



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO / 2019-2020**

Los delitos relacionados con el uso de pornografía infantil y las TICs

Crimes related to the use of child pornography and ICTs

**MÁSTER EN DERECHO DE LA CIBERSEGURIDAD Y
ENTORNO DIGITAL**

AUTOR: D. JAVIER DE LA IGLESIA FERNÁNDEZ

TUTORA: D^a ISABEL DURÁN SECO

ÍNDICE

RESUMEN / ABSTRACT	4
PALABRAS CLAVE / KEYWORDS.....	5
OBJETO DEL TRABAJO.....	6
METODOLOGÍA.....	8

Capítulo I

CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL.....	10
1) En el ámbito de las organizaciones internacionales.....	10
2) En el ámbito del derecho europeo.....	12
3) En el ordenamiento jurídico interno.....	18
4) En la jurisprudencia.....	22
5) Tipos de pornografía infantil.....	24
5.1) Pornografía virtual.....	25
5.2) Pornografía técnica.....	26
5.3) Pseudopornografía.....	28

Capítulo II

ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS EN EL ART. 189.5 CP EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN, POSESIÓN Y ACCESO A MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL.....	30
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

1) Conveniencia de la tipificación de las conductas recogidas en el art. 189.5 CP	
1.1) Argumentos a favor.....	32
1.2) Argumentos en contra.....	34
1.3.) Toma de postura personal.....	37
2) El bien jurídico protegido.....	39
2.1) La libertad sexual.....	39
2.2) La indemnidad sexual.....	40
2.3) La intimidad.....	41
2.4) En las conductas del art. 189. 5 CP.....	41
3) Conductas típicas.....	43
3.1) Adquisición y posesión.....	44
3.2) Acceso a material pornográfico infantil a través de servicios de la sociedad de la información.....	48
4) Sujetos de delito.....	51
4.1) Sujeto activo.....	51
4.2.) Sujeto pasivo.....	52
5) Tipo subjetivo.....	53
6) Penología.....	56

Capítulo III

LAS MEDIDAS REGULADAS EN EL ART. 189.8 CP: LA RETIRADA DE PÁGINAS WEB Y BLOQUEO DE ACCESO A USUARIOS DE LAS MISMAS.....	57
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Capítulo IV

MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN ELECTRÓNICA EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	64
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

CONCLUSIONES.....	69
--------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	75
--------------------------	-----------

ABREVIATURAS.....	80
--------------------------	-----------

RESUMEN

Se centra el trabajo en realizar un análisis de las conductas típicas contempladas en el art. 189.5 CP relativas a la adquisición y posesión de pornografía infantil, y la conducta consistente en el acceso, a través de las TICs, a dicho material.

Previamente, se estudia el concepto de pornografía infantil, haciendo un repaso del *iter* que ha seguido hasta su actual concepción, siendo referenciados tanto los instrumentos normativos internacionales, como los más recientes a nivel de derecho de la UE.

El propio estudio del concepto nos lleva igualmente a realizar una distinción de los distintos tipos de pornografía infantil que hoy en día se entienden comprendidos en el concepto, además de la “tradicional”, cuales son la pornografía virtual, técnica, y pseudopornografía.

En lo relativo a las propias conductas objeto de estudio, son tratados los problemas acerca de la delimitación del bien jurídico protegido, los sujetos, el tipo subjetivo y la penología, haciéndonos eco del intenso debate doctrinal acerca de la conveniencia de la tipificación de estas conductas, analizando los distintos argumentos a favor y en contra de dicha tipificación, ofreciendo nuestra posición sobre el particular.

Finalmente, son objeto de estudio las medidas contenidas en el art. 189.8 CP, consistentes en la retirada de páginas web y bloqueo de acceso de usuarios a las mismas cuando albergan material pornográfico infantil; y de los medios de investigación tecnológica que son de uso habitual en la investigación de estas conductas ya que de manera mayoritaria se desarrollan a través de las TICs.

ABSTRACT

The work is focused on carrying out an analysis of the typical behaviors contemplated in art. 189.5 CP related to the acquisition and possession of child pornography, and the conduct consisting of access, through ICT, to said material.

Previously, the concept of child pornography is studied, making a review of the iter that has followed until its current conception, being referenced both the international normative instruments, as well as the most recent at the level of EU law.

The study of the concept itself also leads us to make a distinction between the different types of child pornography that today are understood to be included in the concept, in addition to the "traditional", which are virtual, technical, and pseudopornography.

Regarding the behaviors under study, the problems regarding the delimitation of the protected legal asset, the subjects, the subjective type and the penology are treated, echoing the intense doctrinal debate about the convenience of the classification of these behaviors , analyzing the different arguments for and against said classification, offering our personal position on the matter.

Finally, the measures contained in art. 189.8 CP, consisting of the removal of web pages and blocking of user access to them when they host child pornographic material; and of the means of technological research that are commonly used in the investigation of these behaviors since most of them are carried out through ICT.

PALABRAS CLAVE

Delitos sexuales, política criminal, pornografía infantil, material pornográfico, pornografía virtual, pseudopornografía, pornografía técnica, acceso, posesión, adquisición, retirada, bloqueo acceso, investigación tecnológica.

KEYWORDS

Sex crimes, criminal policy, child pornography, pornographic material, virtual pornography, pseudopornography, technical pornography, access, possession, acquisition, withdrawal, access blocking, technological investigation.

OBJETO DEL TRABAJO

Como cualquier estudio jurídico el trabajo aspira a dar primeramente un conocimiento del tipo penal objeto de análisis, y seguidamente una interpretación de las conductas recogidas en el mismo, desde la óptica de la doctrina científica, de las normas del ordenamiento jurídico que han inspirado la redacción del precepto en cuestión, y de la Jurisprudencia que ha podido interpretar la norma para su aplicación.

Con dicho objeto en el horizonte, se desarrollan en el trabajo en el orden necesario el estudio de conceptos cuya definición es previa y necesaria para el análisis posterior de las conductas del art. 189.5 CP, así para lograr el objetivo del trabajo hace necesario una previa delimitación del concepto de pornografía infantil puesto que de ello dependerá la determinación de qué materiales y conductas puedan resultar típicas penalmente.

En este estadio inicial se hacía preciso hacer un análisis histórico a través de los distintos instrumentos jurídicos existentes, de qué se ha ido entendiendo por pornografía infantil a lo largo del tiempo, y concretamente cómo esos instrumentos han moldeado las distintas reformas que se han ido sucediendo en nuestro Código Penal hasta llegar a la LO 1/2015 que, novedosamente, introdujo en nuestro CP una definición de pornografía infantil en su art. 189.1. párrafo 2º.

El objeto perseguido hace que, una vez definidos los contornos sobre qué se puede entender por pornografía infantil, se haga un análisis de qué tipo de materiales quedan dentro de la definición, y cuáles, por el contrario, resultarían atípicos. En este aspecto era interesante hacer una descripción de lo que englobarían los conceptos de pornografía virtual, técnica, y la pseudopornografía, y, lo que es más interesante, recoger las diversas críticas que, sobre todo dentro de la doctrina científica, se hacen a la hora de incardinar esos tipos dentro de lo que pueden considerarse conductas típicas.

Dentro del debate doctrinal existente quizás el más interesante es el analizado en relación con la conveniencia o no de tipificar las conductas recogidas en el art. 189.5 CP, recogiendo en el trabajo las distintas opiniones al respecto, a favor y en contra, incluyéndose una toma de opinión personal al respecto. Es un debate vivo, abierto y actual, siendo mayoritario el sector que aboga por la supresión de estas conductas del Código Penal, al entender que no tiene justificación su tipificación, que obedecería más a una cuestión de moralidad, que de una verdadera protección de un bien jurídico.

Con ello enlaza otro parte del trabajo en el que se analiza qué bienes jurídicos puede entenderse que protege la tipificación de las conductas referidas, en lo relativo a la adquisición, posesión, y acceso a material pornográfico infantil.

El análisis de los sujetos, tanto pasivo como activo, del delito, así como la penología ofrecen menos atractivo, al no contar con ninguna dificultad en su determinación.

También ha sido objeto de estudio las previsiones del art. 189.8 CP, en relación con las medidas que se establecen de retirada de páginas web que alberguen material pornográfico infantil, o en su defecto, el bloqueo de acceso de usuarios a dicho material.

En este apartado de trabajo se estudian dichas medidas analizando las dificultades ante las que se encuentran las autoridades judiciales para su implantación y ejecución de manera eficaz, derivadas fundamentalmente de las dificultades que supone la existencia de servidores que alojan esos contenidos fuera del territorio nacional en el que la orden de retirada pudiera hacerse efectiva. Por ello, derivado de lo anterior, en esos casos se faculta a los jueces y tribunales a bloquear el acceso de dichos contenidos a los usuarios que se encuentren dentro de su jurisdicción territorial nacional, para lo que es imprescindible contar con la colaboración, tanto de los proveedores de conexión, como de los proveedores del servicio de alojamiento donde se encuentran dichos materiales.

La última parte del trabajo se dedica a realizar un análisis, breve, pues excede algo de lo que es el núcleo de estudio, sobre las medidas de investigación tecnológica conectadas con la investigación y persecución de las conductas recogidas en el art. 189.5 CP, contenidas en la LECrim.

Con todo ello creo haber cumplido el objetivo de proporcionar al lector un bosquejo completo de las conductas estudiadas, recogidas en el art. 189.5 CP, con toda la polémica que rodea su propia concepción como conductas típicas, aportando los distintos puntos de vista de dicha polémica. Igualmente se cumple con la finalidad de conocer los mecanismos incorporados en el art. 189.8 CP implementados para la lucha de la difusión del material pornográfico infantil por las TICs, y finalmente el breve análisis de los instrumentos incluidos en la LECrim que principalmente tienen relación con la persecución de las conductas objeto de estudio del trabajo.

METODOLOGÍA DE TRABAJO

Lograr los objetivos que se pretenden alcanzar en este trabajo hacen imprescindible definir y seguir un método de investigación adecuado, a la luz de los objetivos que se pretenden conseguir de índole jurídico-penal.

La investigación jurídica puede definirse como la actividad intelectual que pretende descubrir y mostrar soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que pueden plantearse en las sociedades con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a los cambios sociales que a través de los tiempos se han ido produciendo.

Entre los diversos medios de investigación jurídica será el método histórico-jurídico el utilizado en el presente estudio al comprender al pretenderse un análisis y seguimiento histórico de una institución jurídica en concreto.

La investigación jurídica citada ha sido desarrollada en varias fases:

1) Elección y delimitación del tema objeto de estudio teniendo en cuenta el área de conocimiento de la tutora del trabajo. Tras diversas propuestas sobre la posibilidad de estudio de distintos tipos penales, se elige el que ha sido objeto del trabajo al entenderse adecuado por su interés jurídico.

2) Recopilación de información y documentación. Tras las indicaciones de la tutora consistentes en la lectura inicial de los artículos del Código Penal objeto del estudio se procede a la búsqueda y recopilación de información para obtener así una comprensión adecuada sobre el tema escogido y poder comenzar a elaborar el trabajo.

Se han empleado las siguientes fuentes para tomar conocimiento del tema a tratar: manuales de Derecho Penal, revistas jurídicas y monografías académicas, jurisprudencia penal nacional, materiales online y, por supuesto, el análisis directo de los textos legales vinculados al presente trabajo, fundamentalmente, del Código Penal español del año 1995 y las diferentes reformas que modifican el mismo: LO 11/1999 de 30 de abril, LO 15/2003 de 25 de noviembre, LO 5/2010 de 22 de junio y LO 1/2015 de 30 de marzo.

3) Análisis e interpretación crítica de la información obtenida. Una vez realizada la lectura de los materiales y obtenidas las ideas necesarias para el conocimiento y comprensión del tema se lleva a cabo el análisis, entendimiento y crítica de las mismas, lo que empieza a formar una opinión propia sobre el objeto del trabajo.

4) Síntesis redacción y corrección del trabajo. El trabajo supone una síntesis de toda la información obtenida, aportando valoraciones y críticas propias así como las posturas y opiniones de diversos autores y de la jurisprudencia penal sobre el tema objeto de estudio.

Ha sido el hilo conductor del estudio la relación entre las modificaciones sufridas en la descripción de las conductas típicas estudiadas, y las nuevas tecnologías de la información y comunicación que han supuesto una transformación espectacular a la hora de realizar dicha tipificación. La relación del trabajo se ha realizado por capítulos, apartados y subapartados por lo que cada vez que algún capítulo o apartado se redactaba se le entregaba a la tutora para su corrección. Una vez finalizada la redacción final del trabajo, incluidas las conclusiones obtenidas, se entrega a la tutora para la corrección final.

Capítulo I

EL CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

El estudio que se aborda en el trabajo sobre las conductas típicas reguladas en el art. 198.5 del Código Penal, en lo relativo a la adquisición, posesión y acceso a material pornográfico infantil, hace imprescindible una previa acotación del término pornografía infantil.

Como veremos no ha sido un concepto estático y ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, fruto de múltiples factores, no siempre jurídicos, más al contrario, ha estado influido por aspectos de tipo cultural, moral, o éticos que han influido en la delimitación del concepto en cada momento histórico, utilizando el Derecho penal como instrumento de represión de dichas conductas, utilización no exenta de duras críticas como veremos.

Lo que haya podido ser percibido como pornográfico en un contexto dado y una época específica, no necesariamente lo será en otro periodo, lo que es muestra evidente de la subjetividad de dicho concepto.¹

Ese *iter* conceptual cambiante en el tiempo lo abordaremos a través, fundamentalmente, de los Convenios y Tratados Internacionales de los que España ha sido parte, de la legislación comunitaria, -Decisión Marco, y Directivas-, jurisprudencia, y el reflejo que todo ello ha tenido en el ordenamiento jurídico interno.

1) EN EL ÁMBITO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La preocupación internacional acerca de los peligros que acechan a la infancia, tienen un primer reflejo importante en *La Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño* de 1989² que recoge en su art. 34 un mandato a los Estados firmantes encaminado

¹ LEMINEUR RETANA, Marie-Laure, *El combate contra la pornografía infantil en internet. El caso de Costa Rica*. San José, ADC. Asesoría Creativa S.A. 2006, pp. 16-17.

² Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Publicado en: «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904 (8 págs.).

a luchar contra la explotación y abusos sexuales de los menores³; concretamente en su apartado c) hace referencia a la explotación de menores en espectáculos o materiales pornográficos. Sin embargo, debemos destacar que la Convención no incorpora una definición de que se debe de entender por “pornografía infantil”.

En este ámbito es preciso hacer mención a la *Resolución 1992/74 de la Comisión de Derechos Humanos*⁴, que introduce como anexo el “*Programa para la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía*”

Dicho programa contiene un apartado dedicado a “*Medidas jurídicas y aplicación de la ley*”, que incorpora exhortaciones programáticas a los Estados para introducir novedades legislativas que luchen contra las amenazas que ponen en peligro a la infancia, entre las que se encuentra al uso de menores en la pornografía.

La *Resolución 1992/74* tampoco incorpora una definición del concepto de pornografía infantil, limitándose a exponer los peligros que la existencia de estos materiales supone para los menores, y la necesidad de combatir eficazmente su proliferación, como medio para proteger los derechos de los niños.

Sin salir de este ámbito la *Resolución 48/156 de la Asamblea General, sobre la necesidad de adoptar medidas internacionales eficaces para prevenir la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*⁵, expresa la profunda preocupación por el aumento en todo el mundo de actividades vinculadas a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y así mismo insta

³ Artículo 34 Los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

⁴ Comisión de Derechos Humanos. Informe del 48º informe de sesiones. (27 de enero a 6 de marzo) Consejo económico y social. Documentos oficiales 1992. Suplemento nº 2. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/1992/84>.

⁵ Asamblea General. Cuadragésimo octavo período de sesiones Tema 172 del programa Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/48/634)]. Necesidad de adoptar medidas internacionales eficaces para prevenir la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. A/RES/48/156 de 7 de marzo de 1994. <https://undocs.org/es/A/RES/48/156>.

a los gobiernos a que continúen buscando soluciones y medios para aumentar la cooperación internacional a los fines de eliminar esas prácticas aberrantes, pero dado el eminentemente carácter programático del instrumento, no se desciende hasta aspectos tan específicos como introducir una definición de pornografía infantil.

Desprendiéndose de la generalidad de los instrumentos antes citados, el *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*,⁶ incide en la obligación de los Estados firmantes de incluir en sus legislaciones penales nacionales previsiones para la tipificación de las conductas consistentes en “*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 2⁷.*”

A diferencia de los anteriores el Protocolo Facultativo de 2000, si recoge en su articulado una definición del concepto de pornografía infantil, concretamente en su art. 2 letra c):

c) 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.

Es la primera vez que se intenta la delimitación del concepto de pornografía infantil, si bien algunos conceptos quedan indefinidos, como que se entiende por actividades “simuladas”, o incluso el término “niños”, no incluyendo dentro del concepto los casos en que el material fuera protagonizado por personas necesitadas de especial protección.

2) EN EL ÁMBITO DEL DERECHO EUROPEO

⁶ *Instrumento de Ratificación del 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.* Publicado en el BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002, páginas 3917 a 3921. Entró en vigor el 18-1-2002.

⁷ Ver Art. 34 c) del Tratado.

En este ámbito es obligado referirnos, en primer lugar, a la *Carta Europea de los Derechos del Niño*, de 1992⁸, donde se pone de manifiesto la necesidad de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en relación con una mayor y mejor protección de los mismos contra toda la forma de esclavitud, de violencia o explotación sexuales. Si bien, en lo que nos interesa, no recoge una definición sobre la pornografía infantil.

En el ámbito del Consejo de Europa, el constatado fenómeno del aumento de la criminalidad a través de las nuevas formas de comunicación electrónica, y en concreto del exponencial aumento de la difusión de la pornografía infantil a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), cristalizó en una norma que se considera de gran importancia en la lucha contra ese problema que se percibió y se percibe de capital importancia.

Hablamos del *Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia* de 2001,⁹ que aporta un concepto de “pornografía infantil”, concretamente en su art. 9.2:

2. *A los 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 forma sexualmente explícita;*
- b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;*
- c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.*

Según la definición, solo podrá considerarse material pornográfico una “representación visual”, por lo que se está excluyendo del concepto de material pornográfico infantil, el audio, y las representaciones gráficas.

Esta definición supone una ampliación respecto de la perspectiva de las Naciones Unidas, ya que incluye en la misma, la denominada pornografía virtual, la pseudo-

⁸ *Carta Europea de los Derechos del niño*, de 21 de septiembre de 1992. Publicado en DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

⁹ Ratificado por España mediante *Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001*. Publicado en el BOE de fecha 17 de septiembre de 2010.

pornografía, y la pornografía técnica (conceptos a los que dedicaremos otro apartado del trabajo), al introducir el término “imágenes realistas”

El precepto regula igualmente el concepto de “menor”, señalando que se entenderá por menor cualquier persona menor de 18 años, aunque dejando abierto a los Estados Parte del Convenio rebajar dicha edad hasta los 16 años.¹⁰

MORALES PRATS se muestra muy crítico con este Convenio por considerar que se trata de una suerte de cruzada incriminatoria en todo lo relativo a la pornografía infantil.¹¹

Posteriormente, la *Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*¹², surge como respuesta a ese fenómeno de difusión creciente de material pornográfico infantil¹³, sobre a todo a través de internet, revelador de que esta vertiente de la explotación de los menores estaba necesitada de una regulación más clara y firme, solicitando el Consejo de la Unión Europea, ya en ese año 2003, a los Estados medidas concretas para combatir dicho fenómeno.¹⁴

¹⁰ “3. A los efectos del anterior apartado 2, por «menor» se entenderá toda persona menor de dieciocho años. No obstante, cualquier Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de dieciséis años.”

¹¹ MORALES PRATS, F., Los ilícitos en la Red (II): *Pornografía infantil y cibercriminalidad* en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), El cibercrimen. Nuevos retos jurídicos-penales, nuevas respuestas político-criminales, Ed. Comares, Granada, 2006, pág. 280.

¹² 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. Publicado en: «DOUE» núm. 13, de 20 de enero de 2004, páginas 44 a 48.

¹³ *Artículo 3 Infracciones relacionadas con la pornografía infantil. 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.*

¹⁴ Véanse Considerandos 4 y 5: (4) *La explotación sexual de los niños y la pornografía infantil constituyen una grave violación de los derechos humanos y del derecho fundamental del niño a una educación y un desarrollo armoniosos. (5) La pornografía infantil, forma especialmente grave de explotación sexual de los niños, se está desarrollando y extendiendo por medio de las nuevas tecnologías e Internet.*

La definición de pornografía infantil contenida en dicho instrumento normativo queda inserta en su artículo primero 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 púbica de un niño,

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);”

Mencionar la ampliación del concepto, y por ende de la ratio de tipicidad, al incluir en el mismo *la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño*, conducta que no se incluía en la definición del Convenio de Budapest, que se centraba únicamente en los comportamientos *sexualmente explícitos*, pero no a la mera acción de exhibición de genitales sin ningún tipo de actuación o conducta.

Presenta esta ampliación la dificultad de interpretar cuando una exhibición de un genital de un menor es o no *lasciva*, concepto absolutamente subjetivo y que entra dentro de la propia percepción del que observa el material.

Siguiendo la línea marcada por los precedentes instrumentos normativos, aparece el *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, celebrado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007*¹⁵, tratado multilateral del Consejo de Europa mediante el cual los Estados firmantes acuerdan criminalizar ciertas formas de abuso sexual contra los niños.

En su Preámbulo manifiesta que la pornografía infantil pone en peligro bienes jurídicos de trascendental importancia como son la salud y el desarrollo de los niños.

También hace mención del peligro que supone el uso por los menores de las nuevas formas de comunicación, fundamentalmente a través de las tecnologías de la información, y de que sean esas tecnologías también las que provoquen una exponencial

¹⁵ Ratificado por España mediante *Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007*. Publicado en el BOE del 12 de noviembre de 2010.

vía de difusión de material pornográfico infantil. Su art. 20.1 recoge las conductas que entiende deberían ser tipificadas por los Estados en relación con el material pornográfico infantil, precepto al que volveremos al hablar de las conductas objeto de estudio contenidas en el art. 189.5 del CP.¹⁶

El art. 20.2 recoge una definición de “pornografía infantil”, continuista de la ya incorporada por la Decisión Marco, del siguiente tenor literal:

“A efectos del presente artículo, por «pornografía infantil» se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.”

Esta definición difiere de la anterior en que se sustituye la exhibición de “genitales”, por el término “órganos sexuales”, y se prescinde del calificativo de “lasciva”, para sustituirlo por la expresión “con fines principalmente sexuales”, que entiendo más adecuada a la hora de poder establecer que materiales quedan incluidos en la conducta típica.

Quizás por su influencia legislativa directa sobre la actual regulación contenida en el CP español, ponemos de relieve la importancia de la *Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*¹⁷ que ya en su *Considerando 3* manifiesta la preocupación del legislador europeo sobre el auge de la pornografía infantil a través de las nuevas formas de comunicación, fundamentalmente a través de internet.¹⁸

¹⁶ Artículo 20. Delitos relativos a la pornografía infantil. 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales, cuando se cometan de forma ilícita: a) La producción de pornografía infantil; b) la oferta o puesta a disposición de pornografía infantil; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil; d) la adquisición para sí o para otro de pornografía infantil; e) la posesión de pornografía infantil; f) el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

¹⁷ DIRECTIVA 2011/93/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 2011 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, publicado en el DOUE de fecha 17-12-2011.

¹⁸ Considerando 3. La pornografía infantil, que consiste en imágenes de abusos sexuales a menores, y otras formas especialmente graves de abusos sexuales y explotación sexual de la infancia está aumentando y extendiéndose con el uso de las nuevas tecnologías e Internet.

El objetivo de la Directiva era establecer *normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, la pornografía infantil y el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos. También introduce disposiciones para mejorar la prevención de estos delitos y la protección de sus víctimas* (art.1)

Concretamente en lo relativo al concepto de pornografía infantil, la Directiva introduce una aproximación al mismo, en su *Considerando* 9¹⁹, pero es su art. 2, el que recoge una definición de qué se entiende a efectos de la Directiva por pornografía infantil:

i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada,

ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales,

iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o

iv) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales;

Una definición tan omnicomprendensiva como la apuntada ya se previa en el art. 1 de la Decisión Marco 2004/68/JAI e incluso en el art. 9.2 del Convenio de Budapest, pero en lo relativo al ordenamiento interno se habían escogido fórmulas más restrictivas que la propia naturaleza de los instrumentos legislativos mencionados le permitía prever. La principal novedad que conlleva la reforma impuesta por la Directiva sería la de ampliar el concepto de material pornográfico infantil, resultando típicas la elaboración de

¹⁹ ” La *pornografía infantil* a menudo incluye imágenes que recogen los abusos sexuales a menores perpetrados por adultos. También puede incluir imágenes de menores que participan en una conducta sexualmente explícita, o de sus órganos sexuales, producidas o utilizadas con fines claramente sexuales y explotadas con o sin el conocimiento del menor. Además, el concepto de *pornografía infantil* también abarca las imágenes realistas de menores en las cuales el menor participa, o se le representa participando, en una conducta sexualmente explícita, con fines principalmente sexuales”

determinados materiales hasta ese momento atípicos, o no claramente típicos (pornografía virtual y pornografía técnica).

De esa manera la Directiva conmina a los Estados miembros a introducir esos rasgos definatorios del concepto de pornografía infantil, como base para describir las conductas relacionadas con dicho material, que entiende deben ser tipificadas penalmente en las legislaciones nacionales, en cumplimiento de esa finalidad armonizadora que define a la Directiva europea.

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.

3) EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

En lo relativo a la legislación nacional, podemos citar a modo de mera referencia para observar la evolución legislativa en lo relativo a los delitos relacionados con la pornografía infantil, las sucesivas reformas operadas en nuestro CP por: la *LO 11/1999 de 30 de abril*; la *LO 15/2003, de 25 de noviembre*; la *LO 5/2010, de 22 de junio*; y finalmente, la *LO 1/2015, de 30 de marzo*, en la que nos detendremos al ser la que por primera vez incluye normativamente en nuestro país una definición de pornografía infantil.

Lo cierto es que se ha ido produciendo una agravación sucesiva de la respuesta sancionadora y al mismo tiempo una ampliación del radio de tipicidad penal en los delitos de pornografía infantil, a través de cuatro Leyes Orgánicas citadas.

La *LO 1/2015 de 30 de marzo*²⁰ fue el instrumento normativo mediante el cual se operó la transposición de la *Directiva 2011/93/UE* (que se sustituye la *Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo*) a la legislación penal española, que obligaba a los Estados

²⁰ 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. Publicado en el BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Entró en vigor el 1-7-2015.

miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales (y de la pornografía infantil), introduciendo modificaciones sustanciales sobre los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, y aportando como novedad, el proporcionar una definición de pornografía infantil, por primera vez, en nuestro Código Penal²¹.

La introducción del concepto de pornografía infantil se plasmó en el artículo 189.1 del Código Penal, en su redacción dada por la *LO 1/2015*: “*A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:*

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.”

La noción de pornografía infantil que describe el precepto comprende tanto materiales que representen a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, como también abarca imágenes realistas de los mismos participando en conductas sexualmente explícitas, aunque éstas no reflejen la realidad sucedida.

²¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Será considerado material pornográfico el material que contenga, no solo a menores reales, sino también en el que participen personas mayores de edad que aparenten ser menores, y otros cuyo contenido sea el resultado de una manipulación, en el cual tampoco se haya utilizado un menor real.

Como se puede observar adopta el precepto la definición ya recogida por la *Directiva 2011/93/UE*, que abarca: por un lado, el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, real o simulada; y por otro, las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una acción real.

En los tipos de pornografía infantil anteriores a la reforma de 2015 no hay duda de que protegen a menores de dieciocho años. Este límite de edad se fijó en el Convenio de Budapest, aunque se permitía hacer reservas para rebajar la edad hasta los dieciséis años. En el Convenio de Lanzarote la edad se fija en menores de dieciocho años sin posibilidad de hacer reservas, al igual que en la *Directiva 2011/93/UE*.

Con la ampliación del concepto de pornografía infantil que se introduce por la *LO 1/2015*, y la introducción de los conceptos de pornografía virtual y la pornografía técnica, no será lo determinante para la punición que los intervinientes tengan menos de 18 años, sino que en estos dos supuestos lo definitivo será que las imágenes representen a personas como menores.

La redacción del art. 189 del Código Penal español amplía los sujetos objeto de protección, ya que tanto la *Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003*, como la *Directiva 2011/93/UE*, como el Convenio de Lanzarote, hablaban únicamente de “menores”, sin referencia a personas con “*discapacidad necesitadas de especial protección*”.

Me parece acertada la ampliación del sujeto pasivo del delito, pues se otra manera, quedarían atípicas aquellas conductas relativas a utilizar en materiales de pornografía a mayores de edad, pero que, por sus limitaciones o discapacidades psíquicas o físicas, se entiende no pueden prestar un consentimiento libre y fundado de participar en esas conductas. Podría ser criticable la redacción de un concepto jurídico tan indeterminado como “especial protección” puesto que exige un esfuerzo interpretador sobre la capacidad de la persona, o sobre si una persona aun teniendo una discapacidad, pudiera ser o no necesitada de especial protección.

Todo dependerá del acervo probatorio tendente a acreditar si el grado de discapacidad de la persona es tributario de una especial protección o no, pues de ello dependerá la realización de la conducta típica o no.

Tras la reforma operada por *Ley Orgánica 1/2015*, y siguiendo la *Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015*²², de 20 de junio de 2015, quedan fuera de la definición de material pornográfico las representaciones no visuales, no estando por lo tanto incluidas en la misma, el material de audio o material pornográfico escrito.

Sigue señalando que las conductas sexualmente explícitas deben abarcar al menos los siguientes actos, reales o simulados: a) relaciones sexuales, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital o oral-anal entre niños o entre un adulto y un niño, del mismo o de distintos sexos b) bestialismo c) masturbación d) abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual o e) exhibición lasciva de genitales o del área púbica de un niño.

Se debe señalar que no es relevante si la conducta representada es real o simulada y que, en todo caso, el material pornográfico escrito (novelas, relatos, etc.) no puede incluirse en el radio típico, ya que el precepto habla en todo caso de materiales visuales, excluyéndose otras formas de expresión.

Esa expresión del material debe ser necesariamente visual, y por ello debemos detenernos brevemente en que clases de materiales visuales podemos encontrar en la actualidad que responden a ese atributo visual. En este ámbito debemos hacer una referencia a la denominada pornografía virtual, la pornografía técnica, y a lo que la doctrina denomina pseudo-pornografía.

Para BAUER BRONSTRUP, sería necesaria una reformulación del concepto de pornografía recogido en el art. 189 CP, debiendo alcanzar dicho concepto solamente los materiales que reflejen efectivo abuso o que ofrezcan riesgo y daño efectivo a sus víctimas, pues si no podrían verse englobados materiales que no son realmente pornográficos.

Señala que deberían quedarse excluidos del concepto cualquier modalidad virtual o simulada, así como materiales producidos por mayores de edad, concluyendo que

²² Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015, *sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015*.

tampoco deberían ser considerados pornográficos los meros desnudos de menores que no han sufrido ningún abuso previo.²³

Personalmente, como argumento posteriormente en el apartado de la adecuación político criminal de la punición de la mera posesión o acceso, no entiendo adecuada la inclusión del material donde realmente no intervienen menores reales en acciones sexuales explícitas (pornografía virtual, técnica o pseudo-pornografía), pues en estos casos no encuentro razón para incluir estos materiales como pornográficos, ya que no existe un bien jurídico objeto de protección.

Por otro lado, aparte de la discusión doctrinal, la inclusión de esos tipos de pornografía infantil era un mandato de la *Directiva 2011/93/UE*, por lo que era de obligado cumplimiento para los Estados la punición de ese tipo de materiales como pornografía infantil.

4) EN LA JURISPRUDENCIA

En lo referente a la jurisprudencia, ante la ausencia de una definición anterior a la reforma de la LO 1/2015, ha sido fundamentalmente el Tribunal Supremo el que a través de sus sentencias hay ido dibujando los límites de lo que debe entenderse por material pornográfico infantil, aspecto capital a la hora de aplicar los tipos correspondientes a los delitos contenidos en el art. 189 CP.

El Tribunal Supremo define como pornográfica una obra cuando *"desborda los límites de lo ético, de lo erótico, y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas de ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código Civil."*²⁴

²³ BAUER BRONSTRUP, Felipe. *Los delitos de pornografía infantil*. 2018. Librería Bosch, Barcelona. 2018. p.81.

²⁴ STS (Sala 2ª) Sentencia núm. 332/2019 de 27 junio. RJ 2019\2792: "Con respecto al concepto de pornografía infantil, la STS 1058/2006, de 2 de noviembre, ya declaró que la distinción entre el concepto de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento, etc. Y con relación a la pornografía infantil, el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". Nuestra jurisprudencia en STS. 20.10.2003, consideró que la imagen de un desnudo -sea menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS

Define pornografía infantil como *“cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual”*²⁵, excluyendo del concepto de material pornográfico el mero desnudo.²⁶ Considera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la imagen de un desnudo no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse²⁷.

Sigue señalando que en la *"elaboración de cualquier clase de material pornográfico"* podemos entender tanto fotografías como videos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiendo por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos".²⁸

5) TIPOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

Las TICs han facilitado enormemente el aumento exponencial de la difusión y distribución del material pornográfico infantil provocó también la aparición de otras formas de material pornográfico más allá de las representaciones visuales tradicionales, surgiendo nuevos tipos denominados como pornografía técnica, artificial o virtual, y la pseudo-pornografía.

10.10.2000 precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil".

²⁵ STS N.º 271/2012 de 26 de marzo.

²⁶ STS N.º 376/2006, de 8 de marzo.

²⁷ STS nº 1342/2003, de 20 de octubre.

²⁸ SSTS N.º 803/2010, de 30 de septiembre y 264/2012, de 3 de abril.

Este concepto ampliado de lo que podemos entender por material pornográfico, trata de proteger la dignidad e indemnidad sexual de la infancia, que la circulación de estas modalidades pornográfica pondría en riesgo, y no de manera individualizada como ocurre en otros tipos penales que afectan a menores en sus bienes jurídicos tomados de manera individual.

Esa representación realista de un menor (aunque realmente no lo sea) se puede producir de varias formas, dando lugar a la distinta tipología de pornografía antes descrita: virtual, técnica y pseudo-pornografía.

El concepto de pornografía infantil que hasta la entrada en vigor de la *LO 1/2015* mantenía nuestro CP no incluía la pornografía virtual ni la técnica, lo que provocaba una laguna de punición de este tipo de materiales, aunque para algunos autores era más adecuado para respetar el principio de intervención mínima del Derecho Penal al no resultar directamente la indemnidad sexual de menores como bien jurídico protegido por este tipo de conductas típicas.

Según el Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013: *“cabe justificar la tipificación de la pornografía virtual y técnica en que este material también banaliza y puede contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto”*.

En la actualidad, no se nos escapa que los medios técnicos, sobre todo informáticos para recrear representaciones de individuos, están muy avanzadas, y en ocasiones, en difícil distinguir una escena protagonizada por personas reales, de las que están elaboradas informáticamente.

5.1) PORNOGRAFÍA VIRTUAL

La denominada pornografía virtual es aquella en la que la imagen del menor es una creación artificial pero realista, elaborada por ordenador u otro medio.²⁹ Es decir, por definición, este tipo de pornografía se construye a partir de la imagen de menores inexistentes.

²⁹ Circular 2/2015 de la FGE pag 7.

Algunos autores como ORTS BERENGUER³⁰ o MORILLAS FERNÁNDEZ³¹, han preferido denominarla pornografía infantil artificial refiriéndose al mismo tipo de material creado por medios normalmente informáticos creando imágenes realistas, pero donde realmente no intervienen menores.

En nuestro ordenamiento jurídico, no fue hasta la reforma operada a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con ocasión de la incorporación de alguna de las directrices del Convenio de Budapest, cuando algunos autores entendieron que se estaba intentando introducir tímidamente alguna previsión al respecto en el art. 189.7 CP a través de la tipificación del uso indirecto de menores (empleo de “*su voz o imagen alterada o modificada*”) para la confección y difusión de este tipo de material. La propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003 afirmaba que se daba así cobertura a los supuestos de la llamada pornografía virtual.

Pero el antiguo art. 189.7 CP se refería a la utilización indirecta de la voz o imagen de menores reales puestas artificialmente en un contexto sexualmente explícito, por lo que la mayor parte de la doctrina entendió que estábamos ante un tipo de pornografía infantil distinto a la virtual, denominándola pseudopornografía, a la que aludiremos más adelante.

El nuevo art. 189.1 párrafo 2º letra d) CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015 da cumplimiento al mandato de la *Directiva 2011/93/UE*³² y tipifica las conductas relativas a los materiales virtuales, dado que la misma ya imponía la tipificación de la posesión, producción y difusión de la pornografía infantil virtual.

Asumiendo literalmente la definición de la Directiva, la redacción del art. 189.1 párrafo 2º letra d) define como pornografía infantil virtual “*las imágenes realistas*

³⁰ ORTS BERENGUER, E; ROIG TORRES, M. (2009). “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”. *ReCrim*, págs. 82-139.

³¹ MORILLAS FERNANDEZ, D. L. (2005). *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*. Ed. Dykinson, págs. 69 y 70.

³² En su Art. 2 c) iv) señala que entrará dentro del concepto de pornografía infantil iv), *imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales*.

de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.”

En el mencionado informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013, ya se justificaba la expansión de la conducta típica a este tipo de material porque muy pronto será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador.

Solo habrán de considerarse “*imágenes realistas*”³³ potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquéllas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales, so pena de hacer una ampliación injustificada del concepto de pornografía infantil.

5.2) PORNOGRAFÍA TÉCNICA

La pornografía técnica, o virtual para algunos autores, es la protagonizada por mayores de edad pero que aparentan, por distintos métodos tecnológicos, ser menores, con retoques técnicos que pueden consistir en eliminación de vello púbico o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes, etc.

Se trata de supuestos en los que las personas que aparecen en el material pornográfico aparentan ser menores –bien porque son seleccionados por sus rasgos especialmente añados y convenientemente maquillados –simulación analógica o real– o retocadas sus imágenes o fotogramas digitalmente, mediante el borrado de sus signos de madurez sexual (senos, vello púbico, etc.).

El Considerando 9 de la *Directiva 2011/93/UE*, señala, refiriéndose a esta pornografía virtual o técnica, que, *el concepto de pornografía infantil también abarca las imágenes realistas de menores en las cuales el menor participa, o se le representa participando, en una conducta sexualmente explícita, con fines principalmente sexuales.*

Se entiende por pornografía técnica todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una

³³ Siguiendo a la FGE en su Circular 2/2015, solo serán “imágenes realistas” potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquéllas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán los Sres. Fiscales entender incluidos dibujos animados, manga o representaciones similares, pues no serían propiamente “imágenes realistas”, en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.³⁴

A ella parece referirse el art. 189.1 párrafo 2.º letra c) CP, con la expresión *material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada*.

Sin embargo, el propio proyecto de reforma entiende que se excluirá de la definición aquella en la que *la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes*. La pregunta que inmediatamente surge es: ¿quién, sino un mayor de edad, puede hacerse pasar por un menor? Un menor no simulará que lo es, pues directamente reúne tal condición. Solo un mayor de edad puede, lógicamente, simular la minoría de edad cuando se produzca o confeccione pornografía técnica, pero el propio artículo excluye ese supuesto.

La redacción ofrece una gran complejidad práctica a la hora de perseguir estas conductas al tener que interpretar en cada caso si la persona que aparece en el material que *“parezca un menor”* es realmente menor de 18 años o no, pues de ello dependerá la tipicidad o atipicidad de la conducta.

Por ello la FGE en su Circular 2/2015 trata de deslindar, a efectos de la persecución por la Fiscalía de esta conducta, qué materiales se pueden entender como pornografía infantil y cuáles no.

Así señala que será pues penalmente relevante el material que presente a personas como menores en un contexto sexual. Se trata de supuestos en los que las personas que aparecen en el material pornográfico aparentan ser menores –bien porque son seleccionados por sus rasgos especialmente añados y convenientemente maquillados – simulación analógica o real– o retocadas sus imágenes o fotogramas digitalmente, mediante el borrado de sus signos de madurez sexual (senos, vello púbico, etc.).

³⁴ La Directiva 2011/93/UE, ya incluía la definición en su Art. 2 c) iii) como *“todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales.”*

Si el protagonista de la escena, aunque con aspecto de menor, es a la fecha de producción del material mayor de edad, la conducta sería atípica. En caso de no poder determinarse la mayoría o minoría de edad de la persona representada, y el material lo presenta como menor de edad, el material deberá ser considerado como pornografía infantil.

Concluye la Circular que la posesión o difusión de material que incorpore una escena sexual protagonizada por una persona no identificada de la que no está claro si es mayor o menor sin hacer mención a su minoría de edad y sin relacionarla con iconografía propia de menores (rasgos añados, vestido, peinado, etc.) no deberá perseguirse penalmente.

De este modo, a pesar de la primera impresión que pueda obtenerse, tampoco en esta ocasión el Estado español estaría apostando por incluir en el tipo la pornografía infantil técnica, lo que contaría con el respaldo de gran parte de la doctrina que, caso contrario. hubiese visto comprometido el principio de ofensividad.

5.3) PSEUDOPORNOGRAFÍA

Consiste en insertar imágenes de menores reales, ya sea el rostro o todo el cuerpo, en escenas pornográficas, animadas o no, en la que no han intervenido realmente; como, por ejemplo, colocar la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o añadir su imagen o voz a una fotografía o vídeo cuyo contenido sea sexual. Por ello, constituye una especie de manifestación intermedia entre la pornografía infantil expresa y la pornografía infantil virtual.

Se puede definir como aquella en la que se insertan voces, fotogramas o imágenes de menores reales en contextos o escenas pornográficas en las que no intervienen realmente.³⁵ El *Convenio de Budapest de 2001* ya hacía referencia a este tipo de material en su art. 9.2.c)³⁶

³⁵ PARES HIPOLITO, RDU. Vol. 7 nº1, 2006, 7 y8; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, RECRIM, nº2, II semestre 2009, 84; OSSANDÓN WIDOW, RPC, vol 9, nº 18, 2014, 282.

³⁶ 2. *A los efectos del anterior apartado 1, por «pornografía infantil» se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: (...) c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.*

La pseudopornografía era objeto de punición en el art. 189.7 CP³⁷, en su redacción dada por la LO 15/2003, y se mantuvo así hasta la reforma introducida por la LO 1/2015, en que se opta por suprimir esa tipificación al “*confundirse*” o incluirse en el concepto más amplio de pornografía técnica.

A favor de dicha eliminación se pronuncia el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 en el sentido de entender que “*su supresión obedece a que tal material pornográfico debe reconducirse ahora a los supuestos de pornografía virtual que el Anteproyecto considera material pornográfico infantil relevante penalmente*”.

Justifica dicho informe su posición a favor de la supresión en que “*este singular material pornográfico afecta a la imagen y a la dignidad del menor pero no a su libertad ni indemnidad sexual, pues no se lleva a cabo ningún comportamiento —ni siquiera indirecto— con matiz sexual sobre el menor*”.

Realmente no se trata de una verdadera desaparición de la punición de ese tipo de material, sino que ha sido absorbido por el concepto de pornografía virtual que si es objeto de tipificación en la reforma, en consonancia con los parámetros que exigía la Directiva 2011/93/UE.

³⁷ “Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.”

Capítulo II

ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS EN EL ART. 189.5 CP: ADQUISICIÓN, POSESIÓN Y ACCESO A TRAVÉS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN A MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL

La pornografía infantil es tipificada por primera vez en el Código Penal de 1995.

Antes de esta regulación la utilización de menores de edad o incapaces con fines, o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, podía llegar a sancionarse con algunos matices por vía de la prostitución o de la corrupción de menores.³⁸

La mera posesión de pornografía infantil tampoco fue contemplada como conducta típica en la reforma del año 1999³⁹. El tipo estuvo orientado a la posesión para distribuir el material. En el apartado segundo del art. 189.1 b), se tipifica la posesión de material pornográfico infantil para la producción, venta, distribución, difusión, exhibición.

La LO 15/2003 de 25 de noviembre acentúa la propensión represiva aumentando la pena de prisión y continúa la tendencia expansiva del artículo 189 quedando conformada por ocho preceptos. Los cambios fundamentales ocurridos en el referido artículo han sido la introducción de dos nuevos delitos como son la posesión para consumo propio y la pornografía virtual, además de la previsión de circunstancias agravantes que implican un importante incremento en la pena.

³⁸ “1. El que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. 2. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con noticia de la prostitución de éste, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acudiera a la autoridad para el mismo fin si carece de medios para su custodia, incurrirá en la pena de multa de tres a diez meses. 3. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, a la persona que incurra en alguna de las conductas mencionadas en el párrafo anterior.”

³⁹ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Publicado en el BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999, páginas 16099 a 16102.

Posteriormente la LO 1/2015, introdujo con conducta típica el acceso a material pornográfico a través de las TIC, respondiendo las previsiones contenidas en el art. 5.3 de la Directiva 2011/93/UE⁴⁰ que exigía expresamente la tipificación de dicha conducta a la vista de la expansión del material pornográfico por internet.

1) CONVENIENCIA DE LA TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS RECOGIDAS EN EL ART. 189.5 CP

Antes de entrar al estudio de las conductas recogidas en el art. 189.5 CP objeto principal del estudio, me gustaría acometer una delicada y controvertida discusión, ya no solo jurídica, sino también ética y moral, y que no es otra que si estas conductas, relacionadas con la mera posesión o “consumo” de material pornográfico infantil, deben tener una represión penal o si, por el contrario, el principio de ultima ratio, debería servir de límite para que el Estado, a través de su *Ius Puniendi*, no castigue dichas conductas.

De la importancia del debate, da muestra el último informe de *Internet Watch Foundation* (2017), que confirmó que 78.589 URL⁴¹ contenían imágenes de abuso sexual infantil, un 37% más que en el año 2016 (la misma fuente informa que en el año 2018 esas URL aumentaron hasta las 105.047).

El uso de internet: accesible, asequible y anónimo, es lo que, sin duda, ha propiciado un aumento en la incidencia de los delitos sexuales contra niños de manera proporcional a la implantación de estas nuevas tecnologías en la sociedad (Edelmann, 2010).⁴²

El Informe UNICEF sobre el *Estado Mundial de la Infancia “niños en un mundo digital”*⁴³ afirma que el alcance mundial y el anonimato que proporciona internet ha facilitado tanto el acceso como la producción, distribución y el intercambio de material sexualmente explícito con el fin de explotar y abusar sexualmente a niños y niñas.

⁴⁰ 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas mencionadas en los apartados 2 a 6 cuando se cometan de forma ilícita. (...)

3. El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.

⁴¹ URL acrónimo de *Uniform Resource Locator*, es decir, localizador uniforme de recurso y se refiere a la dirección única que identifica a una página web en Internet.

⁴² SOTOCA-PLAZA, A., RAMOS-ROMERO, M. y PASCUAL-FRANCH, A. (2020). *El perfil del consumidor de imágenes de abuso sexual infantil: semejanzas y diferencias con el agresor offline y el delincuente dual*. Anuario de Psicología Jurídica, 30, 21-27. <https://doi.org/10.5093/apj2019a11>.

⁴³ https://www.unicef.org/spanish/publications/files/SOWC_2017_SP.pdf

Como veremos en el apartado siguiente la propia dificultad para determinar cuál sería el bien jurídico protegido para esas conductas, era origen de las dudas acerca de lo adecuado de establecer una sanción penal que castigara las mismas, dudas que se trasladan tanto a la doctrina como a la jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto.

1.1) Argumentos a favor

Aquellos que defienden la inclusión de estas conductas contenidas en el art. 189.5 CP como de necesaria punición, sostienen que el tipo no protege un bien jurídico personalísimo, sino más bien la seguridad de la infancia en abstracto, y con ello su dignidad.

Prohibir el consumo de material pornográfico infantil estaría justificado para evitar lesionar este bien jurídico abstracto, además del específico de la indemnidad sexual de aquellos menores que sufren abusos en la elaboración de dicho material.

Aunque no pueda establecerse una relación de causalidad entre consumo de pornografía infantil y posterior abuso sexual, es posible que los consumidores sean más propensos a buscar el contacto sexual con personas menores de edad que otros delincuentes sexuales (Seto, Cantor y Blanchard, 2006)⁴⁴, puesto que sienten excitación ante ese tipo de imágenes. A consecuencia de ello, surge la pregunta de si es posible detectar a los llamados “agresores duales”: aquellos consumidores que, además, abusan de menores.⁴⁵

FERNÁNDEZ TERUELO, aunque sin mostrar su acuerdo con el mismo, explica que este criterio se fundamenta en que “tanto los actos de difusión de pornografía infantil como los relacionados con la misma pueden determinar –con base en la experiencia general- un aumento de la oferta. De este modo, la puesta en el “mercado” de estos materiales generaría nuevas necesidades estimulando la demanda. Si aumenta la demanda aumentará también la oferta y la oferta sólo puede satisfacerse utilizando a menores “de

⁴⁴ SETO, M. C., CANTOR, J. M., & BLANCHARD, R. (2006). Child pornography offenses are a valid diagnostic indicator of pedophilia. *Journal of Abnormal Psychology*, 115(3), 610–615. <https://doi.org/10.1037/0021-843X.115.3.610>.

⁴⁵ SOTUCA-PLAZA, A., RAMOS-ROMERO, M. y PASCUAL-FRANCH, A. (2020). El perfil del consumidor de imágenes de abuso sexual infantil: semejanzas y diferencias con el agresor offline y el delincuente dual. *Anuario de Psicología Jurídica*, 30, 22. <https://doi.org/10.5093/apj2019a11>

carne y hueso" en prácticas de naturaleza sexual para tomar las imágenes o realizar grabaciones en otros soportes."⁴⁶

Según este autor, "... es precisamente esa la razón que justifica una intervención penal en este ámbito, y en ningún caso el hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, lo que en definitiva queda dentro de la moral sexual de cada uno"⁴⁷

DE LA ROSA CORTINA defiende que la intervención penal está justificada puesto que la circulación del material pornográfico a gran escala en la red estimula la demanda, que tienen sus efectos sobre la oferta, que en última instancia habrá de utilizar a menores en prácticas de naturaleza sexual para tomar las imágenes.⁴⁸

Evitar un posible estímulo en el consumidor para ejercer una acción efectiva de abuso contra niños reales, es otro de los argumentos expuestos por el legislador para penalizar la posesión de material pornográfico infantil, si bien el peligro de imitación de la conducta de los consumidores de material pornográfico carece de fundamento científico. No existe investigación alguna que sustente una relación directa entre el consumo de los mencionados materiales y el tránsito hacia la comisión de abuso sexual a menores.

ESQUINAS VALDERDE, se muestra contraria a dicha opinión ya que sostiene que quienes padecen la alteración no llegan a traspasar el terreno de la fantasía, conformándose con vivir esa expresión "enfermiza" de la sexualidad de modo individual y privado.⁴⁹

⁴⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J., *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*. Ed., Constitutio Criminalis Carolina (CCC), 2007.

⁴⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, —La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: cuestiones claves, Boletín de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, segunda época, nº 20, año 2002.

⁴⁸ DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Los Delitos De Pornografía Infantil. Aspectos Penales, Procesales Y Criminológicos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 261 a 294.

En el mismo sentido GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estado de Derecho y Ley Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, págs. 206 y ss.

En sentido contrario ORTOS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes, cometidos a través de la informática*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2001.pág. 321.

⁴⁹ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, —*El tipo de posesión de Pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, nº 18, 2006. pág. 180.

El otro argumento que se esgrime para justificar la punición de la posesión de pornografía infantil es una suerte de “empatía” con las víctimas, con los menores que son obligados a participar en la elaboración del material. Para GIMBERNAT ORDEIG⁵⁰, si se ha de realizar una ponderación entre el respeto a la orientación sexual del pedófilo, y la dignidad e intimidad de los menores, ésta debe decantarse sin lugar a duda a favor de la protección de estos últimos.

Finalmente citar a LEMINEUR RETANA que subraya que “estimular la oferta implica que sea necesario producir más material de esta índole”, y “explotar sexualmente cada día más niños, niñas y adolescentes para satisfacer la demanda. Esta es una de las razones por la que la tenencia -consumo- sí daña a terceros.”⁵¹

1.2) Argumentos en contra

Se puede calificar de mayoritario el sector doctrinal que se muestra contrario a la tipificación delictiva de la mera acción de adquirir, poseer o contemplar contenido pornográfico infantil que, aunque pudiera ser éticamente reprochable, carecería de lesividad directa del bien jurídico indemnidad sexual de los menores que intervienen en dicho material, lo que daría argumento a aquellos que sostienen que la punición de estas conductas vulnerarían los principios básicos del Derecho penal como el de intervención mínima y *ultima ratio*; y en la práctica, se estaría haciendo responder penalmente al consumidor de una conducta (producción) que le es ajena.

En este sentido MAYER LUX sostiene que el delito de posesión es una conducta lejana a la afectación de bienes jurídicos individuales, careciendo de ofensividad penal; en su opinión la conducta podría considerarse inmoral, pero nunca delictiva por lo que debería ser castigada a través de otras vías distintas a la penal.⁵²

⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, —Presentación del libro en Roland HEFENDEHL (edit.) —*La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?*”, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, S. A, Madrid, 2007.

⁵¹ LEMINEUR RETANA, Marie-Laure: El combate contra la pornografía infantil en Internet. El caso de Costa Rica. San José, ADC Asesoría Creativa S.A., 2006. p. 94. En contra de esta idea, Cugat Mauri sostiene que salvo en caso de encargo, “el usuario no puede considerarse responsable directo de la conducta concretamente cometida sobre los menores e incapaces que aparecen en las imágenes”. CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”, en Francisco Javier Álvarez García (Director), Derecho penal español. Parte Especial (I), 2.ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2009, p. 692.

⁵² MAYER LUX Laura (2014) “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, en Revista Política Criminal, Vol. 9, N° 17, pp. 27-57.

Van más allá en esta línea los autores que defienden que la intranscendencia penal del consumo de pornografía infantil favorecería la protección de otros intereses constitucionales de los propios consumidores, como la libertad de expresión, y sería más respetuoso con los principios básicos del Derecho penal, antes señalados.

GIMBERNAT ORDEIG se alinea con esta corriente de oposición a la punición, pero acotándola a los casos, introducidos por la reforma de la *LO 1/2015*, de considerar pornografía infantil los materiales de pornografía virtual o técnica, por cuanto en ellos no se emplea a menores reales.⁵³

MORILLAS FERNÁNDEZ afirma que la criminalización de la posesión destinada al uso personal del sujeto retoma la moral pública como bien jurídico. Con ella se intenta imponer qué actitudes y comportamientos sexuales son correctas o censurables amparado en planteamientos contrarios a un Estado Democrático de Derecho⁵⁴.

En el mismo sentido PÉREZ CEPEDA, argumenta que el legislador lo que pretende es satisfacer el sentimiento de rechazo social a la pederastia que en general predomina en la sociedad, pues se “castiga ex post a sujetos que no han participado ex ante en la elaboración de material pornográfico.”⁵⁵

ESQUINAS VALVERDE, en una ponderación de derechos fundamentales, reflexiona: “... tomando conciencia de la inocuidad y la ausencia de ofensividad que objetivamente presenta la actitud de contemplación privada de pornografía, sería posible

⁵³GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo al CP, 21ª ed., 2015, p. 19 afirmando que: “*En cualquier caso, lo decisivo es que, si la razón de la punición de la tenencia de pornografía infantil para el propio consumo es el ataque a la libertad y la dignidad que se produce con el visionado de las imágenes, esto sólo puede predicarse cuando dicho ataque va dirigido contra niños reales que han sido objeto de captaciones pornográficas, pero no cuando ese consumo consiste en la contemplación de monigotes. El segundo nuevo delito de pornografía infantil que introduce la reforma es el de la “aparente”, conforme a la cual se penaliza también “todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor, participando en una conducta sexualmente explícita”, es decir, que se considera también punible la reproducción de imágenes pornográficas de, por ejemplo, personas de dieciocho, diecinueve, veinte o más años siempre que su aspecto sea la de un menor. Pero si esas personas han participado libremente como actores en la elaboración del material pornográfico ¿cómo se puede hablar, en serio, de que estamos ante un caso de pornografía de menores si los protagonistas de esa pornografía – aunque lo parezcan – no son menores? Ciertamente que la pedofilia es una perversión sexual o, expresándolo en términos religiosos, un pecado, pero al Derecho penal ahí no se le ha perdido nada, ni tiene legitimación alguna para actuar, cuando esa perversión no se ha canalizado en el ataque a menores reales – sino virtuales – o a personas que si son reales, son mayores de edad.*” Prólogo del Código Penal. Tecnos 21ª ed. 2015. P. 19

⁵⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Editorial Dykinson SL, Madrid, 2005, pág. 141. nota al al pie.

⁵⁵ PÉREZ CEPEDA, A. I., La Seguridad como Fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno, Ed. Iustel, Madrid, 2008, págs. 413 y ss.

sostener que, en una ponderación entre los derechos fundamentales del consumidor, por un lado, y los intereses de la mayoría social, por el otro, aquéllos llegaran a merecer primacía sobre éstos, una vez descartado que sigan en juego bienes jurídicos individuales de los propios menores.”

Introduce igualmente la autora, como argumento, contrario a la punición, que la posesión es un acto alejado en el tiempo, el espacio y en la línea de acción del momento donde se produce el abuso: “...consumado el delito originario de abuso sexual, terminada la acción peligrosa desde el punto de vista estricto de la intangibilidad sexual del menor y, en definitiva, agotadas las distintas etapas del curso lesivo (abuso sexual, fabricación del material, distribución y comercialización del mismo), ya la mera conducta de posesión de la pornografía no implica per se más efectos perjudiciales para ese concreto bien.”⁵⁶

Existen otra serie de argumentos esgrimidos por diferentes autores, que nos limitamos a citar, ya que de lo contrario excedería lo aconsejable para la extensión de este trabajo. Así se alude a que la tipificación no tiene una utilidad práctica, que es ilícita por cuanto no protege ningún bien jurídico, que el costo de su persecución es muy elevado, que la posesión puede tener un efecto preventivo en el consumidor, que la pena de la conducta no tiene efecto resocializador, o que se ven violentados el derecho a la intimidad y privacidad de la persona que consume dicho material.

Para BOUYSSOU no existe un bien jurídico que fundamente la tipificación de la posesión de pornografía infantil, sino que ello responde a la demanda ilegítima de un sector de la sociedad más o menos amplia al Estado para criminalizar dicha conducta. De esta manera el Estado asume una moral que reprime y castiga ciertas prácticas sexuales.

Igualmente señala que la punición de los delitos de posesión no ha resultado ser eficaces en lo que entienden deben proteger, y que no se ha demostrado que atacando a la demanda se acabe con la oferta. Tampoco, argumenta, se han evidenciado efectos favorables en términos de una protección supraindividual a los menores en su indemnidad sexual.

⁵⁶ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *El tipo de posesión de Pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, nº 18, 2006.

“En conclusión, consideramos que es ilegítima la penalización de la tenencia simple de pornografía infantil porque no reúne los tres requisitos indispensables, a saber: no se salvaguarda ningún bien jurídico a menos que el legislador acepte que se protege la moral sexual colectiva; el precepto no tiene ninguna utilidad o eficacia demostrada, y, el tipo no puede ni debe ser ampliado a otros supuestos.”⁵⁷

Jurisprudencialmente nuestro Tribunal Supremo también ha aludido a esa exasperación punitiva con la que el legislador ha venido tratando el delito de pornografía infantil.

Tanto es así, que desde alguna corriente jurisprudencial se ha querido poner de manifiesto que *“nos encontramos ante lo que se podría denominar delito solitario, con incidencia sobre el bien jurídico cuando éste ya ha sido lesionado por aquellos que corrompen a los menores en el proceso de elaboración del material. (...) El legislador mantiene que el consumo de productos colgados en la red, induce, aunque sea remotamente, a la lesión del bien jurídico protegido, por lo que hay que ajustarse al contenido de la ley. En la mayoría de los casos de acceso a la red la relación de causalidad no solo está desconectada de la acción, sino que se le da una inconmensurable extensión de tal manera que la satisfacción de un placer sexual solitario se convierte en delito. No está claro que la vía de protección del bien jurídico sea la más adecuada. Se utiliza un derecho penal objetivo en el que la culpabilidad, más moral que jurídica, se conecta con el resultado, a través de los hilos invisibles del ordenador (...). Estimamos que no guarda paridad con conductas más gravemente dañosas (...).”⁵⁸*

1.3) Toma de postura

Aunque vaya en contra de la postura mayoritaria, y seguramente autorizada de los autores, por mi parte considero adecuada la necesidad de punición de las conductas ya que, aunque el consumo de este tipo de material sobre todo a través de internet, no implica un contacto directo con un menor, es lo cierto que el material pornográfico es el resultado

⁵⁷ *LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE MENORES Y PORNOGRAFÍA INFANTIL* Tesis Doctoral que presenta la Doctoranda NORMA ISABEL BOUYSSOU para optar al título de Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel POLAINO NAVARRETE Facultad de Derecho Universidad de Sevilla Curso académico 2014/2015.

⁵⁸ STS 913/2006, de 20 de septiembre Rec. 1854/2005, Ponente Martín Pallín, José Antonio.

de un abuso o agresión sexual sufrido por un menor real previamente, lo que justifica sobradamente esa tipificación penal de la conducta.

La conducta es de tal gravedad y genera tal repulsa, que cualquier medida, aunque pueda ser criticable desde el confortable espacio de la doctrina, arguyendo argumentos sin duda respetables, que debe ser combatida desde cualquier ángulo, y con cualquier arma disponible, y ese es el espíritu que se contiene en las normas internacionales y comunitarias, que abogan por la tipificación de esa conducta.

Hay que tener en cuenta que a diferencia de lo que ocurre con la pornografía de adultos, lo que menores nunca pueden prestar un consentimiento válido para intervenir en la elaboración del material pornográfico, por lo que su producción será siempre sinónimo de un abuso previo, por lo que directamente se ha producido una lesión en el bien jurídico indemnidad sexual de esos menores. Si el producto de esa agresión puede ser “disfrutado” sin ningún tipo de sanción, supone despreciar ese atentado a la indemnidad sexual, a la intimidad y al derecho a la propia imagen del menor que se ve obligado a intervenir en ese material para satisfacer los desviados gustos sexuales de los que usan dichos materiales.

Dicho lo anterior, sí que me muestro disconforme (al igual que GIMBERNAT ORDEIG) con la introducción en el concepto de pornografía, de la modalidad virtual o técnica, pues también se pena su posesión al ser expresamente incluida en el concepto de pornografía infantil. Y la crítica que realizo es que esos materiales, realmente no suponen una lesión del bien jurídico indemnidad sexual, ya que no intervienen menores reales, sino que bien son mayores que se hacen pasar por menores o son imágenes creadas virtualmente a través de medios informáticos.

Haber dejado fuera del ratio típico este tipo de pornografía me hubiera parecido más adecuado, defendiendo la punición de la conducta de la mera posesión o acceso exclusivamente en el caso de materiales donde efectivamente intervengan menores reales.

Es cierto que puede haber una cierta distancia entre la afectación del bien jurídico y la acción de la mera posesión, pero entiendo que aun así la punición es una manera de luchar contra la producción de esos materiales, aunque no la única y la más eficaz.

Entiendo que la tipificación, por otro lado, es exigida por todos los instrumentos normativos a los que hemos estado haciendo referencia, y en todos ellos, sin excepción,

se plantea la punición de la mera posesión o acceso, como medio para luchar contra la pornografía infantil, y los terribles abusos que ella encierra.

2) EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Con carácter general refiriéndose al concepto de bien jurídico ROXIN afirmaba que como bien jurídico *“solo puede ser reconocido lo que es relevante para la existencia de la sociedad y asegura la vida de sus componentes, por lo que la ética social debe desaprobar toda lesión de un bien jurídico.”*⁵⁹

Para abordar esta polémica cuestión, debemos partir de constatar que el art.189 está inserto en el Capítulo V (*“De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”*) del Título VIII del Código Penal cuya rubrica reza *“Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales”* por lo que parece que esos son los bienes jurídicos que el legislador quiere proteger con la tipificación de las conductas que se recogen en dicho precepto. Veremos que, para la doctrina, no es cuestión pacífica.

2.1) La libertad sexual

En los delitos sexuales cuando se hace referencia a la libertad como objeto jurídico, se agrupan en dos grandes tesis delimitadoras de su contenido: la libertad positiva y la libertad negativa. Entendiendo la positiva como la libre disposición del propio cuerpo a efectos sexuales, y la libertad negativa como el derecho a no verse involucrado en un contexto de carácter sexual sin un consentimiento válidamente prestado⁶⁰.

El bien jurídico en los delitos sexuales se ha identificado con la libertad sexual individual, a excepción de menores, incapaces, o como señala ahora nuestro Código Penal, personas necesitadas de especial protección, que no están en disposición de ejercer dicha libertad. Para estos sujetos objeto de protección, es más apropiado hablar de que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual o, su proceso de formación en orden a su libertad sexual futura.

⁵⁹ ROXIN C., *El bien Jurídico*, Conferencia dictada el 23 de febrero del 2007, en la Universidad Complutense de Madrid. Mimeografiado, págs. 2 y ss.

⁶⁰ Véase, CARUSO FONTÁN. M. V., *Nuevas perspectivas sobre los Delitos contra la Libertad Sexual*, Ed. Tirant lo Blach, Valencia, 2006, pág. 153.

La libertad sexual como bien jurídico objeto de protección ha de entenderse referido a la esfera de libertad personal, en cuyo seno, de manera esencial, se incardinan las facultades de la persona de determinarse sexualmente, la libertad de optar por una u otra opción sexual y a utilizar su cuerpo conforme a sus deseos, y a ser defendido de un comportamiento sexual no deseado.

Por ello podemos convenir que se produce una afectación del bien jurídico cuando se desarrollen actos de naturaleza sexual sin la voluntad de alguna de las partes.

2.2) La indemnidad sexual

El contenido de la indemnidad sexual está al servicio de la salvaguarda de un proceso de formación sexual del niño, protegiéndole de ser obligado a realizar actos que impidan una adecuada educación sexual que, con posterioridad, cuando cumpla los 16 (13 años antes de la reforma del CP del año 2015) años, dificulten o alteren su capacidad para libremente prestar su consentimiento a la hora de participar en prácticas sexuales.

En este sentido ya se ha manifestado la jurisprudencia argumentando que la indemnidad sexual busca proteger justamente la formación de la personalidad y normal desarrollo sexual de los menores. Es decir, intenta salvaguardar un conjunto de intereses y valores, a saber, que “los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y su bienestar psíquico, esto es, el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad.

MUÑOZ CONDE comparte la vigencia y autonomía del tipo de indemnidad cuando afirma que los delitos sexuales que recaen sobre menores o incapaces (abusos sexuales, delitos de exhibicionismo obsceno y difusión de pornografía entre menores o incapaces, y los relativos a la prostitución y corrupción de menores o incapaces) no se pueden explicar como delitos contra la libertad sexual⁶¹.

La indemnidad sexual se definiría como el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad. Se trata, por tanto, de asegurar una normal evolución y desarrollo de la personalidad del menor, permitiendo, así, que llegado el momento puedan decidir, entonces sí, con plena libertad sus opciones sexuales. En el caso

⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tiran Lo Blanch, décima octava edición, Valencia, 2010.

de los menores, las conductas que sancionan las prácticas sexuales con ellos se sancionan en la medida en que pueden perturbar el desarrollo de su personalidad.

2.3) La intimidad

La intimidad es entendida como “el reducto más privado de la vida del individuo, esto es, como aquellos extremos más personales de su propia vida y de su entorno familiar, cuyo conocimiento está restringido a los integrantes de la unidad familiar.”⁶²

Para CABRERA MARTÍN, la pornografía infantil, aunque no lesione bienes en el estricto terreno sexual, afecta a la dignidad y al derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores que son utilizados para la elaboración del material pornográfico.

En la misma línea se pronuncia MARTÍN LORENZO. La intimidad ha sido reconocida como una de las vías para la legitimación la punición de las figuras de posesión de pornografía infantil, pues se pone a disposición de múltiples personas aspectos relativos a la imagen o intimidad sexual de los menores presentes en el material, sobre todo en las conductas de distribución, o incluso se ha apelado más genéricamente al ataque a la dignidad de los menores representados en los materiales.⁶³

2.4) En las conductas del art. 189. 5 CP

Descendiendo ya al precepto concreto objeto del estudio, lo primero que debemos destacar es que las acciones típicas del art. 189.5 CP, adquisición, posesión o acceso material pornográfico infantil, no suponen una lesividad directa para la indemnidad sexual de los menores que pueden participar en el material, puesto que el que adquiere, posee, o accede a ese material no participa en el abuso a menor, sino que su intervención se produce en la fase de consumo no de producción del material.

La determinación de cuál sería el bien jurídico de este tipo de conductas es discutido por la doctrina y la jurisprudencia, enlazando este debate con el relativo a si estas conductas deberían ser objeto de punición, o si por el contrario es un exceso de

⁶² ESPÍN, E., *Los derechos de la esfera personal*, en LÓPEZ GUERRA, Derecho Constitucional, vol. I, Valencia, 1994, págs. 208 y ss.

⁶³ MARTÍN LORENZO, María, *Libertad e Indemnidad sexuales*, en ORTIZ DE URBINA, Gimeno (Coord.), Memento Experto, Reforma Penal 2010, Ley Orgánica 5/2010, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

intervención de la ley penal, y una injerencia en la libertad individual de las personas, debate al que hicimos alusión en el apartado anterior.

En esa misma posición, la FGE⁶⁴ entiende el tipo del art. 189.5 CP sostiene que el tipo de posesión busca proteger la indemnidad de los menores en general, como un tipo de peligro; de esta forma no protege un bien jurídico personalísimo, sino la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad, con el adelanto de la barrera de protección, razón por la cual no requieren lesión directa alguna⁶⁵.

ORTS BERENGUER también defiende que la posesión de pornografía infantil es un delito de peligro abstracto remoto, que se justifica con la finalidad de acabar con la oferta, a través de terminar con la demanda.⁶⁶

En la misma línea, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *“el legislador no espera para intervenir a que se produzca el daño o la lesión, sino que la adelanta al momento de la aparición concreta del peligro (delito de peligro concreto) o, incluso, a la simple realización de la conducta considerada normativamente peligrosa (delitos de peligro abstracto).”*⁶⁷

Otra corriente doctrinal, respecto del cuál es el bien jurídico protegido, considera que la tenencia de material pornográfico puede considerarse atentatorio de los derechos a la intimidad y a la propia imagen del menor. ESQUINAS VALVERDE, I. *“Así, podría afirmarse, una vez consumado sobre la persona del niño o joven el hecho del abuso sexual, acto destinado en la hipótesis concreta a la captación de imágenes y sonidos de carácter obsceno, el resto de los comportamientos consistentes en la grabación de dichos registros, la utilización a esos fines de medios tecnológicos sofisticados, la producción*

⁶⁴ Consulta 3/2006 de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

⁶⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo: *“Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil”*, en Javier García González (Coordinador), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

⁶⁶ORTS BERENGUER, Enrique. *Los delitos contra la libertad e intimidad sexuales*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2001, p.294.

En sentido contrario, FERNÁNDEZ TERUELO: *“el mecanismo descrito dista mucho de haber sido demostrado; existe incluso quienes sostienen que la prohibición de poseer estos materiales elimina una vía de escape para este tipo de deseos de carácter sexual, cuya ausencia puede incrementar el peligro de que el mismo se satisfaga no con imágenes o videos, sino recurriendo a menores reales.”* FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G., *“Cibercrimen, los delitos cometidos a través de internet”*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, España, 2007.

⁶⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; y otros, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Experiencia, S. L., Barcelona, 2004.

*técnica del material y su difusión desautorizada a terceros, vienen a afectar exclusivamente a la dignidad, intimidad, etc., del menor, y no ya a su indemnidad sexual propiamente dicha. En consecuencia, algo semejante podría apreciarse en relación con la posesión de aquellas imágenes pornográficas, conducta que tampoco sería ya reconducible al apartado de los delitos contra la indemnidad sexual.”*⁶⁸

Para esta corriente la tipicidad de la conducta de adquirir, poseer, o acceder a material pedófilo estaría protegiendo la intimidad y dignidad del menor, víctima de la violación de su sexualidad, al ser obligado a participar en la producción de dicho material, y verse igualmente sometido a la penosidad añadida de que un pedófilo pudiera ver sus imágenes siempre que quisiera.

De esta manera, el objetivo principal del tipo sería el de proteger de forma autónoma la imagen del menor producida en un contexto íntimo de su vida, y muchas veces acompañado de otras violaciones o abusos sexuales no afectando el papel desempeñado por el consumidor, en la producción u oferta del material pedófilo.

En lo referente a la jurisprudencia, se pueden observar dos corrientes, que vienen a coincidir con el debate doctrinal antes expuesto: una aboga por sostener que el bien jurídico protegido coincide con el general del Título VIII del CP, y más concretamente la indemnidad sexual de los menores como bien jurídico de peligro abstracto⁶⁹; y la otra mantiene que la prohibición del consumo busca proteger no tanto la indemnidad sexual, sino más bien su dignidad y derecho a la propia imagen.⁷⁰

En mi opinión, entiendo que el bien jurídico protegido en estas conductas es dual, o mejor dicho, existe un bien jurídico inmediato y otro mediato.

El bien jurídico inmediato que se protege con la tipificación es la indemnidad sexual de aquellos menores que son utilizados en la elaboración de ese material ya que existe un ataque más directo e inmediato al bien jurídico; y el bien jurídico mediato o diferido, es la protección de la derecho a la imagen, a la intimidad y dignidad de esos

⁶⁸ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *El tipo de posesión de Pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, nº 18, 2006.

Es este sentido PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, 12, ed. Madrid, Marcial Pons, 2010, p.308.

⁶⁹ STS Nº 796/2007 de 1 de octubre.

⁷⁰ STS nº 588/2010 de 22 de junio. También en el mismo sentido STS nº 264/2012 de 3 de abril.

menores, ya que el consumidor haciendo uso (mediante la adquisición, la posesión o el acceso) del material pornográfico infantil estaría igualmente esos bienes jurídicos si bien con menos intensidad que el caso de la indemnidad sexual.

Todo ello sin desconocer el problema de sostener la intimidad, y la indemnidad sexual como posibles bienes jurídicos protegidos en el delito de posesión puesto que, como hemos visto en el concepto pornografía infantil está incluida la denominada virtual o técnica, donde no intervienen menores “reales”, por lo que no pueden verse afectados esos bienes jurídicos.

3) CONDUCTAS TÍPICAS

De la pluralidad de conductas que se tipifican en el art. 189 CP, se entra el presente estudio en las recogidas en el apartado 5, es decir, la adquisición para uso propio; la posesión, y el acceso a material pornográfico infantil a través de tecnologías de la información.

3.1) Adquisición y posesión

La criminalización de la pornografía infantil en el ordenamiento jurídico español ha sido progresiva y expansiva, comenzó por la tipificación de la creación de material pornográfico infantil (CP de 1995) posteriormente se penalizó toda la cadena de comercialización y tráfico –producción, venta, distribución, exhibición y facilitación– incluyendo la posesión orientada a la venta (LO 11/1999) hasta llegar en la LO 15/2003⁷¹ donde por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se castiga la posesión para uso propio, fundado en la premisa de que sin consumidores no hay mercado, premisa como vimos muy criticada por amplios sectores doctrinales.

Si bien hemos de señalar que la introducción del tipo de la mera posesión para uso propio en nuestro ordenamiento no fue el resultado de un debate interno, sino que fue fruto de las obligaciones internacionales contraídas por nuestro país, y sobre todo de la obligación de cumplimiento de las normas comunitarias.

⁷¹ *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.* Publicado en el BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, páginas 41842 a 41875.

La punición de las conductas de adquisición o la mera posesión de material pornográfico infantil ya fue establecida por el *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* de Budapest del año 2001, que señalaba en su art. 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:

(...)

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.

Por su parte el *Convenio de Lanzarote* de 2007, regulaba en su art. 20:

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales, cuando se cometan de forma ilícita: (...) d) *la adquisición para sí o para otro de pornografía infantil;* e) *la posesión de pornografía infantil;*(...)

A nivel del Derecho comunitario propiamente dicho fue la *Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003*, la que, por primera vez, también recogió esa necesidad de punición en su art. 3:

Infracciones relacionadas con la pornografía infantil

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:

(...)

d) adquisición o posesión de pornografía infantil.

Sin embargo, la actual redacción del precepto se debe a la LO 1/2015, que fue el instrumento interno con el que el Estado español dio cumplimiento al mandato contenido en el Art. 5.2 de la Directiva 2011/93/UE:

Artículo 5

Infracciones relacionadas con la pornografía infantil.

(...)

2. *La adquisición o la posesión de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.*

El precepto, en la redacción dada por la LO 1/2015, lo que busca es, cumpliendo fundamentalmente el mandato de la Directiva (y anteriormente del resto de instrumentos citados que así lo exigían), castigar la conducta consistente en la adquisición o mera posesión de material pornográfico infantil, aun cuando no se tenga ningún ánimo de difundirlo. Se considera adquisición cualquier acto que desemboque en la posesión del sujeto activo de delito, pudiendo ser tanto a título oneroso como gratuito.

Por poseer se entiende que el sujeto activo tiene el material almacenado en cualquier tipo de soporte, que normalmente será informático, y ha de diferenciarse de la posesión a la que se refiere el art. 189.1.b) CP en que la finalidad de la posesión es el uso propio del material y no el tráfico o difusión.

El tipo de posesión castiga la acumulación de material pornográfico infantil, de forma que el individuo pueda visualizar cualquiera de ellos a demanda, sin que sea necesario conectarse a la Red, por lo que nos acerca al concepto físico del almacenamiento, en contraposición con el acceso inmediato vía internet, y siempre que ese almacenamiento se produzca para el uso personal del material por el sujeto activo.

En lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷², establece que el tipo penal de posesión requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía...junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines.... c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí

⁷² STS nº 105/2009, de 30 de enero.

bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).⁷³

Hay supuestos de hecho donde no puede apreciarse la concurrencia de la conducta típica como el acto de visualizar una imagen o video que se haya descargado por internet para visualizarla, pero inmediatamente es borrada, puesto que no se puede entender que se esté almacenando ese material de manera duradera.⁷⁴

En estos supuestos de atipicidad estarían incluidos los casos de almacenamiento de material en las conocidas como memoria *cache*⁷⁵, que se constituyen en mecanismos de almacenamientos diseñados para acelerar la carga de las páginas web de Internet.

Así, cuando el usuario de un ordenador accede a una página, el navegador guarda de forma automática una copia de la misma en una carpeta del disco duro (carpeta de archivos temporales), para que cuando vuelva a acceder a la misma, el navegador muestre la página más rápidamente. En estos casos, aunque formalmente haya material pornográfico guardado, hay que considerar que el mismo fue almacenado de forma automática e independiente de la voluntad del usuario.⁷⁶

No entrará en la conducta de la mera posesión aquel sujeto que almacene material pornográfico infantil en una carpeta de su dispositivo electrónico, no con el solo interés de su uso personal, sino que esa carpeta esté al servicio de un programa de intercambio de ficheros, y a través de éste se produzca la difusión de dicho material, ya que encajaría entonces en la conducta típica del art. 189.1.b) CP. Aquí se plantearán dificultades probatorias sobre si el sujeto conocía que, con la descarga y almacenamiento del material,

⁷³ En idéntico sentido la Sentencia nº 15/2020 de 9 marzo, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª).

⁷⁴En este sentido, STS 373/2011, de 13 de mayo. Sin embargo, el mismo tribunal ya ha condenado a un sujeto por posesión, aunque él mismo haya procedido al borrado de las imágenes con anterioridad a la práctica de entrada y registro de su domicilio. Argumenta el Tribunal que, no “hay razones para entender que el delito se refiere sólo a la posesión actual, y no a la anterior, si bien ésta última de mayor dificultad probatoria, pero que en este caso ha sido declarada probada contundentemente. Y si se excluyera una posesión que no tenía vocación de permanencia durante largo tiempo, el delito quedaría vacío de contenido”. Vid STS nº 239/2013, de 17 de mayo.

⁷⁵ La memoria caché o SRAM (Static RAM) es aquella que se implementa por medio de transistores. Dependiendo de la velocidad y el tamaño que se necesite, esta memoria se ubica en distintos niveles de la jerarquía de la memoria. *Arquitectura del PC. Volumen II: La información: Memorias y buses*. Manuel Ujaldón Martínez, 2003.

⁷⁶ BAUER BRONSTRUP, Felipe.” *Los delitos de pornografía infantil*”. p.169.

el programa, de manera automática, compartía ese material con el resto de los usuarios de la red.⁷⁷

En estos supuestos será determinante la prueba pericial informática que pueda acreditar el número de ficheros que contienen el material pornográfico infantil, el tiempo que estuvieron en el dispositivo del sujeto (si fueron inmediatamente borrados tras su descarga), o si el usuario podía tener el conocimiento suficiente para saber que desde que se produce la descarga el programa de intercambio de ficheros pone a disposición del resto de usuarios el material pornográfico infantil.

De estos datos dependerá que estemos ante el tipo penal del art. 189.5 CP de la mera posesión, o del art. 189.1.b) CP, en el que castiga la difusión o distribución del material pornográfico.⁷⁸

3.2) Acceso a material pornográfico infantil a través de servicios de la sociedad de la información

⁷⁷ El Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de noviembre de 2016 ha establecido: "Entre las conductas incluidas en el artículo 189.1.b) se encuentran las consistentes en exhibir, o en ofrecer o facilitar la difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad. La utilización de programas como el empleado por el recurrente para descargar los archivos con pornografía infantil, supone la puesta a disposición de otros posibles usuarios de los archivos descargados, con lo que, formalmente, pudiera considerarse que se procede a facilitar la difusión o exhibición de ese material. La jurisprudencia, sin embargo, ha entendido en ocasiones, que esa conducta consistente en descargar y visionar, no siempre es identificable con facilitar o realizar la difusión o exhibición de ese mismo material, en atención a las circunstancias del caso, especialmente, cuando no consta ninguna actividad directa orientada a aquellas finalidades y cuando los archivos descargados son poco numerosos".

En sentido contrario la STS 105/2009 de 30 de enero, F.D. 3º: "Y claro es que puede darse por acreditada tal actividad de difusión cuando las imágenes que se reproducen son de una cantidad tan ingente que puede entenderse existe una especie de "redifusión" de las mismas, desde el ordenador del sujeto activo de este delito, al poner de nuevo en la red un enorme material que se ha ido "recopilando" en variadas ocasiones por el autor. Estos han sido los casos más habituales de la doctrina de esta Sala Casacional hasta el momento (véase lo ya expuesto más arriba). Pero que eso sea así, no puede llevarnos a una interpretación tan abierta que sancione penalmente con penas de prisión que arrancan en cuatro años y se prolongan hasta los ocho años, conductas de internautas que lo único que hacen es navegar por la red, y todo lo más guardar tales imágenes en el sistema ("incoming") que se crea automáticamente por diferentes programas informáticos al uso. En este caso, tal archivo podrá ser considerado registrado para uso personal, lo que entrará de lleno en este tipo penal que se aloja en el art. 189.2 del Código penal, y que abre las barreras penales con una pena mucho más ajustada a la actividad del infractor, salvaguardando el principio de proporcionalidad en la aplicación del derecho penal. Pues, con independencia de las críticas doctrinales a su inclusión, lo cierto es que forma parte del derecho positivo, e incluso proporciona una mejor herramienta al intérprete que la consideración en todo caso de tal distribución o difusión, por mor del diseño de una serie de programas informáticos en la red." Aunque la Sentencia es de fecha anterior a la reforma de la LO 1/2015, el razonamiento en plenamente aplicable puesto que el tipo de la posesión de pornografía infantil no ha variado. En supuestos similares SSTS nº 829/2008; nº 696/2008; STS nº 292/2008.

⁷⁸ Este supuesto es estudiado por Sentencia nº 32/2018 de 6 febrero de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª)

La inclusión de esta conducta contó con la opinión favorable de la FGE que en su informe preceptivo al anteproyecto estableció que *aunque es evidente que existirán dificultades para su aplicación práctica, que en todo caso habrá de ser respetuosa con un derecho penal basado en el principio de culpabilidad, los efectos beneficiosos de prevención general que la tipificación expresa del acceso pueden generar, son fundamento suficiente para su incorporación al CP.*

Ya en la Consulta 3/2006 de 29 de noviembre, de la FGE, se expuso la tesis de que es el consumo de este tipo de material lo que opera como estímulo de su oferta, lo que haría necesario actuar sobre todos los niveles de este tipo de industria, justificando que *no trata el derecho penal de criminalizar el hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, pues la moral sexual no puede erigirse en el bien jurídico protegido.*

La conducta aparece recogida en el párrafo 2º del apartado 5 del art. 189 CP con la siguiente redacción:

La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

La tendencia expansiva hacia la criminalización de cualquier comportamiento relacionado con la pornografía infantil ha llevado a defender la tipificación del simple acceso o visionado, aunque a este debate ya dedicamos otro apartado de este trabajo.

El consumo de pornografía infantil en estos últimos años ha sufrido una transformación, en lo relativo a su distribución por internet, no utilizándose tanto la descarga directa a los dispositivos de los sujetos, sino que se produce mediante el uso de programas de mensajería instantánea (Whatsapp, Telegram...) o programas que comparten dicho material por la red, sin la necesaria descarga del mismo, lo que ha provocado la reacción del legislador para introducir la conducta del mero acceso (visualización) a sabiendas de un contenido pornográfico infantil, que no quedaba amparado por la conducta de la posesión.

La necesidad de incluir esta conducta que podemos asociar con el simple visionado de pornografía infantil, como merecedora de reproche penal, vino impuesta por la previsión que, en tal sentido, contenía en la Directiva 2011/93 /UE, concretamente en

su art. 5.3⁷⁹, que a su vez daba continuidad a otros instrumentos internacionales que abogaban por tal punición.⁸⁰

En lo que se referente a nuestro Código Penal, la mera posesión de pornografía infantil ya era una conducta típica desde la reforma operada por la LO 15/2003, con la redacción anterior a la reforma de la LO 1/2015, en la regulación relativa a la posesión de pornografía infantil, pero no cabía incriminar conductas de simple visionado de la pornografía, lo que habla de la intención del legislador de ir adelantando las barreras de protección frente a estas conductas, como se aprecia en las sucesivas reformas.⁸¹

Con la inclusión de esta conducta se trataba de eliminar una laguna en la punición de conductas cercanas a la posesión, en casos en los que el sujeto tenía contacto con el material pornográfico con un acceso en línea, pero sin llegar a materializar su descarga a su dispositivo, lo que impedía su sanción por el tipo correspondiente de posesión de material pornográfico para uso particular, ya que no se llegaba a producir un almacenamiento de ese material.

Por la propia redacción del tipo, no cabe duda de que estamos ante una conducta eminentemente dolosa (exige un visionado consciente y voluntario del material), no siendo posible su comisión por imprudencia, lo que indudablemente provocará problemas prácticos en la prueba necesaria de que un determinado acceso ha sido realizado con dolo directo, o por una imprudencia o accidentalmente, lo que sería una conducta atípica.⁸²

El carácter intencional del acceso podría acreditarse, teniendo en cuenta la frecuencia con la que el sujeto consulta en la red dicho material o si lo hace a través del recurso a los servicios de pago, u otras pruebas periféricas a la acción nuclear del acceso, entrando en juego con toda su dimensión el principio de valoración de prueba *in dubio*

⁷⁹ 3. *El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.*

⁸⁰ Ver art. 20.1. f) del *Convenio de Lanzarote*. Por el contrario, el *Convenio de Budapest de 2001 sobre la ciberdelincuencia* no incluyó en su art. 9 esta conducta de mero acceso entre las que los Estados debían sancionar penalmente.

⁸¹ Artículo 189. 2 CP. *El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*

⁸² La Circular 2/2015 FGE, concedora de este problema señala: “*Los Sres. Fiscales habrán de ser especialmente cuidadosos a la hora de acusar por este delito, teniendo en cuenta las graves dificultades probatorias que entraña. Habrá de optarse por no acusar cuando no esté suficientemente acreditada la intencionalidad del acceso a los contenidos pornográficos infantiles. La necesidad de que el acceso lo sea “a sabiendas” impone la exigencia de un dolo directo.*”

pro reo, pues en muchas ocasiones no se contará con prueba determinante de lo intencionado del acceso lo que, en relación con el principio de presunción de inocencia, evitará la criminalización de los accesos fortuitos o imprudentes.⁸³

Finalmente, señalar que, como ya tratamos, se pone en entredicho si penalizar esta conducta es conveniente, o adecuada teniendo en cuenta los principios del Derecho Penal (intervención mínima y *última ratio*), dado que la conducta de acceso consiste frecuentemente en un acto gratuito (no se generaría beneficio económico); la conducta no supone una lesión a la indemnidad y libertad sexual; y no es factible mantener que la citada figura delictiva protege el derecho a la intimidad y a la propia imagen, dado que el autor no dispone de poder de disposición alguno sobre dicho material, sin que la conducta implique lesividad alguna respecto al bien jurídico.

La equiparación de las conductas de posesión, adquisición y mero acceso al material pornográfico podría producir un efecto criminógeno ya que, si la sanción por acceder es la misma que por poseer o adquirir pornografía infantil, se optará por las últimas conductas, más lesivas que el mero acceso.⁸⁴

4) SUJETOS DEL DELITO

4.1) Sujeto activo

El concepto de sujeto activo viene predeterminado por la capacidad de acción, una vez que la descripción en la norma del sujeto activo delimita el ámbito de personas que pueden realizar la conducta, delimitando quienes pueden ser los autores materiales.⁸⁵

En las conductas recogidas en el art. 189.5 CP objeto del estudio, será común identificar como sujeto activo del delito a cualquier persona, sin que tenga que reunir ninguna cualidad específica, que realice las acciones típicas, a saber, adquirir, poseer, o

⁸³ Considerando 18 de la Directiva 2011/93/UE, (18), *Debe tipificarse como infracción penal el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil. Para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago.*

⁸⁴ BAUER BRONSTRUP Felipe. “Los delitos de pornografía infantil”. 2018.

⁸⁵ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L., Compendio de Derecho penal: parte general, 4.ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 279.

acceder a sabiendas a material pornográfico infantil, por lo que estamos ante los denominados delitos comunes.

En la práctica lo que mostrará más dificultades respecto del sujeto activo de esas conductas, será identificar concretamente al autor, puesto que la acción típica en la mayor parte de las ocasiones se llevará a cabo mediante tecnologías de la comunicación y la información, lo que permite el enmascaramiento de dicho sujeto activo.

El uso de programas informáticos *ad hoc* (*programas de intercambio peer to peer*⁸⁶), el uso de redes de acceso restringido, (la denominada “deep web”⁸⁷) navegadores capaces de hacer indetectable el origen físico de una conexión (navegador de la red Tor⁸⁸), el acceso no consentido a redes inalámbricas de otro usuario, son solo algunos de los problemas a los que los investigadores deben enfrentarse para poder determinar la autoría de las conductas recogidas en el art. 189.5 CP.

Más si cabe respecto del tipo de acceso a sabiendas de material pornográfico infantil, dado que suelen ser acciones cortas en el tiempo, sin descarga de material, que dejan poco o ningún rastro por el uso de las técnicas descritas anteriormente, lo que hace francamente difícil obtener una condena al no poder determinar a ciencia cierta la autoría de la conducta.

4.2) Sujeto pasivo

Según la definición tradicional, el sujeto pasivo se puede definir como el titular del bien jurídico protegido por la norma penal en cuestión. Es decir, los que detienen la titularidad del bien lesionado o puesto en peligro a través de la conducta prohibida.

⁸⁶ Una red peer-to-peer, red de pares, red entre iguales o red entre pares (P2P, por sus siglas en inglés) es una red de ordenadores en la que todos o algunos aspectos funcionan sin clientes ni servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan como iguales entre sí. Es más, actúan simultáneamente como clientes y servidores respecto a los demás nodos de la red. Las redes P2P permiten el intercambio directo de información, en cualquier formato, entre los ordenadores interconectados.

⁸⁷ Internet profunda, internet invisible o internet oculta es el contenido de internet que no está indexado por los motores de búsqueda convencionales, debido a diversos factores, normalmente para uso de actividades ilícitas.

⁸⁸ Tor es una red que implementa una técnica llamada Onion Routing (enrutado cebolla en castellano), diseñada con vistas a proteger las comunicaciones en la Marina de los Estados Unidos. La idea es cambiar el modo de enrutado tradicional de Internet para garantizar el anonimato y la privacidad de los datos.

Dada la íntima relación entre el sujeto pasivo, como titular, con el propio bien jurídico protegido, tenemos que traer a colación las reflexiones contenidas en el apartado dedicado al estudio del bien jurídico en relación con las conductas del art. 189.5 CP

Así manifestábamos que no estábamos ante un titular del bien jurídico individual, sino que estábamos ante un sujeto pasivo colectivo o plural, pues el bien jurídico protegido por la norma es también colectivo en cuanto a su titularidad, y se identifica con el conjunto de menores que ven vulnerados esos bienes jurídicos a través de las conductas de adquisición, posesión y acceso a pornografía infantil.

Si entendemos que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, o la imagen, intimidad o dignidad de los menores que intervienen en el material, será éstos los sujetos pasivos del tipo.

Si, por el contrario, y como mantiene la Fiscalía General del Estado, el bien jurídico no es personalísimo, sino que se identifica con la seguridad y dignidad de la infancia, el sujeto pasivo sería de carácter colectivo; de la misma manera si se considerara que el bien jurídico protegido por el tipo es la moral sexual colectiva.

En esta hipótesis, debemos señalar que los delitos que incorporan bienes jurídicos colectivos se presentan como infracciones de peligro, concretamente, como delitos de peligro abstracto (pues no es necesario que exista un peligro concreto para un bien jurídico). Los delitos contra bienes jurídicos colectivos suponen la anticipación de la intervención penal: en vez de esperar a que se produzca una lesión concreta, el ordenamiento opta por castigar ya conductas que generan un peligro para los bienes concretos.

Por ello la tipificación de las conductas recogidas en el art. 189.5 CP serían objeto de punición para así intentar evitar la lesión de bienes jurídicos individuales, que se identificarían con los de la propia imagen, dignidad, intimidad, o indemnidad sexual de los menores que son utilizados, normalmente mediante abusos, en los materiales pornográficos.

5) TIPO SUBJETIVO

Las conductas de adquisición, posesión y acceso a material pornográfico infantil solo pueden ser cometidas con carácter doloso, es decir, con el conocimiento y voluntad

del sujeto activo de realizar la acción típica. Incluso en la conducta acceso, la propia descripción de la conducta de acceso, ya exige dicho dolo directo (“a sabiendas”).

En lo relativo a la posesión, la primera dificultad que podríamos encontrarnos es sobre el alcance del dolo, puesto que será, en la práctica, complejo de probar si el dolo es solo de poseer para el uso propio (tipo del art. 189.5 CP), o si, por el contrario, posee para distribuir dicho material, caso en el que no encontraríamos en el tipo del art. 189.1 b) CP, no siendo únicamente relevante la cantidad de material que en un momento determinado posea el sujeto, en el sentido que más material suponga un indicio de su intención de distribuirlo.⁸⁹

Deberán ser los elementos periféricos a la conducta típica de poseer el material los que sirvan para acreditar la intención del autoconsumo o de la intención de compartir con otros ese material: así podemos citar, el lugar donde se ubiquen los archivos en el dispositivo con capacidad para compartir, o en un soporte digital aparte (memoria usb o disco óptico); si se trata de archivos que han sido ordenados o nombrados para realizar una distribución más eficaz; o ya en el propio perfil del sujeto, sus contactos con otros sujetos demandantes de ese tipo de material, o los propios conocimientos informáticos para realizar la difusión.⁹⁰

En los supuestos en los que al sujeto se le hubiera requisado material pornográfico del que solo se ha acreditado posesión; y también material respecto del que se ha

⁸⁹ STS nº 873/2009, de 23 de julio.

⁹⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 240/2020 de 26 mayo. JUR 2020\172855. Estima acreditada la conducta de difusión y no mera posesión por información aportada por los agentes policiales, pericial examinada y visionado de parte del contenido de los DVDs hallados en el domicilio del acusado. AP Barcelona (Sección 7ª), sentencia núm. 67/2020 de 28 enero. JUR 2020\132046. Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 27-10-2009: una vez establecido el tipo objetivo del art. 189.1.b) del CP, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos; dolo inferido de la gran cantidad de archivos de video y fotos encontrados en su ordenador, así como el conocimiento de la nomenclatura pedófila usada para discriminar sus búsquedas y el hecho de haber facilitado material a un tercero.

AP Barcelona (Sección 5ª), sentencia núm. 566/2016 de 28 julio. JUR 2016\210438: absuelve al acusado al entender que no existe prueba de la posesión y difusión, al existir archivos digitales, pero sin acreditar que han sido visualizados ni distribuidos unido a la falta en el pc de búsquedas de pornografía.

AP Madrid (Sección 7ª), sentencia núm. 840/2015 de 23 octubre. ARP 2015\1261: descarga mediante el programa «Phant» de multitud de archivos de contenido pedófilo, existencia de circunstancias que indican que conocía que los compartía con otros usuarios.

acreditado la difusión operaría el principio de absorción previsto en el art. 8.3 CP y solamente se castigaría la difusión.⁹¹

La prueba del dolo, además, tendrá papel indispensable para solucionar los problemas que se generan cuando los archivos pornográficos infantiles se almacenan sin el conocimiento del sujeto. Se podría referir inicialmente a archivos que se archivan en la memoria caché del dispositivo, cuya finalidad es acelerar la aparición de la página web solicitada, en futuras visitas.

Pues bien, en este caso entiendo sería atípica la conducta ya que no se podría acreditar el dolo, dada la falta de conocimiento en el almacenamiento del material pornográfico, situación que podría darse, actualmente, en el uso de servicios de mensajería instantánea (Whatsapp, Telegram...), en que es tan común pertenecer a grupos de chat integrados en muchas ocasiones por numerosos participantes.

En este contexto, podría ocurrir que alguien del grupo enviara al mismo material pornográfico infantil, que de manera automática estaría mostrado en el dispositivo de cada miembro del grupo, para lo cual es automáticamente descargado en dicho dispositivo, con lo que podríamos estar ante el tipo de posesión. Mi respuesta negativa a dicha posibilidad se basa en que el resto de los integrantes del grupo no podría cometer el delito al no tener conocimiento de la existencia de dicho material hasta que es visualizado a través de la aplicación correspondiente.

Lógicamente el borrado inmediato del material sería también un indicio cualificado a favor de la imposibilidad de cometer el tipo, aunque, por el contrario, en caso de que no fuera así, y éste permaneciera tiempo en el dispositivo, podría suponer un indicio a favor de la comisión del delito de posesión, aunque lógicamente tendría que ser puesto en relación con otros que apuntaran en la misma dirección.

La distribución pasiva deriva de los conocidos como programas para compartir archivos por Internet (peer to peer), en los cuales, a la vez que el usuario realiza una descarga, facilita el archivo de forma automática a otros usuarios para su descarga, de forma que la determinación del dolo dependerá de distintos factores, entre los que cabe mencionar el nivel de conocimiento en informática.

⁹¹ En este sentido se pronuncia la STS nº 1377/2011, de 19 de diciembre, en la que se afirma que la posesión guarda una relación de subsidiariedad de las conductas descritas en el apartado 1-b del art. 189.

6) PENOLOGÍA

El art. 189.5 CP, prevé la misma pena para las conductas de adquisición, posesión, y acceso a material pornográfico infantil: pena privativa de libertad de 3 meses a un año, o multa de seis meses a dos años.

Como se observa, las penas son alternativas, es decir, el Juez, con sujeción a lo pedido por las acusaciones, podrá imponer la pena privativa de libertad, o la multa, pero nunca ambas simultáneamente.

En lo relativo a la pena privativa de libertad, la redacción del art. 189.5 CP se adecúa a lo regulado por la Directiva 2011/93/UE en su art 5.2 y 5.3⁹², sin embargo, introduce la alternativa de castigar la conducta también con la multa, dando un campo penológico más amplio para que el castigo pueda ajustarse a la gravedad de dicha conducta.

Dado que expresamente el art. 189.2 CP remite a los actos previstos en el art. 189.1 CP como únicos a los que pueden aplicarse los subtipos agravados, éstos no son aplicables a las conductas de mera posesión, adquisición y acceso a material pornográfico del art. 1

⁹² 2. La adquisición o la posesión de pornografía infantil se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año. 3. El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.

Capítulo III

LAS MEDIDAS REGULADAS EN EL ART. 189.8 CP: LA RETIRADA DE PÁGINAS WEB, Y EL BLOQUEO DE ACCESO A USUARIOS DE LAS MISMAS

Esta medida responde a la medida a la ya evidente preocupación por la manera en que las tecnologías de la información estaban contribuyendo al aumento exponencial de la difusión, distribución, posesión y acceso mediante esas tecnologías a material pornográfico infantil, a la que hace referencia la Directiva 2011/93/UE.

El art. 189.8 CP señala:

8. Los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español. Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal.

El antecedente legislativo de esta medida, introducida por la LO 1/2015, hemos de buscarlo en la Directiva 2011/93/UE, concretamente en su art. 25⁹³, apartado 1, respecto de la retirada de páginas web, para los casos en que las páginas se encuentren fuera del territorio de un Estado, lo que le impediría retirar la página, pero sí podría bloquear el acceso a dicha página de los usuarios que se encuentren en su territorio⁹⁴.

⁹³ *Medidas contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil*

1. *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la rápida retirada de las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil que se encuentren en su territorio y procurarán obtener la retirada de las páginas de esa índole que se encuentren fuera de su territorio.*

2. *Los Estados miembros podrán adoptar medidas para bloquear el acceso a las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil a los usuarios de Internet en su territorio. Dichas medidas se establecerán mediante unos procedimientos transparentes y ofrecerán garantías adecuadas, sobre todo con miras a garantizar que la restricción se limite a lo necesario y proporcionado, y que los usuarios estén informados del motivo de la restricción. Estas garantías también incluirán la posibilidad de recurso a los tribunales.*

⁹⁴ Este problema ya se anticipaba en el Considerando 47 de la Directiva 2011/93/UE: *Ahora bien, a pesar de este esfuerzo, la retirada de contenidos de pornografía infantil a menudo no es posible cuando los materiales originales no se encuentran en la Unión, ya sea porque el Estado en que se encuentran los*

En ese caso, se introduce la posibilidad de bloquear el acceso a aquellos usuarios que pudieran tener acceso desde territorio nacional o de algún otro país de la Unión.⁹⁵

Para TOMÁS-VALIENTE LANUZA⁹⁶, *el bloqueo se representa como la única alternativa viable en el caso de páginas fuera de la Unión Europea dado que presumiblemente los alojadores de contenido no atenderán el mandato de Tribunal español que les ordene clausurar su página. Solo resta obligar a los proveedores de red que operan en España a que impidan que desde nuestro país pueda accederse a la misma.*

La Directiva otorgaba a los Estados miembros la posibilidad de articular esa lucha contra la difusión del material pornográfico a través fundamentalmente de internet mediante la retirada de la página web, o el bloqueo de acceso al misma, mediante iniciativas legislativas, no legislativas, o judiciales.⁹⁷

En el caso español, el legislador articula dichas medidas otorgando su adopción al poder judicial, lo que entiendo más adecuado, por cuanto podrían verse afectados derechos fundamentales o libertades públicas, lo que demanda una resolución judicial motivada.

En el año 2016 la Comisión Europea elaboró un informe para el Parlamento y el Consejo, en el que precisamente se evaluaba el impacto de la ejecución de las medidas implementadas por el art. 25 de la Directiva 2011/93/UE en relación con la retirada de páginas web, o bloqueo de acceso a usuarios.⁹⁸

El informe constata que internet ha provocado un gran aumento de los abusos sexuales a menores puesto que facilita el intercambio de pornografía infantil, proporciona

servidores no está dispuesto a cooperar o porque el obtener del Estado en cuestión la retirada del material resulta particularmente lento.

⁹⁵ Directiva 2011/93/UE, Considerando 47: “*También pueden crearse mecanismos para bloquear el acceso desde el territorio de la Unión a las páginas de Internet identificadas que contengan o difundan pornografía infantil.*”

⁹⁶ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *Los nuevos contornos de la protección penal de la protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal de 2015*, en *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*. P. 845. Dykinson. 2016.

⁹⁷ Directiva 2011/93/UE, Considerando 47:” *Las medidas adoptadas por los Estados miembros de conformidad con la presente Directiva con miras a retirar o, en su caso, bloquear los sitios web que contengan pornografía infantil pueden basarse en varios tipos de acciones públicas, como pueden ser: legislativas, no legislativas, judiciales u otras.*”

⁹⁸ Bruselas, 16.12.2016 COM (2016) 872 final. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo por el que se evalúa la ejecución de las medidas contempladas en el artículo 25 de la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.*

anonimato para los usuarios, lo que dificulta la persecución de las conductas, y que ese entorno de pseudoimpunidad hace que la demanda creciente de ese material lleve a aumentar el peligro de los abusos sexuales a menores. Por ello, el principal objeto de las medias recogidas en el art. 25 es “impedir la disponibilidad de la pornografía infantil” en internet.

Con respecto a la media de retirada (art. 25 apartado 1), el informe señala que los países han adoptado dos vías para su efectividad: las basadas en la Directiva sobre comercio electrónico⁹⁹, y las basadas en el derecho penal nacional.

Respecto de la primera vía, se basaron las medias sobre la base de exigir responsabilidad a los intermediarios de internet, que bien facilitan la transmisión o el servicio de acceso (IPS¹⁰⁰), o fundamentalmente a las empresas titulares de alojamiento de espacio web (Hosting¹⁰¹) o almacenamiento de datos en la nube (cloud data¹⁰²). Estas últimas solo podría eludir su responsabilidad de albergar contenido ilícito si acreditan que no tenían conocimiento ni control de la información o contenido ilícito almacenado; o actuaba con inmediatez para eliminar o impedir el acceso a dicho contenido en cuanto tenía conocimiento del mismo.

En el ámbito de la pornografía infantil, estos procedimientos adoptan la forma de mecanismos gestionados por partes interesadas que tienen por objetivo detectar los contenidos ilícitos alojados en la red y facilitar su rápida retirada.

Los Estados miembros han puesto en marcha procedimientos de este tipo a través de líneas telefónicas directas nacionales que permiten a los usuarios de Internet denunciar los contenidos de pornografía infantil que encuentren en línea. La organización INHOPE actúa como organización central de las líneas directas.¹⁰³

⁹⁹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior.

¹⁰⁰ Proveedores de servicios. En su término inglés Internet Provide Service.

¹⁰¹ El hosting es un servicio en línea que te permite publicar un sitio o aplicación web en Internet. Cuando te registras en un servicio de alojamiento, básicamente alquilas un espacio en un servidor donde puedes almacenar todos los archivos y datos necesarios para que tu sitio web funcione correctamente.

¹⁰² Se trata del alquiler por parte de los usuarios de internet de un espacio en el servidor de una empresa para alojar sus archivos.

¹⁰³ El INHOPE es un organismo internacional creado en 1999 que regula 51 líneas de denuncias de pornografía infantil en 45 países. www.inhope.org
Sobre la actividad de la línea directa de denuncias en 2019 ver https://inhope.org/media/pages/the-facts/download-our-whitepapers/009c452175-1595854476/annualreport_inhope_2019.pdf

El funcionamiento de dichas líneas directas, requieren acciones comunes en todos los Estados miembros: determinación de dónde están alojados los contenidos pornográficos tras recibir la denuncia; analizar los contenidos denunciados; si se verifica su ilicitud, comunicar al prestador de los servicios de alojamiento en línea la existencia de dicho contenido; y una vez informado de la existencia de contenidos ilícitos en sus servidores, el prestador de servicios de alojamiento podrá ser considerado responsable si no los retira de conformidad con las normas nacionales aplicables.

En el caso particular de España el informe señala: “*La situación en ES requiere un examen más atento de la situación de las líneas directas.*”

Los Estados miembros que no cuentan con una línea directa plenamente operativa (como el caso de España) transponen esta disposición mediante el intercambio de información, generalmente a través de Europol e Interpol, entre las autoridades policiales del país del que proviene la denuncia y las del país en el que los contenidos están alojados.

En lo que se refiere la retirada de contenidos ilegales mediante la legislación penal nacional, el informe señala que las medidas adoptadas por los Estados han sido de dos tipos: unos han utilizado las que permiten la incautación del material pornográfico, como instrumento de comisión del delito, como cualquier otro delito; y otros han aprobado disposiciones específicas para regular esas medidas, que es el caso de España con la introducción de los instrumentos de retirada, y bloqueo de acceso del art. 189.8 CP.

Pero la introducción en la legislación nacional de las demandadas medidas de control de contenidos en línea, no solo se llevó a cabo mediante la previsión del art. 189.8 CP, sino también mediante la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*¹⁰⁴, fundamentalmente en su art. 16¹⁰⁵, en lo

¹⁰⁴ *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.* Publicada en BOE núm. 166, de 12/07/2002.

¹⁰⁵ *Artículo 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos. 1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:*

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de

relativo a los prestadores de alojamiento de datos (Hosting); y el art. 17¹⁰⁶, respecto de los proveedores de búsquedas y suministradores de enlaces a contenidos ilícitos.

En ambos supuestos se recoge que los prestadores de servicios de alojamiento no serán responsables de los contenidos que alojan, y los proveedores de enlaces tampoco de que existan en una página enlaces a material ilícito, siempre que, en ambos casos, desconozcan la ilicitud del material alojado y enlazado, o si lo conocen, actúen con la suficiente diligencia para su retirada o bloquear su acceso¹⁰⁷.

Es decir, la norma atribuye la obligación de ejecutar la retirada de contenido o bloqueo de acceso a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, complementando así las competencias judiciales a las que hace referencia el art. 189.8 CP. Entiendo que la medida supone una mejora en la efectividad de las acciones de retirada de contenido y bloqueo de acceso, dado que los propios prestadores del servicio tienen herramientas inmediatas para hacer valer esas acciones, con más inmediatez que las que pudieran ser acordadas en sede judicial.

Entiendo que es una medida adecuada puesto que impone esas obligaciones de control a aquellas empresas que obtienen un lucro económico, fundamentalmente por dos vías: bien mediante el cobro de una cantidad a sus usuarios para que éstos alojen sus

contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

¹⁰⁶ Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

¹⁰⁷ Este régimen de exención de responsabilidad ya era recogido por la 3 Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, de 8 de junio de 2000.

contenidos; o bien mediante el beneficio que la titular de la web obtiene de la publicidad que aparece en su interfaz cuando los usuarios acceden (Banners¹⁰⁸).

Se trata de que a aquellas empresas que, mediante los servicios que ofrecen, son correa de difusión de materiales ilícitos y en concreto de la difusión de los materiales pornográficos infantiles, se les exija la obligación de controlar, en la medida de lo técnicamente posible, los contenidos que alojan o enlazan, y de responder con inmediatez a los requerimientos de autoridades, ya sean administrativas o judiciales, para eliminar esos contenidos, o bloquear el acceso de los usuarios a los mismos.

En el año 2017 la Comisión redactó una Comunicación¹⁰⁹ realizando un análisis sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios en línea en relación con los contenidos ilícitos en internet. Recoge una serie de exigencias dirigidas a las plataformas en línea para que intensifiquen su lucha contra los contenidos ilícitos en línea en cooperación con las autoridades nacionales, los Estados miembros y otras partes interesadas. Señala que, en sus Comunicaciones de 2016 y 2017¹¹⁰, la Comisión ya subrayó la necesidad de que las plataformas en línea actúen de manera más responsable y redoblen sus esfuerzos de autorregulación para retirar contenidos ilícitos.

Finalmente, cerrando este punto de análisis respecto de la lucha contra la difusión de la pornografía infantil a través internet, haremos referencia a la Recomendación (UE) 2018/334¹¹¹ en la que se fijan líneas de actuación tendentes a mejorar la lucha contra los contenidos ilícitos en internet.

En los que se refiere al material pornográfico infantil, el Considerando 10 insiste en la idea de que los Estados introduzcan medidas para la retirada de páginas web con ese contenido, o para bloquear el acceso de los usuarios a las mismas, tal y como les exigía la Directiva 2011/93/UE. De la misma manera, en su Considerando 28 reitera la necesidad

¹⁰⁸ Un banner o más formalmente web banner, es un formato publicitario en Internet. Es un tipo de anuncio que generalmente es empleado en la publicidad llamada display, piezas publicitarias de contenido gráfico que se encuentran localizadas en diferentes páginas web. La web donde el banner va incluido tiene como objetivo que el anunciante pague por esa publicidad que los visitantes van a ver.

¹⁰⁹ Bruselas, 28.9.2017 COM (2017) 555 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre *la lucha contra el contenido ilícito en línea*, y una *mayor responsabilización de las plataformas en línea*.

¹¹⁰ COM (2016) 288 y COM (2017) 228.

¹¹¹ *Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión de 1 de marzo de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea*. Publicada en DOUE de fecha 6-3-2018.

de establecer una “cooperación fluida efectiva y adecuada” entre las autoridades que el Estado designe, y los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

La finalidad de la Recomendación es establecer un mecanismo ágil para combatir los contenidos ilícitos en línea, mediante la concienciación de los prestadores de servicios de alojamiento de que deben ser parte esencial de la lucha por erradicar esos materiales, o por lo menos para frenar la difusión de los mismos, todo ello sin perjuicio de las potestades administrativas o judiciales de los Estados para lograr la retirada de una web, o de bloquear el acceso a la misma como recoge nuestro Código Penal en su art. 189.8.

La introducción de estas medias de retirada y bloqueo de acceso, fueron aplaudidas por el Informe del Consejo Fiscal de 20 de diciembre de 2012, al afirmar que *la incorporación de esta expresa previsión legal debe valorarse positivamente, si bien esta novedad no ha de impedir que las técnicas de bloqueo puedan aplicarse por la autoridad administrativa extrajudicialmente.*¹¹²

MORILLAS FERNÁNDEZ, aun entendiendo positiva las medidas, se hace eco de críticas a las mismas, señalando que *desde algunos sectores se han formulado objeciones a su uso por considerar que atentan contra la libertad de expresión y comunicación.*¹¹³

ORTS BERENGUER, señala que *la medida es coherente con la línea seguida en la lucha contra la pornografía infantil y elaborada con personas discapacitadas, y hasta donde se me alcanza, es técnicamente practicable.*¹¹⁴

¹¹² Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. Madrid, 20 de diciembre de 2012.

¹¹³ MORILLAS FERNANDEZ David Lorenzo, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Dykinson. 2015.

¹¹⁴ ORTS BERENGUER, Enrique. *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*. 2ª Edición Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

Capítulo IV

MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN ELECTRÓNICA EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

Dado que a través del presente trabajo se ha puesto de manifiesto que las tecnologías de la información han supuesto el vehículo de expansión más importante de las conductas relacionadas con la producción, distribución, posesión y acceso a material pornográfico infantil, era necesario dotar al Estado de Derecho de las herramientas necesarias para poder combatir esas conductas en el ámbito digital, puesto que las existentes no era ya eficaces en este nuevo campo de juego.¹¹⁵

Con carácter originario el Convenio de Budapest de lucha contra la ciberdelincuencia de 2001, dedica la Sección 2ª del Título II a implementar medidas procesales, de investigación informática, estableciendo medidas de cooperación entre los Estados firmantes tendentes a potenciar la lucha contra la delincuencia independientemente del país en el que se produjera.¹¹⁶

¹¹⁵ En este sentido el Preámbulo del Convenio de Budapest de 2001: *Conscientes de los profundos cambios provocados por la digitalización, la convergencia y la globalización continua de las redes informáticas; Preocupados por el riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas igualmente para cometer delitos y de que las pruebas relativas a dichos delitos sean almacenadas y transmitidas por medio de dichas redes; (...).*

Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual hecho en Lanzarote en 2007: *Constatando que la explotación sexual de los niños, en particular la pornografía y la prostitución infantil, y todas las formas de abuso sexual infantil, incluidos los actos cometidos en el extranjero, ponen en grave peligro la salud y el desarrollo psicosocial del niño; Constatando que la explotación y el abuso sexual de los niños han adquirido dimensiones preocupantes tanto a nivel nacional como internacional, especialmente por lo que respecta al uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores, y que, para prevenir y combatir dicha explotación y abuso, es indispensable la cooperación internacional;*

¹¹⁶ “Tiene por objeto ofrecer respuestas efectivas frente a la ciberdelincuencia a partir de un esfuerzo de colaboración y coordinación en el que deben implicarse las autoridades e instituciones con responsabilidad en esta materia en los diversos Estados. Este esfuerzo se concreta en dos objetivos específicos que son comunes a la generalidad de los tratados de similar naturaleza: promover, potenciar y facilitar la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, tanto en los aspectos de carácter penal sustantivo como los relativos a la normativa procesal o a la investigación criminal.” TEJADA DE LA FUENTE, Elvira, "Introducción: ciberseguridad y ciberdelincuencia. Respuestas desde el estado de derecho. La autorización legislativa transnacional, en particular: las medidas de investigación criminal en la Convención de Budapest" en ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio (Coord.), *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*. Aranzadi, Cizur Menor, 2017. P 44-46.

Sin ánimo de ser demasiado detallado en el análisis, ya que no es el objeto del trabajo, debemos destacar la intención del Convenio de solicitar a los Estados firmantes, la implementación de medidas legislativas relativas a: poder requerir a particulares a comunicar datos informáticos que posea; a un proveedor de servicios, datos relativos a abonados (que permitan identificar el tipo de conexión utilizada, y la identidad, dirección física, número de teléfono del abonado...) ¹¹⁷; facultades de acceso o registro de sistemas de almacenamiento informático, incluso si es posible mediante un acceso remoto; confiscación, copia, preservación, o inutilización de los datos informáticos hallados en el dispositivo objeto de registro ¹¹⁸; obtener o grabar en tiempo real los datos sobre el tráfico asociados a comunicaciones específicas transmitidas en su territorio por medio de un sistema informático ¹¹⁹; interceptar en tiempo real los datos sobre el contenido de determinadas comunicaciones en su territorio, transmitidas por medio de un sistema informático. ¹²⁰

El Título III del Convenio se dedica a solicitar a los Estados que implementen medidas dirigidas a mejorar la cooperación entre los distintos Estados firmantes, lo más relevante, tras la mención de principios genéricos de cooperación relativos a la asistencia mutua, es la regulación de diversos mecanismos de obligado cumplimiento para los Estados: el procedimiento de conservación rápida de datos informáticos almacenados (art. 29) ¹²¹; la revelación rápida de datos conservados sobre el tráfico (art. 30) ¹²²; o los mecanismos de asistencia mutua en materia de acceso a datos informáticos almacenados, la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico, la interceptación de datos sobre el contenido, o sobre el acceso transfronterizo a datos almacenados, con consentimiento o cuando estén a disposición del público (arts. 31 a 35).

¹¹⁷ Art. 18 regula la “orden de presentación”

¹¹⁸ Artículo 19 sobre Registro y confiscación de datos informáticos almacenados.

¹¹⁹ Artículo 20. Obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico.

¹²⁰ Artículo 21. Interceptación de datos sobre el contenido.

¹²¹ 1. Una Parte podrá solicitar a otra Parte que ordene o asegure de otra forma la conservación rápida de datos almacenados por medio de un sistema informático que se encuentre en el territorio de esa otra Parte, respecto de los cuales la Parte requirente tenga la intención de presentar una solicitud de asistencia mutua con vistas al registro o al acceso de forma similar, la confiscación o la obtención de forma similar, o la revelación de los datos.

¹²² 1. Cuando, con motivo de la ejecución de una solicitud presentada de conformidad con el artículo 29 para la conservación de datos sobre el tráfico en relación con una comunicación específica, la Parte requerida descubra que un proveedor de servicios de otro Estado participó en la transmisión de la comunicación, la Parte requerida revelará rápidamente a la Parte requirente un volumen suficiente de datos sobre el tráfico para identificar al proveedor de servicios y la vía por la que se transmitió la comunicación.

Apuntaban RIFÁ SOLER Y RICHARD GONZÁLEZ¹²³, que la introducción de esas medias en el ordenamiento jurídico español era obligada dada la ausencia de unas herramientas de investigación adecuadas a las nuevas modalidades delictivas a través de las TIC, y muy especialmente en el ámbito de la pornografía infantil. Señalan que la reforma otorga un rango legal a un buen número de posibles intervenciones de comunicaciones que hasta el momento adolecían de la base legal exigida por el TC.

Aunque tardíamente, el legislador español tan reacio siempre a la modificación de las normas procesales penales finalmente adoptó las modificaciones necesarias en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incorporar la gran mayoría de las medias de investigación relacionadas en el Convenio de Budapest de lucha contra la ciberdelincuencia.

Esta modificación se llevó a cabo por la *LO 13/2015, de 5 de octubre*¹²⁴, que introduce en la LECrim., concretamente en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo IV.¹²⁵

El art. 588 bis a LECrim. establece –como presupuesto indispensable para la adopción de cualquier medida de investigación tecnológica– la existencia de una autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Se consagra el monopolio judicial, sin perjuicio de algunas concretas actuaciones que la Ley permite llevar a cabo a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal.¹²⁶

El cumplimiento del principio de especialidad exige que cualquier resolución judicial que acuerde la práctica de una diligencia de investigación tecnológica en un procedimiento deba indicar el delito concreto que se investiga y los sujetos sospechosos

¹²³ RIFÁ SOLER, José María y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. El proceso penal práctico. Wolters Kluwer, 7ª edición, Las Rozas, 2017.

¹²⁴ *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.* Publicado en el BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219. Entró en vigor a los dos meses de su publicación, con excepción de los apartados uno, tres, cuatro, cinco y seis del artículo único que lo harán el 1 de noviembre de 2015.

¹²⁵ “*Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos*”

¹²⁶ En ese sentido ya el TS exigía dicha autorización judicial. Por todas citar la STS n.º 692/1997, de 7 de noviembre.

investigados, con expresión de los elementos identificadores de los que se disponga en ese momento, llevando a cabo una delimitación del objeto de la medida que excluya investigaciones prospectivas o genéricas.

Los principios de excepcionalidad y necesidad exigen que la resolución judicial justifique expresamente que los resultados que se pretenden obtener con la medida de investigación no puedan ser recabados de otra forma menos gravosa para el derecho fundamental afectado, de manera que la adopción de la medida sea estrictamente imprescindible desde la perspectiva del caso concreto.¹²⁷

La resolución judicial que autorice una medida de investigación tecnológica deberá contener una descripción de los hechos que se investigan y su calificación jurídica.¹²⁸

En lo relativo a la investigación de delitos cometidos a través de medios informáticos, la reforma introduce en sus artículos 588 ter k a 588 ter m, los procedimientos válidos para obtener datos de titularidad de una dirección IP¹²⁹, aquella que identifica un dispositivo que se conecta a internet; para identificar a titulares de los terminales utilizados mediante captación de códigos de identificación del terminal que se conecta a la internet a través de la red móvil de los distintos operadores, (smartphone, tablet...), como por ejemplo el IMSI¹³⁰ o IMEI¹³¹; o para conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación.

¹²⁷ Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicada en BOE 22 de marzo de 2019.

¹²⁸ Según ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, la resolución judicial exigida es "la encarnación formal de la proporcionalidad de la medida." ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. A "Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad", en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, Bosch Editor, 2018, nº 1. pp 85-136.

¹²⁹ La dirección IP es un conjunto de números que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una Interfaz en la red (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo (computadora, laptop, teléfono inteligente) que utilice el protocolo (Internet Protocol).

¹³⁰ IMSI es el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity (Identidad Internacional del Abonado Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, integrado en la tarjeta SIM, que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS.

¹³¹ El IMEI (del inglés International Mobile Equipment Identity, identidad internacional de equipo móvil) es un código USSD pregrabado en los teléfonos móviles GSM. Este código identifica al aparato de forma exclusiva a nivel mundial, y es transmitido por el aparato a la red al conectarse a esta.

En estos casos *podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento.*

Igualmente, de gran transcendencia en la investigación de los delitos que afectan a menores, entre los que se encuentra la pornografía, los arts. 588 sexies a – 588 sexies c, regula el procedimiento para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, utilizados habitualmente para guardar grandes cantidades de archivos de pornografía infantil.¹³²

Ahora la obligación de los prestadores de servicios de colaborar con todas estas medidas de investigación viene derivada del mandato judicial, sin perjuicio de las obligaciones de colaboración que ya les imponían las normas europeas a las que nos referimos en el punto anterior, en lo relativo a la retirada de páginas web y bloqueo de acceso.

Por último, conviene hacer referencia a las medias de aseguramiento que introdujo la reforma, en consonancia con las previsiones similares que ya contenía el Convenio de Budapest, en lo relativo la “orden de conservación de datos” que se encuentren en un dispositivo de almacenamiento, para evitar su pérdida en tanto se obtienen la preceptiva autorización judicial para la intervención de dichos datos. Podrá ser instada por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, con una duración máxima de 90 días prorrogable hasta un máximo de 180 días.

GARACIMARTIN MONTERO¹³³, considera dicho plazo máximo algo insuficiente habiendo sido deseable una previsión de un plazo más extenso para permitir una investigación de hechos delictivos de gravedad que pueden quedar impunes por no poder asegurar la conservación de datos esenciales para dicha investigación.

¹³² Sobre el registro de dispositivos ver STS nº 342/2013 de 17 de abril.

¹³³ GARCIMARTIN MONTERO, Regina. *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

CONCLUSIONES

1) El incremento de las conductas de pornografía infantil a través del uso de las TICs

La explotación sexual infantil se ha convertido en un problema de primera magnitud a nivel mundial, cuya dimensión no ha hecho más que crecer al mismo tiempo que la globalización, lo que ha provocado que la persecución de estas conductas sea cada vez más compleja. Las TICs no han hecho más que potenciar las conductas típicas asociadas a la pornografía infantil, tanto en lo referente a la distribución, como al consumo e intercambio de dichos materiales.

2) El concepto de pornografía infantil

Menos controversia he visto que existe sobre el concepto de pornografía infantil, una vez que ésta fue inserta en diversos instrumentos normativos internacionales, y comunitarios, hasta llegar a la definición contenida en el art. 189 de nuestro Código Penal, que no hace sino prácticamente transcribir la contenida en la Directiva 2011/93/UE.

Quizás lo más problemático era la falta de la incorporación de una definición legal del concepto, pues no había norma sustantiva penal que aportara tal concepto, lo que hacía que fuera, fundamentalmente la jurisprudencia la que fuera dando un contorno a los materiales que deberían caer dentro de su concepto, y cuáles deberían quedar fuera de la tipicidad de las conductas relacionadas con dicho material pornográfico infantil.

Las críticas tras la adopción de la definición contenida en el art. 189 CP (heredera como decimos fundamentalmente del Convenio contra la Ciberdelincuencia de Budapest del año 2001, y la Directiva 2011/93/UE) se centran en considerar dentro de esa definición los materiales denominados como pornografía virtual, técnica, y la pseudopornografía.

La tacha que se realiza a las mismas, con la que ya he dicho me alinee, es que estos materiales tienen en común que no son utilizados menores “reales” como se explicó a lo largo del trabajo, por lo que no es defendible que exista un bien jurídico, ni siquiera abstracto, tributario de protección por el derecho penal.

3) La respuesta del ordenamiento jurídico penal: expansión siguiendo las directrices de la UE. Criticas doctrinales

Este problema ha tenido su reflejo en las sucesivas reformas penales operadas en el ordenamiento jurídico español que han supuesto sin excepción un endurecimiento de las penas y una expansión de las conductas típicas.

Dichas reformas no han hecho sino trasladar las exigencias que en tal sentido se realizaban a nivel internacional y de la UE. Los convenios internacionales y directivas europeas tienen una vocación de agravación punitiva, pretendiendo luchar contra la pornografía infantil a partir del establecimiento de las conductas tipificadas que deben ser incorporadas a las legislaciones nacionales.

La Directiva 2011/93/UE, que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI, avanza en este camino, y con el carácter armonizador que le compete, introduce en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, las conductas que han de quedar tipificadas penalmente, siendo la más polémica la que es objeto del presente trabajo, a saber, la adquisición, posesión o acceso a pornografía infantil. Ello supone el adelantamiento de las barreras de protección del derecho penal hasta límites muy criticados por amplios sectores de la doctrina científica.

En relación con la mera posesión o el acceso a pornografía infantil, se critica que se están tipificando conductas inocuas que no representan ni amenaza ni peligro para bien jurídico alguno, por el simple hecho de ser conductas que se alejan de las prácticas mayoritarias, pero que no amenazan a ningún bien jurídico merecedor de protección.

Responde esta ampliación en la tipificación de conductas a una respuesta ante el gran impacto que la TIC han tenido en la distribución de material pornográfico

La LO 11/1999 de 30 de abril, respondiendo a esa necesidad penalizó la *posesión para el tráfico o producción* de este material, lo que generó un amplio debate en la doctrina por la indeterminación de la posesión de material pornográfico para el consumo propio o para la difusión, venta o exhibición.

Posteriormente la LO 15/2003, de 25 de noviembre, sigue esa línea expansiva, interviniendo en ámbitos en los que no es fácil determinar cuál es el bien jurídico afectado y acudiendo a la creación de delitos de peligro abstracto para castigar conductas previas donde la afectación de un bien jurídico es muy discutible.

Así, se tipifica la posesión para uso propio de material pornográfico invadiendo el terreno más íntimo de la privacidad de los ciudadanos. Se incrimina asimismo la denominada pseudopornografía, situación ésta en la que no han sido utilizados directamente menores o incapaces, pero se emplea, su voz o imagen alterada o modificada.

La reforma del artículo 189 del CP operada por la LO 5/2010 de 22 de junio desoyó las numerosas críticas realizadas desde la doctrina para que se destipificara la posesión de pornografía infantil y la pornografía virtual por la falta de lesividad a bien jurídico alguno, conductas que se mantienen tras la reforma operada en el citado artículo por la LO 1/2015, ampliando a la adquisición, y al acceso a través de sistemas de la sociedad de la información.

4) La necesidad de destipificación de algunas de las conductas debido a la ausencia de lesión del bien jurídico

Este afán expansivo de tipificación de conductas en lo relativo a la mera posesión y acceso a pornografía infantil, sigue recibiendo duras críticas fundamentadas en argumentos de los más variados, que abogan por su despenalización. Esgrimen la idea de que el Estado recurre a la tipificación porque cuenta con el respaldo de amplios sectores de la población que se sienten conformes con la creación de este tipo dirigido a los consumidores considerados una amenaza y un peligro para la sociedad.

Una de las razones jurídicas para la destipificación de la posesión para el propio consumo de pornografía infantil es la ausencia de lesividad contra el bien jurídico de la indemnidad sexual de los niños. El acto de visionado de las imágenes está alejado material y temporalmente de la acción originaria de abuso y de las conductas propias del tráfico como la elaboración, difusión o comercialización del material.

En este sentido, la mera posesión es una conducta inocua, que se desarrolla en la esfera privada, que carece de efectiva peligrosidad en relación con los intereses tutelados. La satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, queda dentro de la moral sexual de cada persona y ello no justifica la intervención penal en este ámbito.

Por otro lado, los autores críticos señalan que la represión penal de la posesión resulta ineficaz desde el punto de vista preventivo y además tiene altos costes económicos que implican activar los mecanismos dentro del sistema de justicia penal para perseguir

y reprimir el comportamiento del simple usuario que visita una página de pornografía infantil.

Finalmente afirman que la mera posesión es contraria al principio de mínima intervención y *ultima ratio*, resultando excesivo el castigo de la simple tenencia del material pornográfico con fines de autocomplacencia.

Quienes defienden estos postulados, críticos con la indeterminación en la tipificación de las conductas, la indefinición de los bienes jurídicos protegidos, el adelantamiento de la punibilidad guiado por el criterio de peligrosidad, o la relajación de las garantías orientados por la ideología de la seguridad, afirman que en realidad la seguridad que está en riesgo es la seguridad jurídica de los ciudadanos ante la extralimitación del ámbito penal del Estado.

Concluyen que no existen razones válidas de política criminal, ni de orden jurídico, ni prácticas, para que continúe tipificada la posesión de pornografía infantil en el Código Penal español. Contrario a ello, su tipificación afecta principios constitucionales, derechos y garantías de los ciudadanos.

5) El aplauso de otro sector doctrinal a la tipificación de las conductas

En sentido contrario se encuentra otra parte de la doctrina científica, aunque minoritaria, y la FGE que defienden la tipificación de las conductas de adquisición, posesión y acceso, que se ha realizado a través de las sucesivas reformas legislativas, apoyándose igualmente en diversos argumentos.

Fundamentalmente se centran en tres: el controlar la oferta a través de la demanda, de tal manera que anulando esta última, ser haría innecesario la producción y distribución de material; la evitación de estímulos en el consumidor de pornografía infantil que le lleven a pasar de la mera contemplación al abuso de menores; y un cierto estado de empatía con la víctimas que son utilizadas en la producción del materiales, señalando que han de ser protegido su derecho a la intimidad y propia imagen, que se vería violentado con el visionados de las imágenes en las que intervienen los menores.

Estaría pues justificado ese adelantamiento de las barreras de protección penal, a través de tipos penales de peligro abstracto, que protegerían la indemnidad sexual, no de un menor en concreto, sino de los menores como colectivo, así como su dignidad, tal y como defiende igualmente la FGE.

6) Posición personal: necesidad de tipificación siempre que hayan intervenido menores reales

Personalmente como manifesté en el punto correspondiente del trabajo, me muestro conforme con la punición de las conductas de posesión y acceso, ya que coincido en que existe un bien jurídico digno de protección, identificado con la dignidad, la intimidad y la propia imagen de los menores que son violentados cada vez que se produce la visualización de las imágenes en las que han sido obligados a participar.

Igualmente creo que dicha penalización es un eslabón más en la lucha que se debe redoblar en los abusos a menores, dado que entiendo que la demanda de ese tipo de material, es un motor que no hace sino aumentar la producción de material para satisfacer esa demanda, y que entiendo existente esa relación entre un primer estadio del consumidor que posteriormente se convierte en abusador de menores (agresores duales), ya que como mantienen diversos estudios, el consumo alimenta la fantasía, y ello hace que intenten repetir las acciones visualizadas a través de abusos a menores.

Igualmente debo matizar esta opinión favorable refiriéndome a la pornografía virtual y técnica, o a la pseudo-pornografía, pues en estos materiales como expliqué, no intervienen realmente menores, por lo que no puedo justificar un ataque a un bien jurídico ni siquiera de carácter abstracto, por lo abogaré por la eliminación de dichos contenidos del concepto de pornografía infantil, por lo que resultarían atípicos.

7) La necesidad de implicación de los proveedores de servicio en la retirada de páginas web y el bloqueo de acceso

La segunda parte del trabajo se centra en las medidas contempladas en el art. 189.8 CP, de retirada de páginas web con material pornográfico infantil, y el bloqueo de acceso de usuarios a las mismas.

Dichas medidas son introducidas por la reforma operada por la Ley 1/2015, y son una respuesta a la necesidad acuciante de dar respuesta al descontrolado aumento de la distribución de ese tipo de material a través de las TIC, ya sea mediante páginas web que alojan ese contenido, páginas que alojan enlaces para acceder al mismo, mediante programas de conexión P2P (peer to peer), o de mensajería instantánea, por citar los más usados.

Digamos que el bloqueo de acceso a usuarios es una medida “subsidiaria” para los casos en que no sea posible la retirada de los contenidos por estar alojados en servidores fuera del territorio nacional, o fuera del alcance de las medidas de cooperación establecidas por el Convenio de Budapest. De esta manera, aun no pudiendo retirar el material, es posible el bloqueo del acceso a los usuarios que se conecten desde territorio nacional.

En la efectividad de estas medidas es imprescindible el concurso y la implicación de los proveedores de servicios de internet, ya sean operadoras que proporcionan el acceso, ya sean empresas que ofrecen la posibilidad de alojamiento de esos materiales ilícitos.

Entiendo adecuado y necesario que se les exija a todos esos operadores, que obtienen un beneficio de sus actividades, que igualmente soporten las obligaciones que le son impuestas de control y de colaboración con las autoridades, ya sean penales (a través del citado art. 189 CP) o administrativas (fundamentalmente a través de los mandatos de la LSSI), en la lucha por la eliminación de este tipo de material pornográfico infantil.

Dichos proveedores gozan de la posición precisa, desde el punto de vista de la técnica y la eficacia de las medidas, para ejecutar las medidas tanto de retirada, como de bloqueo de acceso que sean judicialmente instadas, principalmente a instancias del Ministerio Fiscal.

Igualmente, por las disposiciones de la LSSI deben tener unas normas de *compliance* o *accountability* respecto de su actividad de alojamiento y publicación de enlaces a material pornográfico, de tal manera que han de acreditar para eximirse de responsabilidad que, o bien, no conocían la existencia del material, o bien, que conociéndolo han hecho todo lo posible por su retirada o bloqueo inmediato.

Como digo su concurso y colaboración son imprescindibles para la dura lucha contra la propagación del material pornográfico infantil a través de las TIC’s.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. A” *Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad*”, en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, Bosch Editor. Barcelona. 2018, nº 1.

BAUER BRONSTRUP, Felipe. *Los delitos de pornografía infantil*. Bosch Editor. Barcelona. 2018.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio.; ARROYO ZAPATERO, Luis.; y otros, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Experiencia, S. L., Barcelona, 2004.

CARUSO FONTÁN. María Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los Delitos contra la Libertad Sexual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CUGAT MAURI, Miriam, *Prostitución y corrupción de menores e incapaces*, en Francisco Javier Álvarez García (Director), *Derecho penal español. Parte Especial (I)*, 2.ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto / HERNANDEZ DÍAZ, Leyre en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (dir.) / DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier (coord.), *Derecho penal informático*, 1ª ed., Aranzadi. Cizur Menor. 2010.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Los Delitos De Pornografía Infantil. Aspectos Penales, Procesales Y Criminológicos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ESPÍN, Eduardo. *Los derechos de la esfera personal*, en LÓPEZ GUERRA, *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, 1994.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*El tipo de posesión de Pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación*”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, nº 18, 2006.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G., *Ciberdelitos, los delitos cometidos a través de internet*. Ed. Constitutio Criminalis Carolina, España, 2007.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: cuestiones claves*, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, segunda época, nº 20, año 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estado de Derecho y Ley Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Prólogo al CP*, 21ª ed., Tecnos. Madrid. 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Presentación del libro en Roland HEFENDEHL (edit.) *“La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?”*, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, S. A, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, en: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo / GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta / VILLA SIEIRO, Sonia Victoria (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 1ª ed., 2013.

MARTÍN LORENZO, María, *Libertad e Indemnidad sexuales*, en ORTIZ DE URBINA, Gimeno (Coord.), *Memento Experto, Reforma Penal 2010, Ley Orgánica 5/2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

MAYER LUX, Laura (2014) *“Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”*, en *Revista Política Criminal*, Vol. 9, N° 17.

MORALES PRATS, Fermín, *Los ilícitos en la Red (II): Pornografía infantil y cibercriminalidad* en ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídicos-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Ed. Comares, Granada, 2006.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo: *“Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil”*, en Javier García González (Coordinador), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Dykinson. Madrid. 2015.

MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo, “*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*”. Monografías de Derecho Penal. Ed. Dykinson. Madrid. 2005

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal*, en Cuadernos de Política Criminal, nº. 108 Época II, diciembre 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BOUYSSOU, Norma Isabel. *Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil*. Tesis Doctoral que presenta la Doctoranda para optar al título de Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel POLAINO NAVARRETE Facultad de Derecho Universidad de Sevilla Curso académico 2014/2015.

LEMINEUR RETANA, Marie-Laure: *El combate contra la pornografía infantil en Internet. El caso de Costa Rica*. San José, ADC Asesoría Creativa S.A., 2006.

ORTS BERENGUER, Enrique; ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos y delitos comunes, cometidos a través de la informática*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001.

ORTS BERENGUER, Enrique. *Los delitos contra la libertad e intimidad sexuales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho penal: parte general*, 4.ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014.

ORTS BERENGUER, Enrique. *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*. 2ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

ORTS BERENGUER, Enrique, “*Concepto de material pornográfico en el ámbito penal*” en *Delitos Sexuales Contra Menores Abordaje Psicológico, Jurídico y Policial*, LAMEIRAS y ORTS (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

ORTS BERENGUER, Enrique; ROIG TORRES, Margarita. “*Concepto de material pornográfico en el ámbito penal*”. ReCrim, 2009.

OST, Suzanne, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 1ª ed., 2015, 73; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 1ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 308; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, *La pornografía infantil en la red*, 2011, 175.

PARES HIPOLITO, RDU. Vol. 7 nº1, 2006, 7 y 8; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, RECRIM, nº2, II semestre 2009, 84; OSSANDÓN WIDOW, RPC, Vol 9, nº 18, 2014, 282.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *La Seguridad como Fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, 12, ed. Madrid, Marcial Pons, 2010.

RIFÁ SOLER, José María y RICHARD GONZALEZ, Manuel. *El proceso penal práctico*. Wolters Kluwer, 7ª ed Las Rozas, 2017.

ROXIN Claus., *El bien Jurídico*, Conferencia dictada el 23 de febrero del 2007, en la Universidad Complutense de Madrid. Mimeografiado.

SOTOCA-PLAZA, Andrés, RAMOS-ROMERO, M. y PASCUAL-FRANCH, Alejandra. *El perfil del consumidor de imágenes de abuso sexual infantil: semejanzas y diferencias con el agresor offline y el delincuente dual*. Anuario de Psicología Jurídica, 30, 21-27. <https://doi.org/10.5093/apj2019a11>. 2020.

SETO, Michael C., CANTOR, James, & BLANCHARD, Ray. *Child pornography offenses are a valid diagnostic indicator of pedophilia*. Journal of Abnormal Psychology, 115(3), 610–615. <https://doi.org/10.1037/0021-843X.115.3.610>. 2016.

TAMARIT SUMALLA, Josep, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 1ª ed., 2015, 102; GARCÍA ALBERO, Ramón, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 1ª ed., 2015, 285; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, *La pornografía infantil en la red*, 2011, 175.

TEJADA DE LA FUENTE, Elvira. *Introducción: ciberseguridad y ciberdelincuencia. Respuestas desde el estado de derecho. La autorización legislativa transnacional, en particular: las medidas de investigación criminal en la Convención de Budapest* en: ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio (Coord.), *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*. Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *Los nuevos contornos de la protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal de 2015*, en *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*. P. 845. Dykinson. Madrid. 2016.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. Madrid, 20 de diciembre de 2012.

Circular 2/2015, de 19 de junio de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
Coor.	Coordinador
CP	Código Penal
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	Editorial
Ed.	Edición
Etc.	Etcétera
FGE	Fiscalía General del Estado.
FJ	Fundamento Jurídico
IMEI	International Mobile Equipment Identity,
IMSI	International Mobile Subscriber Identity
IPS	Internet Provide Service
LO	Ley Orgánica
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Op. cit.	Obra citada
P2P	Protocolo p2p (peer to peer)
p.	Página
par.	Parágrafo
pp.	Páginas
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RGDP	Revista General de Derecho Penal
s./ss.	siguiente/siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TIC	Tecnología de la Información y de la Comunicación
Trad.	Traducción
UE	Unión Europea
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
URL	Uniform Resource Locator
Vid.	Véase
Vol.	Volumen