, que el tipo penal no quede limitado por la exigencia de “ánimo de lucro” en la conducta del autor, pues este elemento subjetivo del injusto es ajeno al tipo.

- ***La incriminación de la mera tenencia o posesión de material pornográfico infantil***

Por ser esta la conducta que más debate jurídico suscita consideramos indispensable realizar un análisis más exhaustivo del tema.

Cuando se hace referencia al fenómeno de la “pornografía infantil” la tutela de la imagen y de la privacidad, como componentes de un derecho más amplio a la dignidad y al desarrollo integral de las personas menores de edad, surgen como bienes jurídicos autónomos en relación con la tutela de la integridad personal de los sujetos pasivos de estas conductas, lesionada también por quienes producen estos materiales. De ahí que quien adquiere (por cualquier medio, esto no es relevante) y posee por cualquier título y para cualquier fin (incluso el “consumo” propio), lesiona estos bienes jurídicos, a pesar de no estar involucrados por ejemplo, en el acto sexual que le dio origen.

De esta manera, no es posible asumir con normalidad la conducta de quien posee “pornografía infantil” si, por un lado, los abusos y explotación que fueron su “materia prima” son sancionados penalmente, y por otro, “por cuanto el consumo derivado de la comercialización es un factor que favorece y reproduce estos delitos.”²⁹

La penalización de la mera posesión de este tipo de material es motivo de una amplia discusión jurídica. Para algunos es la opción “más inquisitiva”³⁰ cuando se busca la penalización de las diferentes conductas relacionadas con este fenómeno. Esta corriente descarta la tipificación penal de esta conducta por tratarse de una opción “irracionalmente incriminadora” por la que “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.”³¹

Por su parte, los propios consumidores alegan que sobre “el daño que sufren los menores (...) ya se ha producido cuando ellos ven el material, por eso creen que no hacen ningún mal. A este respecto, culpan a las mafias, que se encargan de realizar el material, del perjuicio físico y/o psicológico que hayan podido sufrir los menores. La adicción provoca que se inhiban ante el sufrimiento de los menores, porque su pulsión es demasiado fuerte.”³²

A favor de la penalización de la posesión para “consumo personal”, se esgrime el argumento de que “cuando alcanzan un nivel superior de interés, la mayoría de los adictos a la pornografía infantil desean tener contacto directo y real con menores(...) El consumo de imágenes termina por no ser suficiente, por lo que la pretensión de mantener relaciones

sexuales con niños puede ser el siguiente paso.”³³ Debido a la posibilidad de estas consecuencias hay quienes consideran que la posesión de “pornografía infantil” debería quedar penalizada, a pesar de tratarse de un delito de peligro.³⁴

Sin embargo, no es solo la probabilidad de que una situación (futura) de lesión (abuso o explotación sexual) ocurra, la razón por la cual el consumo o mera tenencia de este material, con cualquier fin y por cualquier medio, debería ser considerada una conducta a incriminar por las legislaciones penales. En este sentido se propone tomar en consideración otros argumentos:

- Podemos afirmar que la pornografía infantil afecta, en cada caso particular, en forma directa y permanente³⁵ los derechos a la imagen y a la privacidad de las personas menores de edad, parte integral de sus derechos a la dignidad y a un desarrollo integral pleno. Todos estos bienes jurídicos son de rango constitucional e internacionalmente reconocidos para todas las personas menores de 18 años de edad. Forman parte del acervo de los “derechos humanos” por lo que están cobijados por sus características de universalidad, irrenunciabilidad e integralidad.
- La criminalización de la posesión debe ser “uno de los objetivos fundamentales de una política criminal de control y represión de la explotación sexual comercial de las personas menores de edad (...) no existe ninguna razón para considerar que la posesión de pornografía infantil sea un acto del exclusivo ámbito privado. Una acción no es privada cuando lesiona bienes jurídicos de trascendencia constitucional e internacional.”³⁶ La tenencia de pornografía no es un acto que sólo cause daño a su poseedor, que sería el criterio que justificaría su impunidad, tal y como sucede en el caso de posesión de drogas para el consumo propio.³⁷ “Se trata de una acción que debe ser objeto de prohibición y represión, pues la trascendencia que tiene la integridad y la dignidad de la persona menor de edad, justifica, más allá de toda duda razonable, la criminalización de tal conducta.”³⁸
- En este mismo sentido, es de considerar que en el marco de una política criminal clara en contra de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, el hecho de atacar la problemática de la “pornografía infantil”, dado su profundo carácter clandestino, debe significar perseguir no solamente a quien produce o distribuye este material sino también a quien lo consume. Al margen, claro está, de una política más amplia que la de represión penal, que incluya acciones dirigidas a la prevención de estos delitos.
- La posesión o tenencia de material pornográfico que contenga personas menores de edad o su imagen, “no sólo es una grave manifestación de una desenfada apología del delito”³⁹, sino que constituye una lesión a los intereses de mayor trascendencia de las personas menores de edad; este acto es uno de los eslabones más importantes dentro de una red que produce y reproduce una actividad económica perversa y que exige, de parte del Estado, la determinación de un límite muy claro.”⁴⁰
- El consumo de este tipo de materiales (la demanda) estimula la oferta, es decir, la industria que favorece y reproduce el abuso y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, los somete a crueles vejaciones y utiliza su imagen para la producción de bienes comerciales o de intercambio ilícitos. Se trata de un factor que promueve un

desarrollo basado en el irrespeto de los derechos fundamentales de uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad.

- La posesión de la pornografía infantil debe ser “deliberada”, es decir, debe existir voluntad de quien la posee, “la posesión implica una actitud subjetiva por parte del autor: no se puede poseer algo que no se quiere ni se conoce”⁴¹, por ello, resulta innecesario catalogar la posesión como “intencional” o “deliberada”. Es aquí donde se justifica, además de la penalización de la mera posesión, la posesión con cualquiera otro fin (para intercambio, distribución, comercialización, importación, exportación, etc.)
- De igual modo que se penalizan y adquieren gran relevancia jurídica otras figuras delictivas de menor trascendencia relacionadas con los derechos a la propiedad, por ejemplo la receptación por la que se argumenta que se perpetúan y agudizan los delitos contra la propiedad al adquirirse la mercancía robada, el delito de posesión de “pornografía infantil”, que lesiona bienes jurídicos de mayor trascendencia, perpetúa el ataque a la imagen y a la dignidad de las personas menores de edad, y contribuye al mantenimiento y expansión de la conducta criminal, como ya se ha señalado.
- Otro argumento a favor de la penalización de esta conducta está relacionado con la obligación adquirida por los Estados al ratificar instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo, que colocan la disyuntiva de cualquier conflicto entre bienes jurídicos –como el derecho a la libertad e intimidad de personas adultas y los derechos a la dignidad, a la protección contra toda forma de violencia, al desarrollo integral de las personas menores de edad—a favor de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y con ello la primacía de su interés superior. Expresamente indica el Protocolo que “Todo Estado parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: ... c) 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.”⁴²

En apego a las disposiciones de la ley internacional, los supuestos en que se fundamenta y sobre todo en consideración a la relevancia de los derechos que se tutelan, existe un movimiento mundial que comprende y respalda la lucha contra este grave flagelo y que criminaliza la mera posesión de este tipo de material. La posesión de “pornografía infantil” es un delito en las legislaciones penales de más de 40 países a nivel mundial, entre ellos, por ejemplo⁴³: Armenia, Austria, Australia, Alemania, Bahamas, Barbados, Bélgica, Botswana, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Finlandia, Grecia, Gran Bretaña, Holanda, Hungría, India, Irlanda, Italia, Japón, Malta, Polonia, Suecia. En la región centroamericana es un delito en Panamá, Honduras y El Salvador y ha sido aprobada su inclusión por la Asamblea Nacional de Nicaragua en el Proyecto de Nuevo Código Penal, en tanto que en Guatemala y República Dominicana se están discutiendo proyectos de reforma a los Códigos Penales de esos países que la incluyen.⁴⁴

4. Conclusiones

El fenómeno de la “pornografía infantil” enfrenta, dada su misma complejidad, variadas soluciones dirigidas a su prevención y control. Desde un punto de vista criminológico es necesario impactar en primera instancia en las actividades de producción y fabricación de este tipo de material, así como en la difusión y el tráfico. Sin embargo, la gravedad de este fenómeno y su clandestinidad requieren de una política criminal más amplia que impacte también en la demanda.

Siendo que es a través de la Internet que se da la mayor comercialización y distribución de material pornográfico en el que se han empleado personas menores de edad o su imagen para su fabricación y producción, las medidas dirigidas a la prevención y control deben dirigirse y estar orientadas por la lógica misma en la que opera la Red. No significa esto, abandonar la persecución de las formas más “tradicionales” de producción y sobre todo de comercialización de este tipo de materiales, pero si implica una adecuada dirección de los recursos encaminados a enfrentar el problema.

De esta manera, es necesario adecuar los códigos penales sustantivos y procesales, de forma tal que se cuente con las herramientas legales que se requieren para hacer frente a una forma de criminalidad no convencional con variados recursos tecnológicos que facilitan la comisión de estos delitos. Por esta razón, también es necesaria la creación de unidades especializadas en los órganos de investigación criminal, que cuenten con los medios tecnológicos y la capacitación necesarias para garantizar que los delitos en este ámbito sean debidamente investigados y reprimidos.

Como se ha dicho, la Internet carece de una regulación jurídica específica, así como de límites y control externo. Por este motivo, la efectividad de la persecución penal de los delitos de “pornografía infantil” en la Red no depende exclusivamente de la tipificación de conductas en el código penal. La propia idiosincrasia del medio y sus particularidades hacen necesario un tratamiento específico. La Internet funciona bajo el principio básico de la libertad de información por lo que un papel protagónico en la lucha contra los contenidos ilícitos debe partir de la “autorregulación” de los operadores y de sus propios usuarios, paralelo a la toma de medidas jurídicas y convenios internacionales, que conjuguen los derechos de los usuarios con la preservación y protección de los derechos que pueden afectar a otros, como por ejemplo, el derecho a la propia imagen, a la privacidad, a la dignidad, a la protección, todos, en este caso, de las personas menores de edad.

La concienciación de los usuarios de la Red y, en general, de los demás actores involucrados en este medio de comunicación es fundamental para incidir en el control de esta forma de criminalidad. Aunque no fueron objeto de este trabajo, los denominados “proveedores” de los servicios de la Internet deben ser partícipes activos en la lucha contra las diversas manifestaciones de la “pornografía infantil”, por ejemplo, adoptando códigos de conducta o mayores medidas de control de los contenidos que se colocan en sus servidores. Asimismo, sus deberes y responsabilidades deben ser claramente delimitados a efectos de posibilitar una adecuada investigación criminal.

También en cuanto a la prevención, es necesario impulsar campañas dirigidas a los usuarios de los servicios de la Red en general y a los potenciales consumidores de este tipo de material, de

forma tal que no formen parte de la demanda de “pornografía infantil”. En esta misma línea, deben ponerse al alcance de los usuarios, mecanismos destinados a promover las denuncias sobre la difusión de material sexual con personas menores de edad en la Internet.

Bibliografía

- Anesvad. Informe sobre la pornografía infantil en Internet, 2003
- CRUZ, Fernando y MONGE, Ivannia. Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad según las normas internacionales. OIT/IPEC, San José, 2004
- Decisión No. 276/1999/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, (en línea), 28.07.2005, disponible en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/124190.htm>
- Decisión No. 276/1999/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, (en línea), 28.07.2005, disponible en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/124190.htm>
- Diccionario Usual de la Real Academia Española (en línea): <http://buscon.rae.es>
- Fundación PANIAMOR. Valoraciones jurídicas en relación con el proyecto de ley para el fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, expediente 14.568. San José, 2003.
- LEVENE, Ricardo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1978
- MARIN PEIDRO, Lucía. La lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en internet. En: datospersonales.org La revista de la agencia de protección de datos de la comunidad de Madrid, en línea: <http://www.madrid.org/comun/repositorio/cda/Views/rev> consultado el 28.07.2005
- MONGE, Ivannia e ISSA EL KHOURY, Henry. Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad. Comentada. INAMU, 1999
- MORALES GARCÍA, Óscar. Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información. Working Paper Series WP01-001, fecha de publicación marzo de 2001 en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20008/index.html> consultado el 28.07.2005
- MORALES PRATS, Fermín. La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular. En: Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías, Coord. Zúñiga Rodríguez, Laura; Méndez Rodríguez, Cristina; Diego Díaz-Santos, Ma. Rosario, XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal; Universidad de Salamanca, 2001
- MORALES PRATS, Fermín. Pornografía infantil e internet. Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), organizadas por la UOC y el ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, en línea <http://www.uoc.edu/dt/20056/index.html>, 2002
- MORALES PRATS, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. En: Consejo Superior del Poder Judicial, Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet. España, 2000.

- OIT/IPEC. Compendio de normas internacionales relacionadas con la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, San José, 2003
- OIT/IPEC. Reformas penales para combatir la explotación sexual comercial de personas menores de edad. En: ¡Ya es hora! Boletín Temático No. 3, Abril, 2005
- OIT/IPEC. Compendio de legislación para penalizar la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana. San José, 2006
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho penal español, Parte General. Dykinson, XVIII Edición, Madrid, 1995
- TAMARIT SUMALLA, Joseph María. La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores. Colección de Monografías Aranzadi, 2da. Edición, Navarra, 2002

¹ Anesvad. Informe sobre la pornografía infantil en Internet, 2003, p. 18.

² *Idem*, p. 12.

³ En: Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. En: Consejo Superior del Poder Judicial, Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet. España, 2000, p. 12.

⁴ Desde el punto de vista de la represión penal, también es necesaria la dotación de medios técnicos y tecnológicos adecuados para contrarrestar y perseguir las acciones de quienes se dedican a la producción, distribución y consumo de estos materiales. Además, de rigor son también las acciones en el marco de una amplia política criminal y social que involucre la prevención de estos delitos. También se destaca en este sentido la importancia de la “autorregulación” de los usuarios de la Internet que están especialmente vinculados con este fenómeno y la regulación de los proveedores de los servicios vinculados con las nuevas tecnologías de la información.

⁵ El Diccionario Usual de la Real Academia Española define la pornografía como obras literarias o artísticas de carácter obsceno, y lo obsceno lo define como “Impúdico, torpe, ofensivo al pudor o a la moral sexual”, en línea <http://buscon.rae.es>

⁶ Artículo 3 del Protocolo.

⁷ Artículo 7 Convenio 182 de la OIT sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

⁸ Para efectos del Protocolo, por niño se debe entender toda persona menor de 18 años de edad.

⁹ Artículo 3.c del Protocolo.

¹⁰ Artículo 9, Convenio sobre la Ciberdelincuencia.

¹¹ Incluye conductas como la “producción, distribución, difusión, transmisión, ofrecimiento, facilitación, adquisición o posesión de pornografía infantil”. Véase: Anesvad. *Op Cit.* p. 19.

¹² “En aquellos años Dinamarca, Holanda y Suecia constituían los principales centros de producción. A finales de la década y comienzos de los años 80 se verifica una mayor intervención gubernamental y el impulso de medidas legislativas, centradas en la prohibición de la producción, la venta y la distribución de la pornografía infantil. En 1977 se aprobaron en Estados Unidos estrictas medidas legislativas sobre pornografía infantil. En 1980, Dinamarca y Suecia introdujeron una legislación sobre pornografía infantil, Holanda lo hizo en 1986.” Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. *Op Cit.* p. 2.

¹³ Anesvad. *Op Cit.*, p. 9.

¹⁴ “Se refiere a una amplia variedad de problemas: seguridad nacional, protección de personas menores de edad, protección de la dignidad humana, seguridad económica, protección de la información, protección de la vida privada, protección de la reputación, propiedad intelectual.” “Del contenido ilegal deben ocuparse desde su origen las autoridades policiales y judiciales (...) la industria puede sin embargo aportar una ayuda importante para limitar la circulación del contenido ilegal (...) mediante mecanismos de autorregulación eficaces (como códigos de conducta y establecimiento de líneas directas) regulados y apoyados por disposiciones jurídicas y que se beneficien del apoyo de los consumidores...” Decisión No. 276/1999/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, (en línea), 28.07.2005, disponible en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/124190.htm>

¹⁵ También conocido como “contenido perjudicial”, “es un contenido autorizado pero de distribución limitada (reservada a los adultos, por ejemplo) y un contenido que puede ofender a algunos usuarios, aunque no se limite su publicación debido al principio de libertad de expresión (...) las acciones deben dar a los usuarios la posibilidad de rechazarlo preferentemente mediante el desarrollo de soluciones tecnológicas (sistemas de filtrado y clasificación), reforzar la sensibilización de los padres y desarrollar una autorreglamentación que pueda proporcionar un marco adecuado, en particular para la protección de los menores.” (sic) Decisión No. 276/1999/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, (en línea), 28.07.2005, disponible en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/124190.htm>

¹⁶ Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. *Op Cit.* p. 3

¹⁷ *Idem*, p. 3

¹⁸ Anesvad. *Op Cit.* p. 14. Internet ha generado innumerables formas de permitir el intercambio por ejemplo a través de grupos de noticias, foros, chats y el uso de aplicaciones P2P (peer to peer) por medio de las cuales se produce fácilmente el intercambio de archivos almacenados en los discos duros de las computadoras.

¹⁹ Parry Aftab (www.cyberangels.com) citado por Anesvad. *Op Cit.* p. 9-10. Al respecto, es importante agregar además algunos datos, citados por este mismo estudio, sobre las ganancias que genera esta actividad ilícita. Para el año 2003, la investigación estableció que “existen mas de 2.400.000 webs de pornografía infantil de pago. La cuota media de acceso son 40 euros al mes. El número de visitas diarias que pueden recibir estos sitios ronda las mil, con una media de unas diez altas mensuales por sitio. De estas cifras puede extraerse la conclusión de que el negocio de la pornografía infantil en Internet genera alrededor de 960.000.000 millones de euros al mes, en todo el mundo”, sin embargo, para ese año, se estimó que “el 40% de las zonas que contienen material sexual con menores son gratuitas, y las que más están proliferando” ya que es posible el intercambio de material sin ánimo de lucro económico, situación que es ampliamente aprovechada por los “aficionados” a este tipo de material.

²⁰ *Idem*, pág. 14-15.

²¹ Otro eufemismo con el que se designa la explotación de personas menores de edad por personas que se encuentran en viajes de negocios o placer. Generalmente son personas extranjeras, provenientes de países en los cuales este tipo de situaciones son severamente sancionadas. Cuentan con el poder económico necesario para realizar viajes a países del “tercer mundo” en los que existen gran cantidad de factores que vulnerabilizan a las personas menores de edad – pobreza, ineficacia de las políticas públicas de protección, migración, etc.- y por otro lado factores que crean un clima de impunidad frente a estos delitos –tolerancia social, códigos penales inadecuados, redes criminales que se dedican a la explotación, inefectividad de las investigaciones policiales--.

²² *Idem*, p. 15; Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. *Op Cit.* p. 3 y 4.

²³ Hay que diferenciar las diversas conductas relacionadas y la posibilidad de la existencia de un concurso de delitos con el abuso sexual o las relaciones sexuales remuneradas, por ejemplo. En este mismo sentido véase: Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. *Op Cit.* p. 6. y Tamarit Sumalla, Joseph María. La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores. Colección de Monografías Aranzadi, 2da. Edición, Navarra, 2002, p. 112.

²⁴ Si la imagen que se coloca es la de otra persona adulta, ajena a la imagen con contenido de sexual, también en este caso se constituye la afrenta al derecho a la imagen y el honor de esta persona, aunque no sea menor de edad.

²⁵ El bien jurídico protegido en este caso pareciera estar más bien vinculado a la intimidad y al honor por lo que la protección de estas figuras a través del título referido a los delitos de violencia sexual resulta dudoso si lo único que se realiza con la imagen de la persona menor de edad, obtenida fuera de un contexto sexual, es insertarla en un contexto pornográfico. Sin embargo, anclar la posibilidad de la tutela a la lesión de estos derechos a los capítulos de los códigos penales referidos a la protección del honor y la intimidad podría producir la negación del derecho a la justicia de las personas menores de edad. Es decir que prácticamente de facto, y salvo que expresamente se prevea la posibilidad de la intervención de oficio del Ministerio Público en este tipo de ofensas, quedaría anulada la posibilidad de que una persona menor de edad pudiese acceder de manera efectiva a los remedios jurídicos que a través de la tutela de estos derechos están previstos en los códigos penales, empezando por que la acción es de carácter privado, y necesariamente en el caso de una persona menor de edad requiere de asistencia letrada. Además, es menester considerar que en este caso, este tipo de ofensas además de estar íntimamente relacionadas con la protección de los derechos a la imagen y al honor, también están vinculadas con la dignidad de las personas menores de edad, de tutela en conjunto con los demás tipos penales relacionados con los delitos de pornografía infantil.

²⁶ Véase: Anesvad. *Op Cit.* p. 15.

²⁷ En Estados Unidos la Corte Suprema de Justicia se ha declinado a favor de la libertad de expresión y ha declarado este tipo de producciones legales. A contrapunto, en el Estado de Virginia, la legislación si castiga la “pornografía infantil” técnica o simulada, en la que una persona adulta aparenta ser menor de 18 años en imágenes registradas de contenido sexualmente explícito; la sanción alcanza la pornografía infantil artificial, generada por medio del uso de programas informáticos. Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. *Op Cit.* p. 15. En este supuesto, al no utilizarse personas menores de edad “reales”, para un sector de la doctrina supone una injustificada y desproporcionada limitación a la libertad de expresión y por lo tanto no se justifica la intervención del derecho penal por carecer de relevancia en este sentido. Véase Tamarit Sumalla, Joseph María. *Op Cit.*, p. 109. y Morales Prats, Fermín. La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular. *Op. Cit.*, p. 121. Al contrario de estas disposiciones podemos referir a los convenios internacionales, como el Protocolo, según el cual debe ser considerado pornografía infantil tanto las imágenes reales, sobre las cuales no hay discusión doctrinaria, como las simuladas, además de “TODA representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales” (el subrayado no es del original) en las que entraría no solo la denominada “pseudopornografía” sino también la pornografía artificial. En este mismo sentido, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia indica en el artículo 9 “1. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos: a. la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático; b. la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático; c. la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático; d. la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona; e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos. 2. A efectos del anterior apartado 1, por “pornografía infantil” se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a. un menor comportándose de una manera sexualmente explícita; b. una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c. Imágenes realistas que representan a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita (...)”.

²⁸ Es importante que el legislador considere, al momento de tipificar estas conductas, el principio de proporcionalidad de la pena según los diferentes grados de afectación a los bienes jurídicos que cada una de las conductas producen. De esta manera, quien posee no lesiona de igual manera los derechos de las personas menores de edad como quien distribuye o incluso fabrica o produce estos materiales.

²⁹ Cruz, Fernando; Monge, Ivannia. Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad según las normas internacionales. OIT/IPEC, San José, 2004, p.26.

³⁰ En este sentido Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. *Op Cit.* p. 11

³¹ *Idem* p. 11

³² Véase: Anesvad. *Op Cit.* p. 24.

³³ *Idem* p. 25.

³⁴ Es decir, “no comporta la destrucción (de un bien jurídico), sino la creación de una situación tal que es probable que ese resultado lesivo se produzca; la situación de peligro es, a su vez, resultado de la conducta del sujeto.” Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso. Derecho penal español, Parte General. Dykinson, XVIII Edición, Madrid, 1995, p. 427.

³⁵ Por sus características de transmisibilidad y perdurabilidad en el tiempo y en el espacio, particularmente dado el uso de la Internet para la producción y difusión de estos materiales.

³⁶ Cruz, Fernando; Monge, Ivannia. *Op Cit.* p. 29.

³⁷ No es posible asimilar la “posesión de drogas” para consumo personal con la posesión de pornografía infantil, dado que los bienes jurídicos tutelados en ambos casos son distintos, en el primero el titular del bien jurídico es el sujeto que “consume” la droga, en el segundo caso, el “consumidor” de pornografía infantil NO es el titular del bien jurídico que se pretende proteger, ya que como se ha dicho, el bien jurídico que se tutela es el del tercero, el de la persona menor de edad víctima del abuso o la explotación, sus derechos a la imagen, a la privacidad, a la dignidad y su derecho a un desarrollo integral pleno.

³⁸ Cruz, Fernando; Monge, Ivannia. *Op Cit.* p.27.

³⁹ “Apología del delito” “significa “hacer su elogio”, lo que implica instigar al delito (...) presentar como laudable y meritorio el crimen cometido... se alaba la criminalidad del acto”. Levene, Ricardo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Víctor P. de Zaballa Editor, Buenos Aires, 1978, p. 442 y ss.

⁴⁰ Cruz, Fernando; Monge, Ivannia. *Op Cit.* p.29.

⁴¹ *Idem*, p.25.

⁴² Artículo 3 del Protocolo. El subrayado no es del original.

⁴³ Fuentes: Fundación PANIAMOR. Valoraciones jurídicas en relación con el proyecto de ley para el fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, expediente 14.568. San José, 2003. OIT/IPEC. Compendio de legislación para penalizar la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana. San José, 2006. Morales Prats, Fermín. La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular. *Op Cit.* 2001.

⁴⁴ En el caso de Costa Rica, actualmente el Código Penal, reformado en esta materia en el año 1999, solo incrimina la posesión con fines comerciales: “Aun cuando en el proyecto de ley se incluía la penalización de la tenencia de este material, los legisladores se opusieron al mismo, alegando tutela de la intimidad. El debate sobre este punto se mantiene abierto, sobre todo tomando en cuenta la obligación del Estado de tutela (sic) la imagen del niño y de la niña, por encima de cualquier otro interés o derecho de las personas adultas.” Monge, Ivannia e Issa El Khoury, Henry. *Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad. Comentada.* INAMU, 1999, p. 22. Actualmente se discute en Costa Rica una reforma integral al Código Penal en la cual se incluye nuevamente la posesión como delito y sobre lo que se augura un amplio debate sobre su posible aprobación, dado que una parte de la doctrina y de los legisladores siguen cuestionando la primacía de los derechos de las personas menores de edad sobre el “derecho a la intimidad” en este tema.