



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2018/2019**

**LA PENALIZACIÓN DE LA MERA TENENCIA
DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN ARGENTINA
Y ESPAÑA, A LA LUZ DEL CONVENIO PARA
LA CIBERDELINCUENCIA DE BUDAPEST Y
MARCO JURÍDICO DE AMBOS PAÍSES.**

**ESPECIAL REFERENCIA A DESAFÍOS PENALES,
PROCESALES PENALES Y COOPERACIÓN
INTERNACIONAL.**

**THE CRIMINALIZATION OF SIMPLE POSSESSION OF CHILD
PORNOGRAPHY IN ARGENTINA AND SPAIN, IN THE LIGHT
OF BUDAPEST CONVENTION FOR CYBERCRIME AND THEIR
LEGAL FRAMEWORK.**

**SPECIAL REFERENCE TO CRIMINAL CHALLENGES, CRIMINAL
PROCEEDINGS AND INTERNATIONAL COOPERATION.**

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

AUTOR: D. JULIÁN MARTÍN REALE
TUTORA: PROF. DRA. ISABEL DURÁN SECO

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| ABREVIATURAS..... | 6 |
| RESUMEN..... | 7 |
| PALABRAS CLAVES..... | 7 |
| ABSTRACT..... | 7 |
| KEYWORDS..... | 8 |
| OBJETIVOS DEL TRABAJO..... | 9 |
| Objetivo general..... | 9 |
| Objetivos específicos..... | 9 |
| METODOLOGÍA..... | 10 |
| 1 –INTRODUCCIÓN | 12 |
| 2 –MARCO LEGAL | 16 |
| 2.1 Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1989 y 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..... | 16 |
| 2.2 Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest | 18 |
| 2.2.1 Adhesión al Convenio..... | 18 |
| 2.2.2 Importancia del Convenio..... | 20 |
| 2.2.3 Derecho penal sustantivo del Convenio..... | 21 |
| 2.2.4 Medidas Procesales sobre evidencia digital e importancia en la investigación de delitos de pornografía infantil..... | 23 |
| 2.2.5 Medidas sobre Cooperación Internacional..... | 29 |

| | |
|---|----|
| 2.3 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..... | 29 |
| 2.4 Directiva 2011/92/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..... | 31 |
| 2.5 Código Penal Español LO 10/1995, reforma LO 1/2015..... | 32 |
| 2.6 Código Penal Argentino, Ley 26388 y Ley 27436..... | 34 |
| 3 – CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA TECNOLOGÍA Y ENCUADRE DEL DELITO DE MERA TENENCIA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL..... | 37 |
| 3.1 Hacia una definición del delito informático. Bienes jurídicos en juego..... | 37 |
| 3.2 Clasificación según el Convenio de Budapest..... | 38 |
| 4 – DEFINICIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL SEGÚN EL MARCO LEGAL Y BIEN JURÍDICO EN JUEGO..... | 40 |
| 4.1 Definición de pornografía infantil..... | 41 |
| 4.1.1 Elemento común a todas las definiciones. Menor de edad..... | 41 |
| 4.1.2 Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest..... | 41 |
| 4.1.3 Directiva 2011/92/UE..... | 44 |
| 4.1.4 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote..... | 48 |
| 4.1.5 Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas y 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..... | 49 |
| 4.1.6 Código Penal Español..... | 49 |
| 4.1.7 Código Penal Argentino..... | 52 |

| | |
|--|----|
| 4.1.8 Consideración final. Razones del marco legal para incluir, en la definición de pornografía infantil, al material simulado..... | 53 |
| 4.2 Bien jurídico en juego..... | 55 |
| 4.2.1 Bien jurídico en general..... | 55 |
| 4.2.2 Bien jurídico en el delito de mera tenencia..... | 57 |
| 4.2.3 Bien jurídico en la pornografía infantil simulada..... | 58 |
| 5 – ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE MERA TENENCIA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. DIFERENCIACIÓN CON EL ACCESO AL MATERIAL Y ADQUISICIÓN PARA SU USO. DESAFÍOS.. | 61 |
| 5.1 Apreciaciones generales..... | 62 |
| 5.2 Tipos penales del marco legal..... | 63 |
| 5.2.1 Convenio de Budapest..... | 63 |
| 5.2.2 Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas y 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..... | 64 |
| 5.2.3 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote..... | 64 |
| 5.2.4 Código Penal Argentino..... | 65 |
| 5.2.5 Directiva 2011/92/UE..... | 66 |
| 5.2.6 Código Penal Español..... | 67 |
| 5.3 Construyendo el concepto de posesión, desde el aspecto objetivo y subjetivo (posesión dolosa). Diferenciación con acceso y adquisición..... | 69 |
| 5.4 Error de tipo por desconocimiento del material poseído..... | 76 |
| 6 –IMPORTANCIA DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS RELACIONADOS CON PORNOGRAFÍA INFANTIL | 79 |
| 6.1 Planteamiento de la cuestión..... | 79 |

| | |
|--|-----|
| 6.2 Tipos de datos informáticos..... | 80 |
| 6.3 Tipos de cooperación internacional..... | 81 |
| 6.4 Red 24/7 de cooperación del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest..... | 83 |
| 6.5 NCMEC en investigaciones de pornografía infantil..... | 85 |
| 7 – CONCLUSIONES..... | 88 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 92 |
| WEBGRAFÍA..... | 100 |
| LEGISLACIÓN..... | 101 |
| ANEXO JURISPRUDENCIAL..... | 104 |

ABREVIATURAS

| | |
|-----------|---|
| Art. /s | Artículo / Artículos |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CN | Constitución Nacional |
| COE | Council of Europe / Consejo de Europa |
| Coord. /s | Coordinador/ Coordinadores |
| CE | Constitución Española |
| CP | Código Penal |
| Dir. /s | Director/ Directores |
| Ed. | Edición. |
| LO | Ley Orgánica |
| NCMEC | National Center for Exploited & Missing Children |
| Núm. | Número |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| Pág. | Página |
| RAE | Real Academia Española |
| REDUR | Revista Electrónica Derecho Universidad de la Rioja |
| RP | Revista penal |
| RDP | Revista de Derecho penal |
| SAIJ | Sistema Argentino de Información Jurídica |
| SAP | Sentencia Audiencia Provincial |
| ST | Sentencia |
| STC | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TICs | Tecnologías de la Información y la Comunicación |
| TS | Tribunal Supremo |
| UE | Unión Europea |
| Vol. | Volumen |

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis de la penalización de la mera tenencia o posesión de pornografía infantil, a luz del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest, el instrumento de cooperación internacional más importante en la materia, y del marco legal de España y de la República Argentina. Se realiza un análisis sobre las obligaciones que genera el marco legal de ambos países, así como su importancia. Además, se consideran los desafíos que plantea la delimitación de la mera posesión respecto de otras conductas similares como el acceso a la pornografía infantil y la adquisición.

Asimismo, se examina el bien jurídico en juego y los tipos de materiales considerados pornografía infantil y los debates doctrinales y jurisprudenciales que esto ha generado.

Por último, se explora la importancia de la cooperación internacional en la investigación de este delito y los desafíos que genera la evidencia digital.

PALABRAS CLAVES: Cibercrimen, Pornografía Infantil, Mera posesión, Cooperación Internacional, Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia, Evidencia digital, Acceso a pornografía infantil.

ABSTRACT

This study analyses the criminalization of the simple possession of child pornography, in the light of the Budapest Convention on Cybercrime, the most important international cooperation instrument in this field, and the legal framework of Spain and Argentina. An analysis is made of the obligations generated by the legal framework of both countries, as well as their importance. In addition, it considers the challenges to distinguish the simple possession of child pornography with other similar figures such as its access and acquisition.

Furthermore, it examines the concept of child pornography settled in case-law and in the academic area.

Finally, it remarks the importance of international cooperation in the investigation of this crime and the role that digital evidence plays in those procedures.

KEYWORDS: Cybercrime, Child pornography, Simple possession, International Cooperation, Budapest Convention of Cybercrime, Digital evidence, Access to child pornography.

OBJETIVOS DEL TRABAJO

Objetivo general

El objetivo de este trabajo será analizar la penalización de la mera tenencia de material pornográfico infantil en los ordenamientos jurídicos de la República Argentina y de España, tanto desde la óptica del derecho interno de ambos países como desde instrumentos internacionales por ambos países firmados, haciendo especial hincapié en el Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest y analizar desafíos penales, procesales penales y cooperación internacional.

Objetivos específicos

Entre los objetivos específicos conducentes a lograr el objetivo general se encuentran:

- I. Determinar y conocer el marco legal existente y la vital importancia del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest, así como las obligaciones que generan dichos instrumentos legales.
- II. Describir los desafíos que la evidencia digital le plantea a las investigaciones penales.
- III. Examinar el bien jurídico en juego, así como analizar qué sucede con la penalización de representaciones no verídicas y sus implicancias en el bien jurídico.
- IV. Construir el concepto de posesión de pornografía infantil objetiva y subjetivamente, así como hacer referencia a ciertos problemas que plantea el tema como, por ejemplo, qué sucede cuando se realiza la conducta mediante acceso al material vía *streaming*, qué problemas existen para determinar penalmente la tenencia de dicho material y su diferenciación con otras conductas similares, como es el mero acceso al material y la adquisición de pornografía infantil.
- V. Entender la importancia de la cooperación internacional en la investigación y persecución de los delitos de mera tenencia o posesión de pornografía infantil.
- VI. Describir algunos problemas relacionados con la penalización de la mera tenencia y los límites del Derecho penal.

METODOLOGÍA

La investigación jurídica es la actividad intelectual que pretende descubrir y mostrar las soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que pueden plantearse en la vida social actual, la cual ha ido evolucionando y es continuamente cambiante. Es por ello que existe la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objetivo de adecuar el ordenamiento jurídico a las transformaciones y cambios sociales.

Para lograr los objetivos que se pretenden alcanzar con este Trabajo de Fin de Máster, resulta necesario seguir un método de investigación científico. La metodología empleada en la investigación deberá ser acorde a la naturaleza de cada ciencia, en este caso, al Derecho penal, puesto que este trabajo trata sobre el delito de mera tenencia de pornografía infantil.

Para conseguir de manera satisfactoria los diferentes objetivos de este trabajo, la metodología utilizada ha seguido distintas fases:

- a) Elección del tutor y del tema sobre el que versa el trabajo. El primer paso consistió en la elección del tutor por parte del alumno. En mi caso, elegí a la profesora Isabel Durán Seco dada su trayectoria profesional y luego de haber presenciado sus magistrales clases en la asignatura “Ilícitos Digitales” del Máster en Derecho de la Ciberseguridad y Entorno Digital. Dada mi experiencia laboral en la República Argentina relacionada en la lucha contra Ciberdelincuencia, elegí el tema del delito de penalización de mera tenencia de pornografía infantil por ser un tópico que permite ser analizado desde todos los desafíos que la Ciberdelincuencia le plantea al Derecho penal: dogmáticos, de investigación y de cooperación internacional.
- b) Recopilación de fuentes bibliográficas: Tras la elección definitiva del tema se fijaron una serie de pautas por parte de la tutora destinadas a fijar una guía sobre cómo iniciar y estructurar el trabajo y cómo citar. El siguiente paso consistió en la búsqueda de libros que me permitiesen obtener comprensión global sobre el tema objeto del trabajo y, también, información específica nacional e internacional sobre

el tema en monografías y revistas especializadas.

- c) Análisis de la información obtenida y valoración crítica. Seguidamente, se procedió a la búsqueda de información específica de cada uno de los puntos sobre los que versaba el índice. De este modo, se obtuvieron y fueron leídos diversos manuales, monografías y libros en general gracias al departamento de Derecho penal y su amplio catálogo de libros. También fueron de gran ayuda medios electrónicos como Dialnet, Bulería, revistas electrónicas, además de bases de datos como Aranzadi o Tirant Lo Blanch, que permitieron conocer tanto de la existencia de determinados libros susceptibles de ser consultados en el departamento o en la biblioteca como la lectura online de libros y artículos de revistas. También se utilizaron herramientas como Cendoj o Westlaw para la búsqueda de jurisprudencia. La lectura de todos estos recursos bibliográficos y jurisprudenciales permitió un conocimiento mayor de cada punto del trabajo y de la posición de cada autor respecto de los temas tratados.
- d) Redacción y corrección del trabajo. Tras leer, estructurar e interpretar la información, se procedió a la redacción del trabajo, intentado explicar y sintetizar cada apartado de la forma más clara posible. Además, se han aportado valoraciones y críticas personales, así como las posturas y opiniones que sostiene las diferentes corrientes doctrinales y jurisprudenciales. Durante la redacción del mismo se han llevado a cabo diversas correcciones por parte de la tutora, en las cuales se me indicaba cuáles eran los aspectos del trabajo que debían ser susceptibles de mejora, cambio o corrección. Finalmente, se entregó el trabajo en su conjunto nuevamente a la tutora para que señalase las indicaciones que estimase oportunas de cara a una mayor precisión y, tras ello, se volvió a realizar una última corrección del trabajo.
- e) Ensayo de la exposición: Por último, una vez corregido el trabajo en su totalidad se realizó con la tutora, un ensayo a efectos de conocer cómo debía de realizarse la exposición ante la Comisión Juzgadora.

1 –INTRODUCCIÓN

En los últimos años la tecnología ha revolucionado la sociedad actual, transformándola tal como la conocíamos hasta ese momento. Desde la forma de comunicación, información y trabajo, hasta servicios esenciales de la sociedad que cambiaron al implementar los últimos descubrimientos tecnológicos, así como el desarrollo de nueva terminología tal como *smart cities*, inteligencia artificial, *big data*, conducción autónoma, *smart contracts*, *blockchain*, criptomonedas, mecanismos de anonimato, entre muchos otros desarrollos que nacieron para cambiar y transformar la sociedad.

No obstante, tales avances, en forma paralela ha aumentado la complejidad en la prevención e investigación de los delitos relacionados con la informática, así como la cantidad de casos a nivel mundial. Según el último informe¹ publicado por la República Argentina en 2015 se incrementaron las denuncias, investigaciones, y casos sobre delitos relacionados directa o indirectamente con la tecnología. En forma paralela, según el Ministerio del Interior de España, en 2017 hubo 81.307 hechos conocidos de infracciones penales relacionadas con la cibercriminalidad, mientras que en 2011 hubo 37.412 lo que demuestra su creciente y preocupante incremento y desarrollo².

También han tomado una creciente relevancia los problemas relacionados con la recolección, el tratamiento y la validez de la evidencia digital, poniendo en jaque muchos de los principios basilares y orientadores del Derecho penal clásico. Por ende, las nuevas tecnologías y el avance de la mencionada criminalidad se configuran como un gran desafío en los tiempos actuales.

En otras palabras, los mencionados desarrollos en la informática y las telecomunicaciones se han convertido también en una herramienta de apoyo para el

¹ SAIN, Gustavo, Tercer muestreo de denuncias judiciales de la República Argentina, en línea, 3ª ed., 2015, consultado el día 10 de abril de 2019. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/05/doctrina46559.pdf> ; 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, 328.

² Portal Estadístico de Criminalidad, datos 2011-2017. Ministerio del Interior, consultado el día 10 de abril de 2019. <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/dynPx/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/Datos5/&file=pcaxis>

avance de la denominada criminalidad organizada como el narcotráfico, terrorismo, trata de personas y lavado de activos, entre otros, que ven en la tecnología una preocupante veta de actuación de índole transnacional³.

Por ello, es necesario realizar esfuerzos coordinados, así como una adecuada articulación, tanto de medidas internas penales y procesales penales, desarrollos de instrumentos internacionales, así como de acciones de cooperación internacional y con empresas del sector privado en la lucha contra la ciberdelincuencia. Ya no basta la mera investigación solitaria y aislada del poder judicial. Requiere la intervención de empresas que alojan información de usuarios, intervención de fuerzas y cuerpos policiales extranjeros, peritos especializados en evidencia digital, entre otras medidas⁴.

Por otro lado, se hace menester contar con operadores del sistema penal fuertemente capacitados en la temática, así como también la sociedad civil en general, para entender la problemática que plantean tales delitos, las formas de protección y las formas de propagación. Un juez penal, un fiscal, miembros de los cuerpos policiales de cualquier jurisdicción y país debes saber qué es una dirección IP, qué implica encontrar evidencia digital, cómo se la debe tratar, qué resguardos debe tener, qué líneas de acción urgentes se deben tomar en relación a ella, la adquisición de conocimiento técnico por parte de profesionales del derecho.

En el presente trabajo, y en este contexto de desarrollos tecnológicos y su par de avance de criminalidad relacionada con la informática, analizaré un tipo de delito en particular, y uno de los más preocupantes por involucrar a menores de edad y la explotación de su integridad sexual, así por el elevado incremento de casos⁵.

Me refiero a las conductas delictivas cuyo objeto material es la pornografía infantil. Específicamente analizaré la cuestión de la penalización de la mera tenencia o posesión de material pornográfico infantil y ciertas vicisitudes que plantea en la

³ DE LUCA, Javier, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), Cibercrimen, 1ª ed., 2016, 8.

⁴ GOMEZ, Leopoldo Sebastián, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), Cibercrimen, 1ª ed., 2016, 617.

⁵ GARCÍA ALBERO, Ramón, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª ed., 2015, 284; GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema, Revista boliviana de Derecho, número 15, 2013.

comunidad internacional, el marco legal tanto nacional como internacional, reflexionaremos sobre la importancia de la cooperación internacional en la materia, qué avances proponen los instrumentos internacionales, analizaremos el bien jurídico y algunas cuestiones problemáticas, y los desafíos que se generan al construir el concepto de posesión de dicho material, así como el incremento que ha tenido gracias a la tecnología.

Hoy en día, y conforme veremos, sigue generando importantes debates la penalización de la mera tenencia de tal material. Algunas preguntas disparadoras, muchas de las cuales no tienen respuesta única, y para despertar la curiosidad del lector en el presente trabajo, son: ¿España y Argentina castigan la mera tenencia de material pornográfico infantil?, ¿es correcto su castigo por estar en juego intereses de un grupo etario de la sociedad que merece especial cuidado o debe prevalecer el derecho a desarrollar un plan de vida sin injerencias de autoridades estatales y, por ende, no se debería penalizar tal tenencia?, ¿son iguales todas las formas de posesión? ¿qué sucede en el caso de acceso al material mediante *streaming*?, ¿hay una real y efectiva tenencia?, ¿con qué soluciones legislativas contamos?, ¿cuál es la importancia de la cooperación internacional en la materia?, entre muchos otros. El desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación y su aspecto delictual ponen en jaque principios tradicionales del Derecho penal y procesal penal⁶, así como dificultan dar una respuesta unívoca a tales interrogantes⁷.

A lo largo del análisis trataré de brindar aproximaciones a respuestas a dichos cuestionamientos desde el punto de vista de la normativa internacional e interna de cada país. En lo que refiere a normativa interna, analizaré la regulación penal de España y de Argentina, no sólo por ser la nacionalidad del autor de este trabajo, sino por ser un país que adhirió al Convenio de Budapest en noviembre de 2017⁸ y que viene realizando

⁶ SALT, Marcos, Nuevos desafíos de la evidencia digital, 1ª ed., 2017, 11.

⁷ BARROSO TOLEDO, Reina, Revista Faro, número 13, 2011.

⁸ COE Council of Europe - *Treaty list for a specific State, Argentina*, en línea. Consultado el 13 de marzo de 2019. Accesible en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/country/ARG?p_auth=5Z3KgCAe

diversas acciones en la materia, por lo que puede considerarse un país acorde a los esfuerzos que debe realizar Latinoamérica en la temática.

2 –MARCO LEGAL

El núcleo de este epígrafe consistirá en analizar el marco jurídico internacional, refiriéndonos a diversas normas que poseen incidencia directa en la penalización de la mera posesión de pornografía infantil, como es el Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest del Consejo de Europa; el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, celebrado en Lanzarote; la Convención de los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos; la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Asimismo, el marco jurídico interno de España y Argentina. Por último, analizaremos cuáles son las obligaciones impuestas por tales instrumentos legales.

Cabe resaltar que el presente epígrafe posee como objetivo conocer dicho marco que incide directamente en la penalización de la mera tenencia de pornografía infantil y su importancia, pero no analizar cómo es el tipo penal ni cómo prevé castigarlo cada instrumento, dado que ambas cosas serán objeto de análisis en un momento posterior.

2.1 Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1989 y 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

La Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU del 20 de noviembre de 1989, abarca un sinnúmero de derechos y tutelas⁹.

Fue elaborada durante diez años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones y fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989. La Convención, a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además, la Convención es un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad. La Convención, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, es de carácter obligatorio para los

⁹ TRINIDAD NUÑEZ, Pilar, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, número 43, 2016.

Estados firmantes. Estos países informan al Comité de los Derechos del Niño sobre los pasos que han adoptado para aplicar lo establecido en la Convención¹⁰.

El Preámbulo menciona la importancia del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, la importancia de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, crezca en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y la idea de que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

El art. 34 de la Convención establece que 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 la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Más allá de este precepto general que establece el art. 34, la Convención tiene una serie de Protocolos Facultativos redactados en 2002, a fin de completar la Convención con disposiciones adicionales. El Protocolo más importante es el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Del Preámbulo del Protocolo se extrae que la idea del mismo es asegurar el mejor logro de los propósitos de la Convención sobre los Derechos del Niño y la aplicación de sus disposiciones ampliando las medidas que deben adoptar los Estados Parte a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, teniendo en cuenta los elevados índices de explotación sexual.

Por último, el Preámbulo del Protocolo realiza la preocupación por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en Internet y otros medios tecnológicos modernos y la importancia de la penalización en todo el mundo de la

¹⁰ UNICEF. Convención de los Derechos del Niño y su Protocolos Facultativos. Accesible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> Consultado el día 17 de abril de 2019.

producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de la Internet.

El Protocolo contiene diecisiete artículos. En los tres primeros artículos se castigan los delitos de Pornografía Infantil. Tanto Argentina¹¹ como España¹² forman parte de la Convención y del Protocolo.

2.2 Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest

2.2.1 Adhesión al Convenio

En el presente acápite analizaremos uno de los textos normativos más importantes a nivel internacional en la lucha contra la ciberdelincuencia¹³. Me refiero al Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest, el cual, si bien fue dictado en el marco del Consejo de Europa, desde su génesis fue pensado para ser extendido a países no miembros, conforme el procedimiento establecido en el art. 37 del Convenio.¹⁴

El día 23/11/2001¹⁵, durante la celebración de la Conferencia Internacional sobre la Ciberdelincuencia celebrada en la Ciudad de Budapest, Hungría, se abrió a la firma el Convenio para la Ciberdelincuencia, el cual fue redactado con fecha 8/11/2001 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su reunión número 109 con el objetivo, entre otros, de establecer un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional. Si bien el Convenio fue redactado en 2001, su entrada en vigor fue en 2004, ya que, para

¹¹ Argentina ratificó la Convención de los Derechos del Niño en 1990 mediante ley 23849 accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>. El Protocolo Facultativo fue adoptado en 2003 mediante ley 25763, accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/87860/norma.htm> Consultado el día 17 de abril de 2019.

¹² España ratificó la Convención de los Derechos del Niño en 1990. Instrumento de Ratificación accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>. El Protocolo Facultativo fue adoptado en 2002. Instrumento de Ratificación accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-1858> Consultado el día 23 de abril de 2019.

¹³ DÍAZ GÓMEZ, Andrés., REDUR, número 8, diciembre 2010, 198 y RIQUERT, Marcelo, RDP, número 7, mayo 2014, 109; NARVAEZ MONTENEGRO, David Bolívar, Uniandes Episteme, número 2, 2015.

¹⁴ RIQUERT, Marcelo, RDP, número 7, mayo 2014, 108.

¹⁵ Informe Explicativo del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest, STE núm. 185, elaborado por el Consejo de Europa, página 1 y 2. Accesible en <https://rm.coe.int/16802fa403>. Consultado el día 10 de abril de 2019.

ello, y conforme regula el art 36.3, debieron esperar que cinco estados diesen su consentimiento para adherirse¹⁶, y eso ocurrió en 2004.

En el caso de la República Argentina, fue invitada por el Consejo de Europa a adherirse a dicho Convenio en el año 2010, y, posteriormente, desde el Programa Nacional contra la Criminalidad Informática¹⁷ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se impulsó el proyecto legislativo de adhesión, obteniendo sanción definitiva el 22 noviembre de 2017, convirtiéndose en ley bajo número 27.411¹⁸.

Respecto a España, el Plenipotenciario de España, firmó *ad referendum* el Convenio el mismo día de su apertura a la firma, y luego el Rey de España Juan Carlos I firmó el Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia¹⁹ el día 20 de mayo de 2010. Asimismo, allí constan las reservas realizadas.

¹⁶ Art. 36. Firma y entrada en vigor.

1. *El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa y de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración.*

2. *El presente Convenio estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.*

3. *El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses desde la fecha en que cinco Estados, de los cuales tres como mínimo sean Estados miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento para quedar vinculados por el Convenio de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 y 2.*

4. *Respecto de cualquier Estado signatario que exprese más adelante su consentimiento para quedar vinculado por el Convenio, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses desde la fecha en que haya expresado su consentimiento para quedar vinculado por el Convenio de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 y 2.*

¹⁷ Mediante Resolución N° 69/2016 de fecha 11/03/2016 del Ministerio de Justicia se creó el Programa Nacional contra la Criminalidad Informática en la órbita de la Unidad Ministro de esa cartera de Estado, luego transferida mediante Resolución N° RESOL-2016-640-E-APN-MJ a la órbita de la Subsecretaría de Política Criminal de la Secretaría de Justicia de ese Ministerio. Entre los objetivos del Programa citado, se encuentran promover las acciones necesarias para mejorar las respuestas del sistema penal frente al desafío que plantean los denominados delitos informáticos, propiciar la eficiencia en la investigación de las causas penales en las que resulta cada vez más importante el uso de pruebas digitales, así como también que la República Argentina pueda dar respuesta satisfactoria a tales desafíos e insertarse, de manera adecuada, en los mecanismos de cooperación internacional sobre la materia.

¹⁸ Ley 27411 de Adhesión de Argentina al Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/300000-304999/304798/norma.htm> Consultado el día 10 de abril de 2019.

¹⁹ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia. Accesible en el Boletín Oficial del Estado https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221 Consultado el día 10 de abril de 2019.

2.2.2 Importancia del Convenio

Es un instrumento internacional de cooperación²⁰ en materia penal que prevé figuras penales de delitos informáticos que los países se comprometen a sancionar en sus derechos internos para lograr una armonización de la legislación penal que coadyuve a una mejor cooperación internacional en la lucha contra los delitos informáticos.

Así mismo, establece un conjunto de medidas procesales especialmente diseñadas tomando en consideración las características típicas de la evidencia digital²¹ y que resultan necesarias para la persecución eficiente de cualquier delito. Por último, regula mecanismos de cooperación internacional y asistencia mutua en relación con todos los delitos que posean evidencia digital, a fin de agilizar las investigaciones por los efectos transfronterizos del ciberdelito y la volatilidad de la evidencia digital²². Con esta finalidad la Convención prevé diversos institutos y medidas, siendo la creación de una red 24/7 de asistencia sobre la materia una de las más importante.

La importancia de desarrollar y formar parte como Estado de un instrumento internacional de este estilo puede extraerse en gran parte de la lectura de su preámbulo. Un preámbulo que podría definirse²³ como un camino de entrada donde se incluyen las reglas generales aplicables a todo el texto normativo. Por ende, el contenido de cada artículo debe reflejar el espíritu del preámbulo, por ser su base y los fundamentos que motivan la sanción. Éste está constituido por aquellos principios bases que fundan y dan vida al texto en cuestión y sus objetivos. Del preámbulo del Convenio podemos deducir la importancia que tiene el texto normativo. Allí se habla de fomentar la unión entre los Estados en la lucha contra este tipo de delitos, así como intensificar los mecanismos de

²⁰ GILLES BÉLANGER, Pierre, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 277.

²¹ Siguiendo al Manual de la ENISA (European Union Agency for Network and Information Security) sobre evidencia digital (Identification and handling of electronic evidence handbook), podemos definir a dicha evidencia como cualquiera de los elementos materiales o afirmaciones de hecho que pueden presentarse a una autoridad competente como medio para determinar la verdad de cualquier presunto hecho que se esté investigando. Tradicionalmente la evidencia se reunía en forma física. Con la revolución digital, y con el gran uso de dispositivos electrónicos en casi todos los aspectos de la vida, se hizo necesario permitir evidencia extraída de dispositivos electrónicos, especialmente para uso en procedimientos judiciales. Llamamos a tal evidencia "evidencia electrónica" En la práctica judicial moderna, la evidencia electrónica no es diferente de la evidencia tradicional. ENISA, Identifying and handling cyber-crime traces Handbook, 1st, 2013, 3.

²² SALT, Marcos, Nuevos desafíos de la evidencia digital, 1^a ed., 2017, 32.

²³ GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada, 3^a ed., 2006, 6.

cooperación internacional. En otras palabras, teniendo en cuenta que en el ciberespacio no hay fronteras, la unión de los Estados es fundamental²⁴.

2.2.3 Derecho penal sustantivo del Convenio

Conforme hemos mencionado, el Convenio se encuentra estructurado en tres partes principales. La primera sección incluye un catálogo de figuras penales relacionados con la tecnología. Estos delitos, enumerados entre los arts. 2 a 10, poseen como fin adecuar y armonizar las legislaciones internas de los Estados parte²⁵. El Convenio regula específicamente las siguientes conductas delictivas: acceso ilícito, interceptación ilícita, ataques a la integridad de los datos, ataques a la integridad del sistema, abuso de los dispositivos, falsificación informática, fraude informático, delitos relacionados con la pornografía infantil y delitos relacionados con la propiedad intelectual.

Son redacciones modelo que luego cada Estado deberá adaptar a su derecho interno. No son tipos penales que individualicen una escala penal, sino que son redacciones que prohíben una conducta y que crea la obligación de sancionarlos luego en el derecho interno de cada país. Cada Estado fijará la escala penal que crea conveniente, atendiendo al principio de proporcionalidad de las penas según el resto de las figuras delictivas del CP de cada país. Esto tiene un doble sentido. Por un lado, evitar la fragmentación de escalas punitivas, lo que podría violar el principio de proporcionalidad²⁶ de las penas y sistematicidad, ya que si el Convenio estableciese una escala penal podría ocurrir que la misma no sea acorde al resto de las figuras de los Códigos Penales de cada país. Por otro lado, y como otra cara de la misma moneda, trata de dejar cierto margen de actuación a los Estados para que sean éstos, conforme el diseño

²⁴ GILLES BÉLANGER, Pierre, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 281.

²⁵ GILLES BÉLANGER, Pierre, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 278.

²⁶ El principio de proporcionalidad indica que *la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto. (...). Si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave*. En este sentido, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Lecciones de Derecho Penal, parte general, 3ª ed., 2016, 25. Como el Convenio de Budapest no puede conocer dichas escalas y gravedades de delitos de todos los CP del mundo, deja a libre arbitrio de cada Estado establecer la escala penal. De esta manera deja incólume al principio de proporcionalidad.

de sus políticas criminales, quienes fijen la escala penal y perseguibilidad de cada conducta.

Los delitos regulados en esta primera sección del Convenio deberán ser cometidos de forma dolosa o intencionada. En palabras del texto legal, deberán cometerse de forma deliberada, significando dicho término lo que cada derecho interno de cada país determine²⁷.

Conforme establece el preámbulo del Convenio, el objetivo de establecer estos tipos penales mínimos es lograr una política penal común, armonización y adecuación legislativa, sin que sea necesario fijar una escala penal desde el propio texto convencional. Esto en gran parte responde a la necesidad de que los países posean tipos penales en más o en menos similares, para facilitar la investigación internacional, con independencia de la escala.

En resumidas cuentas, la primera obligación directa que crea el Convenio es adecuar la legislación interna de cada país a dicho catálogo de figuras delictivas. El Convenio prevé castigar varias conductas relacionadas con material pornográfico infantil. La mera posesión o tenencia de material pornográfico infantil está castigada en el art. 9 del Convenio, el cual será analizado en el epígrafe correspondiente.

Sin perjuicio de ello, y en referencia a los procesos de adecuación al texto del Convenio, podemos concluir que en más o en menos la legislación de la República Argentina está adecuada al Instrumento del Consejo de Europa²⁸. Dicho sea de paso, cuando se redactó la ley 26388²⁹ de delitos informáticos, se tuvo en cuenta el Convenio de Budapest, aún sin ser parte del mismo³⁰. Las reformas a realizar en la parte dogmática

²⁷ Informe Explicativo del Convenio de Budapest. Considerando 39: *todos los delitos contenidos en el Convenio deben ser cometidos de manera "deliberada" para que se aplique la responsabilidad penal. En ciertos casos un elemento deliberado específico forma parte del delito. Por ejemplo, en el art. 8 que trata del delito de fraude informático, la intención de obtener un beneficio económico es un elemento constitutivo del delito. Quienes redactaron el Convenio llegaron al acuerdo de que el significado exacto del término "deliberado" debería ser interpretado conforme a las leyes de cada país.*

²⁸ RIQUERT, Marcelo, RDP, número 7, mayo 2014, 174.

²⁹ Ley 26388 por la cual se modifica el Código Penal de la República Argentina a fin de incluir el catálogo de delitos informáticos. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm> Consultado el día 10 de abril de 2019.

³⁰ RIQUERT, Marcelo, RDP, número 7, mayo 2014, 109.

del Derecho penal argentino tienen más que ver con la idea de que los delitos regulados en la 26388 son perfectibles, que con la idea de que se debe adecuar la legislación penal al Convenio. Los cambios que deben realizarse responden a cambios en los estándares internacionales y surgimiento de nuevas conductas.

Analizar en detalle los cambios que deberían realizarse no forma parte del objetivo de este trabajo. No obstante ello, podemos mencionar que el Presidente de la República Argentina, Ing. Mauricio Macri, mediante Decreto presidencial 103/2017³¹ creó una Comisión para la reforma del CP argentino, ya que el cuerpo normativo vigente es de 1921 con múltiples reformas que destruyeron su sistematicidad. Por ende, se está trabajando en una reforma integral, y en ella se incluirá una reforma en la materia sobre delitos informáticos incorporando las conductas nuevas que no estaban tipificadas, así como mejorar las redacciones actuales.

Respecto a España, sucede una situación similar. La adecuación al Convenio de Budapest en lo que respecta a Derecho penal material se realizó en gran parte mediante la Ley Orgánica 1/2015³² modificadora del CP español, receptando los estándares presentes en el Convenio de Budapest siguiendo la línea establecida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que ya había incorporado algunos delitos relacionados con daños informáticos y accesos indebidos³³.

2.2.4 Medidas Procesales sobre evidencia digital e importancia en la investigación de delitos de pornografía infantil

La segunda sección del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest regula una serie de diversas medidas procesales sobre evidencia digital. Son herramientas que están pensadas para ser aplicadas en el derecho interno de cada país, y para cualquier

³¹ Decreto presidencial 103/2017 sobre Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271799/norma.htm> Consultado el día 10 de abril de 2019.

³² Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3439> Consultado el día 10 de abril de 2019.

³³ Ley Orgánica 5/2010 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal accesible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953 Consultado el día 10 de abril de 2019.

delito que posea evidencia digital. Esto quiere decir que no están pensadas solamente para los delitos informáticos de la primera sección del Convenio³⁴.

Esto es fundamental, ya que hoy en día cualquier tipo de delito tradicional posee evidencia en formato digital³⁵. Supongamos el caso de la investigación de un homicidio. Es muy probable que encontremos más evidencias conducentes a resolver la investigación en los dispositivos electrónicos de la víctima (cruzamiento de WhatsApp, llamadas, actividad en redes sociales, contenidos de discos duros), que incluso en la propia escena del crimen. De ahí la importancia que el desarrollo tecnológico generó en las investigaciones penales³⁶.

Las medidas procesales sobre evidencia digital, sean las reguladas en el Convenio de Budapest u otras ya presentes en textos legales de muchos países³⁷, son muy importantes en la investigación de delitos de mera posesión de pornografía infantil. Esto es debido a que muchas investigaciones suelen iniciarse por una *notitia criminis* que derivará en adoptar medidas que tiendan a salvaguardar la evidencia digital. Será necesario impartir órdenes de conservación de datos informáticos, revelar cierta cantidad de datos de tráfico a fin de proceder a identificar las IP intervinientes y sus proveedores de servicios³⁸, ante un allanamiento será necesario poder realizar registros y secuestros a los dispositivos electrónicos, etc.

A la hora de legislar dichas medidas, y conforme el art. 15 del Convenio, deberán transponerse al derecho interno de cada país respetando derechos fundamentales y constitucionales³⁹, ya que una incorrecta manipulación de evidencia digital, así como

³⁴ El art. 14 establece en su parte pertinente lo siguiente: (...) 14.2 cada Parte aplicará los poderes y procedimientos mencionados (...) a: los delitos previstos de conformidad con los artículos 2 a 11 del presente Convenio; otros delitos cometidos por medio de un sistema informático; y la obtención de pruebas electrónicas de un delito.

³⁵ GILLES BÉLANGER, Pierre, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 282.

³⁶ PORTAL MANRUBIA, José, Revista Aranzadi Doctrinal, número 2, 2019.

³⁷ Nótese, por ejemplo, la figura de agente encubierto informático regulado en el art 282 bis apartado 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que no está previsto en la Convención para la Ciberdelincuencia de Budapest.

³⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, en: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, VILLA SIEIRO Sonia Victoria (coords.), Estudios penales en homenaje, 1ª ed, 2013, 245.

³⁹ Art. 15 Convenio de Budapest - Condiciones y salvaguardas

1. Cada Parte se asegurará de que el establecimiento, la ejecución y la aplicación de los poderes y procedimientos previstos en la presente sección están sujetas a las condiciones y salvaguardas previstas en su

una aplicación excesiva de tales herramientas de investigación, puede violar lo establecido en dicho art. 15, y por ende los derechos fundamentales⁴⁰.

La correcta investigación y persecución de cualquier delito requiere poder entender y analizar todos los tipos de evidencias. En este caso la evidencia digital. La administración de justicia eficiente en investigaciones penales que posean evidencia digital, sean sobre delitos relacionados con la tecnología o no, depende de la adopción de medidas procesales específicas, así como mecanismos de cooperación rápidos, que permitan obtener y luego incorporar al proceso penal evidencia digital, para que el hecho de impartir justicia sea respetuoso de derechos fundamentales, así como eficaz y dentro de un plazo razonable⁴¹.

En los arts. 16 a 21 del Convenio se regulan las medidas relacionadas con evidencia digital. Comentaremos de forma muy sucinta las medidas establecidas que posean relevancia con el delito de pornografía infantil. Así, merece destacarse la conservación rápida de datos informáticos, cuando haya riesgo de pérdida o modificación de los datos hasta que se consigue la orden judicial para revelarlos. Es una medida de índole cautelar más que probatoria, ya que no se obtiene la revelación de los datos, sino su resguardo. El fin de la medida es obligar a la persona física o jurídica que posea esos datos (por ejemplo, un proveedor de servicios de internet) que conserve y proteja la integridad de los datos por un plazo de 90 días, hasta que se obtenga la orden judicial de presentación. Para poder solicitar la medida del art 16 es necesario que haya una investigación o un procedimiento penal específico. Asimismo, está previsto en el art. 16 que la medida se ejecute sin aviso al imputado, debiendo el proveedor de servicios

derecho interno, que deberá garantizar una protección adecuada de los derechos humanos y de las libertades, incluidos los derechos derivados de las obligaciones asumidas en instrumentos internacionales aplicables en materia de derechos humanos, y que deberá integrar el principio de proporcionalidad.

2. Cuando resulte procedente dada la naturaleza del procedimiento o del poder de que se trate, dichas condiciones incluirán, entre otros aspectos, la supervisión judicial u otra forma de supervisión independiente, los motivos que justifiquen la aplicación, y la limitación del ámbito de aplicación y de la duración del poder o del procedimiento de que se trate.

3. Siempre que sea conforme con el interés público y, en particular, con la correcta administración de la justicia, cada Parte examinará la repercusión de los poderes y procedimientos previstos en la presente sección en los derechos, responsabilidades e intereses legítimos de terceros.

⁴⁰ TEMPERINI, Marcelo, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), *Ciberdelitos II*, 1ª ed., 2018, 221.

⁴¹ STACCO, Jorge Santos, *Eficiencia en la Justicia del Chubut: un tema de Administración*, Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, 2011.

mantenerla en secreto. Si el dato informático aún no se generó o no hay un proceso penal específico que le de marco a la solicitud de la medida, no estamos ante esta medida. Aquí radica la diferencia con la retención general de datos, ya que esta última consiste en obligar a los proveedores de servicio a conservar y retener datos informáticos de tráfico de todos sus usuarios por un plazo determinado y conforme los requisitos. Es una obligación general. En cambio, la conservación del art 16 apunta a ordenar que el proveedor conserve, y por ende no elimine, los datos informáticos que luego pueden ser útiles al avanzar el proceso penal⁴².

En los procesos relacionados con investigación del delito de mera tenencia o posesión de pornografía infantil esta medida es fundamental ya que se necesita que los proveedores de servicio conserven, resguarden y protejan la información mientras avanza la investigación. Direcciones IP desde las cuales se están realizando tráfico ilícito⁴³, datos de tráfico⁴⁴ de perfiles de redes sociales y navegación, hasta conservación del propio contenido de pornografía infantil.

Otra medida es la orden de presentación de datos informáticos regulada en el art. 18 del Convenio. Consiste en ordenar que una persona presente al proceso penal determinados datos informáticos que obren en su poder o control. Con esta orden se obligará, por ejemplo, a que los proveedores de servicio presenten los datos que fueron conservados en aplicación del art. 16 antes visto. También se utilizará para solicitarles a terceras personas que presenten al proceso penal datos informáticos de interés. Es una medida menos lesiva que un allanamiento, dado que el destinatario de la orden de presentación, al cumplirla evitará que el Estado se inmiscuya en su domicilio con una orden más gravosa⁴⁵. En la investigación de los delitos de pornografía infantil es una medida importante ya que, con la orden de presentación emitida por un Juez, se permite

⁴² NEME, Catalina, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), *Ciberdelitos* 1ª ed., 2016, 412.

⁴³ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, en: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, VILLA SIEIRO Sonia Victoria (coords.), *Estudios penales en homenaje*, 1ª ed., 2013, 245.

⁴⁴ El propio Convenio define al dato de tráfico en el art. 1.D como todos los datos relativos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático, generados por este último en tanto elemento de la cadena de comunicación, y que indiquen el origen, destino, la ruta, la fecha, el tamaño, y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente.

⁴⁵ COLEFF, Iván, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), *Ciberdelitos* 1ª ed., 2016, 380.

obtener fácilmente los datos con la cooperación de terceros de los que se requiera datos informáticos⁴⁶.

La siguiente medida regulada en el art. 19 del Convenio es el registro y secuestro de datos informáticos. Dicha medida es muy importante en la investigación de delitos relacionados con pornografía infantil, ya que luego de tal registro se realizará la prueba pericial correspondiente para determinar los pormenores de tal posesión.⁴⁷ Las legislaciones de la mayoría de los países regularon el registro y secuestro de cosas físicas en los procesos penales, habiendo una gran ausencia de regulación sobre evidencia digital⁴⁸. Las diferencias entre la evidencia en formato físico y la evidencia digital son enormes⁴⁹, y enumerarlas excedería con creces este trabajo. Pero sí conviene remarcar la importancia de introducir en los ordenamientos jurídicos de los países adherentes al Convenio legislación específica en el tema, teniendo en cuenta que esta medida puede

⁴⁶ Imaginemos por un instante que estamos ante un caso donde un empleado de una compañía está siendo sospechado de un delito relacionado con pornografía infantil. El juez, mediante orden de registro y secuestro en el domicilio particular del imputado, verificó que el imputado posee infinidad de material pornográfico infantil, así como su distribución y puesta a disposición del mismo. A fin de poder realizar una investigación acabada, la justicia sospecha que el trabajador puede haber dejado material en su ordenador empresarial o al menos puede haber allí información relevante para el proceso penal sobre sus conductas de navegación. El juez tiene dos opciones: ordenar el registro y secuestro de todos ordenadores de la empresa paralizando varias horas o incluso días la operatoria habitual de la compañía ocasionando grandes pérdidas monetarias, o, por el contrario, emitir una orden de presentación solicitándole al titular de la compañía que presente datos informáticos del ordenador del empleado a fin de investigar su contenido. Esta segunda opción es una medida menos gravosa y más simple, incluso para los investigadores. En este sentido, los considerandos 170 y 171 del Informe Explicativo del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest explican lo siguiente: 170. (...) *se insta a las Partes a que faculten a sus autoridades competentes a ordenar a una persona presente en su territorio que comunique determinados datos informáticos que obren en su poder, o a ordenar a un proveedor que ofrezca sus servicios en el territorio de dicha Parte a que suministre información relativa a los abonados. (...) En lugar de exigir que los Estados apliquen sistemáticamente medidas coercitivas en relación con terceros, tales como el registro y la confiscación de datos, es esencial que los Estados incluyan en su derecho interno facultades de investigación alternativas que proporcionen medios menos intrusivos para obtener información relevante para las investigaciones penales.* 171. *Una "orden de presentación" representa una medida flexible que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley pueden aplicar en muchos casos, especialmente en lugar de otras medidas que son más invasivos o más onerosas. La aplicación de este tipo de mecanismo procesal también será beneficiosa para los terceros encargados de la custodia de los datos, tales como los ISP, que a menudo están dispuestos a ayudar en forma voluntaria a las autoridades encargadas de hacer cumplir las leyes suministrando los datos que están bajo su control, pero que prefieren que exista una base jurídica adecuada para esa asistencia, que los libere de toda responsabilidad tanto contractual como no contractual.*

⁴⁷ ARQUÉS SOLDEVILA, Josep María / GUASCH PETIT Assumpció, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, número 30, 2013, 360.

⁴⁸ SALT, Marcos, Nuevos desafíos de la evidencia digital, 1ª ed., 2017, 26; Informe Explicativo del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest, STE núm. 185, elaborado por el Consejo de Europa. Considerando 184. Accesible en <https://rm.coe.int/16802fa403>. Consultado el día 10 de abril de 2019.

⁴⁹ SALT, Marcos, Nuevos desafíos de la evidencia digital, 1ª ed., 2017, 32; BARROSO TOLEDO, Reina, Revista Faro, número 13, 2011.

afectar gravemente el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho al entorno virtual como un derecho omnicompreensivo⁵⁰.

Es preciso regular la facultad de registrar o tener acceso a un sistema informático, así como sus datos, acceso a un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos como un disco duro externo, tarjeta de memoria, etc. Asimismo, la facultad de confiscar u obtener los datos mediante una copia, poder copiarlos para luego analizarlos, etc. De esta manera, se zanjaría la discusión de que ordenar el secuestro de un dispositivo informático no implica autorización de acceder a su contenido, el cual deberá fundamentarse independientemente, aun cuando se solicite en la misma orden⁵¹.

Otro dato interesante para resaltar es que las medidas reguladas en esta sección del Convenio son para ser aplicadas en el territorio del Estado Parte⁵². Si la evidencia digital está alojada en servidores del exterior, se aplicará la sección tercera del Convenio sobre cooperación internacional, que prevé las mismas medidas, pero en el contexto internacional.

En líneas generales, las medidas reguladas en la sección segunda del Convenio de Budapest no están legisladas en el Código Procesal de la Nación de la República Argentina⁵³. Sin embargo, algunas jurisdicciones poseen regulaciones aislada de medidas sobre evidencia digital, como es Córdoba o Neuquén.

Respecto a España, y conforme fuimos mencionado, la adaptación al Convenio en su parte procesal fue realizada por la 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.

⁵⁰ Puede analizarse la distinción entre estos tres derechos en la Circular 5/2019 de la Fiscalía General del Estado, página 3 a 7. Circular de la Fiscalía General del Estado accesible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_5-2019.pdf?idFile=2a2c765e-3a04-4656-87c0-8b56ef73d0b6 Consultado el día 17 de abril de 2019.

⁵¹ En este sentido, España regula en el artículo 588 sexies A, el Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. En su segundo párrafo dice que la simple incautación de cualquiera de los dispositivos, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

⁵² Esto surge de la propia redacción de los arts. 16 a 21, y 29 a 34 del Convenio y de los considerandos 131 y 281 del Informe Explicativo del Convenio de Budapest.

⁵³ SERGI, Natalia. Análisis jurídico de la situación de la evidencia digital en el proceso penal en Argentina, Volumen 3, 1ª ed., abril 2018. Área Digital Asociación por los Derechos Civiles, abril 2018, 61.

2.2.5 Medidas sobre Cooperación Internacional

Si bien la importancia de la cooperación internacional en la persecución de los delitos de pornografía infantil será analizada en un epígrafe aparte, podemos mencionar que la tercera sección del Convenio trata los procedimientos y herramientas relacionadas con la cooperación internacional.

Dicha sección establece medidas relativas a la asistencia mutua en relación con los delitos tradicionales y con los delitos relacionados con la informática, así como también las referentes a la extradición. Se replican los poderes procesales de la sección segunda, pero para ser aplicados internacionalmente.

Además de contener dichas medidas, el Convenio prevé la obligación de designar un punto de contacto localizable las 24 horas del día, siete días a la semana, denominado red 24/7, con el fin de garantizar una asistencia inmediata en las investigaciones de delitos vinculados a sistemas y datos informáticos.

2.3 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

Se analizará a continuación el Convenio del Consejo de Europa sobre protección de los niños contra la explotación y abuso sexual, celebrado en Lanzarote⁵⁴. El día 12 de marzo de 2009, el Plenipotenciario de España, firmó en Toledo el 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, y en julio de 2010, el Rey Juan Carlos I firmó el Instrumento de Ratificación.

El preámbulo del mismo establece que todos los niños tienen derecho, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, a las medidas de protección que exige su condición de menores. Por ende, es dable entender que el Convenio establecerá medidas, acciones y obligaciones encaminadas a los tres sectores. Asimismo, alude a la preocupación de los países redactores del Convenio, sobre el grave peligro para la salud y el desarrollo psicosocial de los menores que producen la explotación sexual de los

⁵⁴ 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, accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17392> Consultado el día 17 de abril de 2019.

niños, en particular la pornografía y la prostitución infantil, y todas las formas de abuso sexual infantil⁵⁵.

El texto demuestra asimismo la preocupación de sus elaboradores por el elevado incremento que ha tenido la explotación y el abuso sexual de los niños 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 internacional⁵⁶.

En este sentido, los países decidieron elaborar un instrumento internacional global que se centre en los aspectos relacionados con la prevención, la protección y la legislación penal en materia de lucha contra todas las formas de explotación y abuso sexual de los niños. Junto con la Convención sobre los Derechos del Niño, en la doctrina es considerado uno de los Convenios más importantes en la lucha contra la explotación sexual infantil⁵⁷.

Conforme establece el art. 1, el objetivo del Convenio es prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños, proteger los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual, y promover la cooperación nacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual de los niños.

Está estructurado en trece capítulos. En ellos se incluyen medidas preventivas, disposiciones sobre autoridades especializadas y organismos de coordinación, medidas de protección y asistencia a las víctimas, programas o medidas de intervención, Derecho penal sustantivo, investigación, enjuiciamiento y derecho procesal, cooperación internacional, mecanismo de seguimiento, y disposiciones formales sobre la relación del Convenio con otros instrumentos internacionales, régimen de enmiendas, y cláusulas finales.

Respecto al capítulo de Derecho penal sustantivo, el art. 20 castiga el delito de mera tenencia o posesión de material.

⁵⁵ RAMOS TAPIA, María Inmaculada, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 1a ed., 2015, 121.

⁵⁶ OST, Suzanne, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 1a ed., 2015, 76.

⁵⁷ BAUER BRONSTRUP, Felipe. *Los delitos de pornografía infantil*, 1ª ed., 2017, 42.

2.4 Directiva 2011/92/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

El día 13 de diciembre de 2011 se dictó en el marco del Parlamento Europeo la Directiva 2011/92/UE sobre la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁵⁸. Cabe recordar que el Convenio de Budapest llevaba varios años de vigencia, pero no todos los países formaban parte del mismo en el año 2011, y los que sí, aún no habían adecuado su normativa interna⁵⁹.

La razón de ser de dicha Directiva es la creciente preocupación por los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, incluida la pornografía infantil, dado que constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales⁶⁰. Un objetivo de la normativa europea respecto a menores de edad es velar⁶¹ por su interés superior⁶² y dicha Directiva responde a ello ya que es un objetivo central⁶³.

Respecto al interés superior del niño, asimismo cabe resaltar que el art. 39.4 CE expresa la idea de que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos⁶⁴. Por ende, la protección de los menores es central en el ordenamiento jurídico europeo y español.

⁵⁸ Directiva 2011/92/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 accesible en <https://www.boe.es/doue/2011/335/L00001-00014.pdf> Consultado el día 17 de abril de 2019.

⁵⁹ Cuadro de países que han firmado y ratificado el Tratado 185, Convención para la Ciberdelincuencia de Budapest. Actualizado hasta el día 03/05/2019. Accesible en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=9AhTqauJ Consultado el día 17 de abril de 2019.

⁶⁰ 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, 349.

⁶¹ Considerando 6 de la Directiva 2011/92/UE (...) *el interés superior del menor debe ser la consideración primordial a la hora de poner en práctica las medidas para combatir estos delitos con arreglo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (...)*

⁶² Considerando 2 de la Directiva 2011/92/UE (...) *en todas las medidas relativas a la infancia, ya sean adoptadas por las autoridades públicas o por instituciones privadas, el interés superior del menor sea la consideración primordial. (...)*

⁶³ CANO LOPEZ, Alejandro / SERRANO SANCHEZ Lucia, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, número 39, 2015.

⁶⁴ RAMOS TAPIA, María Inmaculada, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1a ed., 2015, 122.

Volviendo al plano internacional, es importante resaltar la importancia de regulación transnacional que integran el marco jurídico, ya que demuestra el interés de la comunidad internacional en luchar contra estos delitos⁶⁵. Asimismo, los considerandos mencionan la necesidad de tener un enfoque común en la lucha contra tales conductas, coincidiendo con el Convenio de Budapest, cuyo preámbulo menciona expresamente la necesidad de adoptar un marco jurídico común. La Directiva, a diferencia del Convenio de Budapest, sí fija penas, pero a modo de orientación.

El objetivo central de la Directiva es asimismo consensuar la tipificación básica de una serie de acciones ilícitas relacionadas con la pornografía infantil. En este sentido, el Considerando 12 menciona que las formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores deben ser objeto de penas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Por su parte el art. 1 explica que el objeto de la misma será establecer normas mínimas tanto en la definición de terminología básica en la materia, como en las propias infracciones penales en el ámbito de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, la pornografía infantil, etc.

La Directiva posee treinta artículos que tratan definiciones, delitos, cuestiones de tentativa y complicidad, agravantes, decomisos y embargos, responsabilidad de las personas jurídicas, investigación y proceso, medidas de asistencia, apoyo y protección a las menores víctimas, prevención, forma de incorporación al derecho nacional y cuestiones formales.

Respecto a la penalización de la mera tenencia de material pornográfico infantil, la Directiva prevé en el art. 5 disposiciones relacionadas con ese delito, las que serán analizadas oportunamente.

2.5 Código Penal Español LO 10/1995, reforma LO 1/2015

En las últimas reformas del CP español pertinentes al tema, se han incorporado disposiciones sobre Pornografía Infantil. La redacción de 1995 tenía disposiciones en el art. 189, aunque con verbos típicos más limitados que la redacción actual⁶⁶.

⁶⁵ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, Revista Aranzadi Doctrinal, número 5, 2014.

⁶⁶ GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, 1ª edición, 2015, 448.

Debido a las altas tasas de casos de delitos relacionados con pornografía infantil, así como un debate en la sociedad, la Ley Orgánica 11/1999 volvió a modificar el art. 189 CP⁶⁷. De hecho, el delito de posesión de pornografía infantil fue incorporado por dicha ley. En 2003 se sancionó la Ley Orgánica 15/2003⁶⁸ que también modificó el tipo penal sobre mera tenencia de material. Por último, y motivado por una alarma social de aumento de casos de diversas conductas sobre pornografía infantil y demanda social de aumento de penas⁶⁹, hubo dos modificaciones: la operada por Ley Orgánica 5/2010⁷⁰ y por Ley Orgánica 1/2015⁷¹. Esta última es la ley que realizó una serie de modificaciones integrales al CP.

Básicamente la evolución de los cambios fue:

| Ley Orgánica | Modificación |
|---------------------------|--|
| 10/1995 – Código Original | Sólo castigaba usar menores de edad en un espectáculo pornográfico. No castigaba distribuciones ni tráfico de material. Mucho menos castigaba la mera tenencia. |
| 11/1999 | Ampliación del tipo. Agregó conductas sobre tráfico y distribuciones. Incorporó la penalización de la posesión, con una ultra intención ⁷² específica ⁷³ . |

⁶⁷ 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, accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744> Consultado el día 23 de abril de 2019.

⁶⁸ 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 accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538> Consultado el día 23 de abril de 2019.

⁶⁹ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 103.

⁷⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal accesible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953 Consultado el día 23 de abril de 2019

⁷¹ 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 accesible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439 Consultado el día 23 de abril de 2019

⁷² La ultraintención también es denominada especial elemento subjetivo del injusto. STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal parte general I, el hecho punible, 4ª edición, 2005, 201.

⁷³ Ultraintención de posesión para distribuir, producir, vender, exhibir, o facilitar material.

| | |
|---------|--|
| 15/2003 | Penalización de mera tenencia, o sea sin fin de realizar ninguna otra conducta. Modifica supuestos incorporando agravantes cuando el menor es incapaz. |
| 5/2010 | Suprime apartado sobre medidas para agrupaciones criminales. Eleva escalas penales y modifica agravantes. |
| 1/2015 | Los cambios respondieron a la transposición de la Directiva 2011/92/UE, para elevar escalas penales entre otras cosas y ampliando conductas ⁷⁴ . Es el tipo penal vigente. Lo analizaremos en el epígrafe sobre cómo prevé castigar el delito de mera tenencia cada uno de los instrumentos internacionales y nacionales vistos. Lo interesante es que se incorpora una definición de qué debe entenderse por pornografía infantil. Asimismo, se incorpora la penalización del acceso y adquisición de pornografía infantil. O sea que, además de castigar la mera tenencia, desde la reforma del 2015 se castiga el acceso y adquisición de pornografía infantil ⁷⁵ . |

2.6 Código Penal Argentino, Ley 26388 y Ley 27436

En la República Argentina, se dictó la ley 26.388⁷⁶ el 4 de junio de 2008 que modificó el CP e incorporó un catálogo de figuras delictivas relacionadas con la informática, como el acceso indebido a comunicaciones electrónicas, acceso ilegítimo a

⁷⁴ Fenómeno conocido por la doctrina española como Populismo Punitivo, donde se agravaban sistemáticamente las penas de los delitos para dar respuesta a las presiones de la opinión pública sin cuestionarse las causas estructurales de los delitos. En este sentido, ANTÓN-MELLÓN, Joan y ANTÓN Carbonell, Elisenda, Revista Internacional de Pensamiento Político, número 12, 2017, 134.

⁷⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018; 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, 336.

⁷⁶ Ley 26388 de delitos informáticos modificatoria del Código Penal Argentino. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm> Consultado el día 23 de abril de 2019

sistemas informáticos, estafa informática, daño informático, pornografía infantil, interrupción de comunicaciones, entre otras figuras. Fue sin duda la ley más importante en la materia, dado que actualizó los tipos penales a las nuevas realidades tecnológicas. Esta ley modificó el art. 128 CP sobre delitos de pornografía infantil.

Asimismo, en noviembre del 2013 se sancionó la ley 26904⁷⁷ que introdujo en el CP el delito de Grooming, y en abril de 2018 se sancionó la ley 27436⁷⁸ que modificó CP para penalizar la mera tenencia de material pornográfico infantil, así como aumento general de penas y un agravamiento especial de todas las escalas penales cuando la víctima sea menor de 13 años.

La ley 26388, fue una ley que en su momento tuvo un gran consenso y de la que han participado de su redacción profesionales especialistas del derecho y especialistas informáticos⁷⁹. Los delitos que incorpora, al igual que el Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest, son dolosos. Junto con la ley 27436, regulan los delitos de pornografía infantil en el CP Argentino. Conforme ya hemos mencionado en este trabajo, actualmente se está trabajando en la reforma integral del CP, cuerpo normativo de 1921 que de tantas reformas parciales perdió sistematicidad y ganó absoluta vetustez⁸⁰.

| Ley | Modificación |
|------------|---|
| 26388 | Además de castigar la producción, venta, financiación, ofrecimiento, publicación, divulgación y distribución, castigaba la tenencia de material con fin inequívoco de realizar los verbos típicos recién señalados. |

⁷⁷ Ley 26904 de penalización del Grooming, modificatoria del Código Penal Argentino. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/223586/norma.htm> Consultado el día 23 de abril de 2019

⁷⁸ Ley 27436 de penalización de la mera tenencia de pornografía infantil, modificatoria del Código Penal Argentino. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/309201/norma.htm> Consultado el día 23 de abril de 2019

⁷⁹ PALAZZI, Pablo, Revista de Contratación Electrónica, número 93, mayo 2008.

⁸⁰ BORINSKY, Mariano / PASCUAL, Juan Ignacio, A 100 años del Proyecto del vigente Código Penal de Rodolfo Moreno (h)", 2017.

| | |
|-------|--|
| 27436 | Castiga la mera tenencia, o sea sin necesidad de exigir otras intenciones. Aumento general de escalas penales. |
|-------|--|

Como conclusión, podemos afirmar que el marco legal nacional e internacional es amplio y abarca el tema con diversos tipos penales que analizaremos oportunamente.

3 – CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA TECNOLOGÍA Y ENCUADRE DEL DELITO DE MERA TENENCIA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

En este epígrafe esbozaremos una clasificación de delitos relacionados con la tecnología, y donde encuadraría el delito de mera tenencia de pornografía infantil. Ahora bien, para poder realizar tal clasificación, primero debemos tratar de definir qué es un delito informático, o qué termino utilizar, así como entender qué tipos de bienes jurídico lesionan.

3.1 Hacia una definición del delito informático. Bienes jurídicos en juego

La doctrina no es pacífica en cuanto a definición de delitos informáticos o sobre qué término usar en su lugar. Una forma de definirlo sería realizar una alusión al bien jurídico que lesionan. Los Códigos Penales organizan su articulado en torno a capítulos que a su vez responden a lesiones de bienes jurídicos. Por ejemplo, podemos definir delincuencia sexual como aquella que lesiona de cualquier manera la integridad sexual de la víctima, o delincuencia patrimonial aquella que viola el bien jurídico patrimonio o propiedad. Ahora bien, con los delitos informáticos no sucede lo mismo, dado que lesionan de manera grave bienes jurídicos diversos⁸¹, como la integridad sexual de menores, la intimidad de datos personales, la propiedad, la privacidad de las comunicaciones, la seguridad de las infraestructuras críticas del Estado, la propiedad o el patrimonio, la seguridad nacional, etc.

Por eso podemos decir que los delitos relacionados con la tecnología son pluriofensivos, ya que lesionan diversos bienes jurídicos y no solamente uno⁸². Entonces definirlos por su bien jurídico no es suficiente.

Como podemos observar, no existe consenso en definir el tema ni mucho menos los instrumentos internacionales se avocan a ello. Cierta doctrina entiende que se debe utilizar el término criminalidad informática dado que de esta forma se agrupan diversos delitos heterogéneos que tienen relación con la tecnología⁸³. Por ejemplo, en el caso del Programa Nacional del Ministerio de Justicia de Argentina comentado al comienzo del

⁸¹ KLEIMAN, Hernán / TELLO, Pablo, en: DE LUCA, Javier Augusto, *Informática y Delito*, 1ª ed., 2014, 40.

⁸² RINCÓN RÍOS, Jarvey, *El delito en la cibersociedad y la justicia penal internacional*, 2015, 183.

⁸³ FLORES PRADA, Ignacio, *Criminalidad informática*, 1ª ed., 2012, 24.

epígrafe II, adopta esa terminología, dado que se llama Programa Nacional contra la Criminalidad Informática. La recientemente publicada Estrategia de Ciberseguridad Española versión 2019, utiliza el término Cibercriminalidad⁸⁴.

Asimismo, se ha propuesto utilizar el término ciberdelincuencia o criminalidad informática para hacer referencia a actividades delictivas que se encuentran vinculadas las tecnologías de la información y de la comunicación⁸⁵, ya sea porque el delincuente las usa como fin o se sirve de ellas como medio⁸⁶.

3.2 Clasificación según el Convenio de Budapest

Una vez vista la complejidad a la hora de aunar una única definición, nos referiremos a la clasificación de los delitos de la criminalidad informática. De esta forma veremos dónde encuadra el delito de mera tenencia de pornografía infantil. Para ello tomaremos la clasificación que realiza el propio Informe Explicativo del Convenio de Budapest. El Reporte aporta cuatro categorías.

En primer lugar, aquellas acciones que pueden tener como fin alguno de los tres pilares de la seguridad de la información: la confidencialidad, la disponibilidad o la integridad de la información⁸⁷. Una conducta que atente contra alguno de estos pilares. Son aquellas acciones que tienen a la tecnología como fin. Por ejemplo, un daño informático, que atenta contra la integridad y disponibilidad de la información, o un

⁸⁴ Estrategia de Ciberseguridad Nacional de España. *El término Cibercriminalidad, hace referencia al conjunto de actividades ilícitas cometidas en el ciberespacio que tienen por objeto los elementos, sistemas informáticos o cualesquiera otros bienes jurídicos, siempre que en su planificación, desarrollo y ejecución resulte determinante la utilización de herramientas tecnológicas; en función de la naturaleza del hecho punible en sí, de la autoría, de su motivación, o de los daños infligidos, se podrá hablar así de ciberterrorismo, de ciberdelito, o en su caso, de hacktivismo.* Accesible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-6347 Consultado el día 4 de mayo de 2019

⁸⁵ En este sentido lo plantea la Fiscal de Sala contra la Criminalidad Informática Elvira Tejada de la Fuente. TEJADA DE LA FUENTE, Elvira, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), *Cibercrimen I* 1ª ed., 2016, 35; RINCÓN RÍOS, Jarvey, *El delito en la cibernsiedad y la justicia penal internacional*, 2015, 186.

⁸⁶ NARVAEZ MONTENEGRO, David Bolívar, *Uniandes Episteme*, número 2, 2015; AROCENA, Gustavo Alberto, RP, número 29, enero 2012, 9 “*El delito informático o ciberdelito es el injusto determinado en sus elementos por el tipo de la ley penal, conminado con pena y por el que el autor merece un reproche de culpabilidad, que, utilizando a los sistemas informáticos como medio comisivo o teniendo a aquéllos, en parte o en todo, como su objeto, se vinculan con el tratamiento automático de datos*”; RINCÓN RÍOS, Jarvey, *El delito en la cibernsiedad y la justicia penal internacional*, 2015, 178.

⁸⁷ MAGERIT, versión 3.0, Libro I, método, Dirección General de Modernización Administrativa, Procedimientos e Impulso de la Administración Electrónica, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2012, 9.

acceso ilegítimo o delito de intrusión de comunicaciones electrónicas que atenta contra la confidencialidad de la información. El objetivo de tales conductas es la propia tecnología o sistema informático.

En segundo lugar, nos encontramos con conductas que utilizan la tecnología como medio, o sea, donde los sistemas son usados como instrumento para atacar ciertos intereses legales que ya están penados por los ordenamientos jurídicos. Un ejemplo es el fraude, el cual encontró en la tecnología una nueva forma de comisión.

En tercer lugar, podemos diferenciar aquellos delitos relacionados con el contenido, como los delitos de pornografía infantil, donde allí la ilicitud radica en el contenido propiamente dicho y utiliza la tecnología para su propagación y realización.

Por último, en cuarto lugar, aquellos delitos relacionados con la propiedad intelectual.

Por ende, los delitos relacionados con la pornografía infantil y en particular el delito de mera posesión, serían delitos de contenido, dado que la ilicitud radica en su propio contenido y utiliza a la tecnología como principal medio de creación, difusión, comercialización y posesión⁸⁸.

⁸⁸ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, Los delitos de pornografía infantil, aspectos penales, procesales y criminológicos, 1ª ed., 2011, 263.

4 – DEFINICIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL SEGÚN EL MARCO LEGAL Y BIEN JURÍDICO EN JUEGO

En el presente epígrafe nos adentraremos en el concepto de pornografía infantil. Dado que el delito de mera tenencia de pornografía infantil implica poseer tal material, debemos poder delimitar qué es tal concepto. O sea, definir el objeto material del delito.

Teniendo en cuenta que analizar una construcción del término desde el punto de vista doctrinal, jurisprudencial, filosófico, histórico y moral sería más propicio de una Tesis Doctoral que de un Trabajo de Fin de Máster, ceñiremos la cuestión a analizar cómo define el concepto de pornografía infantil el marco legal visto en el epígrafe 2, aunque haremos mención de algunos matices doctrinales y ciertos desafíos que plantea la cuestión.

Definir el concepto es importante dado que cada vez que nos refiramos a delitos de *pornografía infantil*, tenga los verbos típicos que tengan, el concepto deberá poseer la misma acepción. Además, dado que es un elemento normativo del tipo objetivo⁸⁹, este concepto debe ser precisado por la propia norma. La importancia radica en mostrar el consenso que hay en torno a la definición entre los textos normativos, dado que el concepto de pornografía infantil estará determinado por el desarrollo cultural, moral y social de la sociedad⁹⁰.

Asimismo, analizaremos el bien jurídico⁹¹ en juego⁹² en el delito de mera tenencia de material pornográfico infantil.

⁸⁹ Los elementos normativos del tipo penal son elementos ocasionales del tipo objetivo que deben ser precisados o valorados por una norma jurídica. Ejemplos de elemento normativo son *cosa, base de dato, ajeno, documento, funcionario, etc.* RIGHI, Esteban, Manual de Derecho Penal, parte general, 1ª ed., 1988, 167.

⁹⁰ GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema, Revista boliviana de Derecho, número 15, 2013; PASCUAL, Alejandra, GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea, IGUAL, Carlos, Revista Española de Investigación Criminológica, número 15, 2017; BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 88.

⁹¹ Bien jurídico es aquel interés de la sociedad que el Derecho Penal protege. RIGHI, Esteban, Manual de Derecho Penal, parte general, 1ª ed., 1988, 141.

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, parte general, 9ª ed., 2015, 59. *A la norma penal, igual que a las demás normas jurídicas, le incumbe una función eminentemente protectora. Pero ¿qué es lo que protege o pretende proteger la norma penal? A esta pregunta responde la mayoría de los penalistas: la norma penal, el Derecho penal, protege bienes jurídicos. Bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud —negados por la muerte y el sufrimiento—. A ellos se añaden*

4.1 Definición de pornografía infantil.

4.1.1 Elemento común a todas las definiciones. Menor de edad.

Cabe resaltar que, todos los instrumentos del marco legal pertinente que utilizan la palabra *menor* o *niño* al definir al material pornográfico infantil lo delimitan como la persona con menos de 18 años de edad⁹³.

4.1.2 Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest

Comenzaremos por la definición que brinda el Convenio de Budapest dada su importancia en la materia y que el concepto acuñado por él sirvió de fuente para muchos otros textos normativos⁹⁴. El Convenio dedica el apartado 2 del art. 9 a definir qué se entiende por pornografía infantil.

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*

El Convenio de Budapest en el supuesto a) entiende a la pornografía infantil cuando hay un menor real adoptando una forma sexual explícita. Este el supuesto más clásico, o sea, donde el menor de edad es una persona existente que fue explotada sexualmente para producir dicho material que luego será objeto de los verbos típicos de todos los delitos relacionados con pornografía infantil, en nuestro caso, su posesión.

otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc.

⁹³ GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema, Revista boliviana de Derecho, número 15, 2013; BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016, 40; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 170.

⁹⁴ BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016, 40.

Los supuestos b) y c) son los más controvertidos⁹⁵ desde la óptica del Derecho penal mínimo, para quienes luchan contra el fenómeno denominado populismo punitivo ya analizado y para los defensores acérrimos del principio del Derecho penal como *última ratio*⁹⁶. Dichos apartados planean castigar el material donde el menor de edad no sea real, sino que se parezca a un menor⁹⁷, y cuando la imagen es real pero el menor es representado, que sería por ejemplo el caso de las creaciones digitales. Por eso es importante analizar el bien jurídico, dado que debemos ver si realmente hay una afectación a un bien jurídico en el material de los apartados b) y c), o si por el contrario el Derecho penal pretende asumir una función que le es ajena. En este sentido, adelanto mi opinión: el Derecho penal al castigar creaciones simuladas o no verídicas asume una función que no le corresponde. Se adjudica la prerrogativa de juzgar el plan de vida del consumidor del material simulado o creado digitalmente⁹⁸. Distinto es el caso donde el material es real, dado que allí sí hay una afectación al bien jurídico conforme veremos oportunamente.

Por ende, el apartado a) define a la pornografía real, y los apartados b) y c) a la simulada. Dada la controversia que puede suscitar perseguir conductas con tales materiales simulados, es que el Convenio admite que esos dos apartados puedan ser reservados y por ende no aplicados.

El Informe Explicativo dice que la idea no es interpretar que pueda considerarse pornográfico a los materiales que tienen un mérito artístico, médico, científico o similares características como pornográficos.

Respecto al comportamiento sexualmente explícito, tanto si el material es real como simulado, explica el Reporte que refiere a las relaciones sexuales, ya sea en forma

⁹⁵ 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, 282.

⁹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª ed., 2015, 102; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

⁹⁷ Sería el caso de la pornografía técnica, donde la persona que aparece en el material no es un menor de edad, pero se lo hace parecer. 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., 2010.

⁹⁸ GARCÍA ALBERO, Ramón, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª ed., 2015, 282.

genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal, entre menores, o entre un adulto y un menor, del mismo sexo o del sexo opuesto, la bestialidad, la masturbación, los abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual, o la exhibición lasciva de los genitales o la zona púbica de un menor.

Asimismo, volviendo a los ya mencionados apartados b) y c), son las imágenes pornográficas que muestran a una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito, y las imágenes que, si bien son realistas, no implican de hecho la participación de un niño real en un comportamiento sexualmente explícito. El Reporte explica que esa última opción incluye las imágenes alteradas, tales como las imágenes modificadas de personas físicas, o incluso generadas totalmente por medios informáticos.

Suelen distinguirse dos tipos de pornografía infantil simuladas⁹⁹. La pornografía virtual o técnica y la pseudopornografía¹⁰⁰. La virtual alude a aquel material que mediante un ordenador reproduce imágenes de menores de edad con contenido pornográfico sin la presencia real de ningún menor. Por ejemplo, una imagen de un adulto que, por procesamientos técnicos gráficos, o maquillaje o disfraz aparentan¹⁰¹ minoría de edad. Este tipo es la definida en el apartado b) del art. 9.2 del Convenio. La pseudopornografía es la alteración de imágenes reales para mostrar a un supuesto menor, por ejemplo, reemplazando su cara por la de un menor sobre la imagen de un adulto¹⁰². Incluso aunque algunas partes pertenezcan a un menor real, el resultado es una manipulación informática. Al utilizar muchas veces partes de menores reales, aunque el producto final sea una manipulación, se entiende que la lesividad es mayor en la

⁹⁹ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 90.

¹⁰⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª ed., 2015, 285.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² 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.

pseudopornografía que en la pornografía virtual. No obstante, también puede no usarse ningún menor real. Si bien la imagen es de un menor de edad, ésta fue creada íntegramente digitalmente¹⁰³.

Por último, quiero realizar la siguiente apreciación. El hecho de que el apartado 2 del art. 9 del Convenio comience diciendo que *por «pornografía infantil» se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de (...)* es confuso. Dado que la palabra *representación* puede referir a una sustitución de la realidad¹⁰⁴ o un escenario no real.

4.1.3 Directiva 2011/92/UE

La Directiva 2011/92/UE define en el art. 2.C a la pornografía infantil de la siguiente manera:

- 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.*

Nuevamente nos encontramos con el problema de la palabra *represente* en la misma oración que las palabras *real o simulada*, lo que parecería ser una contradicción, dado que la *representación* ya de por sí puede ser entendido como algo no real. Estos supuestos deben ser completados con los considerandos de la Directiva. El considerando 3 dice que la pornografía infantil, que consiste en imágenes de abusos sexuales a

¹⁰³ BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016, 40; BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 90; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 175.

¹⁰⁴ Basta con recurrir a la RAE, la cual posee como segunda acepción para la palabra *representación*, a imagen o idea que sustituye a la realidad.

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 Internet¹⁰⁵. El considerando 9 por su parte expresa que la pornografía infantil a menudo incluye imágenes que recogen los abusos sexuales a menores perpetrados por adultos, así como 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. Por último, agrega 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.

Más allá de la propia definición que adopta en el art. 2.C, los considerandos ponen el foco en el tema de la *explotación sexual de los menores de edad*, dado que tanto aquellos como el propio artículo mencionan que las representaciones deben ser de conductas sexualmente explícitas, lo que produce justamente su explotación sexual.

Por ende, hay una pregunta que surge inevitablemente: ¿qué sucede con un desnudo donde no hay una conducta sexualmente explícita? O ¿qué implica predominantemente sexual? Imaginemos una fotografía de un menor desnudo en una playa. El apartado iv del art. 2.C menciona la representación de sus genitales, pero agrega que debe haber un fin predominantemente sexual.

En este sentido, una línea jurisprudencial en España interpretó¹⁰⁶ que no quedarían los desnudos abarcados por el concepto dado que no hay conducta sexual

¹⁰⁵ Por ejemplo, INTERPOL recomienda en su guía de Terminología Adecuada utilizar la palabra Abuso Sexual de menores para referir a pornografía infantil, lo que demuestra que las conductas relacionadas con ella derivan en explotación sexual de menores. Recurso accesible en Interpol <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-menores/Terminologia-apropiada>. Consultado el día 4 de mayo de 2019.; PASCUAL, Alejandra, GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea, IGUAL, Carlos, Revista Española de Investigación Criminológica, número 15, 2017.

¹⁰⁶ STS 1058/2006, 2 de noviembre de 2006. Accesible en <https://supremo.vlex.es/vid/distribucion-difusion-exhibicion-pornografico-25589600>. “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. 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”

STS 803/2010, 30 de septiembre de 2010. Accesible en <https://supremo.vlex.es/vid/225701666>. “Por “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

explícita¹⁰⁷. Sin embargo, la Sentencia ATS 521/2013¹⁰⁸, entiende que sí serían pornografía infantil un desnudo, aunque del supuesto concreto parecería evidenciarse que la imagen excede el mero desnudo, habiendo posiciones sugerentes¹⁰⁹.

Quizás hubiera sido favorable, a fin de decantar el tema, usar un término más amplio como *contexto sexual*¹¹⁰, *uso o contenido sexual o libidinoso*, etc. Se identifican dos corrientes doctrinales. Por un lado, quienes interpretan que el foco de la definición de pornografía infantil debe ser el contexto erótico, la excitación sexual de quien produce, posee distribuye o realiza algún verbo típico con ese material. En consecuencia, los desnudos quedarían abarcados por producir placer sexual, aunque no haya un fin sexual explícito en la propia fotografía¹¹¹. Por otro lado, la otra corriente sostiene que el concepto debe objetivarse y por ende desprenderse de esa consideración de excitación sexual, y por ende el significado debería evidenciar la situación de explotación sexual, abuso o agresión de un menor¹¹². Por ende, según esta última óptica un desnudo no debería quedar abarcado, aunque despierte placer sexual en personas¹¹³. Este último

por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las practicas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos".

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

¹⁰⁸ ATS 521/2013, 21 de febrero de 2013 accesible en <https://supremo.vlex.es/vid/-436379838>. "Las fotos realizadas por el acusado a la menor pueden considerarse como pornográficas ya que muestran la zona pública de la niña, su imagen desnuda y del busto en actitud sugerente, resultando probada su identidad no sólo por las propias manifestaciones del acusado sino asimismo por la correlación numérica de las fotos; esto es, a continuación de otras en las que sin duda aparece la imagen de Amalia, la comprobación de que posa sobre la misma colcha y la igualdad de características morfológicas entre las fotos de detalle y las de cuerpo entero."

¹⁰⁹ También en el caso SAP Álava 376/2008, de 2 de diciembre: la menor había sido utilizada en un contexto sexual, una vez que muchas de las imágenes reflejaban un "zoom" reiterado hacia la zona genital (la vagina) de la niña. Por ende, se consideró pornográfico dicho material.

¹¹⁰ Es este término el que utilizó la STS nº 271/2012, de 26 de marzo. Accesible en <https://supremo.vlex.es/vid/-433517622>. *Cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual*. Asimismo, PASCUAL, Alejandra, GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea, IGUAL, Carlos, Revista Española de Investigación Criminológica, número 15, 2017; 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, 310; BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016, 40.

¹¹¹ GARCÍA ALBERO, Ramón, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª ed., 2015, 293; PASCUAL, Alejandra, GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea, IGUAL, Carlos, Revista Española de Investigación Criminológica, número 15, 2017.

¹¹² BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 78; GARCÍA ALBERO, Ramón, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª ed., 2015, 293; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018; BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 96.

¹¹³ El carácter pornográfico *deberá tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde*. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

parecería ser el criterio adoptado por la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015¹¹⁴. Esta es otra discusión que está conectada con el análisis del bien jurídico. En mi opinión, un mero desnudo¹¹⁵ no debería quedar incluido dado que el derecho penal no debería juzgar lo que el ser humano realiza en su intimidad con dicha fotografía¹¹⁶. De lo contrario, se estaría fomentado el ya mencionado populismo punitivo. Muy diferente es el caso donde dicha fotografía excede el mero desnudo y hay un contexto sugerente sexual o lascivo.

De conformidad con la interpretación que ha realizado la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2015, si ese desnudo es en un contexto lascivo, o sea un paso más allá del simple desnudo, posados con contenido sexual e imágenes enfatizando los genitales, puede ser considerado pornografía infantil. La Circular dice que, para deslindar el desnudo penalmente relevante del irrelevante, habrá de analizarse si el material visual se centra en un comportamiento sexual o en los órganos sexuales del menor. Asimismo, la Circular agrega que *los “fines principalmente sexuales” que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía, deberán tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde*. El Informe Explicativo del Convenio de Budapest habla de *exhibición lasciva de los genitales o la zona pública de un menor*. Esto quiere decir que si se da en dicha situación quedaría abarcada.

Dadas tales discusiones, serán los Tribunales quienes decidan en un caso concreto si determinado material es o no pornografía infantil¹¹⁷. Respecto a esta discusión, hay que mencionar que es muy relevante en el delito de tenencia de material pornográfico infantil. Si estamos ante un delito de producción, las dudas se

¹¹⁴ Los Sres. Fiscales mantendrán el carácter pornográfico de las imágenes de niños desnudos cuando las mismas se enmarquen en un contexto lascivo (posados con contenido sexual e imágenes enfatizando los genitales). Para deslindar el desnudo relevante penalmente del irrelevante habrá de analizarse si el material visual se centra en un comportamiento sexual o en los órganos sexuales del menor. Circular 2/2015 accesible en https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_2015.html Consultado el día 23 de abril de 2019

¹¹⁵ Entendiendo al mero desnudo sin presencia de posiciones sugerentes ni contexto sexual.

¹¹⁶ 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, 311.

¹¹⁷ 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, 314.

disminuyen¹¹⁸. Esto porque la intención del adulto que entra en contacto directo con el menor y que obtiene del mismo fotografías o videos de sus órganos sexuales, puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico¹¹⁹. En cambio, en el delito de mera posesión no suele existir tal contacto.

Tanto el Convenio de Budapest como la Directiva mencionan qué debe ser representación visual, excluyendo otras representaciones como la voz¹²⁰.

4.1.4 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote.

El Convenio de Lanzarote define la Pornografía Infantil en los arts. 20.2 y 20.3 del siguiente modo:

2. 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.

3. Cada Parte se reserva el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1.a a la producción y a la posesión de material pornográfico:

Que consista exclusivamente en representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente;

en el que participen niños que hayan alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18, cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular.

¹¹⁸ BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 111.

¹¹⁹ 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, 315.

¹²⁰ PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 168.

En cuanto al núcleo de la definición del apartado 2 es similar a la aportada por el Convenio, aunque es una definición más restrictiva¹²¹ que la del Convenio de Budapest o de la Directiva 2011/92/UE ya que detalla más acotadamente¹²².

4.1.5 Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas y 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.

Como habíamos referido cuando presentamos el marco legal, la Convención de los Derechos del Niño en su art. 34 establece que los Estados parte adoptarán las medidas necesarias para proteger a los niños de la explotación en espectáculos o materiales pornográficos.

El Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía define a la Pornografía Infantil en el art. 2.C como *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.*

La definición es coincidente con la aportada por el Convenio de Lanzarote. Hasta ahora, las definiciones más amplias provienen del Convenio de Budapest y de la Directiva 2011/92/UE¹²³.

4.1.6 Código Penal Español

El CP español castiga en el art. 189 las conductas relacionadas con material pornográfico infantil. Dada la diversificación de conceptos, tipos de sociedades, momentos históricos, diferentes entendimientos sobre qué debe ser pornografía infantil y qué no, el CP español decidió con la reforma del 2015, incluir una definición propia,

¹²¹ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 74.

¹²² OST, Suzanne, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1a ed., 2015, 77.

¹²³ BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 94.

lo que otorga seguridad jurídica.¹²⁴ Por más que los jueces luego vean en los casos concretos si determinado material encaja o no en ese concepto, al haber una definición las pautas interpretativas tendrán menor margen.

En cuanto a la definición de pornografía infantil, el CP la expresa del siguiente modo:

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.

En primer lugar, cabe resaltar que la definición también se aplicará cuando se hayan utilizado personas con discapacidad, aunque no sean menores de edad. Esto despertó algunas críticas en la doctrina dada la inexistencia de un mercado de pornografía de personas adultas con discapacidad¹²⁵.

¹²⁴ TEJADA DE LA FUENTE, Elvira, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), *Ciberdelitos I* 1ª ed., 2016, 38.

¹²⁵ En este sentido, expresa su disidencia a tal inclusión FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

En segundo lugar, es una definición muy amplia por lo que se incluye una alta variedad de material. La principal crítica a la redacción es que, ante tal variedad de material, se castiga con la misma pena las conductas cuyo objeto material sea simulado y cuando haya un menor real, como el caso del inciso a) de la definición del CP. Asimismo, está alineada¹²⁶ a la brindada por la Directiva 2011/92/UE y a la del Convenio de Budapest, incluyendo la pornografía virtual o técnica. En el inciso c) se establece que, si luego se detecta que la persona no es menor de 18 años, resulta una conducta atípica, o sea que no encuadra en el tipo penal. Disposición similar se encuentra en el art. 5.7 de la Directiva 2011/92/UE.

El inciso c) castiga la pornografía técnica o virtual, que, conforme ya hemos explicado, es cuando se utiliza a alguien que visualmente parece un menor ya sea por maquillaje, contextura física, alteración digital, aunque la redacción es confusa¹²⁷. El inciso d) castiga la pseudopornografía, que sería el caso donde se usan parte de un menor o directamente este es creado digitalmente, aunque la imagen parezca real. En este último inciso podría caber (al igual que en el 9.2.C del Convenio de Budapest y 2C.iv de la Directiva 2011/92/UE) el tema de los dibujos animados, creaciones artísticas o comics. En este sentido, la Circular 2/2015 de la Fiscalía del Estado interpreta en la conclusión número 1.5 que no debe quedar abarcado por el 189.1.d)¹²⁸.

Por último, y respecto a la línea jurisprudencial ya señalada sobre la exclusión de los meros desnudos, en línea con la Circular de la Fiscalía del Estado 2/2015, quedarían excluidos dado que la definición española exige, en todos sus supuestos, una actividad sexual explícita o fines principalmente sexuales.

¹²⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

¹²⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

¹²⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015: *Habrà de integrarse por "imágenes realistas" de modo que se aproximen en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán entenderse incluidos dibujos animados, manga o similares, pues no serían propiamente "imágenes realistas", en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.* En este sentido también GARCÍA ALBERO, Ramón, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 1ª ed., 2015, 289.

4.1.7 Código Penal Argentino

La ley 26388 que incorporó al CP Argentino el catálogo de figuras penales relacionadas con la tecnología, modificó el artículo 128 relativo a la pornografía infantil. Luego, en 2017 y por ley 27436 se volvió a modificar el art. 128 CP a fin de incluir la penalización de la mera tenencia de pornografía infantil y un aumento general de escalas penales.

Dicho artículo, a diferencia del CP Español, no define qué debe entenderse por pornografía infantil en un inciso separado. Sino que dentro de la propia enumeración de las acciones típicas expresa:

Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que (...), por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.

Como puede apreciarse, la breve definición que brinda el CP Argentino excluye las imágenes no realistas o cuando no hay un menor real en ella.¹²⁹ Además, en el proceso de redacción del anteproyecto y exposición de motivos, se las excluyó expresamente¹³⁰.

Cuando la República Argentina adhirió al Convenio de Budapest reservó la aplicación de los arts. 9.2 b y c que castigan el material simulado¹³¹.

Los problemas interpretativos a los cuales ya nos hemos referido sobre la palabra *representación* y su acepción de *sustitución de la realidad* pueden estar presentes. No obstante, dados los principios constitucionales del ordenamiento jurídico argentino como el principio de reserva¹³², principio de lesividad¹³³ y bien jurídico, podemos afirmar que

¹²⁹ AZZOLÍN, Horacio en: en: DE LUCA, Javier Augusto, *Informática y Delito*, 1a ed., 2014, 77.

¹³⁰ PALAZZI, Pablo *Los delitos informáticos en el Código Penal*, 3ª ed., 2016, 36.

¹³¹ Ley 27411 de Adhesión al Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/300000-304999/304798/norma.htm> Consultado el día 4 de mayo de 2019

¹³² Art. 19 de la Constitución Nacional: *las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

¹³³ El principio de lesividad, también denominado de protección exclusivamente de bienes jurídicos o de ofensividad, es aplicable no solamente en Argentina sino en España y en otros ordenamientos jurídicos del

la solución debería ser castigar solamente cuando haya menores de edad reales en el material. Además, la frase *con fines predominantemente sexuales* excluiría lo artístico.

Lo interesante a reseñar, y que demuestra la falta de articulación o sistematicidad que muchas veces tienen los legisladores, es que, si bien están excluidos los materiales simulados en el CP, Argentina ratificó 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, y no ha reservado la frase *reales o simuladas* del art. 2.C que define pornografía infantil. Esto significa que hay una contradicción entre las reservas del Convenio de Budapest, las de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el CP.

4.1.8 Consideración final. Razones del marco legal para incluir, en la definición de pornografía infantil, al material simulado.

Antes de analizar someramente el bien jurídico, es interesante señalar el por qué los textos legales han decidido incluir la penalización del material simulado (sea virtual o pseudopornografía) en las definiciones de pornografía infantil.

El Informe Explicativo del Convenio de Budapest explica en su considerando 102 que los redactores han decidido castigar intereses diversos. Por un lado, la protección directa contra el abuso de menores, que sería el material explícito y real de menores de edad siendo abusados sexualmente del supuesto a) del art 9.2. En cambio, los supuestos b) y c) donde no hay necesariamente un menor dañado, por ser simulado, deciden castigarlo igual dado que podría ser material utilizado para alentar o seducir a niños para que participen en dichos actos y, en consecuencia y palabras del Reporte, “*forman parte de una subcultura que favorece el maltrato de menores*”. Como puede verse, castigar esto tiene que ver con una decisión político criminal de desalentar la producción de éste a fin de frenar el flagelo de la pornografía infantil¹³⁴. Un interrogante que dejo planteado

mundo. Dicho principio indica que *el DP sólo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos, y el legislador no está facultado en absoluto para castigar solo por su inmoralidad (...) que no afecten bienes jurídicos*. En este sentido, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Lecciones de Derecho Penal, parte general, 3ª ed., 2016, 21.

¹³⁴ 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, 318; BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 121.

es si corresponde que el Derecho penal asuma tal función de desalentar ese tipo de material y la lucha contra esa “subcultura” o si, por el contrario, debería evitar pisar terrenos del Derecho penal de autor.

Otro argumento es que en Internet la imagen se convierte en un registro permanente de la conducta sexual de un menor que puede propagarse indefinidamente y esas personas han de vivir con el hecho de que sus imágenes¹³⁵ estarán por siempre en la red, lo que produce el fenómeno de la revictimización¹³⁶. Esto es importante para los casos de la pseudopornografía donde se alteran digitalmente partes del cuerpo de menores de edad reales.

El último argumento que voy a señalar, y que está conectado con los anteriores, es el de la adicción al material, y el estímulo para quienes realizan acciones típicas con él, en aumentar conductas relacionadas con la pornografía infantil¹³⁷.

Respecto a la no inclusión de tal material, quienes defienden que está mal castigarlos, enarbolan como argumentos la libertad de expresión¹³⁸, la libertad de ejercer un plan de vida ajeno a la mirada estatal¹³⁹, que no hay un menor concreto lesionado en el material¹⁴⁰ y el libre desarrollo de la personalidad de quien consume¹⁴¹. En mi opinión, si el material es íntegramente simulado y no hay menores de edad reales involucrados,

¹³⁵ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 142; BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 282.

¹³⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016, 40; BARROSO TOLEDO, Reina, Revista Faro, número 13, 2011; DUPUY, Daniela, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), Cibercrimen I 1ª ed., 2016, 139; BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016, 40; BARROSO TOLEDO, Reina, Revista Faro, número 13, 2011; AGUSTINA, Jose, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 12, 2010.

¹³⁷ En este sentido, y resaltando la controversia de la cuestión, GARCÍA ALBERO, Ramón, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª ed., 2015, 288.

¹³⁸ BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 119.

¹³⁹ Sería el caso del ya citado art. 19 de la Constitución Nacional Argentina. Además, BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 107.

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018; PASCUAL, Alejandra, GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea, IGUAL, Carlos, Revista Española de Investigación Criminológica, número 15, 2017.

¹⁴¹ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 94; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, Revista de Derecho Penal y Criminología, número 18, 2006, 186.

no debería recibir sanción penal¹⁴². Esto está relacionado con el bien jurídico protegido por el tipo penal¹⁴³, que analizaremos a continuación.

4.2 Bien jurídico en juego

Ahora analizaremos el bien jurídico en juego. Recordemos que son bienes jurídicos aquellos intereses de la sociedad relevantes que el derecho decide proteger¹⁴⁴. De esta manera, dicha acepción permite limitar el ejercicio punitivo exigiendo que se creen tipos penales cuando se afecten concretos bienes jurídicos¹⁴⁵. De ahí su función como límite punitivista. Otra apreciación es que los bienes jurídicos deben ser concretos y determinados, y no cuestiones subjetivas de individuos ni contravenciones a convicciones valorativas dominantes (por ejemplo, la moral sexual mayoritaria no podría ser bien jurídico)¹⁴⁶.

Metodológicamente, a fin de esquematizar las ideas correctamente y dado que no hay unidad de bienes jurídicos¹⁴⁷, deberíamos realizar un triple análisis. Primero ver cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil en general cuando el material es real para ver la orientación del legislador en la redacción de los tipos penales, luego el bien jurídico en los delitos de mera tenencia o posesión, y por último el bien jurídico cuando el tipo de material es simulado. Las consideraciones versarán sobre las concepciones actuales, dado que entrar a analizar la construcción genealógica del bien jurídico en los delitos de pornografía infantil desde la honestidad, moral sexual, libertad sexual e indemnidad sexual excedería con creces el objetivo de este trabajo.

4.2.1 Bien jurídico en general

Respecto al bien jurídico en los delitos de pornografía infantil en general y cuando el material es real, es la explotación sexual del menor de edad o su indemnidad sexual¹⁴⁸.

¹⁴² 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, 309.

¹⁴³ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, RP, número 38, julio 2016, 40.

¹⁴⁴ RIGHI, Esteban, Manual de Derecho Penal, parte general, 1ª ed., 1988, 141.

¹⁴⁵ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Lecciones de Derecho Penal, parte general, 3ª ed., 2016, 170.

¹⁴⁶ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 114.

¹⁴⁷ PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 264.

¹⁴⁸ PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 268; BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016.

La indemnidad sexual es entendida como el derecho a no involucrarse en una situación sexual sin consentimiento. También con esta conducta se afecta el derecho al libre desarrollo y formación de la personalidad del menor¹⁴⁹. En sentido se lo ha interpretado en diversas Sentencias¹⁵⁰.

Además de la indemnidad sexual, el bien jurídico en los delitos de pornografía infantil tiene que ver con el sano desarrollo sexual de los menores, sin intromisión de adultos ni experiencias sexuales traumáticas. Por ende, el bien jurídico no sería individual, sino plurisubjetivo, siendo la seguridad de la infancia en abstracto, tratándose de delitos de peligro los tipos penales que tienen tal bien jurídico.¹⁵¹

Respecto al tipo penal argentino, del 128 del CP, el bien jurídico es la indemnidad sexual del menor, y el objetivo de protección radica en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas, así como su normal desarrollo psíquico y sexual¹⁵².

¹⁴⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, Nociones fundamentales del derecho penal, parte especial, Volumen I, 3ª ed., 2018, 266.

¹⁵⁰ SAP Valladolid 866/2002 de 30 de noviembre: *el bien jurídico protegido en el delito del artículo 189 núm. 1 letra a) viene referido por la necesidad de preservar la indemnidad sexual de los sujetos pasivos, que por su condición de menores o incapaces, deben ser objeto de una especial protección en el ordenamiento jurídico, en cuanto y esencialmente los menores que nos ocupan, dada su edad, no tiene capacidad para orientar el ejercicio de su propia sexualidad (...)*; SAP Barcelona, sección 9ª, 13441/2016 de 21 de diciembre de 2016: *el bien jurídico protegido por este delito no es otro que el de la indemnidad sexual de los menores, es decir su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida*; SAP Guadalajara, sección 1, 134/2016 de 4 de abril de 2016: *el art. 189.1 a) del C.P. claramente protege la indemnidad sexual del menor, pues su participación en actividades sexuales con fines o intereses pornográficos, afecta negativamente al desarrollo de la personalidad y su adecuado proceso de formación, así como, eventualmente a su integridad física, psíquica.*

¹⁵¹ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 131.

¹⁵² RIQUERT, Fabián Luis y RIQUERT, Marcelo, Revista de Pensamiento Penal, Código Penal Comentado de acceso libre. *“El bien jurídico es la prohibición de utilizar menores de 18 años para la realización de las acciones que prescribe la norma, en cuanto implican un ataque la indemnidad o integridad sexual de los menores, sin diferencia de sexo, ni interferencias de terceros en su desarrollo. Pero también el bien jurídico que se ha querido tutelar es el normal desarrollo psíquico y sexual de quienes no han cumplido la edad de dieciocho años y que, por lo tanto, no han alcanzado suficiente madurez, e impedir que se recurra a ellos para protagonizar esas exhibiciones sin medir los daños que a causa de ello puedan sufrir”.*

4.2.2 Bien jurídico en el delito de mera tenencia

En los delitos de mera tenencia de material pornográfico infantil no hay una lesión directa a la indemnidad sexual del menor¹⁵³. No obstante, hay autores que sostienen que la lesión al bien jurídico vendría dada por la revictimización que sufre el menor al ser consumido ese material, configurándose un tipo de peligro¹⁵⁴. Penalizar el consumo serviría para tratar de contrarrestar la oferta y su producción, dado que para producir el material se emplearán y explotarán sexualmente menores de edad¹⁵⁵.

El Tribunal Supremo en la STS 913/2006, 20 de septiembre de 2006 ha dicho que castigar la mera posesión de pornografía infantil configura un “delito solitario”, con incidencia sobre el bien jurídico cuando este ya ha sido lesionado, por aquellos que corrompen a los menores en el proceso de elaboración del material, pero que, no obstante, el legislador mantiene que el consumo de productos colgados en la red, induce, aunque sea remotamente a la lesión del bien jurídico protegido.¹⁵⁶

En consecuencia, la lesión al bien jurídico vendría dada por la perpetuación de la revictimización de esa explotación a la que fue sometida el menor, así como porque la posesión de pornografía infantil es un riesgo para la comunidad¹⁵⁷.

No obstante, no habría lesión a bien jurídico toda vez que la lesión solo ocurriría al momento de producir el material y no en la fase de consumición¹⁵⁸. Dicha conducta permanece en el ámbito privado de la persona y, aunque socialmente consumir pornografía infantil sea detestable, carece por sí misma de lesividad en relación al bien jurídico de la indemnidad sexual de los menores¹⁵⁹. Se violaría el principio de *última*

¹⁵³ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen Nocións fundamentales del derecho penal, parte especial, Volumen I, 3ª ed., 2018, 327; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 282; BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 209.

¹⁵⁴ DUPUY, Daniela, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), Cibercrimen I 1ª ed., 2016, 139; BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016, 40; BARROSO TOLEDO, Reina, Revista Faro, número 13, 2011.

¹⁵⁵ BOUYSSOU, Norma Isabel, Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil, 2015, 336.

¹⁵⁶ STS 913/2006, 20 de septiembre de 2006 accesible en <https://supremo.vlex.es/vid/corrupcion-menores-red-informatica-an-24316066>

¹⁵⁷ PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 283.

¹⁵⁸ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 142.

¹⁵⁹ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, Revista de Derecho Penal y Criminología, número 18, 2006, 175. En este sentido la autora analiza la posibilidad de pensar su despenalización dada la ausencia de lesión al bien jurídico. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, Revista de Derecho Penal y Criminología, número 18, 2006, 186.

ratio e intervención mínima al castigar la mera tenencia. Por último, hay una corriente doctrinal que dice que en realidad se protegería la imagen de la víctima, su intimidad y dignidad, al castigar la mera tenencia¹⁶⁰.

Para el Informe Explicativo del Convenio de Budapest, la posesión de pornografía infantil estimula la demanda de dichos materiales, por consiguiente, una manera eficaz de reducir la producción es imponer consecuencias penales a la conducta de cada participante que interviene en la cadena desde la producción hasta la posesión¹⁶¹. Aunque el Reporte no aclara cuál considera que es el bien jurídico lesionado.

4.2.3 Bien jurídico en la pornografía infantil simulada

Por aplicación del principio de lesividad ya referido, se debería castigar únicamente las conductas relacionadas con material donde aparezcan menores de edad reales y se lesione un bien jurídico concreto¹⁶².

En líneas generales, cabe resaltar que dicho principio implica que se deben castigar aquellas conductas que lesionen bienes jurídicos, y no que afecten meramente facetas de la personalidad del autor¹⁶³. Este principio enuncian principalmente quienes sostienen que no debe castigarse el material pornográfico infantil simulado donde no hay un menor de edad real, ya que no debería estirarse o elastizarse el bien jurídico para abarcar conductas que no lo lesionan porque de lo contrario se entraría en una órbita cercana a delitos de peligro abstracto y adelantamiento de la barrera punitiva.

En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015 dice que el legislador, al castigar tal material, entiende que la pornografía simulada puede contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y al ataque de la dignidad de la

¹⁶⁰ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 142; BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 282; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, Revista de Derecho Penal y Criminología, número 18, 2006, 182; BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 213.

¹⁶¹ Informe Explicativo del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest, considerando 98.

¹⁶² GARCÍA ALBERO, Ramón, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª ed., 2015, 287; BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016; BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 106.

¹⁶³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Lecciones de Derecho Penal, parte general, 3ª ed 2016, 21.

infancia en su conjunto. Como puede leerse, asumiría un concepto holístico¹⁶⁴ del bien jurídico, o sea dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general protegidos como bien jurídico supraindividual¹⁶⁵, dado que la circulación de la pornografía simulada puede ponerlo en peligro¹⁶⁶. La Circular añade que penalizar el material simulado no protegería ni la indemnidad sexual¹⁶⁷ ni la propia imagen de un menor concreto, sino de esta forma holística.

Esta interpretación de la Circular ha despertado críticas¹⁶⁸, dado que la ausencia de un menor real torna discutible si el Derecho penal debe asumir esa función protectora general, más cuando la lesión al bien jurídico tiende a alejarse mucho¹⁶⁹. No debería castigarse dado que no hay un sujeto pasivo y un bien jurídico inexistente¹⁷⁰.

Sin perjuicio de ello, respecto al material del inciso d), art. 189 CP Español referido a imágenes realistas de menores no existentes, creados digitalmente, la Fiscalía General del Estado recomienda en la citada Circular solicitar el sobreseimiento dado que, cuando esté excluido el riesgo de difusión de un material que no representa a menores reales, carece de un mínimo contenido de antijuridicidad material.

También podría entenderse que en el caso de la pornografía infantil simulada estaríamos ante un Derecho penal de autor, dado que, en lugar de penalizar una conducta lesiva, el Derecho penal estaría juzgando la personalidad del consumidor o poseedor.

En el caso de que se utilice para la simulación o montaje, partes de un menor real, podría entenderse que se protege la intimidad o su imagen¹⁷¹. Tal como ya fui mencionando, en mi opinión no se debería castigar el material simulado cuando el mismo

¹⁶⁴ Según la RAE, holístico es *perteneciente o relativo al holismo*. Mientras que holismo es la *doctrina que propugna la concepción de cada realidad como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen*. Por ende, una concepción holística del bien jurídico tiene que ver con que el objeto material es un *todo* o sea algo supraindividual. Se protege *el menor*, no un *menor concreto*.

¹⁶⁵ BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016; BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 211.

¹⁶⁶ PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 278.

¹⁶⁷ En este sentido también BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016, 40; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 282.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018; BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016, 40.

¹⁶⁹ *El (lógico) rechazo social a todo lo relativo a la sexualidad referida a menores no justifica la intervención del Derecho penal, cuando no hay interés concreto afectado*. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

¹⁷⁰ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, RP, número 38, julio 2016.

¹⁷¹ BAUER BRONSTRUP, Felipe. Los delitos de pornografía infantil, 1ª ed., 2017, 147.

es cien por ciento creado digitalmente, por no haber un menor concreto ni lesionar el bien jurídico¹⁷². Cuando se trata de pseudopornografía, debería estarse al caso concreto y ver el grado de realidad, dado que una opción válida será perseguir la conducta por acciones relacionadas con la intimidad y protección de la imagen.

Los problemas entorno al bien jurídico en juego al penalizar este tipo de material y las discusiones sobre si se debe proponer una tipicidad o atipicidad comenzaron a aparecer cuando se dejó de considerar a la pornografía infantil únicamente la representación visual de un abuso sexual a un menor real¹⁷³.

¹⁷² FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

¹⁷³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, 394.

5 – ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE MERA TENENCIA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. DIFERENCIACIÓN CON EL ACCESO AL MATERIAL Y ADQUISICIÓN PARA SU USO. DESAFÍOS

A lo largo de este trabajo ya hemos analizado el marco legal pertinente y la importancia central del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest tanto para el derecho de fondo como para el derecho de forma y medidas de investigación aplicables a pornografía infantil. Asimismo, vimos los desafíos de la evidencia digital transnacional y la importancia de la cooperación internacional en la investigación de delitos de mera tenencia de material pornográfico infantil.

Se ha analizado también el objeto material sobre el que recae el delito de mera tenencia definiendo qué es pornografía infantil, sus tipos y los desafíos que genera. También nos hemos detenido en el bien jurídico en el delito de mera tenencia o posesión.

Ahora será turno de analizar la tipicidad objetiva y subjetiva del delito, algunos desafíos que plantea el tema y delimitación de otras conductas similares, como es el mero acceso al material “sin” una tenencia *per se*¹⁷⁴ y la adquisición de material para uno mismo o para otros.

Analizaremos cuestiones que responden al tipo penal en su faceta objetiva y subjetiva. En la tipicidad subjetiva analizaremos el dolo, dado que como ya hemos afirmado, los delitos de la criminalidad informática son en su total mayoría dolosos. Respecto al dolo veremos qué desafío presenta cuando se desconoce el material poseído, teniendo consecuencias en el error de tipo.

Por último, agregar que el delito en análisis es el de mera tenencia o posesión de material, dejando fuera de análisis la penalización de la tenencia con fines de distribución o comercialización que muchos instrumentos jurídicos prevén. También haremos referencia al delito de adquisición y acceso al material para poder diferenciarlos de la mera posesión.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

5.1 Apreciaciones generales

En primer lugar, cabe diferenciar entre mera tenencia o posesión, adquisición y acceso. Poseer al material pornográfico infantil, y acceder a dicho material no son lo mismo, dado que puede accederse al material vía *streaming* sin descargarlo ni poseerlo. Adquirir para uno mismo o para otros y poseer tampoco es lo mismo dado que una persona puede adquirir el material pornográfico infantil y traspasárselo a otra persona sin poseerlo luego. No obstante, dicha diferenciación entre la adquisición y posesión opera en supuestos muy excepcionales¹⁷⁵, dado que generalmente quien adquiere pornografía infantil, luego la posee.

Las tres conductas (mera posesión, acceso y adquisición del material) giran en torno a la figura del consumidor final¹⁷⁶. Son comportamientos dirigidos al último eslabón de la cadena de pornografía infantil¹⁷⁷. También son denominadas conductas de uso¹⁷⁸. Van encaminadas a perseguir el consumo final del material pornográfico, pero sin que la tenencia del material o su visualización aparezcan como elementos imprescindibles en todos los supuestos. Para los tipos penales que veremos, basta la posesión de pornografía infantil sin necesidad de demostrar su uso o visualización, y en el caso del acceso a sabiendas ni siquiera concurre la posesión de un material o, a lo sumo, sería una posesión fugaz. Entonces son conductas diferentes¹⁷⁹.

¹⁷⁵ La adquisición podría entrar en acción sólo en supuestos muy excepcionales como aquellos en los que la investigación policial acredita que se produjo una adquisición, pero tras el posterior examen de los dispositivos electrónicos del sujeto, se comprueba que ya no posee dichos materiales (por ejemplo, porque los ha borrado, eliminando todo rastro de haberlos poseído). FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018. En este sentido también 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, 352; BOUYSSOU, Norma Isabel, Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil, 2015, 336.

¹⁷⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018; BOUYSSOU, Norma Isabel, Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil, 2015.

¹⁷⁷ BOUYSSOU, Norma Isabel, Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil, 2015, 333.

¹⁷⁸ CANTERO CAPARRÓS, José Sainz, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo Sistema de Derecho Penal, 2ª ed., 2015, 285.

¹⁷⁹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel ángel, RP, número 38, julio 2016.

5.2 Tipos penales del marco legal

5.2.1 Convenio de Budapest

El Convenio de Budapest castiga los delitos de pornografía infantil en el art. 9. En su parte pertinente indica:

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.

Cualquier Parte podrá reservarse el derecho a no aplicar, en todo o en parte, las letras d) y e) del apartado 1.

Como puede verse, los incisos d) y e) castigan la conducta de adquisición y posesión. El Informe Explicativo del Convenio en sus considerandos 97 y 98 dicen que adquirir significa obtener activamente pornografía infantil por ejemplo descargándola, mientras que posesión de pornografía infantil implica tenerla en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos como un disquete o CD-ROM, es considerada delito en el párrafo 1.e).

El Convenio finalmente prevé que los Estados Parte puedan reservar la disposición y no aplicarla. Ni España ni Argentina han reservado esto. Sin embargo, es un delito que es difícil de perseguir, teniendo en cuenta que Internet permite descargar millones de archivos, por lo que el delito se potencia. Además, dada la alta cantidad de casos donde se realizan otros verbos típicos (tales como distribución, comercialización, facilitación, etc.) es más factible que se persigan esas conductas y no la mera tenencia¹⁸⁰.

¹⁸⁰ LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo Actualidad Jurídica Aranzadi, número 763, 2008.

5.2.2 Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas y 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.

El Protocolo Facultativo castiga la mera tenencia y conductas conectadas de la siguiente forma:

Art. 3.II.C: La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.

Como puede verse, el Protocolo castiga la mera posesión. Respecto al acceso nada dice, y respecto a la adquisición quedaría abarcado por el término importación.

5.2.3 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote

El Convenio de Lanzarote castiga la mera tenencia y conductas conectadas en el art. 20 de la siguiente forma:

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;

f) el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

4. Cada Parte podrá reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1.f.

El Convenio de Lanzarote posee una amplitud de conductas castigadas. Respecto al acceso dice que debe ser con conocimiento y a través de las TIC. El Convenio

establece la posibilidad de reservar la aplicación de la penalización del acceso al material. España no ha realizado tal reserva.

Conforme explica la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, para probar el acceso a sabiendas o con conocimiento, o sea doloso, se puede recurrir a indicios como la frecuencia con la que el acusado consulta en la red dicho material o si lo hace a través del recurso a los servicios de pago. De esta manera se minimizaría el riesgo de la criminalización de los accesos fortuitos o imprudentes.

5.2.4 Código Penal Argentino

El CP argentino castiga en el art. 128, modificado conforme ya hemos dicho por Ley 26388 y 27436, el delito de mera tenencia de la siguiente forma:

(...) Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

El CP argentino solamente castiga la mera tenencia o posesión dolosa de material pornográfico infantil. No así el acceso o adquisición.

La República Argentina, al adherir al Convenio de Budapest mediante ley 27411, realizó las siguientes reservas en cuanto a este tema:

Art. 1: (...)

b) La República Argentina hace reserva de los artículos 9.1.d., 9.2.b. y 9.2.c. del Convenio sobre Cibercriminación y manifiesta que estos no regirán en su jurisdicción por entender que son supuestos que resultan incompatibles con el Código Penal vigente, conforme a la reforma introducida por la ley 26.388.

c) La República Argentina hace reserva parcial del artículo 9.1.e. del Convenio sobre Cibercriminación y manifiesta que no regirá en su jurisdicción por entender que el mismo sólo es aplicable de acuerdo a legislación penal vigente hasta la fecha, cuando la posesión allí referida fuera cometida con inequívocos fines de distribución o comercialización (artículo 128, segundo párrafo, del Código Penal).

Respecto a esto deben realizarse las siguientes consideraciones. En primer lugar, la reserva del art. 9.1.e para no castigar la posesión simple ya no tiene razón de ser. Lo que sucedió es que inicialmente el art. 128 CP solamente castigaba la tenencia de material cuando haya en dicha posesión un fin inequívoco de distribución, incorporado por ley 26388 en 2008.

Mientras en el poder legislativo avanzaba la ley 24436 para castigar la mera tenencia de pornografía infantil, sin esa ultra intención de distribución, se sancionó la ley 27411 de adhesión al Convenio, que, como su número indica, es anterior a la de la penalización de la mera tenencia. Por ende, al adherirse se reservó la penalización de la mera tenencia para que esta no sea delito, y al mes fue publicada la ley 27436 que castiga dicha conducta. Hoy la reserva sigue vigente, aunque ya sea delito la mera tenencia de material pornográfico infantil.

La reserva de los arts. 9.2 b y c ya las hemos mencionado al referirnos al material simulado y definiciones de pornografía infantil.

Respecto a la adquisición de pornografía infantil, fue reservada su penalización al reservar el art. 9.1.d y hoy en día no es castigada.

5.2.5 Directiva 2011/92/UE

El art. 5 de la Directiva castiga el delito de la siguiente forma:

- 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.*
- 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. (...)*
- 8. Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si los apartados 2 y 6 del presente artículo serán aplicables a los casos en que se determine*

que el material pornográfico definido en el artículo 2, letra c), inciso iv), ha sido producido y está en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico al que se refiere el artículo 2, letra c), incisos i), ii) e iii), y que el acto no implique riesgo de difusión del material.

La Directiva fija la misma escala penal para las tres conductas, aunque es una escala orientativa dado que al trasponerla a los ordenamientos jurídicos luego puede cada Estado fijar su propia escala.

5.2.6 Código Penal Español

El CP español castiga el delito en el art. 189.5 de la siguiente forma:

5. El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

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.

España castiga las tres conductas. Adquirir, poseer para propio uso y acceder al material, con la misma escala penal, de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

En línea con la penalización de estas conductas relacionadas con la fase del consumidor, el art. 189.8 CP español trae una disposición sobre bloqueo de páginas web con estos materiales. La disposición en concreto dice:

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.

El art. 189.2 menciona los siguientes agravantes por el tipo de material y otras circunstancias:

- a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.*
- b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*
- c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.*
- d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*
- e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.*
- f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*
- g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.*
- h) Cuando concurra la agravante de reincidencia.*

Estas agravantes no son aplicables ni a la mera posesión, ni al acceso ni a la adquisición de material pornográfico infantil, dado que el artículo 189.2 comienza diciendo *serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes (...)*. La mera posesión, adquisición o acceso no se encuentran

castigados “por encima” del art. 189.2, sino “por debajo”, en el art. 189.5 CP. No obstante, la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2015 ha dicho que la posesión de material de alguna de las circunstancias agravadas del art. 189.2 CP debe ser tenido en cuenta a fin de graduar la pena dentro de las escalas penales¹⁸¹.

5.3 Construyendo el concepto de posesión, desde el aspecto objetivo y subjetivo (posesión dolosa). Diferenciación con acceso y adquisición.

Los tipos penales que analizamos, en su mayoría tipifican las tres conductas. Mera tenencia, acceso y adquisición.

Imaginemos por un instante que los tipos penales castigasen la posesión, pero no el acceso al material. Quedaría impune la conducta de quien mira vía *streaming* el material (acceso), sin poseerlo. Habría que entrar a analizar muy técnicamente si al visualizarlo *online* hay *cache*¹⁸² en el navegador¹⁸³ que implique una tenencia¹⁸⁴. Aunque desde el punto del Derecho penal mínimo, *in dubio pro reo*, construcción del dolo, ausencia de tipo penal imprudente, etc., sería muy dudoso que prospere la persecución¹⁸⁵. De los ordenamientos jurídicos internos analizados, España es el más completo, dado que castiga las tres conductas y con la misma escala penal, no dejando fuera ningún tramo de conductas. En cambio, la República Argentina castiga solamente la mera posesión, pero no el acceso ni la adquisición.

Entonces, tanto para resolver ese caso imaginario (y no tan imaginario, dado que Argentina castiga la mera posesión, pero no el acceso ni adquisición, tal como sucedió

¹⁸¹ Circular 2/2015, pág. 20, accesible en https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_2015.html Consultado el día 15 de mayo de 2019.

¹⁸² *Se llama caché web a la caché que almacena documentos web (es decir, páginas, imágenes, etcétera) para reducir el ancho de banda consumido, la carga de los servidores y el retardo en la descarga. Un caché web almacena copias de los documentos que pasan por él, de forma que subsiguientes peticiones pueden ser respondidas por el propio caché, si se cumplen ciertas condiciones.* Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Cach%C3%A9_web, consultado el día 25 de junio de 2019.

¹⁸³ ELIZALDE, Martín Francisco, Doctrina elDial, 2016. Básicamente un caché web guarda una versión de los objetos visitados. Las próximas peticiones a dichos objetos podrían, en ciertas condiciones, ser satisfechas más rápidamente desde el caché. Por ende, se crean cuando un usuario visita un sitio web. El ordenador almacena esa página, de modo que no necesita ser "bajada" la próxima vez. Como resultado, la navegación es más rápida.

¹⁸⁴ Por ejemplo, si se visualiza un contenido mediante *streaming*, puede quedar alojado a modo de *cache*, partes del contenido visualizado. Entonces habría que analizar si, esos pequeños archivos alojados, implican para el tipo penal una tenencia o no.

¹⁸⁵ CRESPO, Álvaro La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado “derecho penal de las sociedades de riesgo, 2009

en España hasta 2015), así como para poder entender qué entendemos por posesión dolosa en su faz objetiva y subjetiva, debemos analizar cómo se construye la posesión. Una forma de construir el concepto es mediante su diferenciación con el acceso y con la adquisición.

Por ejemplo, hay doctrina española que explica que la mera posesión se configura al descargar archivos y poseerlos durante un tiempo, aunque sea mínimo¹⁸⁶. La STS n° 105/2009¹⁸⁷, explica que el concepto de posesión se construye con los siguientes elementos: una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores, que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión¹⁸⁸, y un elemento subjetivo, constituido por el dolo del poseedor, que alcanzará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil¹⁸⁹.

Para construir esa tenencia, se necesita la acumulación¹⁹⁰ de pornografía infantil, siendo necesario que el sujeto realice algo más que la mera visualización (normalmente la descarga) que le permita poder visualizar los materiales cuando lo desee sin volver a conectarse a la red¹⁹¹. Al fin y al cabo, si se acumula un único archivo, el caso se regirá por los principios tradicionales del Derecho penal como el de lesividad. Dado que, en mi opinión, un único archivo difícilmente lesione el bien jurídico, no debería perseguirse la conducta.

¹⁸⁶ TEJADA DE LA FUENTE, Elvira, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), *Cibercrimen I* 1ª ed., 2016, 41.

¹⁸⁷ STS 105/2009, 30 de enero de 2009 Accesible en <https://supremo.vlex.es/vid/1-b-c-69-53887377>

¹⁸⁸ Para no caer en la tipicidad de tenencia agravada. Cuando hablamos de tenencia agravada ya no estamos ante mera tenencia. La modalidad agravada es la tenencia de material “con fines de”. Depende el tipo penal estos fines serán más o menos amplios. En Argentina, el art. 128 del Código Penal castiga la tenencia con fin inequívoco de distribución o comercialización. España en el art. 189.1.b castiga la posesión “para esos fines”. Esos fines son los del párrafo anterior que menciona “produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio”.

¹⁸⁹ GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema, *Revista boliviana de Derecho*, número 15, 2013.

¹⁹⁰ Acumulación en el sentido de alojar ese material en algún soporte de él. En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *RP*, número 42, julio 2018; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, *La pornografía infantil en la red*, 2011, 334; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 18, 2006, 209.

¹⁹¹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *RP*, número 42, julio 2018; 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, 336.

La Fiscalía General del Estado mediante Circular 2/2015 interpreta que a fin de graduar la pena e incluso de impulsar la propia acción penal, se deberá tener en cuenta el número de imágenes intervenidas, la edad de los menores o el tipo de acto sexual, mayor o menor tiempo durante el que se ha poseído el material, el mayor o menor grado de organización del material o cómo fue adquirido el mismo.

Diferenciando la mera tenencia o posesión respecto de otras conductas similares, el acceso al material, según la Circular mencionada, es el visionado del material por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. En este sentido la interpretación que deben hacer los Fiscales es que deberán tener cuidado a la hora de acusar por este delito de acceso, teniendo en cuenta las graves dificultades probatorias que entraña. Agrega que habrá de optarse por no acusar cuando no esté suficientemente acreditada la intencionalidad del acceso a los contenidos pornográficos infantiles¹⁹².

La necesidad de que el acceso lo sea “a sabiendas” impone la exigencia de un dolo directo. Imaginemos por ejemplo el caso de *pop ups* publicitarios de pornografía infantil¹⁹³ al navegar por la Deep Web. Allí no habría dolo de ver ese material, dado que el *pop up* apareció porque así lo decidió el titular del web site, y no necesariamente el mismo era de pornografía infantil. Por ende, el visionado debe ser con intención dolosa directa¹⁹⁴. Esto es importante dado que por medio de ese visionado accidental puede derivarse en una posesión.

En esta línea, el considerando 18 de la Directiva 2011/92/UE establece que, para ser responsable del delito de acceso, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio de Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar

¹⁹² Por ejemplo, si el usuario reproduce un video vía *streaming* cuyo contenido ignora por completo hasta el mismo instante de su visionado. Según la Circular citada, si los Fiscales quieren acusar, deberán probar que el imputado conocía el contenido del video Este tema será analizado en el apartado sobre error de tipo.

¹⁹³ *Pop up* o ventana emergente son aquellas *ventanas que emergen automáticamente (generalmente sin que el usuario lo solicite)*. A menudo, las *ventanas emergentes se utilizan con el objetivo de mostrar un aviso publicitario de manera intrusiva. Una técnica relacionada con esta es la denominada pop-under (que consiste en abrir de manera intempestiva nuevas ventanas que se sitúan detrás de la ventana en uso)*. Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Ventana_emergente, consultado el día 25 de junio de 2019. También denominado *Teoría del salto*, en este sentido, GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema, Revista boliviana de Derecho, número 15, 2013.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018; GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema, Revista boliviana de Derecho, número 15, 2013; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, Revista de Derecho Penal y Criminología, número 18, 2006, 214.

en él ese tipo de imágenes. El considerando agrega que no deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil.

La voluntariedad de acceder al material no siempre es fácil de acreditar, conforme puede desprenderse del ejemplo antes visto. Será necesario recurrir a otros indicios, como chequear que el acceso sea recurrente o que se cometa mediante un servicio sujeto a pago, entre otros¹⁹⁵.

Al castigar la adquisición y acceso se adelantan aún más las barreras punitivas, estableciéndola un paso delante de la tenencia.¹⁹⁶ Si ya era controvertida la penalización de la mera tenencia, al castigar acceso y adquisición, aún más.

En este sentido, voy a hacer referencia a dos sentencias norteamericanas que trataron la cuestión de cómo se construye la posesión dolosa de pornografía infantil. Su importancia radica en que aportan criterios interesantes para tener en cuenta para diferenciar la posesión dolosa de la no intencionada.

Las dos sentencias que mencionaré son *US v. Stulock*¹⁹⁷ y *US v. Romm*.¹⁹⁸ En las definiciones del US Code, no se define¹⁹⁹ que implica poseer material “intencionadamente” o a sabiendas o términos similares, palabras utilizadas en varios tipos penales que veremos a continuación. Asimismo, tampoco es fácil definirla cuando no hay archivos poseídos directamente, o si hubo, se borraron. ¿Implica tenencia la presencia de un archivo borrado recuperable con cualquier programa que analiza el disco duro? Si entendemos que objetivamente hay posesión, ¿se debería entender que es dolosa? Estas cuestiones se discutieron en dichas sentencias.

En el caso *US v. Romm*, se le acusó de posesión de imágenes eliminadas del *cache* de Internet. En ese caso la Corte entendió que había posesión con conocimiento, dado que el acusado admitió haber descargado y posteriormente masturbarse con las

¹⁹⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, RP, número 42, julio 2018.

¹⁹⁶ CANTERO CAPARRÓS, José Sainz, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo Sistema de Derecho Penal, 2ª ed., 2015, 288.

¹⁹⁷ United States Court of Appeals, Eighth Circuit. UNITED STATES of America, Appellee, v. Edward M. STULOCK, Appellant. No. 02-1401. Decided: October 25, 2002

¹⁹⁸ United States Court of Appeals, Ninth Circuit. UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. Stuart ROMM, Defendant-Appellant. No. 04-10648. Decided: July 24, 2006

¹⁹⁹ 18 U.S. Code § 2256. Definitions for chapter <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2256>

fotografías y que dicho cache no era parte de pop ups²⁰⁰ no deseados o fortuitos. Algo similar ocurrió en Stulock, donde su ordenador tenía fotos eliminadas de la carpeta temporal de extracción de archivos ZIP e imágenes borradas del cache de internet. Él alegó pop ups agresivos con ese material. El Tribunal dijo que a fines de la posesión *per se*, no se puede culpar simplemente por haber visto una imagen en un sitio web, dado que hace que la imagen se almacene automáticamente en el caché del navegador, sin haber guardado o descargado la imagen a propósito. En el caso *People vs Kent*²⁰¹, el tribunal coincidió en que, para poseer esas imágenes, su conducta debería exceder el visionado y comprender acciones afirmativas como imprimir, bajar o salvar. Por ende, y conforme ya hemos mencionad, la posesión no puede ser determinada por la mera existencia de un caché.

En una Sentencia del Tribunal Supremo de 2011²⁰² se condenó a una persona por posesión para uso personal de dos tipos de archivos: 33 imágenes de contenido sexual explícito con menores en el disco duro del ordenador, y 22 archivos en el ordenador portátil. En todo caso, en uno y otro dispositivo, se encontraban todos ellos borrados, y la prueba pericial a cargo de la policía científica únicamente encontró lo que denomina huella informática, esto es, un rastro que el sistema conserva, aun después del borrado en la denominada papelera de reciclaje, y que es capaz de recuperar algún signo de lo inicialmente archivado, lo que únicamente es posible por sofisticados métodos informáticos, que no están al alcance del usuario común de este tipo de sistemas.

La defensa cuestionó el elemento objetivo del tipo penal, es decir, la posesión de tales imágenes o archivos que únicamente han resultado ser fotogramas residuales obtenidos tras la operación de recuperación del material grabado y borrado posteriormente, lo que podría denominarse posesión fugaz. Asimismo, la sentencia explica que se desconoce el momento concreto de la descarga, o bien el lapso temporal

²⁰⁰ La propia sentencia dice que pop up significa todo anuncio no solicitado que surgirá en una ventana que "aparece" no deseada en el navegador web del usuario.

²⁰¹ Court of Appeals of New York. *The PEOPLE & c., Respondent, v. James D. KENT, Appellant*: Decided: May 08, 2012

²⁰² STS 373/2011, 13 de Mayo de 2011 <https://supremo.vlex.es/vid/corrupcion-menores-pornografia-infantil-280758963>

en que fueron poseídas por el acusado las imágenes que fueron posteriormente recuperadas, a modo de huella o rastro informático de su pretérita existencia.

Los jueces explican que, al desconocerse la fecha de la incorporación de los archivos citados, y del borrado de los mismos, ha de inferirse, en beneficio del acusado, que tal descarga o almacenamiento pudieron ser tan fugaces, que durasen el tiempo correspondiente a su visionado y posterior destrucción, o bien el traslado a la papelera de reciclaje, o, en fin, pudieron incorporarse en tiempo pasado, de manera que la acción estaría ya prescrita. Recordemos que, a la fecha de la sentencia, 13 de mayo de 2011, no era delito el acceso al material, ni su adquisición. Solamente su posesión.

Por ende, se absolvió al acusado, al faltar una mínima determinación temporal sobre tal posesión, dado que, además, al tratarse de una mera detentación fugaz, no puede integrar el tipo, ya que la posesión debe durar algún lapso temporal determinado. Hoy en día, y bajo el nuevo tipo penal reformado en 2015, la obtención del material mediante su descarga y posterior borrado sería el delito de adquirir para uso propio, ya que, si luego lo mantiene, sería posesión²⁰³.

Como conclusión, podríamos afirmar que no se debería estar simplemente a si hay presencia de material pornográfico infantil o no. Sino que, de haber, se debería ir un poco más allá indagando sobre el origen de esa tenencia, tanto desde el punto de vista objetivo y subjetivo²⁰⁴. Determinarla, no es tarea fácil, pero una adecuada construcción de la posesión traerá respeto al debido proceso, garantías fundamentales y administración de justicia eficiente. Luego veremos al comentar el error de tipo la importancia de que la tenencia sea dolosa y se conozca que se posee ese material.

Desde ya que no habrá dudas en la posesión tradicional, esto es, cuando se posee mediante el almacenamiento en dispositivos. El problema viene cuando dicha posesión está solamente en la memoria RAM o de almacenamiento volátil, sin que se aloje en el

²⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, parte especial, 21ª ed., 2015, 229.

²⁰⁴ BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 271.

disco duro.²⁰⁵ También plantea dudas los casos donde hay archivos en la memoria cache o en carpetas cache de navegadores o aplicaciones y éstas no se eliminan²⁰⁶.

Una forma adecuada de construir el concepto de posesión, y que servirá para diferenciar dicho delito del de acceso y del de adquisición para su uso, es que los investigadores se apoyen en análisis forenses de ordenadores, declaraciones de imputados, testigos y terceros, así como el contexto. Chad Steel, autor norteamericano propone²⁰⁷ una serie de pasos investigativos perfectamente aplicables a cualquier ordenamiento jurídico: acudir a indicios como el período temporal de la posesión, las acciones que realizó el imputado para obtener el material para demostrar que él quiso descargar u obtener el material intencionadamente, analizar las acciones en el ordenador para demostrar que en el momento de alojamiento de las imágenes había un usuario real operando el ordenador, analizar los historiales de búsqueda, los metadatos, evidencia no digital como revistas, o material impreso que evidencien hábitos de consumo en el imputado, etc.

Construir adecuadamente el concepto de posesión o tenencia y diferenciarlo del mero acceso o de la adquisición es importante por motivos varios. En primer lugar, las tres conductas son dolosas. Entonces se debe conocer y tener intención de que se accede, adquiere o posee pornografía infantil. Asimismo, si bien en algunos ordenamientos jurídicos, como el español, las tres conductas son delito, y por ende si no se construye acabadamente la posesión podríamos juzgar por acceso o adquisición, esto no sucede en todos los ordenamientos. En Argentina por ejemplo solamente es delito la mera tenencia o posesión, pero no el acceso ni la adquisición. Por consiguiente, en el caso argentino es vital analizar cómo se construye la posesión, dado que el resto de las conductas no son delictuales. También podría suceder que las tres conductas estén castigadas con escalas penales diferentes.

²⁰⁵ Por ejemplo, durante el mero visionado online. Dicho problema ha sido resaltado por ejemplo por ESQUINAS VALVERDE, Patricia, Revista de Derecho Penal y Criminología, número 18, 2006, 211.

²⁰⁶ PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red, 2011, 334.

²⁰⁷ STEEL Chad, Digital Child Pornography: A Practical Guide for Investigators, 1st ed., 2014, 40.

5.4 Error de tipo por desconocimiento del material poseído

Ya hemos hecho mención que el delito de mera posesión o tenencia de material pornográfico infantil de todo el marco legal que integra este trabajo es doloso²⁰⁸, en cualquier modalidad del dolo. Esto quiere decir que debe haber una intención de realizar la conducta descrita en el tipo penal y un conocimiento de los elementos que lo conforman. En lo que refiere a la penalización de la mera posesión de pornografía infantil, y en el resto de las figuras relacionadas con tal material, esto es muy importante, ya que se debe conocer que lo que se posee es el elemento del tipo objetivo: pornografía infantil.

Por ejemplo, si se posee material pornográfico infantil sin saberlo porque estaba introducido en algún dispositivo sin que el acusado lo sepa, al no conocerse un elemento del tipo objetivo, no estamos frente al delito de mera posesión, toda vez que dicha tenencia no posee dolo y no hay intención de poseer ese tipo de material²⁰⁹. Habría lo que se denomina error de tipo.

El error de tipo elimina el dolo y será posible perseguir el delito con el tipo penal imprudente siempre y cuando exista dicho tipo penal y siempre y cuando el error sea vencible²¹⁰. Dado que en la teoría del delito estamos frente a una conducta delictual cuando esta es una acción típica (en su faceta objetiva y subjetiva), antijurídica y culpable, la mera tenencia de pornografía infantil no conocida por el autor y por ende no querida, y al no haber tipo penal imprudente, queda sin reproche penal. El análisis

²⁰⁸ RIGHI, Esteban Derecho Penal Parte General, 1ª ed., 2008, 208. “(...) *Ha sido doctrina dominante en nuestro medio la denominada teoría de la voluntad, según la cual lo que caracteriza al delito doloso es la voluntad de realización del hecho, de modo que al definir al dolo como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, distingue entre un elemento intelectual (el conocimiento) y un elemento volitivo (la voluntad) (...). Si se trata de una imputación de homicidio, como el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es necesario que el autor haya sabido que en su mano portaba un arma de fuego, que en el momento del disparo tenía delante un ser humano, y que al accionar el arma causaba la muerte de la víctima. Si por cualquier motivo el sujeto desconocía cualquiera de esas circunstancias, no se puede afirmar que obró dolosamente. Así, por ejemplo, si creyó que el arma era de juguete, y, consecuentemente, su finalidad fue hacer una broma, no obró dolosamente porque como ignoraba que el arma que tenía en la mano era verdadera, no sabía que estaba matando. El desconocimiento de algún elemento del tipo objetivo simple elimina el dolo, pero no necesariamente la responsabilidad penal. (...)*”

²⁰⁹ BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal, 2015, 273.

²¹⁰ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Lecciones de Derecho Penal, parte general, 3ª ed., 2016, 250.

finaliza en el estadio de la tipicidad, sin necesidad de proseguir el examen de la antijuridicidad ni de la culpabilidad.

Imaginemos por ejemplo que el imputado descarga a través de un programa P2P la reciente estrenada película Detective Pikachu de la saga Pokémon. Al darle click en descargar, el imputado simplemente observa el nombre del archivo, pero no puede cerciorarse que el contenido material de ese archivo sea efectivamente dicho film. Podría ser una película de pornografía infantil camuflada con el nombre de Detective Pikachu. En este sentido, el imputado no tiene dolo de poseer material pornográfico infantil. Diferente sería el caso si descarga el archivo, lo abre, ve que es pornografía infantil y lo conserva para futuros accesos.

El art. 14.1 CP español expresa *el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*

Si el archivo, que el autor desconoce, lleva por nombre *cp-16yr*²¹¹, estaríamos ante un error vencible²¹², dado que el nombre del archivo le otorga cierta obvedad al asunto, pero como no hay tipo penal imprudente, la solución sería la misma que el error invencible. Algo similar ocurre con la edad de la víctima, si el acusado cree poseer pornografía de adultos cuando en realidad los sujetos del material tienen 17 años. Las reglas de vencibilidad o invencibilidad serán iguales que en el caso de desconocer directamente la posesión de tal material. No obstante, en los casos de alegación de error sobre la edad de la víctima, será más sencillo dismantelar dicho error por los caracteres sexuales de los sujetos del material, donde es posible dilucidar la edad. Cuando no sea

²¹¹ En la jerga de la delincuencia de pornográfica infantil se utiliza el término *cp* para identificar el material pornográfico infantil. Viene del término *child porn* en inglés. A dicho nombre suele agregarse la edad del menor involucrado y la abreviación *yr* de *year*, edad en inglés.

²¹² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal*, parte general, 3ª ed., 2016, 250. El error es vencible “*si podía haber sido evitado prestando la debida atención o diligencia en la comprobación, y por ende hubo imprudencia*”

posible dilucidar la edad (el caso donde se duda si tiene 17 años o 18), podría recurrirse a otros elementos como la escala de Tanner²¹³.

Para dilucidar sobre la presencia o no de un error sobre la posesión de pornografía infantil puede recurrirse a indicios como los mencionados cuando hablamos sobre la construcción del concepto de mera tenencia y las sentencias de Romm y Stulock, o a otros como profundizando en las acciones del imputado, como mover archivos de descargas a carpetas, rotular el material y clasificar, grabarlo en otros dispositivos, etc.

Asimismo, el contexto de las conductas realizadas por el imputado, por ejemplo, pueden servir para acreditar el dolo. En la Sentencia del Tribunal Supremo 533/2009, se dijo que *“la acreditación del dolo en la conducta tenencia de material pornográfico infantil, resulta de la propia cantidad de material pornográfico infantil intervenido, en una cantidad muy importante, que se guardaba en el ordenador y en discos de almacenamiento extraíble, como los CDs, y DVDs, y este material se encontraba ordenado en carpetas y subcarpetas, lo que implica un acto volitivo de ordenación de un material poseído, indicativo del dolo en la realización de la acción que consiste en la tenencia para uso propio de material pornográfico con menores como sujetos de la acción”*²¹⁴.

Ejemplificando por oposición a lo que dice esta sentencia, podría proceder un error en la posesión de material ante descarga involuntaria, si del registro del ordenador surge que solamente posee dos imágenes y no tres mil. El hecho de que la descarga no querida sea fortuita puede pasar dos veces, pero no tres mil veces²¹⁵.

²¹³ La escala de Tanner fue ideada por el pediatra británico James Tanner, y es una valoración de la maduración sexual a través del desarrollo físico de los niños, adolescentes y adultos. La escala define las medidas físicas sexuales, como el tamaño de las mamas, genitales, volumen testicular y el desarrollo del vello púbico y axilar. Puede acceder a mas información en la Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria <https://www.aepap.org/sites/default/files/puberal.pdf> Consultado el día 20 de mayo de 2019.

²¹⁴ STS 533/2009, 20 de mayo de 2009, accesible en <https://supremo.vlex.es/vid/-60295259>

²¹⁵ En este sentido, SAP Barcelona, sección 3ª, 26/2010, de 8 de enero.

6 –IMPORTANCIA DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS RELACIONADOS CON PORNOGRAFÍA INFANTIL

6.1 Planteamiento de la cuestión

En el presente epígrafe realizaremos una breve mención a la importancia de la cooperación internacional en la investigación y persecución de delitos de mera tenencia o posesión de pornografía infantil. Es el tercer pilar que el Convenio de Budapest exige reforzar, y es uno de los temas más importantes que la tecnología le planteó al Derecho penal.

En particular, la cooperación internacional es fundamental²¹⁶ en la materia por dos razones: la primera tiene que ver con que los delitos perpetrados a través de internet no conocen fronteras²¹⁷. Una conducta puede iniciarse en España, repartirse por toda Europa y luego terminar en Sudamérica. Conforme ya mencionamos, pone en jaque principios tradicionales del Derecho penal, como es el principio de territorialidad.

En lo que refiere a delitos relacionados con la mera tenencia de pornografía infantil, la tecnología amplió y sirvió de canal para que los autores cometan estos delitos²¹⁸. En este sentido, los autores de delitos relacionados con estos materiales se valen de herramientas como TOR, redes P2P, canales encriptados, mensajería instantánea foros, etc. para llevar adelante sus conductas²¹⁹. Con un click una conducta puede atravesar todo el globo.

²¹⁶ GILLES BÉLANGER, Pierre, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 275; 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, 340; RINCÓN RÍOS, Jarvey, El delito en la cibernación y la justicia penal internacional, 2015, 449.

²¹⁷ DEL CARRIL, Enrique en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), Ciberdelitos II 1ª ed., 2016, 383; GILLES BÉLANGER, Pierre, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 276.

²¹⁸ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, Los delitos de pornografía infantil, aspectos penales, procesales y criminológicos, 1ª ed., 2011, 262; GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema, Revista boliviana de Derecho, número 15, 2013; PASCUAL, Alejandra, GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea, IGUAL, Carlos, Revista Española de Investigación Criminológica, número 15, 2017; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, Revista de Derecho Penal y Criminología, número 18, 2006, 171; BOUYSSOU, Norma Isabel, Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil, 2015, 106.

²¹⁹ SOLDINO, Virginia / GUARDIOLA GARCÍA Javier, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017.

Por otro lado, y como segundo hecho, todos los delitos de cualquier CP estén relacionados con la tecnología o no lo estén, poseen evidencia digital en algún momento de la investigación. Aun el delito se cometa dentro de un país y tenga sus efectos dentro del mismo país, durante la investigación se va a recurrir a evidencia de índole digital. Dicha evidencia digital posee como características intrínsecas su volatilidad, su transnacionalidad y su intangibilidad²²⁰. O sea que, para poder adquirir, recolectar, acceder, incorporar o procesar evidencia digital, la misma muy probablemente se encuentre fuera del alcance territorial del país que investiga. En otras palabras, se va a tener que recurrir a mecanismos de cooperación internacional para poder adquirirla, dado que los poderes procesales de un solo Estado no alcanzarán para poder obtenerla.

Por ello, se hace necesario reforzar los mecanismos de cooperación internacional a fin de contar con la colaboración de Estados en la obtención de la evidencia. Ahora bien, en los tiempos actuales, hay un actor que cobra relevancia extrema, los ISP o Internet Service Provider o Proveedores de Servicios de Internet²²¹. Son estos quienes suelen poseer la mayoría de la evidencia digital relevante para las investigaciones. Estos proveedores, asimismo, suelen tener la evidencia alojada en el extranjero²²². Su cooperación también es fundamental.

6.2 Tipos de datos informáticos

Una distinción importante a considerar es la clasificación de datos en la jerga de investigaciones. Tradicionalmente, y hablando de datos que son evidencia digital, podemos diferenciar tres tipos de datos informáticos: datos de contenido, datos de tráfico y datos de abonados. Dato de contenido, tal como lo dice la palabra es el contenido material de la comunicación. Un mail, un mensaje privado de red social, un post, un

²²⁰ SALT, Marcos, Nuevos desafíos de la evidencia digital, 1ª ed., 2017, 15; GILLES BÉLANGER, Pierre, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 281; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, en: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, VILLA SIEIRO Sonia Victoria (coords.), Estudios penales en homenaje, 1ª ed, 2013, 244.

²²¹ SALT, Marcos, Nuevos desafíos de la evidencia digital, 1ª ed., 2017, 13; GILLES BÉLANGER, Pierre, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 281.

²²² Piénsese por ejemplo que se debe solicitar información de una cuenta de Facebook o de Hotmail o Gmail a la compañía. Dicha información la suelen tener alojada en servidores diseminados por el mundo. Incluso hay veces en las que el dato está alojado en múltiples jurisdicciones simultáneamente, o directamente no se puede determinar en qué país está alojada, lo que se conoce como pérdida de localización del dato.

SMS, etc. Es sin dudas el dato más sensible en cuanto a injerencia en el secreto de las comunicaciones y en la privacidad. Dato de tráfico es todo dato asociado a una comunicación²²³. Origen, destino, IP, fecha, hora, log de conexión, URL, etc. Dato de abonado²²⁴ es datos de titularidad de un servicio de la comunicación.

La clasificación tiene a su vez que ver con la sensibilidad del dato y qué organismo lo puede requerir. Un fiscal podrá solicitar un dato de abonado dado su baja sensibilidad²²⁵, en cambio nunca podrá un dato de contenido si no consta la orden judicial.

6.3 Tipos de cooperación internacional

Teniendo en cuenta lo reseñado, el rol de los ISP y los tipos de datos, podemos reconocer dos tipos de cooperación internacional. Cooperación simétrica y cooperación asimétrica. La cooperación simétrica es la que sucede entre Estados²²⁶. Por otro lado, la cooperación asimétrica es la que sucede entre un Estado y un proveedor de servicios de

²²³ La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) define al dato de tráfico en el art. 2.B como *cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de la misma*. Directiva accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81371> Consultado el día 1 de mayo de 2019

El Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest define al dato de tráfico en el art. 1.D como *cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente*.

²²⁴ El Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest define al dato de abonado en el art. 18.3 como *toda información, en forma de datos informáticos o de cualquier otra forma, que posea un proveedor de servicios y esté relacionada con los abonados a dichos servicios, excluidos los datos sobre el tráfico o sobre el contenido, y que permita determinar:*

- a) *El tipo de servicio de comunicaciones utilizado, las disposiciones técnicas adoptadas al respecto y el periodo de servicio;*
- b) *la identidad, la dirección postal o geográfica y el número de teléfono del abonado, así como cualquier otro número de acceso o información sobre facturación y pago que se encuentre disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de prestación de servicios;*
- c) *cualquier otra información relativa al lugar en que se encuentren los equipos de comunicaciones, disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de servicios.*

²²⁵ Recordemos que los datos de abonado suelen proporcionarlos los propios usuarios al contratar los servicios, y por ende se entiende que la expectativa de privacidad no es alta. Por ende, un Fiscal en un sistema acusatorio podría solicitarlos. En este sentido, COLEFF, Iván, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), *Ciberdelincuencia* 1ª ed., 2016, 384.

²²⁶ Por ejemplo, un Estado A le solicita a un Estado B que brinde cierta información o evidencia. Suele darse entre Autoridades de Cooperación Central en cada país.

forma directa, sin solicitar asistencia o autorización del Estado donde se encuentra ese proveedor. Esta cooperación es la que más se da en la práctica²²⁷.

Esto genera desafíos²²⁸, ya que principios tradicionales se han puesto en jaque, como es la territorialidad. Tradicionalmente, un poder jurisdiccional no puede ejercer sus facultades fuera del ámbito donde le han sido asignadas²²⁹. Por eso se han diseñado mecanismos de cooperación internacional. Ahora bien, esos mecanismos han sido diseñados y pensados en otra época, donde el auge de Internet no había alcanzado el punto actual²³⁰. Hoy en día esos mecanismos se han visto superados²³¹. Por eso se necesitan instrumentos de cooperación internacional adaptados a la nueva realidad. Dichos mecanismos deben ser rápidos, ágiles, fáciles de utilizar, con pautas comunes, entre otras características.

La forma de dar una respuesta acertada al tema es combinar una serie de instrumentos de cooperación internacional, como es una red 24/7 que vamos a analizar a continuación, junto con poderes procesales o medidas que coadyuven a dicha cooperación, como son las medidas del capítulo 2 del Convenio de Budapest, y que el Capítulo 3 prevé replicar internacionalmente²³².

²²⁷ Es el típico caso donde un juez penal de un Estado solicita a un proveedor como Facebook directamente la información.

²²⁸ Imaginemos que para hacer valer un certificado analítico de calificaciones de Argentina en España hay que apostillarlo si está vigente entre ambos países el Convenio de La Haya, legalizarlo, etc. En cambio la información otorgada por los proveedores extranjeros a las investigaciones penales se incorpora así sin más, incluso la mayoría de las veces sin firma original, ya que suele venir la respuesta del Proveedor vía telemática a través de un mail o accesible mediante una web.

²²⁹ SALT, Marcos, Nuevos desafíos de la evidencia digital, 1ª ed., 2017, 203.

²³⁰ Por ejemplo, los mecanismos mLAT o Mutual Legal Assistance Treaty o tratado de asistencia mutua, cuyos procedimientos y formalidades demoran la consecución del mismo y fueron pensados para otro tipo de evidencia. Por ejemplo, la ley 24034 que aprueba el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Argentina y el gobierno de Estados Unidos de América (justamente donde están la mayoría de los proveedores de servicios de Internet) fue redactado en 1991. Cuando Internet estaba naciendo. Ley 24034 accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/433/norma.htm> Consultado el día 1 de mayo de 2019

²³¹ Imaginemos el caso donde en una causa penal por tenencia de pornografía infantil se necesita consultar desde qué IP se obtuvo el material, o se necesita saber nombres de titulares de sitios webs que alojan pornografía infantil o datos de cuentas de redes sociales de personas que distribuyen material. Dado que no en todos los países hay normativa de retención de datos que obligue a los Proveedores de Servicios a guardar la información por un tiempo mínimo, o si la hay, la persona que posee los datos de dichas cuentas no es un Proveedor de Servicio sujeto a esa norma, es necesario obtener esa evidencia cuanto antes, de forma ágil y rápida. Esperar ocho meses hasta obtenerla puede significar la destrucción de esta.

²³² En este sentido por ejemplo la aplicación de una medida de conservación de datos o una orden de presentación, junto con el uso de un punto de contacto en el país receptor de la medida (red 24/7).

6.4 Red 24/7 de cooperación del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest

Uno de los instrumentos que introduce el Convenio de Budapest teniendo en cuenta la necesidad de cooperación internacional y el panorama de los mecanismos tradicionales de cooperación vetustos pensados para otro tipo de evidencia, es la denominada red 24/7 del art. 35 del Convenio. Dicha red es un punto de contacto localizable las 24 horas del día, siete días a la semana (red 24/7), con el fin de garantizar una asistencia inmediata en las investigaciones de delitos vinculados a sistemas y datos informáticos, y para obtener pruebas en formato electrónico de un delito, con el fin de lograr la máxima eficacia posible de dichas investigaciones.

Debido a la comentada volatilidad de los elementos que conforman la evidencia digital, se requiere asistencia urgente de autoridades extranjeras, para de esta forma agilizar los contactos entre los Estados, ya que muchas veces es importante que los investigadores trabajen a velocidades sin precedentes para preservar los datos electrónicos y localizar a los sospechosos, a menudo pidiendo a los Proveedores de Servicios de Internet que ayuden preservando los datos²³³.

El Convenio prevé que el punto de contacto debe estar capacitado y poder ser accesible de manera urgente de forma rápida y ágil. Asimismo, cada Estado debe garantizar formación y capacitación a su personal.

La administración de justicia en causas penales puede ser ineficiente por diversos motivos, pero los más destacados suelen ser la lentitud o morosidad en la resolución de causas judiciales, la consiguiente pérdida de confianza para la comunidad en la actuación de la justicia, preeminencia de lo formal, onerosidad, dificultad para el acceso, inseguridad, entre otros.²³⁴ La demora o atraso en resolver las causas judiciales, es uno

²³³ Informe Explicativo del Convenio de Budapest. Considerando 298; GILLES BÉLANGER, Pierre, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 275.

²³⁴ STACCO, Jorge Santos, Eficiencia en la Justicia del Chubut: un tema de Administración, Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, 2011.

de los hechos que lesiona la confianza en la justicia e incide negativamente en la calidad del servicio de justicia tornándola ineficiente.²³⁵

Por ende, a fin de lograr una administración de Justicia eficiente se requiere, entre otras cosas, procesos rápidos y efectivos. De nada sirve tener un catálogo perfecto de figuras penales si luego no se pueden investigar por tener remedios procesales ineficientes.

Por último, el Convenio no exige que el punto de contacto esté ubicado en un organismo concreto. Cada Estado decidirá donde ubicarlo. Puede ser en la Fiscalía General, en un Ministerio, en el Poder Judicial, etc. En el caso de Argentina, aún se está implementando dicha red, pero la idea es ubicarla en el Ministerio de Justicia, con representantes del Ministerio de Seguridad y Ministerio de Relaciones Exteriores con la facultad de convocar Fiscales Generales²³⁶.

²³⁵ STACCO, Jorge Santos, Eficiencia en la Justicia del Chubut: un tema de Administración, Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, 2011. *“Justicia tardía no es Justicia, por lo tanto es ineficiente. La eficiencia del servicio de justicia es un condicionante para el fortalecimiento del sistema de gobierno democrático, para mejorar la seguridad jurídica, a su vez requisito para el crecimiento económico y social, y es un factor indispensable para recuperar la confianza de la población en este órgano del Estado. La confianza de la ciudadanía en la justicia, con base en su eficiencia, es un pilar indispensable del Estado de Derecho y condición para revertir la crisis señalada”*.

²³⁶ A fin de mejorar la eficiencia de la red e impulsar una mayor utilización de la misma por parte de las autoridades de persecución penal de toda la República Argentina, resulta conveniente que sus funciones sean coordinadas por el poder Ejecutivo Nacional Argentino, en el seno del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, ya que coadyuvaría a aumentar la eficacia operativa y funcional de la red, así como a facilitar los mecanismos de comunicación entre los operadores del sistema penal federal y provinciales y la red 24/7, así como la cooperación entre la red 24/7 y los miembros de las redes de otros países.

Es propicio además que la red 24/7 esté integrada por un representante del Ministerio De Seguridad de la Nación, por ser dicho Ministerio quien congloba a las Fuerzas de Seguridad de la Nación que han creado unidades especiales sobre materia y mantiene los vínculos y coordinación con las fuerzas policiales provinciales.

Asimismo, es conveniente, a los fines operativos de las relaciones internacionales, que la red 24/7 funcione coordinada con un punto de contacto del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto como órgano central de Cooperación internacional en Materia Penal.

Por último, resulta necesario otorgarle a la red 24/7 la facultad de convocar a Fiscales de las diferentes jurisdicciones y a la Red Federal de Procuradores y Fiscales para articular el funcionamiento de la misma a nivel nacional, así como derivar con mayor rapidez los casos a cada jurisdicción y atender las necesidades de cooperación que requieran de países extranjeros

Respecto a España, en el Instrumento de Adhesión al Convenio designó como punto de contacto de la red 24/7 a la Comisaría General de Policía Judicial del Ministerio del Interior²³⁷.

6.5 NCMEC en investigaciones de pornografía infantil

En este acápite vamos a reseñar uno de los mecanismos más importantes en cuanto a investigaciones de mera tenencia de Pornografía Infantil y cualquier delito relacionado con dicho material. Me refiero a los reportes NCMEC o reportes del National Center for Missing and Exploited Children y su mecanismo CyberTipline. Dicha red permite dotar a las Fiscalías adherentes de todo el mundo de *notitias criminis* de pornografía infantil a fin de investigarlas. Es una gran fuente de información que permite nutrir investigaciones. Los reportes a NCMEC de tráfico de pornografía infantil son realizados primordialmente por los ISP o Proveedores de Servicios de Internet, los cuales están obligados por ley a realizar dichos reportes²³⁸. También hay un canal habilitado para que particulares denuncien dicho tráfico a NCMEC²³⁹.

En el caso de la República Argentina, la Fiscalía especializada²⁴⁰ en Cibercrimen

²³⁷ La Comisaría General de Policía Judicial del Ministerio del Interior fue creada en 1986 y, entre otras cosas, se encarga de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes. Asimismo, dentro de la institución funciona la Unidad de Investigación Tecnológica.

Dicha unidad asume la investigación y persecución de las actividades delictivas que impliquen la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y el cibercrimen de ámbito nacional y transnacional, relacionadas con el patrimonio, el consumo, la protección al menor, la pornografía infantil, delitos contra la libertad sexual, contra el honor y la intimidad, redes sociales, fraudes, propiedad intelectual e industrial y seguridad lógica. También actúa como Centro de Prevención y Respuesta E-Crime del Cuerpo Nacional de Policía. De esta Unidad dependen la Brigada Central de Investigación Tecnológica, a la que corresponde la investigación de las actividades delictivas relacionadas con la protección de los menores, la intimidad, la propiedad intelectual e industrial y los fraudes en las telecomunicaciones, y la Brigada Central de Seguridad Informática la que corresponde la investigación de las actividades delictivas que afecten a la seguridad lógica y a los fraudes.

²³⁸ Puede accederse a la obligación de los ISP de reportar a NCMEC el tráfico de pornografía infantil en el US Code “18 U.S. Code § 2258^a” accesible en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2258A>. Consultado el día 1 de mayo de 2019

²³⁹ Canal accesible en <https://report.cybertip.org/>. Consultado el día 4 de mayo de 2019

²⁴⁰ Resolución 501/2012 FG del 15 de noviembre de 2012 firmada por el Fiscal General, Germán Garavano mediante el cual se creó la Fiscalía Especializada como prueba piloto “Equipo Especializado en Delitos Informáticos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que actúa con competencia única en toda la Ciudad investigando delitos informáticos *per se* como daños informáticos y aquellos cometidos mediante medios informáticos como Pornografía Infantil. Luego de dicha prueba piloto y ante tantos casos investigados, mediante Resolución 444/13 FG se decidió su actuación permanente, convirtiéndose así en la primera de todo el país.

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires firmó un Convenio²⁴¹ con NCMEC a fin de poder acceder a los servidores de reportes²⁴² de dicha institución. Dicho mecanismo es sobre Pornografía Infantil y alertas en tiempo real. El funcionamiento de dicha red está centralizado en la mencionada Fiscalía especializada, quien a través del sistema recibe reportes sobre Pornografía Infantil, verifica el caso, y si comprueba que pertenece a la jurisdicción de otra Provincia, se contacta con el punto de contacto designado por el Procurador General de esa jurisdicción²⁴³ y lo deriva²⁴⁴. Esto permite agilizar los mecanismos de colaboración recíproca interprovincial y de intercambio de información. Esta red está diseñada principalmente para el delito de pornografía infantil. Es más acotada que la red 24/7 del Convenio de Budapest.

Cuando NCMEC recibe los reportes de ISP sobre tráfico de pornografía infantil, o sea que algún contenido relacionado con dicho material fue compartido, subido, creado, distribuido, ofertado o facilitado, deriva ese reporte a modo de *notitia criminis* a la Fiscalía del país que pertenece esa IP²⁴⁵. Por ejemplo, si la IP está localizada en la República Argentina, envía una alerta inmediata a la Fiscalía especializada de la Ciudad

Resolución 501/2012 FG accesible en <https://www.fiscalias.gob.ar/wp-content/uploads/prev/resolucion-fg-nc2ba-501-12-equipo-fiscal-a-uf-este-delitos-y-contravenciones-informaticas-sin-act-int.pdf> Consultado el día 4 de mayo de 2019

Resolución 444/2013 FG accesible en <https://www.fiscalias.gob.ar/wp-content/uploads/2013/11/Resoluci%C3%B3n-FG-N%C2%BA-444-13-Asignaci%C3%B3n-de-Competencia-Exclusiva-en-Delitos-y-Contravenciones-Informaticas-en-la-CABA-Ref.-Sin-Act.-Int..pdf> Consultado el día 4 de mayo de 2019

²⁴¹ Resolución 435/13 FG mediante la cual se establece el Convenio con NCMEC. Accesible en <https://www.fiscalias.gob.ar/wp-content/uploads/2013/11/Resoluci%C3%B3n-FG-N%C2%BA-435-13-Acuerdo-para-el-acceso-remoto-a-CyberTipline-Ref.-Act.-Int.-N%C2%B0-30-00003493.pdf> Consultado el día 4 de mayo de 2019

²⁴² Suele contener dirección IP desde la que se comete el ilícito, fecha, hora, tipo de contenido, hashes de preservación, etc.

²⁴³ Según el Protocolo de intervención urgente y colaboración recíproca en casos de detección de uso de pornografía infantil en Internet del Consejo de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales de la República Argentina y del Consejo Federal de Política Criminal, accesible en <http://www.mplapampa.gov.ar/archivos/Resoluciones/PG%20139-14.pdf> Consultado el día 4 de mayo de 2019.

²⁴⁴ El Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de comprobar que pertenece a otra jurisdicción del país luego derivará los casos a las mismas, por medio del Cuerpo de Investigaciones Judiciales (CIJ), según art. 2 de la Resolución 435/2013 FG.

²⁴⁵ Página 2 de la Resolución 435/13 FG mediante la cual se establece el Convenio con NCMEC: *NCMEC es una organización sin fines de lucro con sede en los Estados Unidos de América. Esta institución ha recibido apoyo del Congreso de los EE.UU. con el fin de construir una respuesta internacional coordinada e intercambiar información respecto a la problemática de los niños desaparecidos y explotados sexualmente. Asimismo, ha obtenido autorización para establecer la CyberTipline, la cual proporciona un mecanismo centralizado donde los proveedores de servicios de Internet reportan actividades sospechosas relacionadas a la explotación sexual de los niños.*

Autónoma de Buenos Aires a fin de remitirle el reporte. En el caso de España, colabora la Sección de Homicidios y Desaparecidos de la Comisaría General de Policía Judicial²⁴⁶.

NCMEC recibe los reportes y los clasifica según niveles de riesgos y urgencia²⁴⁷. Con este mecanismo se han investigado millones de casos a nivel mundial y se han incluso salvado vidas, dado que los reportes pueden ser incluso sobre pornografía infantil en vivo, o sea abusos sexuales que estén por cometerse y estén por ser retransmitidos vía web²⁴⁸. Por ende, esta red permite una comunicación ágil y coordinada entre las autoridades encargadas de perseguir y juzgar los delitos de pornografía infantil.

El mecanismo que permite a las Fiscalías acceder a los reportes de NCMEC se llama Cyber Tipline. Es un mecanismo centralizado donde los proveedores de servicios de internet extranjeros reportan actividades sospechosas relacionadas con pornografía infantil o delitos de explotación sexual infantil²⁴⁹. Luego, conforme hemos explicado, se genera el reporte a través del mecanismo Cyber Tipline, y las Fiscalías de los países que firmaron el Convenio pueden acceder al mismo²⁵⁰.

Para concluir, los mecanismos de cooperación internacional como la red 24/7 del Convenio de Budapest, así como los Reportes NCMEC, son fundamentales a la hora de lograr una investigación eficiente de causas penales relacionadas con delitos de pornografía infantil, que, como hemos dicho, son investigaciones siempre transnacionales y con evidencia digital con características de volatilidad e intangibilidad.

²⁴⁶ El Convenio de colaboración firmado con NCMEC no se encuentra disponible para su consulta libre.

²⁴⁷ DEL CARRIL, Enrique en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.), *Cibercrimen II* 1ª ed., 2018, 392.

²⁴⁸ Conforme informa NCMEC en su sitio web, al 20 de noviembre de 2018, CyberTipline ha recibido más de 42.9 millones de informes. Mas información en <https://es-missingkids-stage.adobecqms.net/informate/imagenesdeabusosexualinfantil> Consultado el día 4 de mayo de 2019.

²⁴⁹ Puede accederse a la designación de NCMEC para recibir los reportes por parte de los ISP en el US Code “34 U.S. Code § 11293” en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/34/11293> Consultado el día 4 de mayo de 2019

²⁵⁰ En marzo de 1998, NCMEC lanzó CyberTipline para promover la misión de prevenir y disminuir la explotación sexual de niños. CyberTipline ofrece a los proveedores de servicios públicos y electrónicos (ISP) la capacidad de informar en línea (y por teléfono gratuito) los casos de abuso sexual infantil, pornografía infantil, turismo sexual con niños, tráfico sexual de niños, materiales obscenos no solicitados enviados a un niño, nombres de dominio confusos y palabras o imágenes digitales engañosas en Internet. El NCMEC revisa continuamente los informes de CyberTipline para garantizar que los informes sobre niños que puedan estar en peligro inminente tengan prioridad. Una vez que se completa la revisión del NCMEC, toda la información se pone en un informe de CyberTipline a disposición de las autoridades. Mas información en <https://api.missingkids.org/cybertipline> Consultado el día 4 de mayo de 2019.

7 – CONCLUSIONES

Las conclusiones que se pueden extraer del desarrollo y análisis de los distintos epígrafes del trabajo, así como de las distintos enfoques y desafíos planteados, son las siguientes:

- 1) En los últimos años la tecnología ha revolucionado la sociedad actual, transformándola en todos los sentidos. En forma paralela ha aumentado la complejidad en la prevención e investigación de los delitos relacionados con la informática.
- 2) Uno de los delitos que más creció gracias al impacto tecnológico es el de la mera posesión de pornografía infantil, algo sumamente preocupante dado el grupo etario involucrado.
- 3) El marco legal nacional e internacional, en lo que respecta al castigo de la mera tenencia de pornografía infantil, es amplio. Tanto Argentina como España han ratificado diversos instrumentos legales internacionales que acompañan a las disposiciones del derecho interno para la penalización de la mera posesión de pornografía infantil.
- 4) La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del 2002, como primeros instrumentos internacionales de alcance global sobre los derechos de los niños y niñas, ya incluía disposiciones para proteger a los niños contra la explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, espectáculos o materiales pornográficos.
- 5) Uno de los instrumentos legales más importantes en la lucha contra la ciberdelincuencia en general y contra los delitos de pornografía infantil en particular, es el Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest. Es un instrumento de cooperación internacional que posee delitos relacionados con la tecnología, medidas procesales sobre evidencia digital y reglas de cooperación internacional.
- 6) La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil ha supuesto una gran influencia en el Derecho Español, y gracias a ella se ha reformado el CP Español en 2015 a fin de lograr una adecuación plena a la misma.

- 7) El CP Español castiga desde el año 2003 la mera tenencia de pornografía infantil. No obstante, desde el año 2015 castiga toda la cadena de consumidor final: mera tenencia, adquisición y acceso a material pornográfico infantil, así como incorpora una definición de dicho material. El CP Argentino solamente castiga la mera tenencia de pornografía infantil.
- 8) Los delitos relacionados con pornografía infantil, y en particular el delito de mera posesión, son delitos de criminalidad informática de contenido, dado que la ilicitud radica en su propio contenido y utiliza a la tecnología como principal medio de creación, difusión, comercialización y posesión.
- 9) Definir el objeto material del delito de mera tenencia de pornografía infantil es importante porque de esta forma veremos qué posesión será punible y cuál no. De lo analizado, el marco europeo y español abarcan más tipos de materiales en la criminalización de la mera tenencia de pornografía infantil, a diferencia del derecho interno de Argentina que solamente castiga el material donde hay menores de edad reales y no sea simulado.
- 10) Respecto al bien jurídico, su análisis está conectado con los tipos de materiales castigados en el objeto material. Considerar pornografía infantil al material cuando hay un menor real adoptando una forma sexual explícita no conlleva mayores discusiones. En cambio, los debates doctrinales generados en torno a la penalización de material pornográfico infantil simulado son mayores dado que la lesión al bien jurídico tiende a alejarse sustancialmente. En mi opinión, no se deben castigar conductas relacionadas con pseudopornografía o pornografía infantil técnica, cual en el material no hay un menor real existente. De otra manera el Derecho penal se adjudicaría una función que no le corresponde: la de juzgar el plan de vida del autor. Los problemas entorno al bien jurídico en juego y al material merecedor de reproche penal, comenzaron a aparecer cuando se dejó de considerar a la pornografía infantil únicamente la representación visual de un abuso sexual a un menor real.
- 11) Respecto a los meros desnudos, cuando los mismos no incluyen un contexto sexual ni presencia de posiciones sugerentes, la doctrina coincide en que no deben castigarse.
- 12) Construir el concepto de posesión de pornografía infantil desde la óptica objetiva y subjetiva es fundamental, dado que posee relación con conductas afines como es la

adquisición y acceso a dicho material. Diferenciarlas también es importante, dado que, por ejemplo, Argentina solamente castiga la posesión, pero no las otras dos conductas. España castiga las tres conductas y con la misma pena.

- 13) Poseer al material pornográfico infantil, y acceder a dicho material no son lo mismo, dado que puede accederse al material vía *streaming* sin descargarlo ni poseerlo. Adquirir para uno mismo o para otros y poseer tampoco es lo mismo, dado que una persona puede adquirir el material pornográfico infantil y traspasárselo a otra persona sin poseerlo luego. Las tres conductas (mera posesión, acceso y adquisición del material) giran en torno a la figura del consumidor final.
- 14) La posesión no se debería castigar simplemente ante la *presencia* de material pornográfico infantil, sino que se debería ir un poco más allá indagando sobre el origen de esa tenencia, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Analizar la subjetividad de la posesión es importante porque va a encausar la discusión en casos concretos sobre si esa tenencia era intencionada o no. Una forma adecuada de construir el concepto de posesión de pornografía infantil es que los investigadores se apoyen en análisis forenses de ordenadores, declaraciones de imputados, testigos y terceros, así como acudir a indicios tales como el período temporal de la posesión, las acciones que realizó el imputado para obtener el material para demostrar que hubo intención en descargar u obtener el material, etc.
- 15) La evidencia digital, y sus características de volatilidad, intangibilidad y transnacionalidad, ha cobrado una relevancia sustancial en todas las investigaciones relacionadas con cualquier tipo de delito, sea relacionado con la tecnología o no.
- 16) Debido al alto riesgo de que, durante los procesos de investigación de la mera tenencia de pornografía infantil, la evidencia digital desaparezca, se altere o directamente se destruya, se hace menester el establecimiento de modernos mecanismos de cooperación internacional rápidos, ágiles y eficientes, con normativa específica. De esta forma se puede proveer asistencia internacional idónea durante el proceso de investigación, en todas sus etapas, desde el inicio donde se busca preservar la evidencia digital relevante, hasta el final cuando la misma es incorporada al proceso.

- 17) Por ende, contar con la colaboración de Estados en la obtención de la evidencia y de los ISP o Proveedores de Servicios de Internet que suelen poseer la mayoría de la evidencia digital relevante para las investigaciones, es fundamental.
- 18) Formar parte de mecanismos de cooperación internacional, como la red 24/7 del art. 35 del Convenio de Budapest o acceder a los servidores de reportes Cybertipline de NCMEC, cobra gran relevancia a fin de lograr una administración de Justicia eficiente que demanda, cada vez más, procesos rápidos y efectivos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA, José, ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?, Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 12, 2010.

ANTÓN-MELLÓN, Joan / ANTÓN Carbonell, Elisenda, Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016), Revista Internacional de Pensamiento Político, número 12, 2017, 133-150.

AROCENA, Gustavo Alberto, La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, RP, número 29, enero 2012, 5-28.

ARQUÉS SOLDEVILA, Josep María / GUASCH PETIT Assumpció, Pericial informática en un caso tipo de pornografía infantil, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, número 30, 2013, 357-370.

AZZOLÍN, Horacio, Aspectos problemáticos de la eventual adhesión de Argentina al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, en: DE LUCA, Javier Augusto, Informática y Delito, Reunión preparatoria del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), 1ª edición, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, 65-79.

BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil, análisis del artículo 189 CP, 1era ed, Bosch, Barcelona, julio 2018.

BAUER BRONSTRUP, Felipe, Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal (estudio del artículo 189 CP), Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015.

BARROSO TOLEDO, Reina, Los Delitos en Internet: Un enfoque desde la pornografía infantil en la red, Revista Faro, número 13, 2011.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista, RP, número 38, Julio 2016, 40-67.

BORINSKY, Mariano / PASCUAL, Juan Ignacio, A 100 años del Proyecto del vigente Código Penal de Rodolfo Moreno (h), Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires, 2017. Accesible en <http://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2017/12/Artii%CC%80culo-Reforma-CP-Borinsky-Pascual.pdf>.

Consultado el día 23 de abril de 2019.

BOUYSSOU, Norma Isabel, Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015.

CANO LOPEZ, Alejandro / SERRANO SANCHEZ Lucia, Un estudio comparado de la ciber-regulación en el siglo XXI: ¿realidades nacionales, regionales o internacionales?, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, número 39, 2015.

CANTERO CAPARRÓS, José Sainz, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Sistema de Derecho Penal, parte especial, 2ª edición, Dykinson, 2015, 267-292.

COLEFF, Iván, La orden de presentación en el Derecho Procesal Penal Argentino, necesidad de su reforma, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.) Cibercrimen, 1ª edición, B de F, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 369-391.

CRESPO, Álvaro, La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado “Derecho Penal de las sociedades de riesgo, Cuestiones problemáticas, Ponencia presentada y disertada por el autor en el Primer Congreso de Jóvenes Penalistas. Problemas Actuales de Derecho Penal y Criminología, organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, realizado en la ciudad de Córdoba, los días 20 y 21 de agosto de 2009.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto / HERNANDEZ DÍAZ, Leyre, Los delitos vinculados a la informática en el Derecho Penal español (parte II), en DE LA CUESTA

ARZAMENDI, José Luis (dir.), DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier (coord.), Derecho Penal informático, 1ª edición, Aranzadi, julio de 2010, 159-200.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, Los delitos de pornografía infantil, aspectos penales, procesales y criminológicos, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 303-342.

DE LUCA, Javier, Delitos Informáticos, apuntes de 2016, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.) Cibercrimen, 1ª edición, B de F, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 7-31.

DEL CARRIL, Enrique, Desafíos del cibercrimen para el Derecho Internacional, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.) Cibercrimen II, 1ª edición, B de F, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, 383-402.

DÍAZ GÓMEZ, Andrés., El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest, REDUR, NÚMERO 8, diciembre 2010, 169-203.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, La protección penal de los menores ante la pornografía infantil: normativa internacional y el proyecto de ley de reforma del CP de 2013, Revista Aranzadi Doctrinal, número 5, 2014.

DUPUY, Daniela, La posesión de pornografía infantil, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.) Cibercrimen, 1ª edición, B de F, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 123-143.

ELIZALDE, Martín Francisco, Pornografía infantil en la web: un fallo con implicancia tecnológica y argumentos universales, Doctrina eDial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

ENISA (European Union Agency for Network and Information Security) CERT capability team, Identifying and handling cyber-crime traces Handbook, Document for teachers, 1st edition, ENISA, 2013.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia, El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (art. 189.2): razones para su destipificación, Revista de Derecho Penal y Criminología, número 18, 2006, 171-228.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: La indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D, RP, número 42, julio 2018, 67-81.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, Mecanismos policiales y judiciales de determinación del autor en los delitos cometidos a través de Internet: especial referencia a los delitos de posesión y distribución de pornografía infantil y su tratamiento jurisprudencial, en: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, VILLA SIEIRO Sonia Victoria (coords.), Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, 1^a edición, Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina, 2013, 243-260.

FLORES PRADA, Ignacio, Criminalidad informática (Aspectos sustantivos y procesales), 1^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GARCÍA ALBERO, Ramón, Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 281-302.

GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, El delito de pornografía infantil, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, 1ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, enero de 2015, 447-458.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema, La protección de la infancia frente a la pornografía infantil, Revista boliviana de Derecho, número 15, 2013.

GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada, 3ª ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, 1-8.

GILLES BÉLANGER, Pierre, Derechos humanos y el Derecho Penal en el Ciberespacio, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, número 10, 2017, 274-286.

GOMEZ, Leopoldo Sebastián, Evidencia Digital en la Investigación Penal, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.) Cibercrimen, 1ª edición, B de F, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 617-637.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, Nociones fundamentales del Derecho penal, parte especial, Volumen I, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2018.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, Los riesgos de las TIC para la libertad e indemnidad sexual de los menores y su repercusión en la legislación penal española, 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 edición, Oviedo Constitutio Criminalis Carolina, 2013, 327-354.

KLEIMAN, Hernán / TELLO, Pablo, ¿Existe un bien jurídico para los delitos informáticos?, en: DE LUCA, Javier Augusto, Informática y Delito, Reunión preparatoria del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), 1ª edición, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, 37-45.

LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo, Cuestiones procesales sobre el delito de tenencia de pornografía infantil, Actualidad Jurídica Aranzadi, numero 763, 2008.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Lecciones de Derecho Penal, parte general, 3ª edición, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016.

MAGERIT, versión 3.0, Metodología de Análisis y Gestión de Riesgos de los Sistemas de Información, Libro I, método, Dirección General de Modernización Administrativa, Procedimientos e Impulso de la Administración Electrónica, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Centro de Publicaciones, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, parte general, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, parte especial, 21ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

NARVAEZ MONTENEGRO, David Bolívar, El delito informático y su clasificación, Uniandes Episteme: Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación, número 2, 2015.

NEME, Catalina, Una mirada actual en materia de regulación de retención de datos de tráfico y conservación rápida de datos informáticos, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.) Cibercrimen, 1ª edición, B de F, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 407-439.

OST, Suzanne, Obligations to protect and assist victims: a critical appraisal of international instruments on child sexual abuse and exploitation, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 69-84.

PALAZZI, Pablo, Análisis de la ley argentina núm. 26.338/2008 de reforma del Código Penal en materia de delitos informáticos, Revista de Contratación Electrónica, número 93, mayo 2008, 53-81.

PALAZZI, Pablo, Los delitos informáticos en el Código Penal, análisis de la ley 26388, 3ª edición, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

PASCUAL, Alejandra, GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea, IGUAL, Carlos, Propuesta de una Clasificación española sobre imágenes de pornografía infantil, Revista Española de Investigación Criminológica, número 15, 2017.

PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011.

PORTAL MANRUBIA, José, La incorporación de los dispositivos de almacenamiento masivo en el procedimiento penal, Revista Aranzadi Doctrinal, número 2, 2019.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermin, Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, 10ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2016.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada, La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 107-138.

RINCÓN RÍOS, Jarvey, El delito en la cibersociedad y la justicia penal internacional, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

RIQUERT, Marcelo, Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest y el Mercosur, Propuestas de Derecho Penal material y su armonización con la legislación regional sudamericana, RDP, número 7, mayo 2014, 107-179.

RIQUERT, Fabián Luis / RIQUERT, Marcelo Alfredo, Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos de niños, niñas y adolescentes, Revista de Pensamiento Penal, Código Penal Argentino Comentado de acceso libre en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>.

RIGHI, Esteban, Manual de Derecho Penal, parte general, 1ª edición, Lexis Nexis, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1988

RIGHI, Esteban, Derecho Penal Parte General, Lexis Nexis, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008.

SAIN, Gustavo, Tercer muestreo de denuncias judiciales de la República Argentina, en línea, 3ª ed., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

SALT, Marcos, Nuevos desafíos de la evidencia digital: acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos, 1ª ed., Ad-Hoc, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

SERGI, Natalia, Análisis jurídico de la situación de la evidencia digital en el proceso penal en Argentina, volumen 3, 1ª ed, Área Digital Asociación por los Derechos Civiles, ciudad Autónoma de Buenos Aires, abril 2018.

SOLDINO, Virginia / GUARDIOLA GARCÍA Javier, Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Valencia, 2017.

STACCO, Jorge Santos, Eficiencia en la Justicia del Chubut: un tema de Administración, Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Chubut, 2011.

STEEL Chad, Digital Child Pornography: A Practical Guide for Investigators, 1st edition Lily Shiba Press, 2014.

STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal parte general I, el hecho punible, 4^a edición reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005.

TAMARIT SUMALLA, Josep, ¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de los menores a partir de la Directiva europea de 2011, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 1^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 87-105.

TEJADA DE LA FUENTE, Elvira, Novedades en la tipificación de determinados delitos vinculados a la criminalidad informática en el Código Penal Español: evolución legislativa y adaptación a la normativa internacional, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.) Cibercrimen, 1^a edición, B de F, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 33-57.

TEMPERINI, Marcelo, Delitos Informáticos y Cibercrimen: técnicas y tendencias de investigación penal y afectación a los derechos fundamentales, en: DUPUY, Daniela / KIEFER, Mariana (coords.) Cibercrimen II, 1^a edición, B de F, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, 219-253.

TRINIDAD NUÑEZ, Pilar, La protección jurídico internacional de los menores refugiados separados o no acompañados. Especial consideración del derecho europeo, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, número 43, 2016.

WEBGRAFÍA

- BOE – Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado - <https://www.boe.es/>
- BORA – Boletín Oficial de la República Argentina - <https://www.boletinoficial.gob.ar/>
- Infoleg – Información Legislativa y Documental del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina - <http://www.infoleg.gob.ar/>
- COE - Council of Europe - <https://www.coe.int/en/web/cybercrime>

- Portal Estadístico de Criminalidad, datos 2011-2017. Ministerio del Interior <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/dynPx/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/Datos5/&file=pcaxis>
- Real Academia Española RAE <http://www.rae.es/>
- National Center for Missing & Exploited Children - NCMEC <https://report.cybertip.org/>
- INTERPOL <https://www.interpol.int/>
- Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria <https://www.aepap.org/sites/default/files/puberal.pdf>

LEGISLACIÓN

- Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest STE núm. 185, elaborado por el Consejo de Europa
- Informe Explicativo del Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest STE núm. 185, elaborado por el Consejo de Europa
- Directiva 2011/92/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
- Convención sobre los Derechos del Niño
- 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
- 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
- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones
- Constitución de la Nación Argentina

- Ley 27411 de Adhesión de la Argentina al Convenio para la Ciberdelincuencia de Budapest
- Ley 26388 de delitos informáticos modificatoria del Código Penal Argentino.
- Ley 26904 de penalización del Grooming, modificatoria del Código Penal Argentino.
- Ley 27436 de penalización de la mera tenencia de pornografía infantil, modificatoria del Código Penal Argentino.
- Decreto presidencial 103/2017 sobre Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación Argentina
- Ley 23849 de ratificación de la Argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño
- Ley 25763 de ratificación de la Argentina 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
- Ley 25873 en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o Ministerio Público de la Argentina.
- Ley 24034 que aprueba el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Argentina y el gobierno de Estados Unidos de América
- Resolución 501/2012 FG del 15 de noviembre de 2012 de creación de la Fiscalía Especializada como prueba piloto “Equipo Especializado en Delitos Informáticos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Resolución 444/13 FG actuación permanente del Equipo Especializado en Delitos Informáticos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Resolución 435/13 FG mediante la cual se establece el Convenio con NCMEC y el Equipo Especializado en Delitos Informáticos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Resolución N° 69/2016 de fecha 11/03/2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina
- Protocolo de intervención urgente y colaboración recíproca en casos de detección de uso de pornografía infantil en Internet del Consejo de Procuradores, Fiscales,

Defensores y Asesores Generales de la República Argentina y del Consejo Federal de Política Criminal

- Constitución Española
- 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
- 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
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- 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
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Instrumento de Ratificación de España del Convenio sobre la Ciberdelincuencia
- Instrumento de Ratificación de España de la Convención sobre los Derechos del Niño
- Instrumento de Ratificación de España 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
- Circular 5/2019 de la Fiscalía General del Estado sobre registro de dispositivos y equipos informáticos
- Estrategia de Ciberseguridad Nacional de España 2019.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015 sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015
- US Code 18
- US Code 34
- U.S. Code 2256

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- STS 913/2006, 20 de septiembre de 2006.
- STS 1058/2006, 2 de noviembre de 2006.
- STS 105/2009, 30 de enero de 2009.
- STS 533/2009, 20 de mayo de 2009.
- STS 803/2010, 30 de septiembre de 2010.
- STS 373/2011, 13 de mayo de 2011.
- STS 271/2012, de 26 de marzo de 2012.
- ATS 521/2013, 21 de febrero de 2013.
- SAP Guadalajara, sección 1, 134/2016 de 4 de abril de 2016.
- SAP Barcelona, sección 9ª, 13441/2016 de 21 de diciembre de 2016.
- SAP Barcelona, sección 3ª, 26/2010, de 8 de enero.
- SAP Valladolid 866/2002 de 30 de noviembre.
- SAP Álava 376/2008, de 2 de diciembre.
- SAP Vitoria, sección 2, 769/2008, de 2 de diciembre.
- United States Court of Appeals, Eighth Circuit. UNITED STATES of America, Appellee, v. Edward M. STULOCK, Appellant. No. 02-1401. Decided: October 25, 2002.
- United States Court of Appeals, Ninth Circuit. UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. Stuart ROMM, Defendant-Appellant. No. 04-10648. Decided: July 24, 2006.
- Court of Appeals of New York. The PEOPLE & c., Respondent, v. James D. KENT, Appellant: Decided: May 08, 2012.