

## **Silvia Vivó Cabo**

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.  
Socia de la FICP.

### **~Los delitos en internet: especial referencia a la pornografía infantil en la red~**

**Resumen.-** La evolución y el auge de las nuevas tecnologías ha supuesto la transformación de las pautas de producción y difusión de la pornografía infantil. La finalidad de esta comunicación es analizar en general los delitos informáticos, para centrarnos en el estudio pormenorizado de la pornografía infantil. La gran expansión sufrida en los últimos tiempos hace que la información que circula a través de la red llegue a ser algo incontrolable, haciendo que aparezcan conductas antisociales e incluso delictivas entre algunos de sus usuarios. La pornografía infantil constituye un problema de dimensión internacional, que se ha amplificado con la irrupción de nuevas tecnologías que han transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material.

**Palabras Clave.-** Internet, pornografía infantil, vulnerabilidad, acoso cibernético, víctima.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Debido a la necesidad que el ser humano tiene de transmitir información, a lo largo de la historia se ha creado diferentes mecanismos para su procesamiento, transmisión y almacenamiento. El constante progreso que experimenta la sociedad, supone una evolución en las formas de delinquir, dando lugar, tanto a la diversificación de los delitos tradicionales como a la aparición de nuevos actos ilícitos.

Así nace la informática como “un conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores”. Un delito informático o ciberdelincuencia es toda aquella acción típica, antijurídica y culpable que se da por vías informáticas o que tiene como objetivo destruir y dañar ordenadores, medios electrónicos y redes de internet. Debido a que la informática se mueve más rápido que la legislación, existen conductas criminales por vías informáticas que no pueden considerarse como delito, según la “Teoría del delito”, por lo cual se definen como abusos informáticos, y parte de la criminalidad informática.

Los delitos informáticos son aquellas actividades ilícitas que: se cometen mediante el uso de computadoras, sistemas informáticos u otros dispositivos de comunicación (la informática es el medio o instrumento para realizar el delito); o tienen por objeto causar daños, provocar pérdidas o impedir el uso de sistemas informáticos (delitos informáticos per se).

La criminalidad informática tiene un alcance mayor y puede incluir delitos tradicionales como el fraude, el robo, chantaje, falsificación y la malversación de

caudales públicos en los cuales ordenadores y redes han sido utilizados como medio. Con el desarrollo de la programación y de internet, los delitos informáticos se han vuelto más frecuentes y sofisticados.

Existen actividades delictivas que se realizan por medio de estructuras electrónicas que van ligadas a un sin número de herramientas delictivas que buscan infringir y dañar todo lo que encuentren en el ámbito informático: ingreso ilegal a sistemas, interceptado ilegal de redes, interferencias, daños en la información (borrado, dañado, alteración o supresión de datacrédito), mal uso de artefactos, chantajes, fraude electrónico, ataques a sistemas, robo de bancos, ataques realizados por crackers, violación de los derechos de autor, pornografía infantil, pedofilia en internet, violación de información confidencial y muchos otros.

Existen leyes que tienen por objeto la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos en las variedades existentes contra tales sistemas o cualquiera de sus componentes o los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías.

Uno de los muchos beneficios de internet es que tiene la capacidad de conectar a personas de todas partes del mundo con intereses comunes. A los ojos de algunos, la naturaleza del mundo cibernético es más un lugar, espacio peligroso que real, especialmente para niños. De acuerdo al experto en seguridad de software, Jhon Carosella, “cuando (comunicación inapropiada adulto-niño) sucede en la vida real, tu sabes que es lo que está sucediendo”; No es lo mismo cuando se trata de esta comunicación por medio del ciberespacio. En Internet, los padres quizás no se imaginan que sus hijos estén hablando con una persona mayor<sup>1</sup>.

## **II. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y TIPOLOGÍA**

Se define el delito informático como todo acto ilícito penal que ha sido llevado a cabo a través de medios informáticos y que está ligado a los bienes jurídicos relacionados con las tecnologías de la información o que tiene como fin estos bienes.

Por otro lado, cabe hacer referencia al Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa<sup>2</sup>, que los define como “actos dirigidos contra la confidencialidad, la

---

<sup>1</sup> LOUISE I. GERDES, *Cyber crime*, Estados Unidos San Mateo California, Grenchaven Press, 2008.

<sup>2</sup> Celebrado en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, medios y datos”.

Los delitos informáticos son acciones de tipo ocupacional, ya que en la mayoría de los casos, se realizan cuando el sujeto está trabajando o en su puesto de trabajo. En la mayor parte de las ocasiones, presentan grandes dificultades a la hora de comprobar quién cometió el ilícito debido a la gran expansión de internet y al carácter técnico de estos hechos. Hasta hace poco, apenas se producían denuncias en este ámbito, lo que dificultaba su persecución. También su perpetración es relativamente fácil en cuanto a tiempo y espacio se refiere, ya que pueden llegar a consumarse en poco tiempo y sin necesidad de presencia física del delincuente.

Se trata de delitos que provocan grandes pérdidas económicas para los afectados y grandes beneficios económicos para el que comete el delito. Señalar también que, en su mayoría, sólo pueden ser cometidos por personas con unos determinados conocimientos técnicos, con especiales habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y en muchos casos trabajan en lugares en los que se maneja información. La única forma de diferenciar a los distintos delincuentes es a partir del acto que han cometido<sup>3</sup>.

Respecto al perfil criminológico del delincuente informático, las personas que cometen este tipo de delitos suelen ser, en el mayor número de los casos, verdaderos expertos en informática que entran sin ningún tipo de permiso a redes y ordenadores ajenos.

Así, los Hackers, que podrían ser los nuevos piratas, son personas expertas en varias o alguna rama técnica relacionada con la informática: programación, redes de computadoras, sistemas operativos, hardware de red/voz, etc. Se suele llamar hackeo y hackear a las obras propias de un hacker<sup>4</sup>.

Por otro lado, los crackers, son personas que violan la seguridad de un sistema informático de forma similar a como lo haría un hacker, sólo que a diferencia de este último, el cracker realiza la intrusión con fines de beneficio personal o para hacer daño<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre el particular, cfr. GUSTAVO FERNÁNDEZ, Javier. Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet.

<sup>4</sup> Fuente: [http://es.wikipedia.org/wiki/Dark\\_heats](http://es.wikipedia.org/wiki/Dark_heats).

<sup>5</sup> Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Cracker>.

Algunos casos reales como: Vladimir Harkonen es un joven español que se especializó en diferentes disciplinas como lurker<sup>6</sup>, phreaker<sup>7</sup>, hacker y cracker.

Se le atribuyen ataques a diferentes empresas de entre las que destaca Sony. Fue juzgado por la Audiencia Provincial de Madrid y sentenciado a cuatro años de prisión como culpable de asalto, copia, sustracción y libre distribución de documentación e imágenes consideradas de seguridad nacional.

El principal objetivo de estos sujetos es extenderse a lo largo del mundo, poniendo siempre por delante la calidad, no la cantidad. Están sujetos a determinados sistemas de valores y conductas que llegan a constituir una verdadera cultura. Tienen incluso sus propias reglas de conducta y reglas de status. No aparecen como grupos antisociales, sino disociales, esto es, realizan conductas transgresoras de las normas sociales, de carácter negativo y destructivas. Estas personas adoptan un vocabulario propio y característico, incluyendo numerosos términos técnicos. Tienden al uso de reglas gramaticales particulares. En algunas ocasiones llegan a crear un vocabulario propio con la única intención de no dejar ver lo que dicen y de diferenciarse del resto, logrando obtener de este modo cierto poder.

De este modo, utilizan palabras o frases que literalmente significan una cosa y quieren decir otra, para lograr confundir al que las recibe, de forma que esa persona ejecute un programa cuando en realidad ejecutará lo que el hacker desea.

En cuanto a su nombre, nunca utilizan los verdaderos, sino que se esconden tras pseudónimos. Estas personas aborrecen ser comparados con los nerds<sup>8</sup>.

Generalmente tienen un alto coeficiente intelectual, y se sienten estimulados con las novedades de tipo intelectual. Son anticonformistas e individualistas. Muestran interés por cualquier cosa que les permita aprender, esto es, desarrollar su capacidad intelectual.

---

<sup>6</sup> Nombre dado a los participantes de comunidades virtuales que tiene una actividad solamente receptiva, sin contribuir activamente aportando ficheros, escribiendo en grupos de discusión...(fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Lurker>).

<sup>7</sup> Persona que investiga los sistemas telefónicos, mediante el uso de tecnología por el placer de manipular un sistema tecnológicamente complejo y en ocasiones también para poder obtener algún tipo de beneficio como llamadas gratuitas (fuente: <http://es.wipidepia.org/wiki/Phreker>).

<sup>8</sup> Personas que persiguen actividades intelectuales. Son solitarios y excluidos del resto. Normalmente se asocian con personas de su mismo estilo de vida.

Destacar que en muchas ocasiones pueden llegar a experimentar adicción. Así, cuando estas personas se sientan frente a un ordenador suelen experimentar una pérdida de la noción del tiempo acompañado de un olvido de alimentarse. Y suelen renunciar a actividades de tipo social y/o laboral y si no pueden estar delante del ordenador pueden tener incluso síndrome de abstinencia.

El Código Penal contempla como delitos informáticos los siguientes actos:<sup>9</sup>

1.- Ataques contra el derecho a la intimidad, referido al delito de revelación y descubrimiento de secretos a través de la difusión y la incautación de datos registrados en soportes informáticos. Su regulación se encuentra en los artículos 197 a 201 del Código Penal.

2.- Infracciones a la propiedad intelectual, tratándose de la copia y la distribución de forma no autorizada de programas de ordenador, así como de tenencia de medios para eliminar los dispositivos utilizados para proteger esos programas. Regulado en el artículo 270 del Código Penal.

3.- Sabotajes informáticos, se trata de daños que se realizan mediante la destrucción o la alteración de datos, documentos o programas que estén contenidos en redes o sistemas informáticos. Regulación contenida en los artículos 263 y siguientes del Código Penal.

4.- Falsedades, comenzando por la definición de documento se puede decir que se trata de un soporte material que incorpora o expresa datos. Se trata en concreto de falsificación de tarjetas de crédito y la fabricación o tenencia de programas que permitan cometer delitos de falsedad. Se regula en los artículos 386 y siguientes del Código Penal.

5.- Fraudes o estafas informáticas, son delitos de estafa cometidos a través de programas o datos para la obtención de un lucro que no es lícito. Regulados en los artículos 248 y siguientes del Código Penal.

6.- Amenazas, consisten en el anuncio de un mal futuro ilícito mediante cualquier medio de comunicación. Su finalidad es causar miedo o inquietud en la persona amenazada. Se regula en los artículos 169 y siguientes del Código Penal.

---

<sup>9</sup> En este sentido, véase ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos Informáticos y Delitos Comunes cometidos a través de la informática. Tirant lo Blanch, 2001.

7.- Calumnias e injurias, la calumnia es aquella imputación falsa a una persona de la comisión de un hecho que la ley califique como delito, a sabiendas de que éste no existe o de que el imputado no es el que lo cometió”. Una injuria es un delito producido contra la buena fama o el honor de la persona. Así, serán delitos cuando se propaguen por cualquier medio que se asemeje a la imprenta o la radio. Regulados en los artículos 205 y siguientes del Código Penal.

8.- Pornografía infantil, es uno de los delitos relativos a la prostitución, utilizando a menores o personas incapaces con fines pornográficos o exhibicionistas. Se regula en los artículos 187 y 189 del Código Penal.

Por último, hacer referencia a las entidades existentes encargadas de combatir los delitos informáticos tales como la Guardia Civil y la Policía Judicial.

Respecto a la Guardia Civil, existe un organismo especializado en la investigación que se realizan contando con las nuevas tecnologías o de internet, es el llamado Grupo de Delitos Telemáticos. Este grupo se encuentra dentro de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil y sus principales funciones son la identificación y detección de los delitos informáticos en la red así como la realización de investigaciones que tengan que ver con el ámbito de la delincuencia informática.

En relación a la Policía Judicial, cuenta con la BIT<sup>10</sup>. Esta Brigada se encuentra dentro de la Unidad de Delincuencia Especializada y Violenta, y está destinada a la Investigación de las nuevas formas de delincuencia.

La Brigada de Investigación tecnológica está compuesta por siete grupos de operativos especializados. Estos grupos son:

1.- Dos grupos de protección al menor que se encargan de perseguir los delitos que están relacionados con la pornografía infantil.

2.- Dos grupos de fraudes en internet. Uno de ellos está especializado en subastas y ventas fraudulentas por internet, y el otro en phishing<sup>11</sup>.

3.- Un grupo de seguridad lógica que se dedica a la investigación del robo de datos, el hacking y las intrusiones.

---

<sup>10</sup> Brigada de Investigación Tecnológica.

<sup>11</sup> Tipo de delito de estafa que se comete mediante el uso de un tipo de ingeniería social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta. Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Carding>).

4.- Un grupo de fraude en el uso de las telecomunicaciones, que se centra en investigar las amenazas, calumnias o injurias que se realizan a través de internet.

5.- Un grupo de propiedad intelectual que se dedica a la investigación de los delitos de piratería.

Aparte de esta Brigada de Investigación tecnológica, el Cuerpo Nacional de Policía cuenta también con el apoyo de los Grupos especializados en delincuencia tecnológica, los cuales están incluidos en Jefaturas Superiores.

### **III. LA PORNOGRAFÍA INFANTIL**

Una definición de pornografía infantil es “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”<sup>12</sup>.

La pornografía infantil puede desempeñar un papel diferente en el inicio de los delitos sexuales en internet al papel que desempeñan los delitos sexuales no en línea.

La posesión de pornografía infantil, que solía ser visto como un crimen de baja incidencia, cometido casi exclusivamente por aquellos que tienen un interés sexual persistente en niños, han sido comprometidos en un problema de delincuencia más general, con una variedad cada vez mayor en cuanto a los delincuentes que pueden acceder y distribuir fácilmente y de forma privada, imágenes desde equipos domésticos.

Las principales causas de motivación para los poseedores de pornografía infantil, se dice que son, según recientes investigaciones, para alimentar la fantasía sexual, mejorar la masturbación, seducir a las víctimas o incluso a la pareja, y en ocasiones se accede simplemente por simple curiosidad o por su valor de impacto.

La producción de la pornografía infantil es también un aspecto importante dentro del campo de los delitos sexuales por internet. Uno de cada cinco pedófilos en línea toma fotografías de carácter sexual insinuante o explícito de las víctimas o convencen a las víctimas de tomar tales fotografías ellos mismos o a más amigos<sup>13</sup>.

Los usuarios solicitan a menores de edad que envíen sus fotografías de contenido sexual ilícito; una vez los menores responden a esta solicitud los solicitantes pueden

---

<sup>12</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Fecha de publicación 25.05.2000.

<sup>13</sup> LOUISE I. GERDES, Cyber crime, Estados Unidos San Mateo California, Greenhaven Press, 2008.

hacer uso del contenido y hacerlo circular por internet sin que esa circulación sea limitada. Esto es algo de lo que algunos menores no tienen la madurez o conocimiento necesario para entender.

Internet también puede ser particularmente atractivo para los delincuentes con tendencias exhibicionistas, quienes pueden hacer uso de cámaras web para transmitir imágenes de ellos mismos en línea.

Internet supone una vía privilegiada para la distribución de la pornografía infantil. El consumidor de este tipo de imágenes ya no tiene que acudir a ambientes marginales para conseguir, algunas fotos de menores determinados, con riesgo cierto de ser descubierto. El acceso a la red le permite, desde su casa, su lugar de trabajo o incluso desde ordenadores instalados en establecimientos públicos asomarse, con muy escaso esfuerzo, a la producción mundial de este tipo de material. Incluso, si es constante y no cesa en su busca, podrá localizar espacios (webs, chats, foros), donde otros sujetos, con su mismo objetivo, estarán dispuestos a intercambiar con él toda la producción que haya encontrado, sin contraprestación económica alguna. En definitiva, los conceptos “traficante” y “consumidor” se difuminan y entremezclan, de tal manera que los consumidores pasan a ser los principales difusores de pornografía en la red. Redes sociales como Twitter y Facebook no fueron creadas para exhibir pornografía, sin embargo, muchos las aprovechan para promocionar todo tipo de actividades sexuales, incluso captar la atención de menores e inducirlos a la pornografía infantil.

En la actualidad se constata una 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 en difusores de dicho material. Por consiguiente, puede trazarse una línea evolutiva que desplaza la elaboración y producción de la pornografía infantil de parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados *amateurs* y domésticos. A esta evolución ha contribuido también el denominado “turismo sexual”, pues se ha constatado en los últimos tiempos que una buena parte de la elaboración de material pornográfico infantil tiene su origen en filmaciones *amateurs* llevadas a cabo por turistas que entablan relaciones con menores, principalmente en países del continente asiático.

En efecto, esta evolución no hubiera sido posible sin la masificación y el abaratamiento de los aparatos de vídeo doméstico. Todo ello se ha agudizado con la irrupción de Internet como nueva autopista de la información. Puede indicarse, pues, que la tecnología informática ha acabado por consolidar las pautas y patrones de la producción y el tráfico de pornografía infantil. Cualquier usuario de la Red tiene acceso a los servicios en línea en una autopista de información a la que se encuentran conectados más de 30 millones de personas. En este contexto, cualquier usuario puede erigirse en productor, difusor o receptor de material pornográfico infantil.

Las técnicas de producción e introducción de tal material en la Red se han multiplicado (escaneado de fotos, introducción en la Red de videoclips, correos electrónicos provistos de imágenes o vídeos). Y estas nuevas formas de difusión y tráfico de pornografía infantil pueden ser llevadas a cabo desde el anonimato que proporciona internet. El usuario puede revestirse de identidades ficticias o no identificables y difundir contenidos ilícitos a un determinado país, haciendo que la información transite por el “ciberespacio” intermedio de otros países, lo que dificulta de forma extrema la identificación de la fuente o el origen del material pornográfico infantil. Sin embargo, las técnicas para enmascarar la fuente pueden ser aún más sofisticadas, pues al alcance del usuario mínimamente avezado se halla la utilización de los “anonymous remailers”, que permiten el envío de correos electrónicos sin remitente; los “remailers” suponen el uso de servidores de correo electrónico intermedios entre el remitente y el destinatario final, de modo que el remitente envía un mensaje a un servidor que, a la vez, lo reenvía al destinatario final sin que aparezcan los datos del remitente.

El empleo de los denominados “computer bulletin boards” (tablones de anuncios de ordenador) también pueden constituir otro mecanismo de intercambio de información entre pedófilos por el hecho que permiten mantener conversaciones; debe subrayarse además que, en la mayoría de los países, no se requiere licencia ni registro para introducir dichos tablones de anuncios.

Las posibilidades que ofrece internet se proyectan también en la posibilidad de mantener comunicaciones en línea, con incorporación de imágenes, a través de las denominadas sesiones interactivas de chat, mediante las cuales los menores pueden quedar involucrados en un contexto sexual con adultos.

Frente a tales peligros las normas de autorregulación de usuarios y operadores de la Red aconsejan acrecentar medidas de autoprotección para los usuarios menores, por medio de técnicas de bloqueo de acceso infantil a materiales que incorporan contenidos nocivos. Sin embargo, las medidas de bloqueo que pueden incorporarse a los programas de software pueden quedar vulneradas por los menores con conocimientos informáticos. Por último, la evolución de la informática permite la alteración de imágenes por ordenador, de modo que se puede enmascarar la imagen de adultos que participan en actos pornográficos o de contenido sexual para que parezcan menores de edad, induciendo a error a los menores, se trata de la denominada pornografía técnica. Este tipo de pornografía presenta una menor lesividad en la medida que no utiliza menores reales en la elaboración del material. Conceptualmente diversa en la pseudopornografía de menores, consistente en la alteración de imágenes por medio de la colocación de la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o bien en el añadido de objetos a una imagen; en tales casos, siempre que se incorporen, aunque sea parcialmente, imágenes de menores reales, la lesividad de la conducta es mayor y probablemente debe ser objeto de sanción penal.

La producción de pornografía infantil generada por ordenador ha suscitado un hondo debate jurídico. Desde amplios sectores jurídicos se ha demandado que este tipo de pornografía no sea objeto de medidas incriminadoras, por cuanto en tales supuestos no se verifica una utilización real de menores, de modo que la prohibición del referido material supondría una injustificada y desproporcionada limitación a la libertad de expresión.

El delito de utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico se encuentra regulado en el artículo 189 del Código Penal, dentro del Capítulo V “De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores” del Libro VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. El artículo 189.1 a) del Código Penal prevé dos modalidades típicas diversas. Castiga con pena de prisión de uno a cinco años,

“a) el que capture o utilicare a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas”.

La primera criminaliza la utilización de menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados. La

segunda modalidad típica se refiere a la utilización de menores o incapaces para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico. En esta segunda alternativa típica pueden quedar subsumidas conductas tales como la utilización de menores o incapaces para la realización de reportajes fotográficos, filmaciones de vídeo u otro tipo de cintas pornográficas y cualquier otro tipo de material tanto en soporte magnético, digital o de papel.

El concepto de exhibicionismo reclama actos obscenos, que incorporen conductas de contenido lúbrico, como por ejemplo la exhibición de genitales o bien de prácticas masturbatorias. La acotación del concepto de pornografía, al objeto de determinar los fines o espectáculos, así como el material a los que alude el precepto, reclama una mayor argumentación. En determinados casos, podrá acudir a la legislación extrapenal, pero lo determinante es que el conjunto de la obra o espectáculo esté dominado por un contenido y contexto groseramente lúdico o libidinoso, en el que se persigue la excitación o bien la satisfacción de instintos sexuales, y se verifica la carencia o cuasi inexistencia de valores artísticos, literarios, científicos o pedagógicos.

El tenor legal del artículo 189.1 a) nada indica respecto del grado de implicación del menor en espectáculo exhibicionista o pornográfico para el que es utilizado. Debe entenderse que la ratio del precepto no limita el ámbito de incriminación a los supuestos en que el menor es parte activa de conductas o escenas de tipo obsceno. En este sentido, el precepto abarca también conductas en las que el menor se limita a presenciar la conducta obscena protagonizada por mayores de edad, por cuanto, en tales casos, el menor queda involucrado en un contexto atentatorio a su indemnidad sexual.

La alternativa típica que alude a la elaboración de cualquier clase de material pornográfico en el que se “utilizan” menores no alcanza a incriminar la denominada “pornografía técnica”, protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios o procedimientos (“retoque” de fotografías o filmaciones consistentes en eliminación de vello pubiano o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes, etc.)<sup>14</sup>. Esta conclusión no parece objetable por cuanto en el tipo proyecta la tutela penal sobre la idea de “utilización del menor” y no sobre la estricta actividad de creación de una material calificable objetivamente como de “pornografía relativa o alusiva a menores”. Asimismo, quedan también fuera del tipo los

---

<sup>14</sup> Sobre el particular, cfr. M.A. BOLDOVA PASAMAR, Comentarios artículo 189 CP, pp. 20,22 y 71.

supuestos en los que las imágenes manipuladas sean las de una persona mayor de edad. En tal caso, cabe tan solo la posibilidad de acudir a los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, concretamente al artículo 197.2 en relación con el apartado 3 del mismo artículo, siempre y cuando se den las circunstancias descritas, esto es, la imagen obtenida y posteriormente manipulada proceda de una base de datos reservadas, protegidas por el derecho a la intimidad, como puede ser un ordenador privado.<sup>15</sup>

Por el contrario, la técnica de tipificación empleada permite aprehender en la órbita del tipo los supuestos de “pseudopornografía”, entendiendo por tal aquella en la que se insertan fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas (animadas o no), en las que no intervienen, en tales casos se verifica objetivamente una utilización del menor para los fines previstos en el artículo 189.1 a). Es decir, que pone en evidencia cómo el objeto jurídico de tutela de este precepto no puede ser la libertad o la indemnidad del menor en la esfera sexual, de manera que la modificación del Código Penal en la rúbrica del Título VIII del Código Penal, en la que se ha añadido la referencia a la indemnidad sexual, no ha venido a ofrecer una referencia omnicompreensiva de los bienes jurídicos tutelados en este contexto del Código Penal.

La segunda modalidad típica de este precepto, contenida en el apartado b) castiga al que produjere, vendiere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.” Así, incrimina cualquier modalidad de tráfico o favorecimiento del tráfico de pornografía infantil. La ley penal ha optado por aludir a conductas de venta, distribución, exhibición, como también a actos de facilitación de las mismas. Y debe subrayarse que el tipo penal no queda recortado por la exigencia de ánimo de lucro en la conducta del autor, pues este elemento subjetivo de lo injusto es ajeno al tipo, lo que parece un acierto desde el punto de vista político-criminal, dado que múltiples conductas de introducción de material pornográfico en internet (sobre todo protagonizado por pedófilos) no vienen informadas por un ánimo o intencionalidad de tales características, Las nuevas tecnologías han favorecido la producción y el tráfico de carácter *amateur* o doméstico, de carácter gratuito, a lo que ha contribuido la aparición del vídeo doméstico y la telemática de

---

<sup>15</sup> En este sentido, véase DÍAZ MAROTO, Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, La Ley, 1996, nº 4069, p.2.

masas, que suponen las nuevas autopistas de la información (en especial internet), ámbito cada vez más frecuente de intercambio de pornografía infantil o de verificación de chats en los que se implica a menores.

En la medida que el tipo del artículo 189.1 a) se refiere al tráfico “por cualquier medio”, el delito puede proyectarse a supuestos tanto de difusión gráfica, fotográfica, analógica, digital como de cualquier otra especie.

El precepto pretende atender a la dimensión internacional del fenómeno incriminado, de ahí que, a los efectos de aplicación del delito, sea indiferente que el material tenga su origen en el extranjero o sea desconocido.

En el apartado segundo del artículo 189.1 b) del Código Penal, se ha optado por incriminar la posesión de pornografía infantil para tráfico (venta, distribución, exhibición...). Se ha descartado así la opción más “inquisitiva”, cifrada en la represión genérica de la mera posesión, según el modelo que ofrecen algunos países de la Unión Europea. Por consiguiente, la mera y estricta posesión no puede quedar incriminada como conducta consistente en “facilitar” el tráfico, lo que significa que en todo caso deberá quedar probada una preordenación al tráfico en las conductas de posesión a incriminar ex artículo 189.1 b) apartado segundo. La cuestión sugiere múltiples interrogantes, por cuanto no se podrá operar con pautas como las fijadas por la jurisprudencia para el tráfico de drogas. En efecto, en este ámbito no es hacedero fijar convenciones interpretativas sobre posesión para el propio consumo, y conceptualmente son inaplicables criterios estándar tales como “patrones de consumo diario” o “patrones de acopio o abastecimiento para el propio consumo”. Salvo que existan múltiples copias de un mismo material, el juicio de inferencias se torna muy dificultoso (ej. El coleccionismo es propio del simple consumo). Por otro lado, la incriminación de la posesión para el tráfico suscita inseguridad jurídica, a la vista de las posibilidades ilimitadas de reproducción o difusión que se pueden alcanzar con una sola copia del material.

Debe subrayarse los peligros de esta suerte de “neointegrismo punitivo”, suscitado en buena medida por la angustia e incertidumbre que generan la imparable evolución de las nuevas autopistas de la información y en especial internet. Pero las opciones irracionalmente incriminatorias deben ser descartadas; en esta dirección apuntan las propuestas de intervención del Derecho Penal, cifradas en operar sobre la demanda de material pornográfico infantil como medio para poner coto a la oferta, lo que implica la

criminalización de la mera tenencia o la mera asistencia a espectáculos de tal tenor. También parecen rechazables (por ausencia de ofensividad o lesividad) las propuestas de incriminación de conductas pornográficas en las que aparecen mayores de edad, aparentando ser menores de edad. Estas conductas son atípicas a los efectos del artículo 189.1 del Código Penal, pero en otros países, como es el caso de Alemania o Francia, se han introducido reformas tendentes a castigar la denominada “pornografía técnica”. Por esta vía el Derecho Penal pasa a tutelar intereses relativos a la difusa moral colectiva, pues en el fondo se reprimen conductas que difícilmente alcanzan el grado de incitación directa a la desviación sexual o pedófila.

Finalmente debe tenerse presente la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 30/03/2015), que modifica algunos apartados de los artículos relativos a la pornografía infantil. Tal y como relata la exposición de motivos de la referida ley, buena parte de estas modificaciones llevadas a cabo están justificadas por la necesidad de atender compromisos internacionales. Así, la reforma se ocupa de la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados Miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Las novedades que introduce la reforma respecto al delito de pornografía infantil son la inclusión de una definición legal que abarca: a) el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual; b) las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida. Y se castigan: a) actos de producción y difusión; b) asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección; c) el mero uso o la adquisición de pornografía infantil; d) se sancionará a quien acceda a sabiendas de este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la

información y la comunicación. Se faculta a Jueces y Tribunales para ordenar la adopción de las medidas necesarias para retirar de internet las páginas web que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a esas páginas; e) se sancionará a quién contacte por medios tecnológicos con un menor de 15 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas (nuevo apartado art. 183 ter).

#### **IV. CONCLUSIONES**

La “Era de la Información” nos enfrenta a nuevos retos, el intercambio de distinta información y el anonimato que otorga la red a sus usuarios ha traspasado las fronteras y actualmente han llegado a difundirse archivos con imágenes de niños y adolescentes en actividades sexuales. No podemos negar la importancia de tener información rápida de todas partes del mundo, sin embargo un simple “click” puede significar un enlace a diversa “información basura” que también circula por internet y, aunque sin la mínima intención, cualquier usuario puede tener acceso a la pornografía infantil.

#### **V. BIBLIOGRAFÍA**

ORTS BERENGUER, Enrique. Delitos Informáticos y Delitos Comunes cometidos a través de la informática. Tirant lo Blanch, 2001.

GUSTAVO FERNÁNDEZ, Javier. Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet. Constitutio Criminalis Carolina, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, nº 4069, 1.996.

[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) Base de datos del Consejo General del Poder Judicial. El delito de pornografía infantil.