

Pornografía infantil e Internet^[1]



Fermín Morales

Catedrático de Derecho Penal (Universidad Autónoma de Barcelona)
Fermin.Morales@uab.es

Resumen: La pornografía infantil constituye un problema de dimensión internacional, que se ha amplificado con la irrupción de nuevas tecnologías que han transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material. La transformación de la producción y difusión de la pornografía infantil en general, y particularmente aprovechando el nuevo escenario que facilitan las nuevas tecnologías, abre interrogantes al Derecho Penal de diversa consideración. De una parte, la transnacionalidad del fenómeno obliga a buscar consenso sobre las necesidades de tutela, concretamente en aspectos como la tipificación de la denominada pornografía infantil virtual, la pornografía pseudoinfantil, la posesión para el consumo o, en último término, la edad de los menores. En este debate debe situarse asimismo la polémica sobre la responsabilidad de los intermediarios.

1. Introducción

La pornografía infantil constituye un problema de dimensión internacional, que se ha amplificado con la irrupción de nuevas tecnologías que han transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (UNCRC), que ha sido mayoritariamente ratificada por los estados, califica la pornografía infantil como una violación de los derechos del menor y exige a las naciones que participen en la convención internacional y que adopten medidas para prevenir la explotación infantil en materiales de tipo pornográfico (art. 34). Asimismo, el Programa de acción para la prevención de la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil de la Comisión Pro Derechos Humanos de las Naciones Unidas respalda los esfuerzos internacionales y de la Comisión en cuanto a la represión y castigo de conductas de explotación de los menores con fines pornográficos.

No obstante, las acciones internacionales de lucha contra la explotación sexual de los menores y contra la producción y el tráfico de la pornografía infantil encuentran serios escollos de partida. En la actualidad se carece de una definición uniforme del concepto de pornografía infantil; junto a esta falta de armonización conceptual, los datos de que se dispone, relativos a la producción y distribución de material pornográfico infantil, son insuficientes, sobre todo por lo que afecta a la dimensión del problema en África y Latinoamérica.

Los avances en las líneas de acción internacional son insuficientes frente a la irrupción de nuevas tecnologías que han transformado la dinámica y articulación de las formas de producción y distribución de la pornografía infantil. En este sentido, la irrupción de medios tecnológicos de escaso coste al alcance de la población ha amplificado el problema. El vídeo casero y la implantación de Internet han convertido la pornografía infantil en una "sofisticada

* Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), organizadas por la UOC y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

industria casera" al alcance de muchos.

2. La acotación conceptual de la pornografía infantil

La definición de pornografía infantil es compleja, por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, de creencias de tipo moral, de pautas de comportamiento sexual, así como de las ideas religiosas imperantes en cada comunidad. Lógicamente, estas fluctuaciones conceptuales tienen un reflejo en los conceptos legales utilizados por los ordenamientos de cada país. Estos factores explican que tampoco existan convenciones jurídicas internacionalmente uniformes en torno al límite legal a partir del cual se acota el concepto de niño o de menor.

La UNCRC define al niño como persona menor de 18 años, y ésta es la convención normativa imperante en el contexto jurídico y cultural del continente europeo. Por el contrario, en países como Australia, la legislación sobre pornografía infantil conceptúa al niño como menor de 16 años, mientras que en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos (EE.UU.) los menores a partir de los 15 años pueden consentir legalmente en orden a mantener relaciones sexuales con un adulto; sin embargo, conforme a la legislación de esos propios estados de EE.UU., ese adulto no puede elaborar, producir, distribuir ni tan siquiera poseer una filmación o registro visual de sus contactos sexuales con el menor, de acuerdo con los Estatutos Federales de Pornografía Infantil (18 USC, 2252, 2256), por cuanto éstos definen al menor como persona que no ha cumplido los 18 años.

Pese a todos estos obstáculos de partida, el Consejo de Europa define la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual" (Recomendación R(91) 11 e Informe del Comité Europeo de Problemas Delictivos (1993)).^[1]

La literatura erótica infantil debe quedar deslindada de la pornografía infantil, por cuanto constituye un concepto diverso que alude a materiales relacionados con niños en los que están presentes alegorías o propósitos sexuales, lo que no es objeto de prohibición legal en los ordenamientos estatales.^[2]

3. La transformación de la producción y difusión de la pornografía infantil motivada por la eclosión de Internet

En la década de los años setenta puede situarse el momento de máximo apogeo de la producción comercial de pornografía infantil en el mundo occidental. En aquellos años Dinamarca, Holanda y Suecia constituían los principales centros de producción. A finales de dicha década y comienzos de los años ochenta se verifica una mayor intervención gubernamental y el impulso de medidas legislativas, centradas en la prohibición de la producción, la venta y la distribución de la pornografía infantil.^[3] En los años noventa se ha acrecentado la adopción de medidas legislativas prohibitivas y el impulso de la represión penal sobre las actividades de producción, difusión, exhibición y distribución de material pornográfico infantil al compás de la evolución tecnológica, y no faltan además muestras de una "nueva cruzada legislativa" en la que incluso se opta por la incriminación de la mera tenencia o posesión de material pornográfico infantil.^[4]

En la actualidad se constata una tendencia según la cual el tráfico de pornografía infantil no viene presidido por el ánimo de lucro ni por motivos comerciales. Se ha acrecentado así el intercambio de material entre pedófilos, pauta de comportamiento que se ha amplificado en las

1. La INTERPOL define la pornografía infantil como "la descripción visual de la explotación sexual infantil, centrada en los genitales o el comportamiento sexual del menor (INTERPOL, 61 Asamblea General de 1995, Recomendaciones sobre Delitos contra Menores). La INTERPOL creó en 1992 el Grupo Permanente de Trabajo sobre Delitos contra Menores, como plataforma unificada para que los cuerpos policiales coadyuven al cumplimiento de las leyes protectoras de la infancia mediante la cooperación internacional. En 1996, la Asamblea General de la INTERPOL adoptó una resolución enderezada a impulsar la adopción de una legislación específica en los estados contra cualquier forma de pornografía infantil.

2. Vid. al respecto "Ponencia sobre pornografía infantil", presentada por Margaret A. Healy, en nombre de la ECPAT en el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual y Comercial de la Infancia, celebrado en Estocolmo en agosto de 1996. En este congreso se elaboró un programa de acción que fue aprobado por 122 países. La ECPAT es una organización no gubernamental constituida para luchar contra la prostitución y la pornografía infantil, así como contra el tráfico de niños con fines sexuales.

3. En 1977 se aprobaron en los Estados Unidos la adopción de estrictas medidas legislativas sobre pornografía infantil. En 1980 Dinamarca y Suecia introdujeron una legislación sobre pornografía infantil; Holanda lo hizo en 1986.

nuevas autopistas de la información (Internet), donde los usuarios pueden introducir material y convertirse en difusores de dicho material. Por consiguiente, puede trazarse una línea evolutiva que desplaza la elaboración y producción de la pornografía infantil de parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados *amateurs* y domésticos. A esta evolución ha contribuido también el denominado "turismo sexual", pues se ha constatado en los últimos tiempos que una buena parte de la elaboración de material pornográfico infantil tiene su origen en filmaciones *amateurs* llevadas a cabo por turistas que entablan relaciones con menores, principalmente en países del continente asiático.

En efecto, esta evolución no hubiera sido posible sin la masificación y el abaratamiento de los aparatos de vídeo doméstico.

Estas líneas evolutivas se han agudizado con la irrupción de Internet como nueva autopista de la información. Puede indicarse, pues, que la tecnología informática ha acabado por consolidar las pautas y patrones de la producción y el tráfico de pornografía infantil. Cualquier usuario de la Red tiene acceso a los servicios en línea en una autopista de información a la que se encuentran conectados más de 30 millones de personas. En este contexto, cualquier usuario puede erigirse en productor, difusor o receptor de material pornográfico infantil.

Las técnicas de producción e introducción de tal material en la Red se han multiplicado (escaneado de fotos, introducción en la Red de videoclips, correos electrónicos provistos de imágenes o vídeos). Y estas nuevas formas de difusión y tráfico de pornografía infantil pueden ser llevadas a cabo desde el anonimato que proporciona Internet. El usuario puede revestirse de identidades ficticias o no identificables y difundir contenidos ilícitos a un determinado país, haciendo que la información transite por el "ciberespacio" intermedio de otros países, lo que dificulta de forma extrema la identificación de la fuente o el origen del material pornográfico infantil. Sin embargo, las técnicas para enmascarar la fuente pueden ser aún más sofisticadas, pues al alcance del usuario mínimamente avezado se halla la utilización de los *anonymous remailers*, que permiten el envío de correos electrónicos sin remitente; los *remailers* suponen el uso de servidores de correo electrónico intermedios entre el remitente y el destinatario final, de modo que el remitente envía un mensaje a un servidor que, a la vez, lo reenvía al destinatario final sin que aparezcan los datos del remitente.^[5]

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

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

Frente a tales peligros las normas de autorregulación de usuarios y operadores de la Red aconsejan acrecentar medidas de autoprotección para los usuarios menores, por medio de técnicas de bloqueo al acceso infantil a materiales que incorporan contenidos nocivos. Sin embargo, las medidas de bloqueo que pueden incorporarse a los programas de software pueden quedar vulneradas por los menores con conocimientos informáticos. Por último, la evolución de la informática permite la alteración de imágenes por ordenador, de modo que se puede enmascarar la imagen de adultos que participan en actos pornográficos o de contenido

4. En Inglaterra y Gales la Protection of Children Act de 1978 incrimina la distribución, exhibición o posesión de material pornográfico infantil, entendiéndose por tal incluso las fotografías meramente indecentes; la legislación inglesa sitúa el concepto de menor por debajo de los 16 años. En Holanda el Código penal castiga la producción, manipulación, transporte y exportación de pornografía infantil (art. 240b Sec.1 CP); la legislación sitúa el concepto de menor por debajo de los 16 años; en abril de 1995 se reformó el Código penal de Holanda mediante la incriminación de la mera posesión de material pornográfico infantil. En julio de 1994 se incorporó al Código penal de Austria el delito de producción comercial y *amateur* y de distribución de pornografía infantil; la esfera de incriminación legal de conductas alcanza la mera posesión o adquisición de dicho material (art. 207 a). En Francia, el Código penal (art. 227-23) castiga la grabación o transmisión de la imagen pornográfica de menores y la distribución de dicho material. En los Estados Unidos se prohíbe la producción, recepción, distribución, posesión, transporte, distribución por correo y publicidad de cualquier registro visual que comporte la utilización de menores de 18 años en conductas sexualmente explícitas (actos sexuales y exhibición de genitales o pubis); esta prohibición se halla presente en las leyes contra la pornografía infantil (Congreso EE.UU. 2251, 2251 A, 2252, 2256). La ley del Congreso EE.UU. 2258 ha incriminado posteriormente la producción pornográfica infantil, así como el tráfico relativo a dicho material, previendo criterios de aplicación extraterritorial de la legislación estadounidense. En Canadá, el Código penal (Sec. 163) castiga la imputación, producción, reproducción o publicación de pornografía infantil en la que aparezcan menores de 18 años en una conducta explícitamente sexual; la legislación canadiense prohíbe también la posesión de pornografía infantil. En Japón, Taiwan, Filipinas, Sri Lanka, Camboya y Australia, entre otros países, también se han verificado reformas tendentes a la prohibición y sanción penal de la producción y tráfico de la pornografía infantil, y en buena parte de estos países se ha optado también por criminalizar la mera posesión o tenencia de dicho material.

5. MORÓN LERMA, E. (1999). *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*. Pamplona: Aranzadi, pág. 27-28.

sexual para que parezcan menores de edad; se trata de la denominada pornografía técnica.^[6] Este tipo de pornografía presenta una menor lesividad en la medida que no utiliza menores reales en la elaboración del material. Conceptualmente diversa en la pseudopornografía de menores, consistente en la alteración de imágenes por medio de la colocación de la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o bien en el añadido de objetos a una imagen; en tales casos, siempre que se incorporen, aunque sea parcialmente, imágenes de menores reales, la lesividad de la conducta es mayor y probablemente debe ser objeto de sanción penal.

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

El tráfico de pornografía infantil en Internet ha sido objeto de recientes encuentros internacionales de expertos, como el celebrado en Lyon en mayo de 1998. En este congreso, los representantes de 19 países y organizaciones no gubernamentales, implantadas en el sector, efectuaron, entre otras, las siguientes recomendaciones: a) la necesidad de adopción en la legislación de los ordenamientos nacionales de medidas legislativas que incriminen la producción, distribución, comunicación, importación, exportación y posesión de pornografía infantil, incluida la pseudopornografía, a través de Internet; b) la armonización internacional en cuanto al límite de edad en la conceptualización de los menores y en cuanto a la definición de pornografía infantil; c) el incremento de la cooperación policial y judicial, tanto en cuestiones relativas a la aplicación de la ley penal como con relación a la asistencia técnica; d) la solicitud a las Naciones Unidas de que impulse un borrador de legislación tipo, uniforme, contra la pornografía infantil; e) la solicitud al Comité sobre Derechos de los Niños de las Naciones Unidas de que impulse la aplicación de controles legales adecuados contra la pornografía infantil, cuando los gobiernos presenten sus informes nacionales en la Convención sobre Derechos del Niño; f) la promoción del desarrollo de programas similares a los antivirus, que permitan filtrar o bloquear la pornografía infantil en Internet, a través de los proveedores de servicio en Internet (PSI), mediante una base de datos central actualizada regularmente con impresiones de imágenes de pornografía infantil.

4. La Reforma del Código penal de 1999 (LO 11/1999, de 30 de abril) sobre los Delitos contra la Libertad Sexual

En el contexto de la Reforma de los Delitos contra la Libertad Sexual (LO 11/1999, de 30 abril), se abordó la modificación del artículo 189.1 CP, de modo que el precepto incrimina ahora la producción, venta, distribución, exhibición de material pornográfico o la facilitación de tales actividades, siempre que se hayan utilizado menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. La posesión de dicho material para la realización de alguna de las indicadas conductas también es objeto de castigo, mediante la imposición de la pena en su mitad inferior.

No obstante, el estudio del artículo 189.1 CP reclama un análisis más pormenorizado, pues en el precepto se incriminan otras conductas tendentes a tutelar intereses del menor, aspectos sobre los que también ha incidido la Reforma del Código penal de abril de 1999.

5. El delito de utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico

El artículo 189.1 a) CP prevé dos modalidades típicas diversas. La primera criminaliza la utilización de menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, hipótesis esta última añadida en la Reforma de 1999. En este sentido, la referencia a los espectáculos ya no puede ser interpretada como exigencia de

6. En el Estado de Virginia, la legislación castiga la pornografía infantil técnica o simulada, en la que un adulto aparenta ser un menor de 18 años en imágenes registradas de contenido sexualmente explícito (Código de Virginia 18.2-374.1.); la sanción alcanza a la pornografía infantil artificial, generada por ordenador.

publicidad en la conducta típica.^[7] La segunda modalidad típica, también introducida por la Reforma del Código penal de 1999, se refiere a la utilización de menores o incapaces para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico; la nueva previsión típica parece redundante por cuanto quedaba ya aprehendida en la modalidad relativa a la utilización de tales sujetos "con fines pornográficos". En esta segunda alternativa típica pueden quedar subsumidas conductas tales como la utilización de menores o incapaces para la realización de reportajes fotográficos, filmaciones de vídeo u otro tipo de cintas pornográficas y cualquier otro tipo de material tanto en soporte magnético, digital o de papel.

El concepto de exhibicionismo reclama actos obscenos, que incorporen conductas de contenido lúbrico, como por ejemplo la exhibición de genitales o bien de prácticas masturbatorias. La acotación del concepto de pornografía, al objeto de determinar los fines o espectáculos, así como el material a los que alude el precepto, reclama una mayor argumentación. En determinados casos, podrá acudir a la legislación extrapenal,^[8] pero lo determinante es que el conjunto de la obra o espectáculo esté dominado por un contenido y contexto groseramente lúdico o libidinoso, en el que se persigue la excitación o bien la satisfacción de instintos sexuales, y se verifica la carencia o cuasi inexistencia de valores artísticos, literarios, científicos o pedagógicos.^[9] Junto a este primer requisito, se adosa otro más indeterminado y de dificultosa delimitación. Así, recogiendo la experiencia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, se alude a que la representación, espectáculo o material alberga potencialmente ofensividad para desviarse de los patrones o estándares dominantes en la sociedad contemporánea en materia sexual. Como puede observarse, se trata de un criterio impreciso, que difícilmente puede desprenderse de prejuicios de tipo moral, que poco añade al primero de los factores de delimitación indicados, alusivos a parámetros de valoración artísticos o literarios, que ya se apoyan en buena medida en patrones estándar de tipo sociocultural.

Conviene subrayar la necesidad de una interpretación valorativo-material del tipo en la dirección apuntada, al objeto de desterrar una lectura formal del precepto que podría acabar por comprometer las libertades reconocidas en el artículo 20 CE.

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

La alternativa típica que alude a la elaboración de cualquier clase de material pornográfico en el que se "utilizan" menores no alcanza a incriminar la denominada "pornografía técnica", protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios o procedimientos ("retoque" de fotografías o filmaciones consistentes en eliminación de vello pubiano o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes, etc.). Esta conclusión no parece objetable por cuanto en el tipo proyecta la tutela penal sobre la idea de "utilización del menor" y no sobre la estricta actividad de creación de un material calificable objetivamente como de "pornografía relativa o alusiva a menores".^[10]

Por el contrario, la técnica de tipificación empleada permite aprehender en la órbita del tipo los supuestos de "pseudopornografía", entendiéndolo por tal aquella en la que se insertan fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas (animadas o no), en las que no intervienen realmente, pues en tales casos se verifica objetivamente una utilización del menor para los fines previstos en el artículo 189.1 a). No parece que pueda ser objeto de reproches esta solución hermenéutica, ya que en muchos casos es difícil técnicamente elucidar si el material incorpora una utilización real o virtual del menor; además, desde el punto de vista

7. Vid. MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R. (1999). "Comentario al artículo 189". En: QUINTERO OLIVARES (dir.); MORALES PRATS (coord.). *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, pág. 288.

8. En algunos casos, la propia legislación extrapenal ofrece criterios para calificar como pornográficos determinados productos editoriales o cinematográficos (así, por ejemplo, Decreto 3472/1977 sobre Clasificación de Publicaciones Periódicas, desarrollado por Orden de 5 de septiembre de 1978 y Orden de 7 de julio de 1997, por la que se dictan normas de aplicación del Real Decreto 81/1997, de 24 enero, en Materia de Obras Cinematográficas y Audiovisuales).

9. Al respecto vid. MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, pág. 279 y siguientes.

10. Por esta solución, vid. MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, pág. 289.

del desvalor material de la conducta, la propuesta interpretativa parece plausible, dado que el precepto no tutela *prima facie* la libertad sexual del menor (el art.189.1 a) será objeto del correspondiente concurso de delitos con los delitos de abuso sexual o agresión sexual, que se hubieren podido cometer sobre el menor que, de manera efectiva y real, es utilizado para la elaboración del material pornográfico)^[11] sino la dignidad del menor o su derecho a la propia imagen, conectado con la idea anglosajona de privacidad, o *privacy*, (derecho a no ser molestado o a la tranquilidad en la esfera privada, en la que el sujeto organiza de modo originario su libre desarrollo de la personalidad).^[12] Lo anterior pone en evidencia cómo el objeto jurídico de tutela en este precepto no puede ser la libertad o la indemnidad del menor en la esfera sexual, de modo que la modificación en la rúbrica del Título VIII del Código penal, operada con la Reforma del Código penal 1999, en la que se ha añadido la referencia a la indemnidad sexual, no ha venido a ofrecer una referencia omnicompreensiva de los bienes jurídicos tutelados en este contexto del Código penal.^[13]

La Reforma de 1999 ha equiparado las conductas anteriormente analizadas a la de financiación de las mismas, de modo que, por mor de esta previsión específica, se ha elevado a la categoría de autoría material una conducta que, de otro modo, hubiera constituido una cooperación necesaria ex artículo 28 y, en cuanto tal, una forma de participación equiparada a la autoría a efectos punitivos.

6. La incriminación de conductas relativas o relacionadas con la producción o el tráfico de pornografía infantil

La difusión de pornografía infantil en la Red, y en particular el conocido asunto de los "pornonautas de Vic" en 1996, abrió un amplio debate sobre el nuevo Código penal de 1995 y las carencias de protección penal del menor, advertidas por algunos.

El Código penal de 1995, en su texto originario, delimitaba el castigo con relación a la pornografía de menores a las conductas de los que directamente los utilizaban para la creación o elaboración del material pornográfico. Por consiguiente, la ley penal no preveía una norma que directamente se enderezase al castigo de quienes se limitaban a traficar con pornografía de menores sin haber intervenido previamente en su elaboración o producción.

Sin embargo, la referida laguna del nuevo texto punitivo no era compartida por buena parte de la doctrina, que desde distintos postulados interpretativos reivindicó propuestas integradoras, encaminadas todas ellas a encontrar una vía de subsunción típica de las referidas conductas.

En alguno de los planteamientos se sustentó que el antiguo tenor del artículo 189.1 CP no suponía un obstáculo para una interpretación teleológica en la que tuviera cabida el castigo de las conductas relacionadas con el tráfico de pornografía infantil, aunque para tal menester hubiera que forzar la interpretación del concepto legal de utilización de menores con fines pornográficos hasta límites cercenadores del principio de legalidad penal. En efecto, era forzado un recurso interpretativo según el cual la conducta de mera difusión o cesión del material pornográfico infantil, una vez ha concluido ya el proceso de elaboración del mismo y, por consiguiente, todo contacto con el menor, debía equivaler a la utilización directa del menor para tales fines. Por esa vía de razonamiento se abría la puerta a la analogía *in malam partem*. Otras interpretaciones^[14] transitaron extramuros del artículo 189.1 CP, en su versión originaria, para ubicarse en el contexto del delito de encubrimiento, en particular en la modalidad de favorecimiento real prevista en el artículo 451 CP.^[15] Ciertamente en este precepto se incriminan conductas verificadas *ex post factum* de auxilio a los autores o cómplices del delito,

11. Cuando la utilización de menores con fines pornográficos o exhibicionistas o en la elaboración de material pornográfico se lleve a cabo a través de los medios típicos previstos en los delitos de agresión sexual (artículo 178 y siguientes) y de abuso sexual (artículo 181 y siguientes) y concurren asimismo los actos sexuales exigidos en los mismos, se deberá establecer el correspondiente concurso de delitos con la infracción prevista en el artículo 189.1º) CP. También debe tenerse presente que en la utilización de menores de 13 años o de incapaces con abuso de su alteración mental rige una presunción absoluta de ausencia de consentimiento ex artículo, 181 CP.

12. *Vid.*, sobre el concepto anglosajón de la *privacy* ("privacidad"), MORALES PRATS, F. (1984). *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona: Destino, pág.15 y siguientes.

13. Como hemos indicado en otro lugar, el bien jurídico protegido en el artículo 189 CP no puede cifrarse en la libertad o indemnidad sexual del menor, "lo que se comprueba, básicamente, por la irrelevancia del consentimiento de los menores de dieciocho años que deciden intervenir en la producción de dicho material incluso sin mediar abuso de superioridad o engaño, cuando su consentimiento se estimaría válido para la práctica de relaciones sexuales sin mediar tales circunstancias." (MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, pág. 289.).

14. *Vid.*, en este sentido, CUERDA, A. (1997). "Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores". *Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ (Delitos contra la Libertad Sexual)*. Pág. 247 y siguientes.

y en la medida en que el precepto alude a un auxilio con proyectado beneficio sobre el producto, podría pensarse que esta conducta ofrecía cobertura de incriminación suficiente para las conductas de mero tráfico de pornografía infantil. No obstante, el artículo 451.1 CP presenta limitaciones insalvables en orden a la pretendida incriminación de conductas, principalmente porque el precepto no prevé los supuestos en los que el sujeto que aporta el favorecimiento obra con ánimo de lucro propio. En otros términos, y sin entrar ahora en otros problemas interpretativos (tales como que el límite penal a las libertades de expresión, difusión de ideas o pensamientos y de información del artículo 20 CE se encuentre enclavado entre los delitos de encubrimiento), no parecía asumible una interpretación conforme a la cual el tráfico de pornografía infantil era objeto de sanción, siempre y cuando el autor de la conducta no obrase con ánimo de lucro propio.

La conclusión a que conducía esta propuesta interpretativa, pese a sus bondadosas pretensiones político-criminales en orden a mitigar la laguna punitiva, suponía un dislate valorativo. Para que la vía del delito de encubrimiento supusiese una opción incriminadora válida, como apunta correctamente Tamarit Sumalla, el Código penal de 1995 debería haber previsto una figura delictiva a caballo del favorecimiento real y la receptación de delitos no patrimoniales, enderezada al castigo de la difusión, exhibición, cesión o venta de material fotográfico o videográfico en el que se represente la realización de un delito grave contra bienes jurídicos de las personas con el fin de ser divulgado o difundido. Mas el Código penal de 1995 no contiene una previsión legal de este tenor.^[16]

Por último, una tercera interpretación postulaba la incriminación de las conductas de tráfico de pornografía infantil en los dominios de los delitos contra la intimidad. Se trataba de una opción interpretativa que, de *lege lata*, arranca del tenor del artículo 197.3 apartado segundo del Código penal.^[17] En este precepto el legislador ha previsto uno de los denominados "delitos de indiscreción"; conforme al tenor del precepto es castigado con pena de prisión de uno a tres años y multa quien, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realiza una difusión, revelación o cesión a terceros de datos, hechos descubiertos o imágenes captadas a que se refieren los delitos contra la intimidad tipificados en el artículo 197.1 y 2 CP. Ésta, sin duda, constituía la perspectiva interpretativa más sólida en aras de identificar una vía de incriminación del tráfico de pornografía sexual en Internet, porque situaba el debate, a mi juicio, en el contexto adecuado, el de la tutela de los intereses del menor imbricados con el derecho a la propia imagen, en cuanto parcela de la privacidad del menor. Además, la conducta descrita en el artículo 197.3 apartado segundo constituye un delito en el que está presente un uso arbitrario e ilegítimo de las libertades de expresión o información del artículo 20 CP.

Dado que el referido precepto prevé una conducta de revelación o difusión a terceros, amplificadora del delito contra la intimidad o la propia imagen, sin que el autor de la misma haya tomado parte en la conducta antecedente de acceso ilícito a la intimidad o la propia imagen, en principio el precepto comentado se sitúa en una dirección incriminadora adecuada, al objeto de dar cobertura típica al tráfico de pornografía infantil. Restaría, para completar el expediente interpretativo, la identificación del delito antecedente o previo contra la intimidad o propia imagen del menor, que quedaría amplificado con la conducta delictiva de indiscreción o de amplificación de los efectos lesivos para la privacidad (art. 197.3 apartado segundo) –por ejemplo introducción en Internet de imágenes pornográficas de menores, sin que el autor haya participado en la filmación o elaboración de las mismas. Éste es precisamente el principal escollo de la propuesta interpretativa analizada. El artículo 197.2 CP, que incrimina determinadas formas de abuso informático sobre datos personales, es ajeno a la problemática aquí analizada, por lo que el debate queda ubicado en los delitos de acceso ilícito a la intimidad o a la propia imagen tipificados en el artículo 197.1 CP. En particular, el delito antecedente que permitiría sustentar la tesis interpretativa es el relativo a la utilización de artificios técnicos de

15. El artículo 451.1 CP dice así: "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviene con posterioridad en su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio...".

16. Efectivamente, la propuesta de Tamarit Sumalla (*La protección penal del menor frente a los abusos y la explotación sexual*. Monografía en prensa, se cita de texto original. Pág. 271 y siguientes) es sugestiva, por cuanto un precepto de tal tenor permitiría incriminar conductas relacionadas con redes de pedófilos, y al mismo tiempo una previsión normativa de tal tenor ofrecería castigo también a otras conductas, situadas al margen de la pornografía infantil, como las relativas a filmaciones o cintas de "serie SNAF". La tesis de Tamarit se encamina a castigar de manera amplia los supuestos de difusión de imágenes que reflejen la comisión real de un delito. Desde el punto de vista valorativo, la tesis es asumible, dado que las conductas de receptación o blanqueo de capitales incriminadas quedan referidas a bienes jurídicos de menor rango que los relativos a bienes estrictamente personales.

17. Vid. DIEZ RIPOLLES, J.L. (1998). "Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión Europea y legislación española". *Revista Penal*. Núm. 2, pág. 17 y siguientes; TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, pág. 260 y siguientes.

transmisión, grabación o reproducción de la imagen, llevada a cabo para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento (ex art. 197.1 CP). Además, tal interpretación parece venir revestida de coherencia sistemática en el contexto de los delitos contra la intimidad, por cuanto el artículo 197.5 prevé un tipo agravado que podría proyectarse a la difusión de pornografía infantil en la medida en que atiende al dato de que la víctima del delito fuere un menor y, además, ex artículo 201 CP, el Ministerio Fiscal está facultado para denunciar delitos contra la intimidad o la propia imagen contra menores.^[18]

En otro orden de cosas, la exigencia de ausencia de consentimiento en el artículo 197.1 CP para la construcción del delito antecedente contra la intimidad o la propia imagen del menor tampoco parecería suponer un escollo, pues, conforme al 4.3 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, se considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen del menor contraria a sus intereses "incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales". Constando todo lo anterior, parece que nada empece para que el delito de indiscreción del artículo 197.3 apartado segundo constituya la vía de incriminación del tráfico de pornografía infantil por cualquier medio de difusión y, en particular, por Internet. En definitiva, se trataría de incardinar en el referido precepto la difusión de imágenes pornográficas protagonizadas por menores, constando en el autor de tal difusión o tráfico de imágenes el conocimiento del origen ilícito de la filmación (ilicitud que proviene de un delito contra la propia imagen del menor). Para la verificación de tal conducta delictiva el autor de la difusión o revelación no ha de haber participado en el delito previo de filmación o elaboración de la grabación de imágenes pornográficas de menores.

A mi juicio la cuestión es más compleja y no permite afirmar que con carácter general el artículo 197.3 apartado segundo ofrece una vía de incriminación para tales menesteres. Debe repararse en que las conductas antecedentes, que permiten alimentar (a los efectos interpretativos que aquí interesan) el tipo de difusión ilegítima de imágenes (art. 197.3 apartado segundo), previstas en el artículo 197.1 CP, se refieren siempre a accesos subrepticios a la intimidad o la propia imagen ajena, esto es, que pasan inadvertidos para la víctima. Este dato es común a las distintas conductas alternativamente incriminadas (acceso ilícito a documentos, cartas, mensajes de correo electrónico o efectos personales, interceptación de telecomunicaciones, utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen). Precisamente, el carácter subreptico del acceso a la intimidad o imagen ajena es lo que confiere insidiosidad a la conducta, en términos tales que su ofensividad merece respuesta penal ex artículo 197.1 CP.^[19] En particular, y para lo que aquí interesa, el derecho a la propia imagen (tanto de adultos como de particulares) alcanza tutela penal, más allá de la genérica protección que ofrece la LO 1/1982 de Protección Civil del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, cuando se verifica la utilización de "artificios" de grabación o reproducción de la imagen de manera inadvertida por la víctima (por ejemplo, el uso de microcámaras en el interior de una vivienda, colocadas de manera subreptica, o bien la filmación de imágenes en el interior de una vivienda, tomadas con potentes aparatos de zoom). Este dato es lo que confiere una dinámica insidiosa a la conducta, haciéndola merecedora de represión penal y no sólo de sanciones civiles conforme a la LO 1/82 de Protección Civil de los Derechos de la Personalidad.

En méritos de lo expuesto, la filmación de imágenes pornográficas con menores, cuando éstos advierten la circunstancia de la grabación de imágenes, no constituye una conducta aprehendida por el artículo 197.1 CP. Y obsérvese que el precepto no alude a la utilización de "medios técnicos" de grabación o reproducción de imágenes, sino a "artificios técnicos", expresión con la que se quiere aludir al plus de desvalor que incorpora el dato de la "clandestinidad" en la grabación de las imágenes.

Por consiguiente, el artículo 197.3 apartado segundo incrimina la difusión o tráfico de pornografía infantil, y en particular por Internet, cuando la filmación antecedente se ha verificado de forma subreptica, de modo que el menor no ha advertido tal circunstancia (por ejemplo, con empleo de microcámaras, de cámaras camufladas o de artificios de filmación a distancia mediante zoom). En los supuestos de tráfico o difusión de tales imágenes, constando

18. En este sentido, *vid.* TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, pág. 260 y siguientes.

19. Sobre esta interpretación, enderezada a delimitar el ámbito de incriminación penal en el Código penal de 1995 frente al ámbito de las ilicitudes civiles en materia de derecho a la propia imagen, *vid.* MORALES PRATS, *op. cit.*, pág. 335-336.

que el menor ha advertido que era objeto de filmación, será de aplicación el delito previsto en el artículo 189.1 b), introducido en la Reforma del Código penal de 1999 (LO 11/1999, de 30 de abril). En todos los supuestos, claro está queda a salvo, en su caso, la concurrencia del correspondiente delito contra la libertad sexual del menor (agresión sexual o abuso sexual, según los casos).

Debe repararse en que la solución propuesta atiende al diverso grado de desvalor de las conductas, que esquemáticamente (dejando al margen ahora los delitos de agresión o abuso sexual que podrían entrar en concurso de delitos) podrían cifrarse en las siguientes:

- Filmación de imágenes o escenas pornográficas, en la que el menor ha advertido que es objeto de grabación. La conducta quedaría inculpada a través del artículo 189.1 a) CP (delito de utilización de menores con fines pornográficos o exhibicionistas o en la elaboración de material pornográfico) con pena de prisión de uno a tres años.

- Tráfico o difusión de tales imágenes pornográficas, sin participación previa en la filmación o elaboración de imágenes. La conducta pasaría a integrar el nuevo delito previsto, tras la Reforma de 1999, en el artículo 189.1 b) CP, castigado con pena de uno a tres años.

- Filmación de imágenes o escenas pornográficas, llevado a cabo de manera subrepticia (clandestina) por medio de artificios técnicos, de modo que el menor no advierte que es objeto de filmación o grabación. La conducta quedaría inculpada en el artículo 197.1 CP como delito contra el derecho a la propia imagen del menor, en cuanto que faceta de su privacidad. La conducta está castigada con pena de prisión de uno a cuatro años o multa. Sería de aplicación al supuesto el tipo agravado del artículo 197.5 (en atención a que la víctima es un menor), lo que situaría las penas en su mitad superior (prisión de dos a cuatro años).

- Tráfico o difusión de imágenes o escenas pornográficas de menores (con filmación en las circunstancias descritas en c), sin participación previa en la filmación o elaboración de imágenes, pero con conocimiento de las circunstancias en que fueron llevadas a cabo (carácter subrepticio para el menor de la filmación o grabación). La conducta quedaría inculpada a través del artículo 197.3 apartado segundo, que inculpa la difusión o revelación de tales imágenes con conocimiento de su origen ilícito. El supuesto es castigado con pena de prisión de uno a tres años y multa, siendo de aplicación el tipo agravado del artículo 197.5 CP en atención a que la víctima es un menor, lo que situaría las penas en su mitad superior (pena de prisión de un año y medio a tres años).

A sabiendas, pues, de que el artículo 197.3 apartado segundo ofrecía y ofrece una cobertura de típica inculpa parcial del tráfico de pornografía infantil, procede analizar el nuevo delito incorporado en el artículo 189.1 b) tras la Reforma del Código penal de 1999.

Durante la tramitación del Proyecto de LO de Reforma de los Delitos contra la Libertad Sexual (Tít. VIII CP) reinó el consenso entre los grupos parlamentarios en cuanto a la necesidad de colmar la laguna suscitada con respecto al tráfico de pornografía infantil. Durante la tramitación parlamentaria y con posterioridad a la entrada en vigor de la Reforma de 1999, no se ha advertido que el artículo 197.3 apartado segundo ofrece una vía parcial de inculpa de tales conductas en el sentido sugerido en el presente trabajo.

En primer lugar, en coherencia con lo expuesto debe interpretarse que el material pornográfico al que alude el artículo 189.1 b) queda conceptualmente recortado en lo que hace referencia a cintas, vídeos o reproducción de imágenes (por ejemplo en Internet) relativas a pornografía de menores, cuando tales filmaciones se hayan tomado de forma subrepticia (clandestina) para el menor, supuestos a inculpa a través del artículo 197.3 apartado segundo en conexión con el artículo 197.5 CP.

Esclarecido lo anterior, el tipo del artículo 189.1 b) CP inculpa cualquier modalidad de tráfico o favorecimiento del tráfico de pornografía infantil. Así, la ley penal ha optado por aludir a conductas de venta, distribución, exhibición, como también a actos de facilitación de las mismas. Y debe subrayarse que el tipo penal no queda recortado por la exigencia de ánimo de

lucro en la conducta del autor, pues este elemento subjetivo de lo injusto es ajeno al tipo, lo que parece un acierto desde el punto de vista político-criminal, dado que múltiples conductas de introducción de material pornográfico en Internet (sobre todo protagonizadas por pedófilos) no vienen informadas por un ánimo o intencionalidad de tales características. Las nuevas tecnologías han favorecido la producción y el tráfico de carácter *amateur* o doméstico, de carácter gratuito, a lo que ha contribuido la aparición del vídeo doméstico y la telemática de masas, que suponen las nuevas autopistas de la información (en especial Internet), ámbito cada vez más frecuente de intercambio de pornografía infantil o de verificación de chats en los que se implica a menores.

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

El precepto pretende atender a la dimensión internacional del fenómeno incriminado, de ahí que, a los efectos de aplicación del delito, sea indiferente que el material tenga su origen en el extranjero o sea desconocido. La vocación expansiva del precepto se confirma, a la vista de la modificación del artículo 23 (apartado 4 punto e) de la LOPJ (introducida también por la LO 11/1999), por la que se introduce una nueva excepción al principio de territorialidad de la ley penal. No obstante, esta modificación parece superflua, pues el artículo 189.1 b) incrimina conductas de tráfico de pornografía infantil o de facilitación del mismo, y para tal menester es ajeno a la *ratio* del tipo el origen del material o el desconocimiento de su origen, ya que lo esencial es que se verifique alguna de las conductas del tipo (venta, exhibición, distribución...) en territorio español. El principio de justicia universal, previsto en el artículo 23 LOPJ, puede revestir más importancia a los efectos de las conductas incriminadas en el artículo 189.1.a) CP, por cuanto la jurisdicción española podrá conocer de los supuestos de creación o elaboración del material pornográfico verificada en el extranjero, aunque no haya llegado a venderse, distribuirse o exhibirse en España.^[20]

En el apartado segundo del artículo 189.1 b) CP, se ha optado por incriminar la posesión de pornografía infantil para tráfico (venta, distribución, exhibición...). Se ha descartado así la opción más "inquisitiva", reclamada por algunos sectores, cifrada en la represión genérica de la mera posesión, según el modelo que ofrecen algunos países de la Unión Europea. Por consiguiente, la mera y estricta posesión no puede quedar incriminada como conducta consistente en "facilitar" el tráfico, lo que significa que en todo caso deberá quedar probada una preordenación al tráfico en las conductas de posesión a incriminar ex artículo 189.1 b) apartado segundo. La cuestión sugiere múltiples interrogantes, por cuanto no se podrá operar con pautas como las fijadas por la jurisprudencia para el tráfico de drogas. En efecto, en este ámbito no es hacedero fijar convenciones interpretativas sobre posesión para el propio consumo, y conceptualmente son inaplicables criterios estándar tales como "patrones de consumo diario" o "patrones de acopio o abastecimiento para el propio consumo". Salvo que existan múltiples copias de un mismo material, el juicio de inferencias se torna muy dificultoso (por ejemplo el coleccionismo es propio del simple consumo). Por otro lado, la incriminación de la posesión para el tráfico suscita inseguridad jurídica, a la vista de las posibilidades de acceso a esta información que ofrece la Red y a la vista de las posibilidades ilimitadas de reproducción o difusión que se pueden alcanzar con una sola copia del material.^[21]

Deben subrayarse los peligros de esta suerte de "neointegrismo punitivo", suscitado en buena medida por la angustia e incertidumbre que generan la imparable evolución de las nuevas autopistas de la información y en especial Internet. Pero las opciones irracionalmente incriminadoras deben ser descartadas; en esta dirección apuntan las propuestas de intervención del Derecho Penal, cifradas en operar sobre la demanda de material pornográfico infantil como medio para poner coto a la oferta, lo que implica la criminalización de la mera tenencia o la mera asistencia a espectáculos de tal tenor (éste es el caso, por ejemplo, de las reformas llevadas a cabo en Suecia). También parecen rechazables (por ausencia de ofensividad o lesividad) las propuestas de incriminación de conductas pornográficas en las que aparecen mayores de edad, aparentado ser menores de edad. Estas conductas, como antes se indicó, son atípicas a los efectos del artículo 189.1 CP, pero en otros países, como Alemania o

20. En este sentido, *vid.* MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, pág. 291.

21. *Vid.* MORALES PRATS; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, pág. 291.

Francia, se han introducido reformas tendentes a castigar la denominada "pornografía técnica". Por esta vía el Derecho Penal pasa a tutelar intereses relativos a una difusa moral colectiva, pues en el fondo se reprimen conductas que difícilmente alcanzan el grado de incitación directa a la desviación sexual o pedofilia.

A la vista de lo anterior, no debe extrañar que en otros ordenamientos se hayan impulsado reformas o propuestas enderezadas al castigo de la organización de iniciativas turísticas con fines de explotación sexual de menores, en una suerte de anticipación de la línea de intervención del Derecho Penal, en la que queda diluida, de manera inaceptable, la función de protección de bienes jurídicos.

7. El tráfico de pornografía infantil en Internet: problemas jurídico-penales

La Red ha nacido bajo los designios de la anomia jurídica. No existe un estatuto jurídico sobre Internet. Puede indicarse que la ausencia de regulación jurídica, de límites y de control sobre los flujos de información son algunas de las notas características básicas de esta autopista de la información. Como señala Morón Lerma: "Internet no tiene presidente, director ejecutivo o mandatario. No existe la figura de una autoridad máxima como un todo. En realidad, nadie gobierna Internet, no existe una entidad que diga la última palabra. No está bajo el control de ninguna empresa y, de hecho, son los propios usuarios quienes asumen la responsabilidad de su funcionamiento. Cada red integrante de Internet tiene sus propias reglas".^[22]

En este contexto, puede comprenderse con prontitud que los problemas principales de la efectividad de la represión penal del tráfico de pornografía infantil en la Red no dependen exclusivamente de la tipificación de conductas en el Código penal, sino de la propia lógica de funcionamiento de Internet y de la dimensión internacional de las conductas ilícitas a sancionar penalmente.

La Red se ha desarrollado y consolidado como nueva autopista de la información de masas bajo la lógica de la libertad de información o del libre flujo de la información. En este sentido, el intervencionismo estatal ha sido considerado como un factor que podría llegar a poner en peligro Internet; de ahí que en la nueva sociedad de la información se enarboles estandartes antiestatalistas y se postulen soluciones cifradas en la autorregulación de los operadores en la Red, siempre al margen de regulaciones jurídicas heterónomas impuestas por los estados o por los organismos internacionales a través de tratados o convenios internacionales.

A la vista de lo anterior, designios de política jurídica como los expresados por el Código penal español se sitúan en una natural esfera de tensión con la lógica de funcionamiento de Internet. Sin embargo, en la actualidad se va consolidando la idea de que las reglas en la Red no pueden quedar al albur exclusivo de los usuarios. El magma de intereses contrapuestos en Internet (derecho al anonimato del usuario, garantía de la confidencialidad de comunicaciones personales en la Red, confianza y seguridad jurídica en el mercado virtual, preservación de la seguridad y defensa de los estados...) exige nuevas soluciones jurídicas complejas, que atiendan al principio de proporcionalidad, en el buen entendido de que se trata mediante el mismo de garantizar la convivencia y preservación simultánea de intereses legítimos en tensión. Y el problema exige que sean descartadas soluciones simplistas que superen las esquemáticas dicotomías "liberalización contra control" o "estados contra usuarios".^[23]

Más particularmente, la transmisión de contenidos ilícitos o nocivos en la Red, como por los relativos a difusión de pornografía infantil, suscitan la imperiosa necesidad de soluciones jurídicas que permitan conjugar la libertad de información con la preservación de otros intereses, en el caso analizado los intereses del menor, cifrados en el derecho a la propia imagen del mismo, conectado con el derecho a la privacidad, aspectos todos ellos íntimamente ligados con la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad del menor.

No obstante, como antes se ha apuntado, la dimensión internacional de Internet y sus

22. MORÓN LERMA, E. (1999). *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*. Pamplona: Aranzadi, pág. 96.

23. MORÓN LERMA, op. cit., pág. 109.

específicas connotaciones (uso masivo, descentralización, automatismo etc.) suponen serios obstáculos a la hora de afrontar propuestas de solución jurídica.

Una cuestión parece clara: el estatuto jurídico de Internet no puede ser abordado desde una perspectiva nacional. Una política jurídica de futuro, tendente a elucidar el gobierno jurídico de la Red y en su seno la determinación de la esfera de responsabilidad jurídica, exige soluciones de carácter internacional. Durante un primer periodo en el ámbito europeo se han fomentado códigos o convenios de autorregulación en Internet; a este designio responde la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 17 de febrero de 1997 (DOC, núm. 70, de 6 de marzo), sobre contenidos ilícitos en Internet. En la referida resolución se insta a los estados miembros a "estimular y favorecer sistemas de autorregulación que incluyan organismos representativos de los proveedores de servicios y de los usuarios de Internet". Esta resolución constituyó el punto de partida del informe provisional sobre las iniciativas emprendidas por los estados de la Unión Europea contra los contenidos ilícitos y nocivos en la Red. Los primeros pasos de la Unión Europea se encaminan a subrayar: a) la inconveniencia de que en el futuro reine la anomia en Internet; b) la necesidad de introducir una regulación jurídica armoniosa con la lógica de funcionamiento de Internet, con especial énfasis en que la introducción exclusiva de normas represivas podría perjudicar el desarrollo de la Red; c) la necesidad de caminar hacia una paulatina armonización de los ordenamientos nacionales.

La complejidad de problemas jurídicos que suscita la Red viene dada por el dato de que cada usuario, conectado a la misma, puede erigirse en difusor de contenidos por distintas vías, tales como el correo electrónico, introducción de boletines, participación en foros de discusión o introducción de páginas web.^[24] Esta posibilidad de introducción de mensajes o contenidos en la Red, de forma masificada y difusa, constituye uno de los factores que convierten en dificultosa la persecución de la difusión de pornografía infantil en la Red, dificultad que afecta a lo probatorio y, en particular, a la identificación de los autores de las conductas de tal tráfico ilícito.

En los foros de discusión se alude a contenidos ilícitos y nocivos en Internet como si de un mismo problema se tratase, cuando en realidad se trata de dos categorías conceptuales de contenidos diversos. Las medidas jurídicas de respuesta a la difusión de contenidos ilícitos, entre ellos el tráfico de pornografía infantil, reclaman respuestas jurídicas puntuales enderezadas a sancionar la fuente originaria de tal difusión. Por el contrario, los contenidos nocivos constituyen un concepto más difuso, que alude a la necesidad de generar pautas culturales en la Red tendentes a sensibilizar a los usuarios, para lograr así la paulatina erradicación de aquéllos.

La instauración de reglas jurídicas firmes en Internet, orientada a un férreo control sobre los contenidos que circulan en ella, constituye una apuesta quimérica. No sólo porque, como se ha dicho, la Red se articula de manera descentralizada, sino también porque el material que incorpora contenido ilícito puede ser ubicado con rapidez en otro servidor "de pantalla", con el fin de evitar la persecución del delito. A lo anterior debe añadirse la dimensión internacional de las herramientas que ofrece Internet, de manera que los contenidos ilícitos pueden ser transportados velozmente a países en los que el autor de la información o el proveedor de servicio encuentren cobijo al margen de las jurisdicciones penales competentes.

Como señala Morón Lerma, la actividad de prevención y represión respecto de los contenidos ilícitos en la Red, ineluctablemente, transita por la necesidad de delimitar la responsabilidad de los agentes de Internet y, en especial, de los proveedores de acceso a la misma. Ahora bien, las propuestas jurídicas no pueden cifrarse en la demanda de un control exhaustivo por parte de los proveedores en cuanto a la identificación de los autores de los contenidos ilícitos que circulan por la Red, dado que deberá respetarse también el derecho del usuario al anonimato, como nueva faceta de la privacidad de las personas en las autopistas de la información, y con particular referencia a la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas.^[25]

La determinación de la esfera de responsabilidad de los proveedores de acceso (*providers*) no es sencilla. Evidentemente, reina la concordia en torno a la necesidad de exigir su

24. Sobre la cuestión, *vid.* ampliamente MORÓN LERMA, *op. cit.*
25. MORÓN LERMA, *op. cit.*, pág. 123.

responsabilidad cuando el proveedor de acceso es el creador directo de su contenido ilícito, pero tal circunstancia no suele ser lo más frecuente. También podrá exigirse su responsabilidad cuando tal proveedor haya asumido un especial deber de vigilancia o control respecto de los contenidos introducidos en la Red; por ejemplo, cuando asume el papel de moderador o gestor responsable de un foro de debate. Pero, al margen de estos supuestos específicos, el estatuto de responsabilidades exigibles no está esclarecido. Esto ocurrirá en los supuestos más comunes, en los que el proveedor no asume una función activa respecto de los contenidos ilícitos en la Red. Una cosa es ser productor de información y otra distinta es erigirse en mero vehículo o intermediario de la circulación de la información. Y es evidente que no pueden transpolarse a Internet los criterios de responsabilidad propios de la prensa tradicional escrita, ámbito en el que, por ejemplo, el editor ostenta un dominio del hecho acotado respecto de la información difundida. Por consiguiente, cuando el proveedor de acceso a Internet aporta una mera función técnica, su capacidad de control sobre los contenidos ilícitos es nula. Al menos, en el estado actual de la evolución técnica no es posible exigirle al proveedor una función de control sobre los grandes stocks de información introducidos en su servidor.

Resulta paradójico que, en tanto que no se han aportado avances decisivos en el esclarecimiento del estatuto jurídico de responsabilidad del proveedor con relación a contenidos ilícitos, en cambio se hayan formulado intentos de regulación normativa sobre la difusión de contenidos nocivos. Éste es el caso de la Communications Decency Act (CDA), de 1996, impulsada por el gabinete de Bill Clinton. Esta ley de decencia en las telecomunicaciones declaraba ilegal la difusión de material indecente en la red, so pretexto de tutelar y proteger a los menores. El Tribunal Supremo de los EE.UU. declaró inconstitucional la CDA, por constituir una injustificada y desproporcionada limitación a la libertad de expresión, reconocida en la I Enmienda de la Constitución americana. La decisión judicial gravitaba sobre la idea de introducir mayores limitaciones a la libertad de expresión en Internet que en los medios tradicionales de radiodifusión, en una suerte de cruzada moralista, que por lo demás hubiera resultado de difícil aplicación e improductiva.

En definitiva, es preciso avanzar hacia normas de armonización internacional comunes, por medio de tratados internacionales que deberán quedar complementados con medidas de cooperación internacional de tipo judicial y policial. Asimismo, deberá prestarse atención a los avances técnicos para poder perfilar en el futuro un estatuto jurídico más penetrante sobre la responsabilidad de los proveedores, tendente a exigir un mayor y escalonado control sobre la información ilícita que circula en la Red. Éstos son los presupuestos político-criminales para una racional y efectiva represión penal del tráfico de pornografía infantil en la Red.

Enlaces relacionados:

- ⇒ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH):
http://www.unhchr.ch/spanish/html/hchr_sp.htm
- ⇒ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (UNCRC):
http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm
- ⇒ Comité de los Derechos del Niño:
http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/6/crc_sp.htm
- ⇒ Sesión especial de las Naciones Unidas en favor de la infancia (2002):
<http://www.unicef.org/specialsession/>

Fecha de publicación: noviembre de 2002