

www.uoc.edu/idp

ARTÍCULO

# Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE

Isabel García Noguera

Grupo de investigación consolidado de la Generalitat  
Derechos Humanos, Democracia y Globalización

Fecha de publicación: octubre de 2014

## Resumen

Análisis de dos de los aspectos más relevantes relacionados con la pornografía infantil y directamente derivados de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2011 a través de la última reforma penal que el Gobierno puso en marcha el año pasado, esto es: la introducción de una definición de pornografía infantil y la tipificación del mero acceso a dicho material a través de las TIC.

## Palabras clave

derecho penal, TIC, pornografía infantil, derecho penal europeo, reforma penal, directiva 2011/92/UE

## Tema

derecho penal, TIC

## *Child pornography on the Internet: Main Aspects of the Transposition of Directive 2011/92/EU*

## Abstract

*This article outlines the latest legal-dogmatic and political-criminal tendencies in child pornography criminal-law measures, examining primarily the Spanish Government's most recent criminal-law reform that came into effect in September 2013 with the intention of transposing Directive 2011/92/EU.*

## Keywords

*criminal law, ICTs, child pornography, European criminal law, criminal reform, directive 2011/92/EU*

## Topic

*criminal law, ICTs*

Se ve dónde se esconden los pájaros.  
¿Secretos? ¡Ya no hay secretos! Ha concluido lo divino.

## I. La pornografía infantil en internet. Medidas internacionales y europeas

El comportamiento humano (*individual* o *colectivo*, si es que es lícita la distinción entre vasos tan comunicantes) se ha transformado profundamente a través de las tecnologías de la información y el conocimiento (en adelante, TIC<sup>1</sup>). Por supuesto, tal cosa no se predica solo del comportamiento valorado socialmente como «positivo» o «neutro», sino también del «desviado» o «negativamente valorado» por la mayor parte de la población.<sup>2</sup> En ese sentido, aunque muchas de esas conductas ya se daban en nuestra sociedad antes de la gran explosión tecnológica, ha sido en su seno donde algunas de ellas han adquirido dimensiones impensables y han traspasado fronteras de un modo que, por los medios hasta entonces conocidos, no podrían haber alcanzado nunca. Tal es el caso de la difusión de pornografía infantil, una práctica que se ha reinventado a la luz tecnológica, y que se ha adaptado perfectamente a las múltiples posibilidades de comunicación e intercambio de información actuales y que ha aprovechado los factores de transnacionalidad y anonimato que caracterizan el uso de la Red.

Ante este «viejo-nuevo» peligro, los cauces nacionales se han revelado irremediamente estrechos e ineficaces, de ahí que se hayan intentado desplegar numerosos instrumentos en el ámbito internacional y europeo para armonizar los ordenamientos nacionales de los Estados, en el bien entendido, ya casi erigido en *cliché*, de que si el

Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición...

fenómeno transcurre sin tener en cuenta las fronteras nacionales (beneficiándose, incluso, de tal hecho) también las propuestas de solución parecen obligadas a seguir sendas transnacionales para evitar espacios de impunidad.<sup>3</sup>

1) En primer lugar, entre los instrumentos de carácter internacional, se destacan los siguientes:

- Art. 34 c) de la *Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989*, que apremia a los Estados parte a tomar medidas nacionales e internacionales contra «la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos».
- Art. 3 del *Tratado de Nueva York contra la explotación sexual del niño de 25 de mayo de 2000*, que determina qué conductas deberán ser previstas penalmente en los ordenamientos de los Estados miembros, a saber: la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil.
- Apartados 1 y 2 del art. 9 del *Convenio del Consejo de Europa sobre ciberdelincuencia, celebrado en Budapest el 23 de noviembre de 2001* (en adelante, Convenio Cybercrime), que establece una definición amplia de pornografía infantil, así como la obligación de los Estados miembros de establecer medidas necesarias para «tipificar como delito» la producción, oferta, difusión, adquisición por medios informáticos o posesión de material pornográfico infantil, dejando, no obstante, un amplio margen de discrecionalidad a los Estados que relativiza bastante su objetivo armonizador.<sup>4</sup>
- Art. 20 del *Convenio del Consejo de Europa celebrado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 sobre la protección de los menores contra los abusos sexuales y a la explotación*

1. A. Giddens (2001, págs. 47. y sig.); M. Castells (2005).

2. J. M. Silva Sánchez (1999, pág. 22); W. Capeller (págs. 3 y sig.).

3. Aparte de la armonización de los ordenamientos nacionales, se ha recurrido a otro tipo de medidas. Por ejemplo, la *Decisión 2000/375/JAI de 29 de mayo de 2000 relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet* impone una serie de obligaciones a los proveedores de Internet, de entre las que destacan: informar a las autoridades sobre el material pornográfico infantil que detecten en su servicio, retirar dicho material (si las autoridades no deciden lo contrario), conservar los datos de tráfico en la forma y durante el tiempo que prevean las leyes nacionales, crear sistemas de control de la producción, tratamiento, posesión y difusión de material pornográfico infantil... Ofrece un análisis de la decisión: O. Morales García (2002, págs. 208 y sig.).

4. En efecto, los Estados podían ceñirse solo a un concepto estricto de pornografía infantil, así como entender como atípicas las conductas de adquisición por medios tecnológicos y la mera posesión. Sin embargo, a pesar de no estar obligado a ello, el Estado español amplió a través de la LO 15/2003 el concepto de pornografía infantil a determinados supuestos de *pornografía infantil virtual* (vid. *infra* nota 14) e incriminó la conducta de mera posesión. Aunque cuenta con una gran vocación de universalidad y tiene cuarenta y cinco Estados firmantes, actualmente solo treinta han ratificado el Convenio Cybercrime. La incorporación de sus directrices en cada uno de los Estados miembros es desigual.

sexual (en adelante, Convenio de Lanzarote). Dicho convenio, de modo muy similar al Convenio Cybercrime, ofrece una definición omnicomprensiva de pornografía infantil e insta a los Estados miembros a que tipifiquen determinadas conductas relacionadas con la pornografía infantil, pero con un importante añadido: el mero acceso a contenidos pornográficos infantiles también aparece como conducta que tipificar. Con todo, el art. 20.4 del Convenio de Lanzarote prevé que los Estados miembros opten por no inculpar dicha conducta.<sup>5</sup>

2) Dentro del ámbito de la Unión Europea, encontramos recientemente:

- Arts. 1 y 3 de la *Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*.
- Arts. 2 y 5 de la *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* (en adelante, Directiva 2011).<sup>6</sup> De igual modo que los Convenios Cybercrime y de Lanzarote, la Directiva 2011 y la decisión marco a la que sustituye contienen una definición de pornografía infantil y describen las conductas asociadas a esta que deben ser perseguidas y contrarrestadas penalmente por los Estados miembros, si bien, como tendremos ocasión de analizar en las páginas siguientes, la tremenda anticipación de la intervención penal podría estar forzando los límites de principios penales elementales como el de proporcionalidad y ofensividad.

## II. Una nueva reforma penal en curso: análisis de las principales innovaciones que se proponen introducir en el art. 189 Cp

Vaya por delante que solo se van a comentar aquí dos de los aspectos más relevantes relacionados con la pornografía infantil y directamente derivados de la posible transposición a nuestro ordenamiento de la directiva 2011 a través de la última reforma penal que el Gobierno puso en marcha el 20 de septiembre de 2013,<sup>7</sup> esto es: la introducción de una definición de pornografía infantil y la tipificación del mero acceso a dicho material a través de las TIC.

### 1. La introducción de la definición de pornografía infantil

Siguiendo el dictado de la Directiva 2011, la reforma propone introducir un segundo párrafo en el art. 189.1 CP, donde encontramos la siguiente definición de pornografía infantil:

*A los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados 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.*

5. De nuevo, se observa como los Convenios del Consejo de Europa tienen la ventaja de poder contar con una amplia participación al estar abiertos no solo a los Estados miembros de la UE, sino también a terceros países. A cambio, el margen de discrecionalidad en la implementación de los acuerdos también se amplía, y el efecto unificador es visiblemente menor. Pero, más allá del resultado inmediato, no se puede negar el valor que como precedentes tienen estos instrumentos, a menudo antesala de acuerdos más estrechos en el seno de la Unión Europea, desde donde también se irradia a su vez un efecto a terceros países en un *continuum* causa-efecto multidireccional que no se estanca en la simple disyuntiva de la cooperación internacional o integración europea.
6. Este cambio de instrumento no es accidental, sino que responde a la progresiva comunitarización del Derecho penal, al menos en determinados sectores de criminalidad transfronteriza actualmente previstos en el art. 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tras la ratificación del Tratado de Lisboa celebrado el 13 de diciembre de 2007. Pero ya antes se habían empezado a reemplazar las decisiones marco (instrumentos del antiguo «tercer pilar intergubernamental») por directivas (pertenecientes al entonces conocido como «primer pilar comunitario») para proceder a la armonización penal en sectores como, por ejemplo, el medioambiental. Al respecto: A. Nieto Martín (2007, págs. 339 y sig). También yo tuve ocasión de tratar el tema en: I. García Noguera (2007, págs. 181-193).
7. Se encuentra actualmente enquistada en fase parlamentaria de enmiendas al articulado, según última consulta en fecha 20/11/2014.

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.*

Como hemos tenido ocasión de comentar al principio, una definición tan omnicompreensiva como la apuntada ya se preveía en el art. 1 de la Decisión marco 2004/68/JAI o incluso en el art. 9.2 del Convenio Cybercrime de 2001, pero el Estado español había escogido fórmulas más restrictivas que la propia naturaleza de los instrumentos legislativos mencionados le permitía prever.<sup>8</sup> La principal novedad que conllevaría la aprobación de la reforma, en lo que al art. 189 CP se refiere, sería la de ampliar el concepto de material pornográfico infantil;<sup>9</sup> así resultaría punible la elaboración de determinados materiales hasta ahora atípicos o no claramente típicos (se está haciendo referencia a la *pornografía técnica* y la *pornografía virtual*), si bien surgen algunas dudas en torno a los límites de dicha ampliación, como veremos a continuación.

#### a) La *pornografía infantil técnica*

En este tipo de pornografía no se utilizan propiamente a menores, sino a mayores de edad que *simulan* ser menores a

través de artificios como la vestimenta, el rasurado o el borrado virtual de vello corporal, la suavización de facciones, etc.<sup>10</sup> A ella parece referirse la propuesta de nueva redacción del art. 189.1 párrafo 2.º letra c), con la expresión «material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada». Sin embargo, el propio proyecto entiende que se excluirá de la definición aquella en la que «la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes». La pregunta que inmediatamente surge en la mente de todo lector es: ¿quién, sino un mayor de edad, puede *hacerse pasar* por un menor? Un menor no simulará que lo es, pues directamente reúne tal condición. Solo un mayor de edad puede, lógicamente, simular la minoría de edad cuando se produzca o confeccione *pornografía técnica*, pero el propio artículo excluye ese supuesto. La explicación a esta, cuando menos, «curiosa» redacción puede encontrarse en la recomendación que en tal sentido hizo la Fiscalía General del Estado al informar el anteproyecto presentado por el Gobierno.<sup>11</sup> Otra explicación podría pasar por entender que, ante la duda, cuando no se pueda probar la mayoría de edad de los intervinientes, se entenderá que la conducta es, en principio, típica; se trata más bien de un tema de *onus probandi* que de conceptualización del tipo. De este modo, a pesar de la primera impresión que pueda obtenerse, tampoco en esta ocasión el Estado español estaría apostando por incluir en el tipo la *pornografía infantil técnica*, lo que contaría con el respaldo de gran parte de la doctrina que, caso contrario, hubiese visto comprometido el principio de ofensividad.<sup>12</sup>

8. En ese sentido, la Directiva 2011 ha revelado su mayor eficacia frente a instrumentos anteriores, y es que no debe perderse de vista el hecho de que la falta de transposición de una directiva, a diferencia de lo que ocurre con otros instrumentos, posibilita la interposición de un recurso por incumplimiento del derecho comunitario frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (arts. 258 a 260 TFUE).

9. A pesar de su amplitud, la exigencia típica de que sea «visual» descarta la posibilidad, al menos hasta la próxima reforma penal, de entender punibles la elaboración de material de audio o escrito. Así lo entiende el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado en su informe al anteproyecto, pero subraya la punibilidad de la elaboración de ese tipo de materiales en el derecho comparado. Probablemente, sea solo cuestión de tiempo que la corriente expansiva entienda necesario abarcar también esos otros modos de producción de material pornográfico.

10. E. Orts Berenguer, M. Roig Torres (200, pág. 84); F. Morales Prats (2000, pág. 187).

11. El anteproyecto original no incluía la *pornografía infantil técnica* en la definición del segundo párrafo del art. 189.1, extremo reprochado por el informe correspondiente del Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado: «Se ignora por qué no se asume en la integridad la definición de la directiva. Debiera hacerse así, de conformidad con las exigencias de la misma y sin perjuicio de introducir simultáneamente la excusa absolutoria prevista en el art. 5.7 de la directiva, a fin de preservar el principio de intervención mínima». Debemos cuestionar el acierto de la técnica legislativa empleada en cuanto a penar una conducta para pasar a continuación a declararla atípica, por mucho que se haga en nombre de «hacer bien los deberes de Europa», lo único que consigue es arrojar un resultado sistemáticamente poco lógico y confuso. En cualquier caso, es una lástima que esta recomendación fuese aceptada y no, en cambio, otra (también de la Fiscalía General del Estado) de importante calado que hacía referencia a la necesidad de esclarecer el ámbito de aplicación del régimen de agravantes del art. 189.3 CP.

12. J. M. Tamarit Sumalla (2002, pág. 109); O. Morales García (2005, pág. 428). F. Morales Prats (2008, pág. 982).

### b) La pornografía infantil virtual

Se entiende por *pornografía infantil virtual* la que recrea la imagen realista de menores en un contexto sexualmente explícito, sin que se utilicen menores reales para ello.<sup>13</sup> Es decir, por definición, este tipo de pornografía se construye a partir de la imagen de menores inexistentes. En nuestro sistema, no fue hasta la reforma operada a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con ocasión de la incorporación de alguna de las directrices del Convenio Cybercrime, cuando algunos autores entendieron que se estaba intentando introducir tímidamente alguna previsión al respecto en el art. 189.7 CP a través de la tipificación del uso indirecto de menores (empleo de «su voz o imagen alterada o modificada») para la confección y difusión de este tipo de material.<sup>14</sup> La propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003 afirmaba que se daba así cobertura a los supuestos de la llamada *pornografía virtual*.<sup>15</sup>

No obstante, y sin querer ahondar demasiado en cuestiones puramente terminológicas, es preciso señalar que el antiguo art. 189.7 CP no se refería (como sí lo hace la propuesta de reforma cuando alude a «imágenes realistas») a la utilización de la imagen de menores inexistentes, sino a la utilización indirecta de la voz o imagen de menores reales puestas artificialmente en un contexto sexualmente explícito.<sup>16</sup> Y la cuestión no es baladí, en tanto la exigencia de que los menores existan realmente podría constituir un límite importante en la aplicación de los delitos que analizamos. Podemos traer a colación el conocido caso suscitado por la proyección de la película *A serbian film* en el Festival Internacional de Sitges, que motivó la imputación de su director, Ángel Sala, al considerarse que había difundido

material pornográfico infantil. La defensa solicitó el archivo de la causa, pues, a partir del *making of* de la película, quedaba demostrado que se habían utilizado muñecos en vez de niños para las escenas de sexo y violencia. A pesar de que el fiscal mostró su oposición al archivo, finalmente prosperó la tesis de la defensa al señalar que, en cualquier caso, el tipo del art. 189.7 CP por el que su representado había sido imputado, aunque indirectamente, reclamaba la utilización de un menor real. Este argumento, de aprobarse la reforma, ya no tendría cabida, pues la incorporación de la amplia definición de pornografía infantil que ofrecería el art. 189.1 párrafo 2.º letra d) CP («Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita...») supondría la punibilidad de un tipo de material pornográfico en el que, por definición, los menores que aparecen no existen.<sup>17</sup>

De este modo, y a diferencia de lo que se ha analizado con respecto a la *pornografía infantil técnica*, debe concluirse que la *pornografía infantil virtual* quedaría, tras la aprobación de la reforma, totalmente contemplada en el Código penal español. Sobre la justificación de penalizar este tipo de pornografía, se han alegado razones de política criminal ante la dificultad (casi imposibilidad) técnica de diferenciar entre imágenes reales e imágenes generadas artificialmente por ordenador,<sup>18</sup> lo que ha llevado a la Fiscalía General del Estado a declarar en su informe que «la consecuencia más importante de la existencia de tipos que castigan la pornografía infantil aunque sea virtual es la mayor facilidad para sostener la acusación, al no ser imprescindible para la relevancia penal de la conducta acreditar que el menor es real». Solo apuntaremos al respecto que no pocos autores señalaban la ausencia de

13. Aunque otros autores han preferido denominarla *pornografía infantil artificial*. Así: E. Orts Berenguer, M. Roig Torres (*op. cit.* pág. 84). D.L. Morillas Fernández (2005, págs. 69 y 70).
14. «En algunos países, como Argentina, Turquía, Japón y los Estados Unidos, no es un crimen. No está penalizado en Austria, si la imagen es solo para uso privado. Es un delito en Bélgica, Luxemburgo, Brasil, Dinamarca, Finlandia (si es genuina y realista), Italia, Países Bajos y Suecia. En Alemania, la pornografía infantil virtual entra en el ámbito del Código penal; sin embargo, el material debe dar la impresión de actividades «reales» por «niños reales» Emilio C. Viano (2014).
15. En ese sentido, F. Morales Prats (2000, pág. 122). Delimitando los supuestos de material que cabría entender típicos: M. Gómez Tomillo (2011, pág. 770).
16. Quizá lo más acertado sea considerar que se trataba directamente de un tipo distinto de pornografía, la llamada «pseudopornografía infantil», como se apunta en: E. Orts Berenger, M. Roig Torres (*op. cit.* pág. 84).
17. Buena prueba de la amplitud de tal definición la constituye el hecho de que la previsión del actual art. 189.7 CP, propone ser suprimido con esta última reforma penal, y ello porque abarca un concepto más estrecho al propuesto y mantenerlo resultaría superfluo, además de hermenéuticamente confuso.
18. F. Morales Prats (2006, pág. 293).

lesión del bien jurídico protegido<sup>19</sup> cuando los menores, simplemente, no existen.<sup>20</sup>

Antes de dar paso al siguiente apartado, se mencionará la «excusa absoluta» que se propone introducir en el art. 189.6 CP, aunque, como ya puede deducirse del entrecuillado, se trata de una excusa absoluta de lo más singular, pues parece excluir la punibilidad de conductas ya previamente excusadas. La previsión reza del siguiente modo: «La producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo».

A poco que nos fijemos, la referencia al material pornográfico de la letra c) (*pornografía técnica*) convertiría la excusa absoluta en una «excusa sobre la excusa», en tanto dicho material, como hemos tenido ocasión de ver, ya se encontraría por definición<sup>21</sup> fuera del ámbito de punibilidad del art. 189 CP. Si esto es así, poco sentido tendría incluir una excusa absoluta para las conductas concretas de producción y posesión de este tipo de material, añadiendo, además, una serie de requisitos (el exclusivo uso privado de

esta pornografía y que no se mezcle con otro tipo de pornografía punible) para que pudiese operar dicha excepción. Una interpretación literal de los textos analizados conducen a resultados poco congruentes, como, por ejemplo, que es punible la difusión de un material cuya elaboración no es punible.

En lugar de introducir excusas absolutas para conductas referidas a materiales cuya punibilidad está excluida, lo lógico hubiese sido aplicarlas a materiales realmente prohibidos. Sería el caso de la pornografía infantil virtual, cuya inclusión en el tipo ya hemos tenido ocasión de criticar. Quizás sería más acertado y respetuoso con los principios de ofensividad, proporcionalidad e intervención mínima configurar la mencionada excusa absoluta para supuestos de pornografía virtual. Así, al menos, lo entiende conveniente (no obligatorio) el art. 5.8 de la Directiva 2011,<sup>22</sup> por lo que no es en absoluto descartable que la singularidad de la excusa absoluta diseñada para el art. 189.6 CP se explique por un error en el intento de transposición de la norma comunitaria.

## 2. El acceso a material pornográfico infantil por medio de las TIC

En la propuesta de redacción del art. 189.5 CP se reubicaría el delito de posesión de material pornográfico infantil para

19. Los delitos que estamos analizando se encuadran en el Título VIII del Código penal, dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Que este sea el bien jurídico protegido en el contexto de un delito de peligro abstracto puro se sostiene en: A. Redondo Hermida (2006). Sin embargo, gran parte de la doctrina ha detectado una mayor conexión del bien jurídico protegido con la intimidad y propia imagen del menor, quizá para alejarse de la configuración de un delito de peligro y rescatar algún atisbo de lesividad. En ese sentido, F. Morales Prats (*op. cit.* pág. 284); J. M. Tamarit Sumalla (*op. cit.* págs. 108 y sig). M. Gómez Tomillo, M. (*op. cit.* pág. 759). Otros autores se han inclinado por remarcar especialmente como objeto de protección «los adecuados procesos de formación y socialización así como la intimidad de los menores o incapaces»: E. Orts Berenguer y M. Roig Torres (2001, pág. 129). Por su lado, la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre: «los tipos de los arts. 189.1 b) y 189.2, a diferencia del tipo del art. 189.1 a) no protegen bienes personalísimos sino la seguridad de la infancia». Más aún y con referencia concreta al art. 189.7 CP, la Fiscalía manifiesta: «Desde luego, que el bien jurídico protegido en los tipos contenidos en el art. 189 no coincide siempre con la libertad o la indemnidad en la esfera sexual, queda aún mas claro tras la nueva tipificación del denominado delito de pseudopornografía infantil penado en el art. 189.7 CP». Se puede consultar la panorámica doctrinal sobre el tema del bien jurídico en estos delitos en: D. L. Morillas Fernández (*op. cit.* págs. 155 y sig).
20. O. Morales García, *ibídem*. Muy expresivo: E. Orts Berenguer y M. Roig Torres (2009, pág. 137), para quienes la introducción del antiguo art. 189.7 CP fue «fruto de la dilatación de los límites de los delitos de peligro abstracto, hasta su desbordamiento, hasta extremos intolerables, sobre todo en el castigo de conductas relacionadas con la pornografía técnica o virtual, que no se sabe para qué bien generan un riesgo ni en qué consiste el tal riesgo». Se califica la introducción del art. 189.7 CP como una clara muestra de la creación del un nuevo «Derecho penal de autor» en F. Muñoz Conde (2012, págs. 121).
21. La pornografía infantil no será punible cuando esté protagonizada por mayores de edad, cosa que se dará siempre en supuestos de pornografía infantil técnica, pues es su presupuesto.
22. «quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si los apartados 2 (la adquisición y posesión) y 6 (producción) 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) (pornografía virtual), 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».

uso propio, castigando la conducta con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años. Sin embargo, hay *algo más*, un segundo apartado:

*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.*

Esta proyectada innovación, aunque con recelos, parece contar con el visto bueno de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE), que en su informe preceptivo al anteproyecto estableció que «aunque es evidente que existirán dificultades para su aplicación práctica, que en todo caso habrá de ser respetuosa con un derecho penal basado en el principio de culpabilidad, los efectos beneficiosos de prevención general que la tipificación expresa del acceso pueden generar, son fundamento suficiente para su incorporación al CP». <sup>23</sup> Tal posicionamiento no es de extrañar, pues ya en la Consulta 3/2006 de 29 de noviembre, de la FGE, se expuso la tesis de que es el consumo (la demanda) de este tipo de material lo que opera como estímulo de su oferta (elaboración), lo que haría necesario actuar sobre todos los niveles de este tipo de industria. La Consulta concluye que: «no trata el derecho penal de criminalizar el hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, pues la moral sexual no puede erigirse en el bien jurídico protegido». Sin embargo, la tesis del estímulo de la demanda <sup>24</sup> permitiría precisamente eso, que se criminalizase la mera contemplación de imágenes de menores (el mero consumo, por fugaz que sea), sin

que fuesen necesarias actuaciones añadidas de difusión o posesión, y con el agravante de que las imágenes no necesitarían representar a menores reales, como se ha analizado *supra*. Por otro lado, conviene considerar la volatilidad de la noción de estímulo, concepto vaporoso desde el cual cualquier acción que remotamente pueda alimentar o motivar este tipo de conductas resultaría delictiva. Desde ese punto de vista, se llega a la paradoja de que la propia persecución del delito podría cumplir el tipo, pues no parece descabellado afirmar que el rechazo sistémico de determinados comportamientos contribuye poderosamente a su reafirmación como elemento clandestino y marginado. <sup>25</sup>

### 2.1. El acceso a material pornográfico infantil a través de las TIC en derecho comparado

Llegados a este punto, conviene echar un breve vistazo al modo en que otros ordenamientos han contemplado el acceso a material pornográfico infantil a través de las TIC. Así, se detecta (especialmente en el ámbito anglosajón, encabezado por los Estados Unidos) una general y creciente tendencia a criminalizar los actos pertenecientes a estadios finales de la cadena de producción de los contenidos ilícitos (consumo) más propios, según aquí se entiende, de la fase de agotamiento del delito que no de su efectiva perpetración. <sup>26</sup>

En Latinoamérica, distintos países parecen recibir esta influencia criminalizadora, pero sin llegar a igualarla. Se puede mencionar el ejemplo de Chile, que recientemente ha introducido el delito de almacenamiento malicioso (no orientado a la difusión) de material pornográfico infantil a través

23. Pero cabría preguntarse de qué modo podrían introducirse los límites señalados a normas exclusivamente fundadas en razones de prevención general.
24. Tesis que, por lo demás, constituye el fundamento de leyes como la norteamericana *Child Pornography Prevention Act* de 1996. Sin embargo, la jurisprudencia se ha ocupado de acotar el efecto extensivo de este tipo de justificaciones de corte teleológico. Por ejemplo, en el caso *Ashcroft vs. Free Speech Coalition*, de 16 de abril de 2002, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos determinó la inconstitucionalidad de la tipificación de la pornografía infantil virtual por contrariar el derecho a la libre expresión sito en la Primera Enmienda del texto constitucional.
25. Es una de las ideas base del interaccionismo simbólico para cuyo conocimiento general puede consultarse: H. Becker (2009): «Los grupos sociales crean la desviación estableciendo reglas cuya infracción constituye una desviación, y aplicando estas reglas a personas particulares, que etiquetan como *outsiders*».
26. En efecto, a sola visualización de dicho material se encuentra tipificada en el art. 2252A(a) (5) (B) del US Code «*knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography that has been mailed, or shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or that was produced using materials that have been mailed, or shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer*». También el Código penal federal de Canadá tipifica el mero acceso, sin ulteriores actos de posesión o difusión, en el art. 163.1 (4.1).

de la Ley n.º 19.927,<sup>27</sup> pero sin decidirse aún por incriminar el mero acceso, de modo parecido a México o Argentina.<sup>28</sup>

En lo que a Europa se refiere, podemos destacar países pertenecientes a una cultura jurídico-penal afín a la nuestra, como Italia y Alemania, que no han optado, al menos todavía, por criminalizar el mero acceso al material pornográfico infantil, si bien no faltan ejemplos cercanos geográficamente como el de Francia, donde el acceso a pornografía infantil se castiga desde la reforma penal de 2007.<sup>29</sup>

Así las cosas, el Estado español debe contarse todavía entre los países que se muestran reticentes respecto a tipificar el acceso a la pornografía infantil a través de las TIC. En cambio, si se aprueba finalmente la reforma, se estará dando fiel (y obligatorio) cumplimiento al mandato comunitario previsto en el art. 5.3 de la Directiva 2011, que establece que: «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». En tal caso, el acceso deberá ser intencionado (se desechará el caso fortuito y la comisión imprudente), pues el propio considerando núm. 18 de la Directiva expresa: «Para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes [...] Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio

sujeto a pago». A pesar de que los considerandos tienen únicamente un valor informativo, no puede por menos que llamar la atención el nivel de concreción llamativamente creciente de las directivas, caracterizadas, en principio, por cierta amplitud en la elección de los medios y las formas para su implementación en cada Estado.<sup>30</sup> Piénsese que, en materia de derecho penal comunitario, a mayor concreción del instrumento que transponer, mayor la relativización del principio de legalidad como mandato de *nullum crimen sine lege parlamentaria*.<sup>31</sup>

Junto con lo señalado, y siempre que la reforma llegue a aprobarse, cosa que cada vez parece menos probable, puede también ponerse en duda el respeto al principio de proporcionalidad. No hace falta remontarse mucho tiempo atrás para recordar las críticas y los recelos que la tipificación de la mera posesión del material, sin requerir la preordenación al tráfico, ya había generado en un importante sector de la doctrina, por entenderlo desproporcionado.<sup>32</sup> Se alegaba así el distanciamiento de la finalidad del bien jurídico protegido y la poca idoneidad de utilizar lo que debería entenderse como la *ultima ratio* de nuestro sistema de control social. Pareciera que lo más razonable para mitigar esas tendencias deleznable sería instrumentar otra clase de medidas fuera de la órbita penal.<sup>33</sup> Pues bien, todos los argumentos aludidos deben *a fortiori* desplegarse aquí con ocasión de lo que constituiría un nuevo paso a la anticipación de la intervención penal al criminalizar el mero acceso a contenidos de material pornográfico infantil. Y ello porque, si bien puede

27. L. Mayer (2014, págs. 27-57).

28. El art. 202 del Código penal federal de México contempla desde la elaboración hasta el «almacenamiento» (sin que sea necesaria la finalidad de difusión) de material pornográfico referido a menores de dieciocho años o incapaces. El art. 128 del Código penal argentino, modificado por la Ley n.º 26.388, B.O. 25/6/2008 tampoco incrimina el mero visionado de pornografía infantil. La posesión de dicho material sí se encuentra tipificada, si bien se le añade la exigencia de cierta preordenación para «fines inequívocos de distribución o comercialización».

29. I. Salvadori (2012, pág. 456).

30. El mismo proceso se ha evidenciado en las decisiones marco, como se describe en: A. Nieto Martín (2011, pág. 79).

31. No faltan voces que relativicen la cuestión y que entiendan suficientemente colmadas las exigencias de legitimidad democrática en la Unión Europea: J. Voge (2005, págs. 119 y sig.); A. Nieto Martín (*op. cit.* pág. 339 y sig.) Sin embargo, para otros autores se incumple todavía el mandato de «*nullum crimen sine lege parlamentaria*», visto el carácter asimétrico de la colaboración entre ejecutivo y legislativo, donde este último se encuentra subordinado al primero. En ese sentido: M. Acale Sánchez (2005, págs. 353 y sig.). También: I. García Noguera (*op. cit.* pág. 192).

32. Tamarit criticó la penalización de la mera posesión; es preferible el riesgo de no poder probar la preordenación al tráfico en determinados supuestos a «los costes de una penalización ilimitada, que podría llevar a castigar, por ejemplo, la simple consulta de una página de pornografía infantil en la Red» (J. Tamarit Sumalla, *op. cit.*, págs. 110 y 111), O. Morales García (2005, pág. 428), F. Morales Prats y R. García Albero (2008, pág. 982).

33. J. Tamarit Sumalla (*op. cit.* pág. 159): «el desarrollo de actividades de información y formación sexual, el apoyo y la asistencia a las personas afectadas por trastornos psicopatológicos e incluso por la prohibición y control administrativo de estos materiales». Paralelamente, cabe contemplar la implementación de sistemas para el control de los contenidos por parte de los proveedores de servicio, más allá del deber de colaboración con las autoridades cuando tengan el conocimiento efectivo de la existencia del algún contenido ilícito. O. Morales García (*op. cit.* pág. 429).

llegar a aceptarse como argumento que la frontera entre el consumidor y el distribuidor de pornografía es actualmente muy porosa<sup>34</sup> (por ejemplo, en casos de intercambio de archivos *peer to peer*, donde se comparten los archivos propios al tiempo de adquirir y consumir el material de otros), la fuerza de esa afirmación se debilita al máximo cuando se traslada al sujeto que solo visualiza las imágenes en pantalla y ni siquiera las almacena<sup>35</sup>. Sobre este extremo, no pueden dejar de citarse sentencias como la STS de 10 de diciembre de 2004 o la STS de 13 de mayo de 2011, en las que se absuelve al acusado al no quedar acreditada más que la «detentación fugaz» (mera visualización del material) que no es suficiente para integrar una conducta mínimamente ofensiva para el bien jurídico protegido, sea cual sea.<sup>36</sup>

### III. Conclusiones

1. Debemos considerar que si la criminalidad está siendo capaz de adaptarse tan exitosamente a las tecnologías, también el derecho penal debería ser capaz de transformarse para poder hacerle frente y proteger eficazmente los bienes jurídicos involucrados.

2. La necesidad de transformación del derecho penal no tiene por qué significar el vaciamiento de sus garantías. En efecto, en ese trance se corre más que nunca el riesgo de perder la esencia y olvidar la finalidad de protección de bienes jurídicos para la que el derecho penal fue concebido. Pero la proliferación de nuevas formas de criminalidad o la facilitación que las TIC suponen para la comisión de delitos ya existentes no puede servir de excusa para contribuir

a la expansión de un derecho penal simbólico, por definición ineficaz. Y es que, en definitiva, parece patente que a medida que el derecho penal no se utiliza para proteger eficazmente bienes jurídicos, se acerca progresivamente a su desproporcionalidad y uso simbólico.<sup>37</sup>

3. La comunitarización de determinados sectores de criminalidad transfronteriza debe ir acompañada también de la comunitarización de los principios garantistas que le son inherentes. Estos deben aplicarse efectivamente en la elaboración de las directivas y no relegados al estadio abstracto de una exposición de motivos como mero considerando.<sup>38</sup>

4. Todo lo anteriormente considerado se traduce, en lo que a la creación y difusión de pornografía infantil se refiere, en:

a) la consideración de articular medidas *extrapenales* para el consumidor final.

b) el mantenimiento de medidas penales (armonizadas supranacionalmente) únicamente para las conductas circunscritas al *origen* de la producción del material, guiadas por los principios de legalidad, ofensividad y proporcionalidad.

5. Finalmente, de llegar a aprobarse la reforma penal en curso, debería encargarse la doctrina jurisprudencial, en su labor complementaria de las fuentes del derecho, de limitar el carácter extensivo de los tipos emergentes, y evitar así el castigo de actitudes internas que no exteriorizan ninguna amenaza para el bien jurídico protegido. Y es que el pensamiento, por odioso que éste nos pueda en ocasiones resultar, no delinque.

34. En la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre de la Fiscalía General del Estado encontramos que: «Desde un esquema criminológico, debe tenerse en cuenta, pues, que la figura del traficante de pornografía infantil y la figura del simple consumidor de pornografía infantil se ha visto superada por una síntesis de ambos representada por el consumidor en red».

35. De hecho, lo que ha provocado que algunos países (Estado Unidos o Canadá) llegasen a tipificar el mero visionado intencionado del material pornográfico infantil, sin exigir actos de posesión de disponibilidad sobre dicho material, ha sido precisamente el tratamiento dispar de supuestos similares en función de factores tan endeble (y cada vez más complicados de verificar) como el nivel de pericia informática del sujeto activo. I. Salvadori (*op. cit.* pág. 455).

36. *Vid. supra*, nota 19.

37. Algunos sectores de la doctrina alertan sobre el uso simbólico del Derecho penal en la tipificación de determinadas conductas relacionadas con la pornografía infantil y perpetradas a través de las TIC: J. M. Tamarit Sumilla (*op. cit.* pág. 159). En estos casos existen, en opinión del autor, «tan solo desafortunadas apelaciones a la alarma social o a criterios de prevención general positiva próximos a esta idea».

38. El considerando 50 de la Directiva 2011 establece: «La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular el derecho a la protección de la dignidad humana, la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, los derechos del menor, el derecho a la libertad y la seguridad, el derecho a la libertad de expresión e información, el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, y los principios de legalidad y proporcionalidad de las sanciones y los delitos. La presente Directiva se propone garantizar el pleno respeto de dichos derechos y principios y debe aplicarse en consecuencia».

## Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2005). «Derecho penal y Tratado de Lisboa». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 30, págs. 353 y sig.
- BECKER, H. (2009). *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*. Ed. Siglo XXI.
- CAPELLER, W. (2001). «Not such a Neat Net. Some comments on virtual criminality». *Social and Legal Studies*, págs. 3 y sig.
- CASTELLS, M. (2005). *La era de la información (Vol. 1): economía, sociedad y cultura. La sociedad red*. Ed. Alianza.
- GARCÍA NOGUERA, I. (2007). «La STJCE de 13 de septiembre de 2005 ¿una puerta abierta para la competencia penal de las Comunidades Europeas? Posibles repercusiones para el tratamiento de la delincuencia relacionada con las TIC». *Derecho y Proceso Penal*. Ed. Aranzadi, núm. 17. págs. 181-193.
- GIDDENS, A (2001). *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Ed. Taurus, págs. 47 y sig.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2011) (dir.) *Comentarios al Código Penal*. Ed. Lex Nova (2.ª ed.) pág. 770.
- MAYER, L. (2014). «Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil». *Polít. crim.* Vol. 9, n.º 17 (Julio 2014), art. 2, págs. 27-57. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_17/Vol9N17A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A2.pdf)]
- MORALES GARCÍA, O. (2002). «Criterios de atribución de responsabilidad a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información». En: F. MORALES PRATS y O. MORALES GARCÍA (coords.) *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Ed. Aranzadi, págs. 208 y sig.
- MORALES GARCÍA, O (2005). «Derecho penal y sociedad de la información». *Derecho y nuevas tecnologías*. Ed. UOC., pág. 428.
- MORALES PRATS, F. (2000). «Pornografía infantil e Internet: la respuesta en el Código penal español». *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, Cuadernos de Derecho Judicial*, pág. 187.
- MORALES PRATS, F. (2006). «Los ilícitos en la red (II): pornografía infantil y ciberterrorismo». En: C. M. ROMEO CASABONA (coord.) *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Ed. Comares. pág. 293
- MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R. (2008). En: G. QUINTERO OLIVARES (dir.). *Comentarios al nuevo Código Penal*. Ed. Aranzadi, (5.ª ed.), pág. 982.
- MORILLAS FERNANDEZ, D. L. (2005). *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*. Ed. Dykinson, págs. 69 y 70.
- MUÑOZ CONDE, F. (2012). «La generalización del derecho penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales: entre la Tolerancia cero y el derecho penal del enemigo». *Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato División de Derecho, Política y Gobierno*, núm. 1, pág. 121.
- NIETO MARTÍN, A. (2007). «Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176, de 13-9-2005)». En L. ARROYO ZAPATERO, L.; A. NIETO MARTÍN, A. (dirs.). *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, págs. 339 y sig.
- NIETO MARTIN, A. (2011). «La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. European Criminal Policy Initiative y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea». *Revista penal*, núm. 27, pág. 79.

- ORTS BERENGUER, E; ROIG TORRES, M. (2001). *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Ed. Tirant lo Blanch, pág. 129.
- ORTS BERENGUER, E; ROIG TORRES, M. (2009). «Concepto de material pornográfico en el ámbito penal». *ReCrim*, págs. 82-139.
- REDONDO HERMIDA, A. (2006). «El delito de difusión de pornografía infantil por Internet». *Diario La Ley*, núm. 591, Sección Doctrina, 15 Nov. 2006, Año XXVII, Ref. D-245.
- SALVADORI, I. (2012). «Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el derecho penal europeo comparado». En: Santiago MIR PUIG, Santiago; Mirentu CORCOY BIDASOLO (directores). *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*. Madrid: Marcial Pons, pág. 456.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, pág. 22.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (2002). *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*. Ed. Aranzadi (2.ª ed.).
- VIANO, Emilio C. (2014). *Informe General del XIX Congreso Internacional de Derecho Penal. «Sociedad de la Información y Derecho Penal»*, celebrado en Río de Janeiro, Brasil, 31 agosto - 6 septiembre 2014 por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL).
- VOGEL, J. (2005). «Derecho penal y globalización». *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9.

#### Cita recomendada

GARCÍA NOGUERA, Isabel (2014). «Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/ue». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Núm. 19, pág. 105-116. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].  
 <<http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n19-garcia/n19-garcia-es>>  
 <<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i19.2329>>



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite a su autor y la revista y la institución que los publica (IDP. Revista de Internet, Derecho y Política; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

---

**Sobre la autora**

Isabel García Noguera

[igarcian@uoc.edu](mailto:igarcian@uoc.edu)

Grupo de investigación consolidado de la Generalitat

Derechos Humanos, Democracia y Globalización

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Asistente de investigación en el IN3 (UOC), en el proyecto E-Crime a cargo del Dr. Oscar Morales García, profesor de los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas (2002-2003); consultora de las asignaturas de Derecho penitenciario, Criminología y Derecho penal II en la UOC (2003-2014); miembro del grupo de investigación consolidado de la Generalitat Derechos Humanos, Democracia y Globalización.

UOC

Estudios de Derecho y Ciencias Políticas

Av. Tibidabo, 39

08035 Barcelona